

**OSCAR PEREIRA BRAGA**

**O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE E A  
CRIMINALIZAÇÃO DA POSSE E GUARDA EM RESIDÊNCIA DE ARMA DE  
FOGO, ACESSÓRIO OU MUNIÇÃO, DE USO PERMITIDO, PREVISTA NO  
ARTIGO 12 DA LEI Nº 10.826/2003 (ESTATUTO DO DESARMAMENTO)**

*Monografia apresentada à banca examinadora  
do Instituto Brasiliense de Direito Público –  
IDP, como exigência parcial à obtenção do  
grau de especialista em Direito Constitucional,  
sob orientação do Professor Rodrigo  
Kaufmann.*

**Brasília – DF  
2009**

**OSCAR PEREIRA BRAGA**

**O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE E A  
CRIMINALIZAÇÃO DA POSSE E GUARDA EM RESIDÊNCIA DE ARMA DE  
FOGO, ACESSÓRIO E MUNIÇÃO, DE USO PERMITIDO, PREVISTA NO  
ARTIGO 12 DA LEI Nº 10.826/2003 (ESTATUTO DO DESARMAMENTO)**

Monografia apresentada ao Instituto  
Brasiliense de Direito Público – IDP, como  
exigência parcial para obtenção do grau de  
especialista em Direito Constitucional.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_, com menção \_\_\_\_\_  
(\_\_\_\_\_).

**Banca Examinadora:**

---

Presidente: Prof.

---

Integrante: Prof.

---

Integrante: Prof.

## RESUMO

Este trabalho focaliza o princípio da proporcionalidade. Seu objetivo geral é estudar referido princípio, seu conceito, seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e sua aplicabilidade em nosso país, especialmente no Supremo Tribunal Federal. Seu objetivo específico é investigar a possível ausência da observância desse princípio quando da introdução, pelo legislador, no ordenamento jurídico brasileiro, do art. 12 da Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), que criminaliza, com pena de detenção de 1 a 3 anos, a mera detenção ou posse, na própria residência, de arma de fogo, acessório ou munição de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Restrições a direitos fundamentais. Colisão de direitos fundamentais. Proporcionalidade. Adequação. Necessidade. Proporcionalidade em sentido estrito. Desarmamento. Posse de arma de fogo em residência.

## ABSTRACT

This research focuses on the principle of proportionality. Its general objective is to study the referred principle, its concept, its subprinciples (adequability, necessity and proportionality in strict sense) and its applicability in our country, especially in the Supremo Tribunal Federal. Its specific objective is to investigate the possible absence of observance of that principle when the legislator issued and put, in the brazilian judicial system, the article 12 of the Law no. 10.826/2006 (Disarmament Law), that criminalizes the mere detention, in one's own residence, of firearms, accessory or ammunition of allowed use, without legal authorization.

**Key words.** Fundamental rights. Restrictions to fundamental rights. Collision of fundamental rights. Proportionality. Adequability. Necessity. Proportionality in strict sense. Disarmament. Firearm ownership in residence.

## SUMÁRIO

<b>Introdução</b> .....	1
<b>1. DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	
1.1. Conceito e características .....	3
1.2. restrições a direitos fundamentais .....	5
1.2.1. tipos de restrições a direitos fundamentais .....	8
1.3. colisão de direitos fundamentais .....	9
<b>2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE</b>	
2.1. Conceito e sentido .....	13
2.2. Subprincípios .....	21
2.3. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal .....	24
<b>3. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 12 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO</b>	
3.1. Considerações gerais sobre o Estatuto do Desarmamento .....	31
3.2. Direitos fundamentais e desarmamento .....	34
3.3. Princípio da proporcionalidade e o desarmamento .....	38
<b>Conclusão</b> .....	44
<b>Bibliografia</b> .....	46

## INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico-constitucional brasileiro inaugurado com a Carta de 1988 abriga vários princípios, que são uma das espécies de normas constitucionais, cuja característica é o alto grau de abstração e que não se apresentam como imperativos categóricos, sendo, portanto, diretivas de caráter geral e fundamental.

Entre os vários princípios existentes na Constituição Federal destaca-se o princípio da proporcionalidade que, apesar de não expresso no texto constitucional, é reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência pátrias, tendo aplicação nos tribunais do nosso país, principalmente no Supremo Tribunal Federal, e se constitui em um instrumento complementar do controle da constitucionalidade das leis.

O presente monografia tem como objetivo geral estudar referido princípio, e como objetivo específico investigar a possível ausência da observância desse princípio quando da introdução pelo legislador, no ordenamento jurídico brasileiro, do art.12 da Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), que criminaliza, com pena de detenção de 1 a 3 anos, a mera detenção ou posse, na própria residência, de arma de fogo, acessório ou munição de uso permitido.

O problema que se pretende tentar resolver neste trabalho, portanto, é se a criminalização da conduta de portar e guardar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, na própria residência, afronta o aludido princípio e, portanto, se pode ser considerada inconstitucional, por restringir em excesso os direitos fundamentais à segurança e à liberdade, previstos no “caput” do artigo 5º da Constituição Federal, considerando-se a limitação estatal em prover segurança adequada aos cidadãos em geral.

