

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.112-1 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:

1. INTRODUÇÃO

Está em julgamento a ADI 3.112-1/DF¹, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro – PTB, cujo objeto é o inteiro teor do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003).

As inconstitucionalidades apontadas dividem-se, basicamente, em cinco grupos, a saber:

1) inconstitucionalidade formal (total) por vício de iniciativa – violação ao art. 2º e ao art. 61, § 1º, alínea “e”, da Constituição –, tendo em vista que o Estatuto do Desarmamento, oriundo do Projeto de Lei do Senado nº 292/99, teria revogado a lei criadora do Sistema Nacional de Armas – SINARM (Lei nº 9.437/1997), órgão do Ministério da Justiça, no âmbito da Polícia Federal, recriando-o, mantendo sua estrutura organizacional e atribuindo-lhe novas funções administrativas, matérias cuja iniciativa de lei a Constituição reserva privativamente ao Chefe do Poder Executivo;

2) inconstitucionalidade do art. 2º, inciso X, e do art. 23, do Estatuto, por ter a União extravasado sua

¹ Acompanham esta ADI, em apenso, os autos das seguintes ADI, que possuem o mesmo objeto: ADI 3.137, ADI 3.198, ADI 3.263, ADI 3.518, ADI 3.535, ADI 3.586, ADI 3.600, ADI 3.788 e ADI 3.814.

competência para legislar sobre *normas gerais* em matéria de “produção e consumo”, prevista no art. 24, inciso V e § 1º, da Constituição, o que configuraria também afronta ao princípio federativo (art. 1º, *caput* c/c art. 60, § 4º, da Constituição). Igualmente, a inconstitucionalidade do art. 5º, §§ 1º e 3º, do art. 10, do art. 11, incisos I, II e III, e do art. 29 do Estatuto, por violação à competência residual dos Estados-membros em matéria de segurança pública (art. 144) e, dessa forma, por afronta ao princípio federativo;

3) inconstitucionalidade material, por violação aos princípios da presunção de inocência e da proporcionalidade, dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15, que prescrevem a inafiançabilidade dos crimes de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14) e de disparo de arma de fogo (art. 15), assim como do art. 21, que dispõe que os crimes previstos nos artigos 16 (posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito), 17 (comércio ilegal de arma de fogo) e 18 (tráfico internacional de arma de fogo) são insuscetíveis de liberdade provisória;

4) inconstitucionalidade formal e material do art. 35, *caput* e §§ 1º e 2º, do Estatuto, que prevêem que o referendo popular (realizado em outubro de 2005) poderia decidir sobre a proibição da comercialização de armas de fogo e munição em todo território nacional. A inconstitucionalidade formal decorreria da violação ao art. 49, XV, da Constituição, que estabelece a competência exclusiva do Congresso Nacional apenas para “autorizar” a realização de referendo. A inconstitucionalidade material

adviria da violação aos direitos fundamentais ao livre exercício da profissão (comércio de armas), da segurança individual, da vida, da incolumidade da pessoa e do seu patrimônio;

5) inconstitucionalidade do art. 28 do Estatuto, que aumentou (em relação à antiga Lei nº 9.437/97) de 21 (vinte e um) para 25 (vinte e cinco) anos a idade mínima para se adquirir uma arma de fogo. Alega-se a falta de razoabilidade da medida, tendo em vista seu descompasso com a legislação mais atual, a exemplo do novo Código Civil, que reduziu de 21 (vinte e um) para 18 (dezoito) anos a idade em que o indivíduo adquire capacidade civil absoluta.