A escolha do tema em comento se deve à verificação, na prática profissional, de que, com certa freqüência, durante o cumprimento de mandados judiciais de busca e apreensão em residências, chácaras e em estabelecimentos comerciais, são localizadas armas de fogo, acessórios dessas armas e munição, de uso permitido, sem o devido registro, resultando em que os donos dessas armas são presos e conduzidos à Delegacia de Polícia, onde são instaurados inquéritos mediante auto de prisão em flagrante.

Apesar do crime aludido ser afiançável na esfera da polícia judiciária, muitas vezes o dono da arma não possui recursos para pagar o valor arbitrado pela autoridade policial,

resultando em que é recolhido ao estabelecimento penal, tendo restringido seu direito de liberdade de locomoção. Mesmo se recolher o valor da fiança, o dono da arma, do acessório ou da munição é indiciado e responderá a inquérito policial e à futura ação penal.

Sabe-se que, não raras vezes, o indivíduo mantém a arma em sua residência para proteção de seu patrimônio, de sua integridade física e da de sua família, não parecendo razoável que seja privado da sua liberdade em tal situação.

Procurar-se-á demonstrar, também, que o desarmamento da sociedade civil em nada contribuirá para a diminuição da violência, já que os criminosos continuarão portando as armas que adquirem no submundo do crime.

O primeiro capítulo traça linhas gerais sobre os direitos fundamentais em geral, seu conceito, características e restrições. O segundo capítulo trata do princípio da proporcionalidade, seu conceito, subprincípios e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. O terceiro e último capítulo trata da possível inconstitucionalidade do art. 12 da Lei nº 10.826/2003 em face do princípio em exame.

## 1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 1.1. Conceito e características

Segundo Paulo Bonavides, é necessário estabelecer dois critérios formais para a caracterização dos direitos fundamentais, sendo que, pelo primeiro, direitos fundamentais são todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo critério, direitos fundamentais são todos aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança, e que, por isso, são imutáveis ou difíceis de serem mudados, sendo alteráveis apenas por meio de emenda à Constituição.<sup>1</sup>

Quanto ao ponto de vista material, os direitos fundamentais variam conforme a modalidade de Estado, ideologia e espécie de valores e princípios consagrados pela Constituição, podendo-se concluir que cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos.<sup>2</sup>

Os direitos fundamentais são aqueles direitos que o homem possui em face do Estado, e estão vinculados à liberdade e à dignidade humana, possuindo, assim, o caráter de universalidade, e que foi manifestado, pela primeira vez, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Gilmar Mendes<sup>3</sup> aponta as seguintes características dos direitos fundamentais:

*Universalidade*: todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito à vida, mas alguns direitos fundamentais são específicos a determinadas pessoas, como, por exemplo o direito de um grupo de trabalhadores.

*Historicidade*: os direitos fundamentais, por não serem absolutos, em princípio, não necessitam ter conteúdo único em todos os lugares e em todos os tempos; sendo assim, eles podem aparecer em determinada época e lugar e depois desaparecer, ou mesmo serem modificados ao longo do tempo, possuindo eles uma índole evolutiva, portanto.

---

<sup>1</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 11ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2001, p. 515.

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. Op., cit. p. 515.

<sup>3</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva e IDP, São Paulo, 2007, p. 229-235.



*Inalienabilidade e indisponibilidade:* os direitos fundamentais não admitem que o seu titular o torne impossível de ser exercitado para si mesmo. Assim, o indivíduo não pode, por exemplo, vender parte do seu corpo. A inalienabilidade, para os autores que a sustentam, resulta da própria dignidade da pessoa humana, entendendo eles que o Direito não pode permitir que o homem deixe de ter dignidade por vontade própria.

*Constitucionalização:* os direitos fundamentais estão inscritos nos diplomas normativos dos Estados, vigendo em determinada ordem jurídica concreta; esses direitos também encontram-se consagrados nas declarações internacionais de direitos humanos.

*Vinculação dos Poderes Públicos:* os atos dos poderes públicos tem de estar em consonância com os direitos fundamentais. Assim, os direitos fundamentais, por estarem previstos na Constituição, servem de parâmetro de limitação dos poderes constituídos.

*Vinculação do Poder Legislativo:* as atividades do legislador devem estar conforme o sistema de direitos fundamentais; além disso, o conteúdo positivo de alguns direitos fundamentais torna necessário a edição de normas que regulamentem esses direitos que dependem de concretização. A vinculação reveste-se de enorme importância, porque a inércia do legislador em concretizar os direitos fundamentais por meio de edição de normas regulamentadoras pode ensejar a impetração de ação de inconstitucionalidade por omissão, ou até mesmo mandado de injunção. Essa vinculação ainda significa que o legislador deve respeitar o núcleo essencial do direito, não se legitimando a criação de condições desarrazoadas ou que tornem impraticável o direito previsto pelo constituinte. Não é só o legislador comum que deve sujeição aos direitos fundamentais, mas também o poder de reforma da Constituição vincula-se a esses direitos, na medida em que o § 4º do art. 60 do diploma constitucional veda emenda tendente a aboli-los.