É possível afastar, desde logo, a alegação de inconstitucionalidade formal da totalidade da lei em referência, ou seja, a questão 1 acima delimitada. Como ressaltado nas informações prestadas pelo Congresso Nacional (fls. 329-362), “a iniciativa do Estatuto do Desarmamento partiu do próprio Presidente da República que enviou ao Congresso Nacional, através das Mensagens nºs 699/99 e 188/02, os Projetos de Lei nºs 1.073/99 e 6.426/02, que dispunham, respectivamente, sobre a proibição da venda de arma de fogo e munição em todo o território nacional e sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM, estabelecendo condições para o registro e para o porte de arma de fogo e definindo crimes, os arts. 6º e 11 do Código de Processo Penal – e o art. 242 do Estatuto da Criança e do Adolescente” (fl. 342). E, como bem observou o parecer do Procurador-Geral da República (fls. 394-410), “as questões tratadas na Lei nº 10.826/2003, relativas ao Sistema Nacional de Armas – SINARM e, conseqüentemente, à Lei nº 9.437/97, que o instituiu, por certo, decorrem do Projeto de Lei nº 1.073/99, de iniciativa do

Poder Executivo, que suscitou a matéria e propôs a revogação de alguns dos dispositivos da lei criadora do SINARM” (fl. 405).

Também não há relevância no argumento esposado na questão 2, tendo em vista a competência da União para autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico e legislar sobre direito penal e material bélico, tal como previsto pelos arts. 21, inciso VI, e 22, incisos I e XXI, da Constituição.

É importante observar, ainda, que a questão 4 está prejudicada, visto que o plebiscito previsto no art. 35 já foi realizado (outubro de 2005), tendo decidido a população brasileira pela não proibição do comércio de armas de fogo e munição em todo o território nacional.

Cabe enfatizar, também em relação à questão 4, que não é possível vislumbrar qualquer violação aos direitos fundamentais de liberdade de profissão e de propriedade. Tais direitos, como se sabe, possuem âmbito de proteção estritamente normativo², dependente da atividade legislativa conformadora de seu conteúdo. Ao legislador é permitida a limitação proporcional desses direitos com vistas à realização de interesses públicos fixados no âmbito de uma política criminal, assim como ocorre com o Estatuto do Desarmamento ao estabelecer regras para o comércio, posse e porte de arma de fogo e munições. Nesse ponto, portanto, também não há inconstitucionalidade.

Quanto à questão 5, entendo que a medida adotada – aumento de 21 (vinte e um) para 25 (vinte e cinco) anos a idade mínima para se adquirir uma arma de fogo – decorre de uma opção do legislador,

² Cfr.: MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: significados, limites, princípio da proporcionalidade, colisão e concorrência. In: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva; 2007, p. 17 e ss.

dentro de sua margem de ação para fixar a política criminal. O legislador, baseado em certos diagnósticos e prognósticos – os quais estão bem explicitados nas informações do Congresso Nacional (fls. 329-362), como a demonstração das estatísticas de que a violência por meio de armas de fogo atinge principalmente os homens com até 24 anos de idade –, entendeu que a medida adequada e necessária, para atingir os fins por ele almejados no bojo da política criminal de desarmamento, seria o aumento da idade mínima para aquisição das armas e munições. Nesse âmbito de definição dos objetivos da política criminal e de avaliação e valoração das medidas adequadas e necessárias para atingi-los, existe uma margem de ação conferida constitucionalmente ao legislador, a qual, em princípio, não deve adentrar o Tribunal. Sobre as margens de ação do legislador e a atividade de controle de constitucionalidade de leis em matéria penal, as análises posteriores deste voto serão esclarecedoras das conclusões aqui delineadas.

Portanto, afastada a relevância das questões n°s 1, 2, 4 e 5, entendo que a questão central nesta ação direta é a que foi definida logo acima como de n° 3, a respeito da inafiançabilidade dos crimes de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14) e de disparo de arma de fogo (art. 15), assim como do art. 21 do Estatuto, que dispõe que os crimes previstos nos artigos 16 (posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito), 17 (comércio ilegal de arma de fogo) e 18 (tráfico internacional de arma de fogo) são insuscetíveis de liberdade provisória. Tendo em vista o que prescreve a Constituição em seu art. 5º, incisos LVII (presunção de inocência como direito fundamental), LXI (imprescindibilidade de a prisão ser precedida de ordem judicial, escrita e devidamente fundamentada) e LXVI (direito fundamental à liberdade, com ou sem fiança), essa questão constitucional merece profunda análise.

Não se pode deixar de enfatizar, ainda, que essa análise não pode prescindir de uma reflexão analítica sobre o controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, o papel a ser cumprido pelo Tribunal nesse tema, a atuação do legislador na definição da política criminal, suas margens de ação legislativa, assim como as normas constitucionais (mandatos de criminalização e princípio da proporcionalidade) que configuram o parâmetro da constitucionalidade e, portanto, dos limites das atividades legislativa e judicial nessa área. É o que se fará a seguir.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS PENAIS

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

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

Mencionem-se, a propósito, as seguintes disposições constantes do art. 5º:

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

(...)

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

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

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para presentes e futuras gerações.

(...)

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

Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos³.

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

Tal concepção legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (*direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*)⁴.

A forma como esse dever será satisfeito constitui, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de alguma liberdade de conformação⁵. Não raras vezes, a ordem constitucional identifica o dever de proteção e define a forma de sua realização.

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros⁶.

³ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 80 e seg.

⁴ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 16. ed. Heidelberg, 1988, p. 155-156.

⁵ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit. p. 156.

⁶ Cf., a propósito, *BverfGE*, 39, 1 e s.; 46, 160 (164); 49, 89 (140 e s.); 53, 50 (57 e s.); 56, 54 (78); 66; 39 (61); 77 170 (229 s.); 77, 381 (402 e s.); ver, também, DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin, 1991, p. 18.

Essa interpretação da Corte Constitucional empresta sem dúvida uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de "adversário" para uma função de guardião desses direitos⁷.

É fácil ver que a idéia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica⁸.

Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais⁹.

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*)¹⁰.

⁷ Cf., a propósito, DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, cit. p. 17 e s.

⁸ von MÜNCH, Ingo. *Grundgesetz-Kommentar, Kommentar zu Vorbemerkung Art 1-19*, N° 22.

⁹ von MÜNCH, Ingo. *Grundgesetz-Kommentar*, cit.

¹⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts. *JuS*, 1989, p. 161 (163).

Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção¹¹:

- a) dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta;
- b) dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas;
- c) dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.

Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não-observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental¹².

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

Como bem anota Luciano Feldens¹³, os mandatos constitucionais de criminalização atuam como limitações à liberdade

¹¹ RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Folke. *Casebook Verfassungsrecht*. 3. ed. München, 1996, p. 35-36.

¹² Cf. BVerfGE 77, 170 (214); ver também RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Folke. *Casebook Verfassungsrecht*, p. 36-37.

¹³ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2005.

de configuração do legislador penal e impõem a instituição de um sistema de proteção por meio de normas penais.

Registre-se que os mandatos de criminalização expressos não são uma singularidade da Constituição brasileira. Outras Constituições adotam orientações assemelhadas (Cf. Constituição espanhola, art. 45, 1, 2 e 3; art. 46, "c" e art. 55; Constituição italiana, art. 13; Constituição da França, art. 68; Lei Fundamental da Alemanha, art. 26, I).

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

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

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

Em muitos casos, a eleição da forma penal pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma chamar de descrição legislativa, tendo em vista desenvolvimentos históricos, circunstâncias específicas ou opções ligadas a um certo experimentalismo institucional. A ordem

constitucional confere ao legislador margens de ação¹⁴ para decidir sobre quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais. É certo, por outro lado, que a atuação do legislador sempre estará limitada pelo princípio da proporcionalidade.

Assim, na dogmática alemã é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como *proibição de excesso* (*Übermassverbot*) e como *proibição de proteção deficiente* (*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como *proibições de intervenção*. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela* (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada¹⁵. O ato não será *adequado* quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será *necessário* na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção¹⁶.

¹⁴ Cfr.: ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, nº 66, ano 22, p. 13-64, sep.-dic./2002.

¹⁵ “Uma transposição, sem modificações, do estrito princípio da proporcionalidade, como foi desenvolvido no contexto da proibição de excesso, para a concretização da proibição de insuficiência, não é, pois, aceitável, ainda que, evidentemente, também aqui considerações de proporcionalidade desempenhem um papel, tal como em todas as soluções de ponderação”. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina; 2003.

¹⁶ Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003, p. 798 e segs.

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

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

(...)