*Vinculação do Poder Executivo:* A administração pública também se vincula aos direitos fundamentais, tornando nulos os atos praticados por ela com ofensa a esses direitos. Assim, a administração pública deve interpretar e aplicar as leis segundo os direitos fundamentais, não podendo a discricionariedade administrativa ignorá-los.

*Vinculação do Poder Judiciário:* ao Poder Judiciário cabe a tarefa de defender os direitos violados ou ameaçados de violência, por força do estatuído no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição, pois os tribunais tem a prerrogativa de controlar os atos dos demais Poderes. A vinculação do Judiciário revela-se no dever imposto aos magistrados de

respeitar os preceitos dos direitos fundamentais durante o curso do processo e quando proferem as suas decisões, em todas as matérias sob seu julgamento.

*Aplicabilidade imediata:* a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais foi uma necessidade dos sistemas constitucionais modernos, em face da corrosão e neutralização dos direitos inscritos nas Constituições, que sempre necessitavam de atuação do legislador, ficando esses direitos carentes de proteção, cedendo espaço para regimes totalitários. Assim, foi-se tomando prestígio, ao longo da história, a idéia de que a Constituição, por ser obra do poder constituinte originário, expressão da soberania do povo, não poderia ficar na dependência de uma intermediação legislativa. O entendimento de que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei, e que são normas matrizes de outras normas, é que justificam a desnecessidade de sua regulamentação em muitos casos. A Constituição brasileira de 1988 filiou-se a essa tendência ao estatuir no § 1º do art. 5 que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”.

## 1.2. Restrições a direitos fundamentais

A natureza principiológica dos direitos fundamentais demonstra que eles não são absolutos, resultando em que são passíveis de restrições, já que sua aplicação depende das possibilidades reais e jurídicas que se apresentem no caso concreto.

A relativização dos direitos já se encontrava prevista no artigo 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que reconheceu que os direitos podem ser limitados para promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as exigências da moral, da ordem pública e do bem estar em uma sociedade democrática.

Também na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já existia a previsão de limites aos direitos fundamentais, conforme se pode observar do contido no artigo 4º, assim redigido: “a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei”.

A Constituição Federal de 1988 traça limites aos direitos fundamentais, quando, por exemplo, reconhece o direito à vida, mas autoriza a pena de morte em caso de guerra declarada, quando prevê o direito de liberdade, mas permite a prisão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, garante o direito de ação, mas proíbe a concessão de *habeas corpus* no caso de punições militares.

Para examinar as restrições de direitos individuais é necessário, primeiro, compreender e identificar o âmbito ou núcleo de proteção do direito fundamental, processo que não pode ser fixado em regras gerais, exigindo, para cada direito fundamental, determinado procedimento. A importância dessa compreensão também reside no fato de que, por vezes, o exercício de um direito individual pode entrar em choque ou colisão com outros direitos constitucionalmente protegidos.

No magistério de Gilmar Mendes, “o exame das restrições aos direitos individuais pressupõe a identificação do âmbito de proteção do direito fundamental ou o seu núcleo.”<sup>4</sup>

O âmbito de proteção dos direitos fundamentais não foi contemplado expressamente no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, sendo conceituado, por alguns juristas, como aquela parcela da realidade que o constituinte resolveu definir como objeto de proteção especial. É necessário identificar, em relação ao âmbito de proteção de determinado direito individual, não apenas o objeto da proteção, mas também contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção.

Para Virgílio Afonso da Silva, “a definição do âmbito de proteção de um direito fundamental responde à pergunta acerca de que atos, fatos, estados ou posições jurídicas são protegidos pela norma que garante o referido direito”.<sup>5</sup>

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, “todo direito fundamental possui um âmbito de proteção (um campo de incidência normativa ou suporte fático) e todo direito fundamental, ao menos em princípio, está sujeito a intervenções neste âmbito de proteção”.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, 3ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2009, p. 14.

<sup>5</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo, Ed. Malheiros, 2009, p. 72.

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 10ª ed., Porto Alegre, Ed. Livraria do advogado, 2009, p. 386.

Ainda para o mesmo autor, esse âmbito de proteção abrange os diferentes pressupostos fáticos instituídos pela respectiva norma jurídica, ou seja, trata-se do bem jurídico protegido, ou do objeto tutelado.<sup>7</sup>

Para se determinar o âmbito de proteção de um direito fundamental é necessário, muitas vezes, fazer uma interpretação sistemática, que abrange outros direitos e disposições constitucionais, além de identificar os bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção, bem como a verificação das possíveis restrições contempladas expressamente na Constituição.<sup>8</sup>

Os direitos individuais, por possuírem “status” constitucional, somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional, chamada restrição imediata, ou por meio de lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição, que é a chamada de restrição mediata.