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

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

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

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

Se é certo, por um lado, que a Constituição confere ao legislador uma margem discricionária para a avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico penal, e, por outro, que a mesma Constituição também impõe ao legislador os limites do dever de respeito ao princípio da proporcionalidade, é possível concluir pela viabilidade da fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa. O Tribunal está incumbido de examinar se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais¹⁷.

Esses argumentos serão analisados no tópico seguinte.

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

O Direito Penal é certamente o instrumento mais contundente de que se vale o Estado para disciplinar a conduta dos indivíduos.

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

¹⁷ BVerfGE 88, 203, 1993.

legislativa em direitos fundamentais dotadas de menor potencial ofensivo.

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

Esse entendimento pode ser traduzido segundo o *postulado do princípio proporcionalidade em sentido estrito*, o qual, como ensina Alexy, “pode ser formulado como uma lei de ponderação cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: *quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção*”¹⁸.

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

Essas são as premissas para a construção de um *modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal*, baseado em *níveis de intensidade*¹⁹.

¹⁸ ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.1998. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes.

¹⁹ Cfr.: LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de leyes penales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2006.

Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã.

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

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

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

Assim, conclui o Tribunal que “a tarefa (do controle de constitucionalidade) consiste, portanto, em unir a liberdade

fundamental própria da configuração político-econômica e político-social” - ou político-criminal, se quisermos contextualizar essa afirmação - “que devem permanecer reservadas ao legislador, com a proteção da liberdade, à qual o indivíduo tem direito justamente também em face do legislador” (BVerfGE 50, 290).

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

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

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

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

Assim, um controle de evidência em matéria penal será exercido pelo Tribunal com observância da ampla margem de avaliação, valoração e conformação conferida constitucionalmente ao legislador quanto à adoção das medidas mais adequadas para a proteção do bem jurídico penal. Uma eventual declaração de inconstitucionalidade

deve basear-se na patente inidoneidade das medidas escolhidas pelo legislador para os objetivos perseguidos pela política criminal.

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

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

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

Nesse segundo nível, portanto, o controle de constitucionalidade estende-se à questão de se o legislador levantou e considerou diligente e suficientemente todas as informações disponíveis e se realizou prognósticos sobre as conseqüências da

aplicação da norma, enfim, se o legislador valeu-se de sua margem de ação de “maneira sustentável”²⁰.

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

“Sob o ponto de vista material, ressalvadas as garantias constitucionais especiais, o princípio da proporcionalidade oferece o parâmetro geral constitucional, segundo o qual a liberdade de ação pode ser restringida [cf. BVerfGE 75, 108 (154 s.); 80, 137 (153)]. Esse princípio tem um significado mais intenso no exame de um dispositivo penal, que, enquanto sanção mais forte à disposição do Estado, expressa um juízo de valor ético-social negativo sobre uma determinada ação do cidadão [cf. BVerfGE 25, 269 (286); 88, 203 (258)]. Se há previsão de pena privativa de liberdade, isso possibilita uma intervenção no direito fundamental da liberdade da pessoa, protegido pelo Art. 2 II 2 GG. A liberdade da pessoa, que a Grundgesetz caracteriza como ‘inviolável’, é um bem jurídico tão elevado que nele somente se pode intervir com base na reserva legal do Art. 2 II 3 GG, por motivos especialmente graves. Independentemente do fato de que tais intervenções também podem ser cogitadas sob determinados pressupostos, quando servirem para impedir que o atingido promova contra si próprio um dano pessoal maior [BVerfGE 22, 180 (219); 58, 208 (224 et seg.); 59, 275 (278); 60, 123 (132)], elas, em

²⁰ BVerfGE 88, 203, 1993.

geral, somente são permitidas se a proteção de outros ou da comunidade assim o exigir, observando-se o princípio da proporcionalidade.

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

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

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

É, em princípio, tarefa do legislador determinar de maneira vinculante o âmbito da ação punível, observando a respectiva situação em seus pormenores. O Tribunal Constitucional Federal não pode examinar a decisão do legislador no sentido de se verificar se foi escolhida a solução mais adequada, mais sensata ou mais justa. Tem

apenas que zelar para que o dispositivo penal esteja materialmente em sintonia com as determinações da Constituição e com os princípios constitucionais não escritos, bem como para que corresponda às decisões fundamentais da Grundgesetz [cf. BVerfGE 80, 244 (255)]”.