A Constituição estabelece expressamente a possibilidade de se estabelecerem restrições legais aos direitos fundamentais, que estão inseridos, principalmente, no seu artigo 5º, como, por exemplo, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados ou das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (inciso XII), e a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações que a lei estabelecer (inciso XIII). As restrições são indicadas pelas expressões “nas hipóteses que a lei estabelecer”, “atendidas as qualificações que a lei estabelecer”, “salvo nas hipóteses previstas em lei”. Às vezes a norma fundamental faz referência a um conceito jurídico indeterminado, como, por exemplo, “função social” contido no inciso XXIII do mesmo artigo 5º. Essas normas tem a função de limitar ou restringir o âmbito de proteção de determinado direito fundamental.

Quando o texto constitucional, no inciso XXXV do art. 5º, estatui que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, está querendo

---

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, *idem*, p. 387.

<sup>8</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Ed. Saraiva e IDP, 2007, p. 286.

evidenciar que a intervenção da lei é necessária, mas não pode afetar a proteção judicial. Sendo assim, o legislador tem um limite ao exercer a sua atividade.

### 1.2.1. Tipos de restrições a direitos fundamentais

Como já foi enfatizado, os direitos individuais somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional ou por meio de lei ordinária promulgada com fundamento na própria Constituição.

Exemplos de restrições oriundas da própria Constituição temos no artigo 136, § 1º, inciso I, alíneas “a” a “c”, que prevê que, durante a vigência do estado de defesa, poderão ser estabelecidas restrições especiais aos direitos de reunião, de sigilo de correspondência e de comunicação telegráfica e telefônica; do mesmo tipo de restrição cuida o artigo 139, que trata do estado de sítio, em que as restrições podem abranger, por exemplo, a liberdade de locomoção, o sigilo das comunicações, a liberdade de imprensa, de televisão e a inviolabilidade do domicílio; o direito de reunião, por exemplo, encontra restrição direta e expressa no inciso XVI do artigo 5º, assim redigido: “todos podem reunir-se *pacificamente e sem armas*, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”.

Exemplo de restrição oriunda de lei ordinária promulgada com fundamento na própria Constituição pode ser encontrado no inciso XIII do artigo 5º, segundo o qual “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a *lei estabelecer*”. Neste caso, o texto constitucional não prevê diretamente uma restrição, mas a possibilidade dela, dando autorização para que o legislador ordinário fixe as qualificações profissionais. Sendo assim, o exercício profissional sofre limitação por meio de imposição de certos requisitos relativos a determinada profissão.

Além das restrições ou limites expressos diretamente pela Constituição e indiretamente pela lei, existem também as restrições ou limites implícitos (imanescentes), ou seja, que não se encontram expressamente previstas. Para alguns, os limites imanescentes

traduzem a idéia de não-perturbação: cada direito é limitado pela existência de outros direitos, a fim de se evitar que haja abuso e prejuízo para os outros.<sup>9</sup>

### 1.3. Colisão de direitos fundamentais

Para melhor compreensão dos conflitos que podem surgir entre os direitos fundamentais é necessário ter presente que esses direitos são apresentados como princípios e não como regras.

A teoria dos princípios foi desenvolvida principalmente por Robert Alexy. Para ele, a distinção entre regras e princípios é um dos pilares fundamentais do edifício de toda a teoria dos direitos fundamentais. Segundo ele, tanto as regras como os princípios são normas, já que ambos dizem o que deve ser, existindo, assim, uma distinção apenas entre dois tipos de normas. Ainda segundo Alexy, os princípios são normas de um grau de generalidade relativamente alto, e as regras são normas com um grau relativamente baixo de generalidade.<sup>10</sup>

Para Virgílio Afonso da Silva, “o principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem”.<sup>11</sup> Assim, se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente em caso de a regra ser aplicada a um caso concreto. Quanto aos princípios, não se pode falar em realização sempre total do que a norma exige, tratando-se, assim, de realização parcial.<sup>12</sup>

Segundo Luís Roberto Barroso, regras são relatos objetivos, que descrevem determinadas condutas e que são aplicáveis a um conjunto delimitado de situações, sendo que, quando ocorrer a hipótese prevista em seu texto, a regra deve incidir pelo mecanismo da subsunção. Já os princípios são normas que contêm relatos de maior grau de abstração e

<sup>9</sup> BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 3ª ed., Brasília, Ed. Brasília Jurídica, 2003, p. 171.

<sup>10</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 82 e 83.

<sup>11</sup> SILVA, Virgilio Afonso da. *Direitos Fundamentais*, São Paulo, Ed. Malheiros, 2009, p. 45.

<sup>12</sup> SILVA, Virgilio Afonso da, op. cit., p. 45.

que não especificam a conduta a ser seguida, aplicando-se a um conjunto amplo de situações, sendo que sua aplicação se opera pelo processo de ponderação.<sup>13</sup>

Os princípios são, assim, normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas, sendo, pois, mandamentos de otimização, não contendo mandados definitivos.

Os princípios jurídicos não se apresentam como imperativos categóricos, mas fornecem motivos para que o legislador se decida neste ou naquele sentido, possuindo, como já explicitado, alto grau de generalidade.

Os princípios não são normas suscetíveis de aplicação imediata, mas apenas ponto de partida ou pensamentos diretores que sinalizam para a norma a ser descoberta ou formulada por quem irá decidir os casos concretos.

Tem, assim, os princípios, significado mais abstrato e sentido mais aberto e amplo, sendo perfeitamente possível a aplicação de dois princípios distintos a uma mesma situação fática.

Para Canotilho, os princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor maneira possível, conforme as possibilidades de fato e de direito que se apresentem, não servindo eles para proibir, permitir ou exigir algo em termos de “tudo ou nada”, mas sendo útil para a otimização de um direito; já as regras, segundo ele, são normas que exigem, proíbem ou permitem algo de forma definitiva.<sup>14</sup>

Para Celso Antonio Bandeira de Mello, princípio jurídico é mandamento central de um sistema jurídico e uma disposição fundamental que se irradia, atingindo diferentes normas, e serve de critério para sua exata compreensão, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo.<sup>15</sup>

O princípio pode ser importante, em caso de conflito, para um determinado problema legal, mas não estipula uma solução particular, e quem tiver de tomar a decisão levará em conta todos os princípios envolvidos, escolhendo um deles.

Quando se entende que os princípios ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, tendo em conta as peculiaridades fáticas e jurídicas, não contendo, assim,

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 7ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2009, p. 353-354.

<sup>14</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, 5ª ed. Coimbra, Almedina, 1991, p. 544/545.

<sup>15</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*, São Paulo, ed. RT, 1980, p. 230.

mandados definitivos, percebe-se que os direitos fundamentais quase sempre são enunciados por normas-princípio.

Assim, o conceito de direitos fundamentais está bem próximo do conceito de princípios, já que ambos são normas jurídicas, isto é, são positivados, e estão impregnados de valores e conteúdo ético. Podemos vislumbrar o caráter diferenciador entre direitos fundamentais e princípios admitindo que os primeiros estão ligados à idéia de dignidade da pessoa humana e os segundos não possuem necessariamente essa característica.

A nossa Constituição Federal foi concebida e promulgada em um ambiente democrático e pluralista, e, assim, é natural que nela estejam contidos valores ideológicos dos mais diversos grupos sociais que fizeram parte do seu processo político de elaboração, sendo, portanto, o produto resultante de um intenso debate político travado pelos mais diversos setores da nossa sociedade. Assim, é natural que as normas constitucionais, freqüentemente, entrem em rota de colisão. É nesse contexto que surge o fenômeno da colisão de direitos fundamentais.

Assim, ocorre a colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental de um titular impede o exercício de outro direito fundamental de outro titular, não sendo necessário que os dois direitos fundamentais envolvidos sejam coincidentes, ou, conforme Canotilho: “De um modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular.”<sup>16</sup>

Para Gilmar Mendes, “Fala-se em colisão entre direitos individuais quando se identifica conflito decorrente do exercício de direitos individuais por diferentes titulares.”<sup>17</sup>

A colisão de direitos fundamentais pode ocorrer entre vários titulares de direitos fundamentais, e entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado.

Pode ocorrer colisão entre direitos fundamentais idênticos e entre direitos fundamentais diferentes.

Quando se apresenta um conflito de uma regra com outra, que disponha em contrário, o problema se resolverá no campo da validade; as duas regras não podem conviver simultaneamente no ordenamento jurídico.

---

<sup>16</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes, op.cit., p. 657.

<sup>17</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, op., cit., p. 77.



Já quando se verifica um conflito entre princípios incidentes sobre uma mesma situação fática, a solução não é a mesma que se verifica no conflito entre regras. No conflito entre princípios, o intérprete deve buscar a conciliação entre eles, aplicando cada um deles em extensões variadas, conforme a importância do caso concreto, sem excluir um deles por contradição com o outro.

Para exemplificar, se estiverem em atrito o direito de liberdade de expressão veiculado por meio de uma matéria de jornal sobre alguém e o direito deste à privacidade, ambos acolhidos como direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico-constitucional, é necessário levar em conta as circunstâncias do caso concreto, pesando-se os dois interesses em conflito, já que a incidência dos dois direitos fundamentais referidos leva a conclusões contraditórias entre si.

Nesses casos de conflitos de direitos fundamentais, há que se fazer um juízo de ponderação, vinculado ao princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, que consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana das ideais de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação e proibição de excesso.

Ainda segundo o já citado Robert Alexy, existe uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade.<sup>18</sup>

E é sobre o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso que será desenvolvido o capítulo seguinte.

---

<sup>18</sup> ALEXY, Robert., op. cit., p. 111.

## 2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

### 2.1. Conceito e sentido

Antes de conceituar o *princípio da proporcionalidade* é necessário esclarecer que o referido princípio é denominado de *princípio da razoabilidade* pelos americanos. Os alemães usam tanto o termo *proporcionalidade* como *proibição de excesso*.