No caso, o *Bundesverfassungsgericht*, após analisar uma grande quantidade de dados e argumentos sobre o tema, reconhece que ainda não estaria concluída, à época, a discussão político-criminal sobre se a redução do consumo de *canabis* poderia ser melhor alcançada por meio da penalização ou da liberação da conduta. E, justamente devido à incerteza quanto ao efetivo grau de periculosidade social do consumo da *canabis* e à polêmica existente, tanto no plano científico como político-social, em torno da eficácia da intervenção por meio do direito penal, é que não se poderia reprovar, do ponto de vista de sua constitucionalidade, a avaliação realizada pelo legislador, naquele estágio do conhecimento, a respeito da adequação e necessidade da medida penal. Assim, admite o Tribunal que *“se o legislador nesse contexto se fixa na interpretação de que a proibição geral de cannabis sancionada criminalmente afastaria um número maior de consumidores em potencial do que a suspensão da previsão de pena e que, portanto, seria mais adequada para a proteção dos bens jurídicos, isto deve ser tolerado constitucionalmente, pois o legislador tem a prerrogativa de avaliação e de decisão na escolha entre diversos caminhos potencialmente apropriados para o alcance do objetivo de uma lei”*²¹.

Dessa forma, não se pode deixar de considerar que, no âmbito desse denominado controle de sustentabilidade ou de justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*), assumem especial relevo as técnicas procedimentais postas à disposição do Tribunal e destinadas à verificação dos fatos e prognoses legislativos, como a

²¹ BVerfGE 90, 145, 1994.

admissão de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas, previstas em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 9.868/99.

Em verdade, como venho afirmando em estudos doutrinários sobre o tema, no controle abstrato de normas não se procede apenas a um simples contraste entre a disposição do direito ordinário e os princípios constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional. Em outros termos, a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do chamado controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos relaciona-se íntima e indissociavelmente com a própria competência do Tribunal²².

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

No terceiro nível, o controle material intensivo (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*) se aplica às intervenções legislativas que, por afetarem intensamente bens jurídicos de extraordinária importância, como a vida e a liberdade individual, devem ser submetidas a um controle mais rígido por parte do Tribunal, com base no princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, quando esteja evidente a grave afetação de bens

²² Cfr.: MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial.

jurídicos fundamentais de suma relevância, poderá o Tribunal desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para então fiscalizar se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância.

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

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

Contra um exame no último sentido supra declinado objetou-se que ele ultrapassaria a competência de um tribunal, pois um tribunal não poderia avaliar se uma medida legislativa certa seria ordenada, vez que ele não poderia saber se haveria outros meios igualmente eficazes e se eles poderiam ser realizados pelo legislador. Isso só poderia ser feito quando se conhecem não somente todas as relações sociais a serem ordenadas, como também as possibilidades da legislação. Essa concepção, que

pretende, principalmente a partir de considerações pragmáticas, limitar a competência do Tribunal Constitucional Federal é, por vezes, teoricamente fundamentada com a informação de que o Tribunal, por causa da utilização de uma ampla competência de exame, interferiria na esfera do legislador, e com isso se chocaria contra o princípio da divisão de poderes.

O Tribunal Constitucional não pode concordar com essa posição.

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

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

efetiva da área de liberdade, que o Art. 12 I GG pretende proteger com mais ênfase, não seria, destarte, mais garantida”.

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

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

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

3. ANÁLISE DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL

3.1. Regime constitucional da liberdade provisória

O art. 5º, inciso LXVI, da Constituição, prescreve que *"ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança"*.

Assume, assim, a liberdade provisória, caráter de uma medida cautelar prevista no texto constitucional²³, cuja conformação substancial é deferida ao legislador.

Tal como decorre da sistemática constitucional, esse poder conformador há de ser exercido tendo em vista os princípios constitucionais que balizam os direitos fundamentais e o próprio direito de liberdade.