O princípio da proporcionalidade ganhou o seu contorno atual na Alemanha, sendo que, a partir da Segunda Guerra Mundial, o Tribunal Constitucional daquele país foi sedimentado aos poucos referido princípio por meio das várias decisões reconhecendo que ao legislador não é permitido se exceder na sua liberdade de conformação dos direitos fundamentais.<sup>19</sup>

Assim, a partir da Lei Fundamental de 1949, o princípio da proporcionalidade passou de mero direito de polícia à condição de princípio constitucional, de imposição obrigatória não apenas ao administrador e juiz, mas ao próprio legislador, alcançando, nas décadas seguintes, a qualidade de princípio de todo o direito público alemão.

O Tribunal Constitucional alemão, assim, se preocupou com a necessidade de controlar as restrições legais aos direitos fundamentais, nos aspectos da necessidade, adequação e proporcionalidade da medida restritiva, tendo, em decisão de 16 de março de 1971, definido o conteúdo do referido princípio, da seguinte forma:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental.

O princípio da proporcionalidade, apesar de não escrito, vem sendo amplamente utilizado pela Corte Constitucional alemã com o fim de controlar as leis restritivas de direitos, sedimentando-se a idéia de que a sua violação acarreta a inconstitucionalidade do ato legislativo.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> BARROS, Suzana de Toledo, op. cit., p. 47.

<sup>20</sup> BARROS, Suzana Toledo, op. cit., p. 49.

Na jurisprudência alemã ficou célebre o caso *Apothekenurteil*, de 1958, quando o Tribunal Constitucional Alemão (BverfGE) apreciou uma lei da Baviera que restringia o número de farmácias em certa comunidade. Referida lei condicionava a outorga de licença para instalação de novas farmácias somente se estas se revelassem comercialmente viáveis e não causarem danos concorrenciais para os competidores próximos. A lei foi julgada inconstitucional por ofensa à livre iniciativa, tendo, naquela ocasião, o Tribunal distinguido os três subelementos – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A partir dos anos 60, o princípio da proporcionalidade completou o seu processo de amadurecimento e passou a fazer parte da produção doutrinária daquele país.<sup>21</sup>

Na Itália a doutrina sempre se preocupou quando a atividade do legislador se mostra desvinculada da finalidade constitucionalmente consagrada para determinado ato, sendo exemplo disso a ponderação de Santi Romano, em 1902, nos seguintes termos:

(...) mas a figura do poder discricionário reclama precisamente que dele se faça uso conforme a finalidade, da qual o próprio poder deriva; há de outra forma um desvio de poder, que se constitui uma violação de direito, no sentido próprio da palavra. São conceitos estes de aplicação comum no que se refere à competência dos órgãos administrativos, e não se saberá indicar por que não parecem se referir, em sua generalidade, ao Parlamento. Em certos campos da sua competência legislativa, este não possui poderes sem fronteiras, mas poderes discricionários, importa dizer, limitados ao menos pela obrigação de fazer uso por motivos determinados.<sup>22</sup>

Na Espanha o princípio da proporcionalidade foi desenvolvido durante o regime ditatorial do General Franco, que perdurou de 1936 a 1975, e foi positivado no direito administrativo daquele país como limitação à intervenção administrativa sobre as esferas privadas. A utilização do referido princípio no direito constitucional deu-se depois da queda do regime autoritário e a promulgação da Constituição de 1978, mesmo diante da falta de positivação no documento constitucional. A Espanha pode ser considerado, hoje, o melhor exemplo de país que elevou o princípio da proporcionalidade à categoria de princípio geral de direito, sendo que a jurisprudência e doutrina daquele país são permeadas pelo

---

<sup>21</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, ed. Malheiros, São Paulo, 2006, p. 45.

<sup>22</sup> CAIO TÁCITO. *Desvio de Poder Legislativo*, in: Revista Trimestral de Direito Público, n. I, pp.67-68.

reconhecimento da possibilidade de exame judicial dos atos estatais que forem inadequados ou desproporcionais.<sup>23</sup>

Portugal inseriu o princípio da proporcionalidade em sua Constituição de 1976, no artigo 18, assim redigido:

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.
2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.
3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

O que essas normas constitucionais, todas inspiradas no direito constitucional alemão, põe em relevo é que não basta que o legislador esteja autorizado a estabelecer restrições aos direitos constantes na Constituição, já que sua atividade é limitada à proteção do núcleo essencial dos direitos e garantias assegurados, e este limite é dado por meio do princípio da proporcionalidade.

Nos Estados Unidos da América, o princípio da proporcionalidade é denominado de princípio da razoabilidade e foi desenvolvido antes da construção dogmática dos alemães.

A ampla garantia aos direitos assegurados pela Constituição norte-americana é dada pela fórmula do *due process of law*, que tem um sentido muito abrangente, tendo-se transformado em um verdadeiro parâmetro de justiça.

A Suprema Corte Americana, visando interpretar o sentimento jurídico do seu povo, que repele a arbitrariedade legislativa, lançou mão dessa fórmula – *devido processo legal* – como instrumento de controle do mérito dos atos normativos, sendo que os precedentes julgados logo após a independência serviram de argumentos para aproveitar referida cláusula como garantia contra o arbítrio dos legisladores.<sup>24</sup>

Nos países que possuem um constitucionalismo desenvolvido, permite-se aos juízes exercer um controle efetivo da razoabilidade das produções legislativas, que não devem ser

<sup>23</sup> BARROS, Suzana Toledo, op. cit., p. 50.

<sup>24</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, 3ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005, pp. 43/44.

caprichosas ou arbitrárias, devendo, ao invés disso, atuar como meio idôneo e necessário para atingir as finalidades constitucionais.

No Brasil, apesar da tradição da doutrina e da jurisprudência de não dar muita importância para o controle do mérito dos atos discricionários, principalmente do ato legislativo, passou a adotar o princípio da razoabilidade de normas jurídicas mais recentemente. Esse princípio, da forma como é aplicado atualmente no Supremo Tribunal Federal, é fruto da criatividade da Corte Constitucional Alemã.

O princípio da proporcionalidade pode ser conceituado como um parâmetro ou instrumento de valoração dos atos do poder público a fim de verificar se entre eles há uma relação adequada, equilíbrio, harmonia, equidade, e se são informados pelo sentido de justiça.

Referido princípio traduz aquilo que não é absurdo e nem excessivo, tendo, também, significados como bom senso, prudência e moderação, e é utilizado para garantir que a relação entre o fim a que se busca e o meio utilizado seja proporcional e adequada entre eles.

Luiz Roberto Barroso, ao discorrer sobre os princípios de interpretação especificamente constitucional, ensina que o ponto de partida do intérprete tem que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que refletem a ideologia da Constituição.<sup>25</sup>

Ainda segundo o mesmo autor, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade tem seu fundamento na idéia do devido processo legal substantivo e na idéia de justiça, tratando-se, assim, de um instrumento valioso de proteção dos direitos fundamentais e do interesse particular, já que permite o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público; enfatiza, ainda, o autor, que referido princípio funciona “como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema”.<sup>26</sup>

Ingo Wolfgang Starlet ensina que princípio da proporcionalidade se constitui em um dos pilares do Estado democrático de direito brasileiro e surge como instrumento de controle dos atos dos poderes públicos, sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de

---

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto, op. cit. p. 155.

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 375.

sujeitos privados. Segundo ele, referido princípio tem a função de controlar a legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. O mesmo autor acrescenta, ainda, que, para quem segue a orientação do direito norteamericano, a proporcionalidade guarda relação com o inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal, que assegura o devido processo legal substantivo (*substantive process of law*).<sup>27</sup>

Para J.J. Gomes Canotilho, o princípio da proporcionalidade era considerado, nos tempos primitivos, como medida para as limitações administrativas da liberdade individual e como princípio geral do direito de polícia; posteriormente foi erigido à dignidade de princípio constitucional, passando a ser conhecido também como princípio da proibição do excesso.<sup>28</sup>

Ainda para o mesmo autor, não existe certeza quanto ao fundamento constitucional do referido princípio, sendo que alguns autores pretendem derivá-lo do princípio do Estado de direito, ao passo que outros entendem que ele está intimamente relacionado com os direitos fundamentais.<sup>29</sup>

O princípio da proporcionalidade é utilizado quando ocorre colisão de direitos fundamentais, os quais não são ilimitados nem absolutos, já que encontram seus limites em outros direitos. Assim, quando ocorre a colisão entre os direitos fundamentais é necessário fazer uso da ponderação, visando a aplicação do princípio que melhor se coadune ao caso concreto, já que não existe hierarquia entre eles, não se podendo, portanto, eliminar um deles para a aplicação do outro.

A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais, ganhando, assim, grande importância e adquirindo uma difusão tão larga quanto os outros princípios constitucionais, principalmente o princípio da igualdade. O princípio da proporcionalidade protege a liberdade, amparando, desse modo, os direitos fundamentais, e, assim, compreende-se que ele serve para limitar o poder legítimo e para fornecer o critério das limitações à liberdade individual.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 396.

<sup>28</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 386.

<sup>29</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 386.

<sup>30</sup> BONAVIDES, Paulo, op.cit., p. 359.

Assim, a questão da violação do princípio da proporcionalidade surge quando existem dois princípios igualmente válidos e que regulam de maneira diferente interesses confluentes e conflitantes, e um deles tem que ser necessariamente excluído diante do caso concreto. Para a solução do problema faz-se necessário o uso da ponderação dos dois princípios, e o que tiver peso maior, no caso concreto, deve ser aplicado. Conclui-se, daí, que o princípio da proporcionalidade se materializa na ponderação, que significa melhor adequabilidade dos meios aos fins.

A proporcionalidade é, assim, a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de determinado direito.