Observe-se que, antes mesmo do advento da Constituição, a Lei nº 6.416, de 1977, já havia consagrado que o juiz poderia conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sempre que se verificasse pelo auto de prisão em flagrante a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva.

No regime anterior à Lei nº 6.416/77, só eram passíveis de liberdade provisória os crimes afiançáveis. Nos crimes inafiançáveis, o réu haveria de permanecer preso até o julgamento da causa. A referida Lei encerra esse ciclo, admitindo a liberdade provisória sempre que não presentes razões que justifiquem a decretação da prisão preventiva.

²³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey; 2006, p. 451 e segs.

Por isso, observa Eugênio Pacelli que a Constituição de 1988 chegou desatualizada em tema de liberdade provisória ao ressuscitar a antiga expressão *inafiançabilidade*. A contradição se acentua porque o regime de liberdade provisória com fiança acaba por ser mais oneroso do que o da liberdade provisória sem fiança²⁴.

E, obviamente, os crimes afiançáveis são crimes com penas mais leves do que os crimes sem fiança. Enquanto para os crimes inafiançáveis exige-se tão-somente o comparecimento a todos os atos do processo, na liberdade provisória com fiança impõe-se não só o comparecimento obrigatório a todos os atos do processo, mas também a comunicação prévia de mudança de endereço e requerimento de autorização judicial para ausência por prazo superior a oito dias.

A doutrina processualista costuma distinguir a liberdade provisória entre *liberdade provisória vinculada*, *liberdade provisória com fiança* e *liberdade provisória sem fiança*.

Tem-se, no primeiro caso, as hipóteses do art. 310 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que prevê que o juiz poderá deferir a liberdade provisória, sem fiança, nos casos de legítima defesa, estado de necessidade, etc., ou na hipótese de não se fazerem presentes os requisitos para a prisão preventiva.

Nos casos em que não houver previsão de pena privativa de liberdade cumulativa ou alternativamente (CPP, art. 321, I) ou quando o máximo da pena privativa de liberdade não exceder a três meses (CPP, art. 321, II), o réu livrar-se-á solto independentemente de fiança ou de qualquer outra exigência. Não há aqui cogitar de

²⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, cit. p. 457.

liberdade provisória, porque não se impõe qualquer restrição de direito²⁵.

Por outro lado, tal como observado, a simples inafiançabilidade não impede a concessão de liberdade provisória.

Daí admitir-se a concessão de liberdade provisória nos crimes de racismo, tortura e os definidos no Estatuto do Desarmamento (arts. 14 e 15), nos termos do art. 310, parágrafo único, do CPP²⁶.

Portanto, é possível adiantar que não há inconstitucionalidade nos artigos 14 e 15 do Estatuto do Desarmamento, visto que a prescrição da inafiançabilidade dos crimes neles descritos não proíbe a concessão de liberdade provisória, tendo em vista o que dispõe o art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

O problema permanece, no entanto, em relação à legislação que proíbe, peremptoriamente, a concessão de liberdade provisória, em face do que dispõe o art. 5º, incisos LVII e LXVI, da Constituição.

A Lei nº 8.072/90 estabeleceu que os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória.

A Lei nº 9.034/95, que cuida dos crimes resultantes de organização criminosa, a Lei nº 9.613/98, que trata dos crimes de lavagem de dinheiro, e a Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do

²⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, cit. p. 464.

²⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, cit. p. 467.

Desarmamento) consagraram a proibição da concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança.

Depois de algumas decisões que afirmavam a constitucionalidade de algumas dessas disposições, o Supremo Tribunal Federal deu início a julgamento sobre a constitucionalidade do disposto no art. 9º da Lei nº 9.034/95 e no art. 3º da Lei nº 9.613/98 (Rcl 2.391/PR, Relator Marco Aurélio).

Com fundamento no princípio da presunção de inocência, o Ministro Peluso manifestou-se pela inconstitucionalidade das normas em apreço, no que foi acompanhado pelos Ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Gilmar Mendes.

Uma das questões postas dizia respeito à legitimidade da decisão legislativa que determinava o recolhimento do réu à prisão para apelar da sentença condenatória. O tema foi discutido à luz do princípio da presunção de inocência.

Outro aspecto dizia respeito à vedação da liberdade provisória nos crimes de lavagem.

Também aqui foi enfático o voto do Ministro Peluso, ao ressaltar que a vedação da liberdade provisória equivalia a uma antecipação da pena igualmente incompatível com o princípio da presunção de inocência.

Como se sabe, a Rcl nº 2.391/PR foi considerada prejudicada em Sessão Plenária de 10.3.2005, por perda superveniente de objeto, em razão da soltura dos pacientes.

A questão constitucional retorna à análise da Corte no presente julgamento a respeito da constitucionalidade do art. 21 do Estatuto do Desarmamento, o que será objeto do tópico seguinte.

3.2. A inconstitucionalidade do art. 21 do Estatuto do Desarmamento

O art. 21 do Estatuto do Desarmamento dispõe que os crimes previstos nos artigos 16 (posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito), 17 (comércio ilegal de arma de fogo) e 18 (tráfico internacional de arma de fogo) são insuscetíveis de liberdade provisória, com ou sem fiança. Eis o teor do referido dispositivo normativo:

“Art. 21. Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória.”

A norma, como se vê, estabelece um tipo de regime de *prisão preventiva obrigatória*, na medida em que torna a prisão uma regra, e liberdade, a exceção.

Por isso, ela remonta ao vetusto dogma que lastreava o processo penal sob uma outra concepção de Estado de Direito: o da presunção de culpabilidade (e não de inocência), segundo a qual a liberdade era apenas “provisória”, e a prisão, permanente.

A Constituição de 1988 – e antes, como demonstrado, a Lei nº 6.416/77 – instituiu um novo regime no qual a liberdade é a regra, e a prisão, apenas provisória, exigindo-se a comprovação, devidamente fundamentada, de sua necessidade cautelar dentro do processo.

No entanto, a norma do art. 21 do Estatuto também parte do pressuposto de que a prisão é sempre necessária, sem se levar em consideração, na análise das razões acautelatórias, as especificidades do caso concreto. A necessidade da prisão decorrerá diretamente da imposição legal, retirando-se do juiz o poder de, em face das circunstâncias específicas do caso, avaliar a presença dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal: necessidade de

garantir a ordem pública, a ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou assegurar a aplicação da lei penal, havendo prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Assim, em vista do que dispõe o art. 5º, inciso LVII, o qual consagra o *princípio da presunção de inocência*, a proibição total de liberdade provisória prescrita pelo art. 21 do Estatuto do Desarmamento é patentemente inconstitucional.

Ademais, e por conseqüência, a norma do art. 21 do Estatuto inverte a regra constitucional que exige a fundamentação para todo e qualquer tipo de prisão (art. 5º, inciso LXI), na medida em que diretamente impõe a prisão preventiva (na verdade, estabelece uma *presunção de necessidade da prisão*), afastando a intermediação valorativa de seu aplicador.

Por fim, não é demais enfatizar a desproporcionalidade dessa regra geral da proibição de liberdade provisória nos crimes de posse ou porte de armas. Comparado com o homicídio doloso simples, essa desproporção fica evidente. De acordo com a legislação atual, o indivíduo que pratica o crime de homicídio doloso simples poderá responder ao processo em liberdade, não estando presentes os requisitos do art. 312 do CPP; por outro lado, a prisão será obrigatória para o cidadão que simplesmente porta uma arma. Trata-se, portanto, de uma violação ao princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*).

Esses fundamentos são suficientes para constatar a inconstitucionalidade do art. 21 do Estatuto do Desarmamento.

4. CONCLUSÃO

O Estatuto do Desarmamento originou-se de um amplo esforço político de conjugação de interesses e anseios dos Poderes da

República e de diversos segmentos da sociedade civil no sentido da formulação de um plano legal de controle do comércio e uso indiscriminado das armas de fogo no Brasil.

A sua formação plural não dá ensejo a qualquer alegação de vícios do processo legislativo decorrentes de inobservância das reservas de iniciativa de leis previstas na Constituição. O Estatuto do Desarmamento é originário de um processo legislativo desencadeado por projetos de lei do Poder Executivo e do Poder Legislativo, em que intervieram também segmentos da sociedade e do Poder Judiciário, no âmbito adequado para essa conjunção de vontades, o Congresso Nacional, e daí também não se poder alegar invasão da competência legislativa dos Estados-membros.

As informações prestadas pelo Congresso Nacional, nos autos desta ação direta (fls. 329-362), demonstram que a confecção legislativa desse Estatuto baseou-se em dados estatísticos rigorosos, pesquisas tanto científicas como de opinião, assim como em avaliações criteriosas a respeito das medidas adequadas e necessárias para a consecução dos objetivos almejados. Em outros termos, tudo indica que o legislador, ao realizar os diagnósticos e prognósticos necessários para a avaliação e valoração das medidas destinadas ao fim de controle das armas de fogo no território nacional, utilizou-se de todos os conhecimentos disponíveis no momento do processo legislativo. E esse fato não pode ser olvidado pelo Tribunal.

Submetido esse diploma legal ao crivo desta Corte, devemos ter em mente os limites, sempre imprecisos, que demarcam a atividade legislativa e seu controle judicial, o que nos remete também às tensões entre controle de constitucionalidade e democracia, direitos humanos e soberania popular.

O exercício do controle de constitucionalidade, especialmente em matéria penal, deve ser exercido com observância das amplas margens de ação constitucionalmente deferidas ao legislador para a confecção de políticas criminais voltadas à segurança da população e à paz social.

Portanto, se o legislador, no âmbito de sua discricionariedade, considerou, com base em estudos estatísticos e prognósticos de resultados, que o aumento – de 21 (vinte e um) para 25 (vinte e cinco) anos – da idade mínima para se adquirir uma arma de fogo seria uma medida adequada e necessária dentro de um conjunto de outras medidas igualmente adequadas e necessárias para o controle do uso das armas de fogo no país, o Tribunal não deve interferir nessa decisão eminentemente política.

Por outro lado, é dever desta Corte analisar rigorosamente esse Estatuto – que representa o texto legal base de toda uma política criminal confeccionada pelo legislador – para então verificar os desvios legislativos existentes, as transgressões aos princípios constitucionais que lastreiam a atividade legislativa em matéria penal.

No rol de direitos e garantias limitadores dessa atividade legislativa em matéria penal, assume especial relevância o princípio da presunção de inocência. Como bem assevera Ferrajoli, “a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica ‘segurança’ fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica ‘defesa’ destes contra o arbítrio punitivo”²⁷.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Ed. RT; 2002, p. 441.

O princípio fundamental da presunção de inocência impõe que toda prisão, antes do trânsito em julgado do caso, esteja lastreada em razões, devidamente fundamentadas pela autoridade judicial, justificadoras da necessidade de se garantir o funcionamento eficaz da jurisdição penal. Essa análise da efetiva necessidade da prisão, apenas como medida cautelar no processo, deve se basear nas circunstâncias específicas do caso concreto e, por isso, constitui uma função eminentemente jurisdicional.

O legislador viola o princípio da presunção de inocência quando, no âmbito de uma política criminal de enrijecimento do controle de certas atividades (como o uso e comércio das armas de fogo e munições), proíbe a liberdade provisória, com ou sem fiança, tornando obrigatória a prisão cautelar do acusado pelos crimes nela definidos e, dessa forma, retirando os poderes do juiz quanto à verificação, no âmbito do processo e segundo os elementos do caso, da real necessidade dessa medida cautelar. Trata-se de um excesso legislativo e, portanto, de uma violação ao princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*), que exige a atuação do Tribunal quanto ao controle de sua constitucionalidade.

O art. 21 do Estatuto do Desarmamento, ao prever que os crimes prescritos nos artigos 16 (posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito), 17 (comércio ilegal de arma de fogo) e 18 (tráfico internacional de arma de fogo) são insuscetíveis de liberdade provisória, com ou sem fiança, e, dessa forma, estabelecer um regime de prisão preventiva obrigatória, viola o princípio da presunção de inocência, o princípio que exige a fundamentação de toda e qualquer ordem de prisão, assim como o princípio da proporcionalidade.

É como voto.