Quando o legislador atua além da autorização constitucional, a rigor comete excesso, já que a atividade legislativa é vinculada a limites formais e materiais.<sup>31</sup>

O princípio da proporcionalidade é tido como princípio norteador da própria atividade do poder legislativo, a qual pode ser questionada judicialmente quanto à sua razoabilidade.

O princípio da proporcionalidade está bastante ligado à idéia de equidade, que é, segundo alguns, um princípio supremo do direito, estando, também, ligado à idéia de justiça.

Pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade serve de complemento ao princípio da reserva legal, que, por si só, não é capaz de evitar a prática de atos excessivamente restritivos de direitos.

Para Paulo Bonavides, o princípio da proporcionalidade pretende estabelecer a relação entre meio e fim, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta, a fim de tornar possível um controle do excesso, entendendo ele que referido princípio sofre violação, ocorrendo o arbítrio, quando os meios destinados a realizar um fim não são apropriados, ou quando se verifica uma desproporção evidente entre esses meios de os fins.<sup>32</sup>

Ainda segundo Paulo Bonavides, só é possível compreender o conteúdo e o alcance do princípio da proporcionalidade, enquanto princípio constitucional, se considerarmos o advento histórico de duas concepções de Estado de Direito: uma, em declínio, ou de todo

---

<sup>31</sup> BARROS, Suzana de Toledo, op. cit., pp. 74/75.

<sup>32</sup> BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 357.

ultrapassada, que se vincula doutrinariamente ao princípio da legalidade, com apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar; outra, em ascensão, ligada ao princípio da constitucionalidade, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica.<sup>33</sup>

Para Inocêncio Mártires Coelho, o princípio da proporcionalidade, como instrumento hermenêutico, é utilizado para aferir a legitimidade das restrições de direitos, e consubstancia uma pauta de natureza axiológica que se origina das idéias de justiça, equidade, moderação e proibição de excesso, servindo também de regra de interpretação de todo o ordenamento jurídico, inclusive no âmbito constitucional, o que o torna vinculado à própria idéia de Estado de Direito.<sup>34</sup>

Para Manoel Jorge e Silva Neto, a idéia subjacente ao princípio da proporcionalidade é invadir a esfera de liberdade do indivíduo o menos possível, e a opção feita pelo legislador deve ser passível de prova no sentido de ter sido a melhor e única possibilidade viável para atingir certos fins e de menor custo ao indivíduo.<sup>35</sup>

Discorrendo sobre as funções dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no âmbito do direito administrativo, José Roberto Pimenta Oliveira ensina que esses princípios inibem ou limitam a atuação administrativa a que falte o respeito que a Constituição Federal estabelece aos órgãos responsáveis por efetivar os interesses coletivos.<sup>36</sup>

Segundo Paulo Bonavides, entre os juristas de língua alemã, principalmente os da Alemanha e Suíça, o entendimento prevalente é que o princípio da proporcionalidade é um princípio geral de Direito Constitucional, ao lado do princípio do Estado de Direito.<sup>37</sup>

É fundamental ter em mente que o princípio da proporcionalidade contempla o exame da norma legal no plano intrínseco, isto é, sob a ótica de sua relação material entre meios e fins.

A norma legal, assim, não deve ser arbitrária ou contrária à natureza das coisas, devendo servir como meio idôneo, hábil e necessário para atingir as finalidades legítimas

<sup>33</sup> BONAVIDES, Paulo, op.cit., p. 362.

<sup>34</sup> COELHO, Inocêncio Martires. *Interpretação Constitucional*, 3ª. ed., São Paulo, Ed. Saraiva, p. 109 e 110.

<sup>35</sup> NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Lúmen Júris Editora, 2006, p. 110 e 111.

<sup>36</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta, op. cit., p. 37.

<sup>37</sup> BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 364.



do ponto de vista constitucional. Para isso é necessário haver compatibilidade e congruência entre a norma legal em si e o fim a que ela se destina. Sendo assim, se tal relação de identidade entre meio e fim da norma legal não estiver presente, padecerá ela da mácula da arbitrariedade e da irrazoabilidade, já que nem mesmo o legislador pode estabelecer discriminações despropositadas. O legislador também não pode deixar de observar a justa gradação na distribuição dos custos e benefícios entre as partes e interesses em conflito nas relações jurídicas.<sup>38</sup>

Valeschka e Silva Braga entende que o princípio da proporcionalidade é o mais importante dos princípios constitucionais, na medida em que é utilizado para solucionar as colisões de princípios, possuindo um papel de extrema importância na aplicação do Direito.<sup>39</sup>

Ao adotar uma recente decisão do Conselho Privado do Reino Unido relacionada à Constituição das ilhas Antigua e Barbuda, o Lorde Hope traçou os contornos do princípio da proporcionalidade. Assim, ao determinar se uma limitação (oriunda de uma lei, uma regra ou uma decisão) é arbitrária ou excessiva, o órgão julgador deve perguntar a si mesmo se: a) o objetivo da lei é suficientemente importante para justificar a limitação de um direito fundamental? b) as medidas destinadas a atender o objetivo da lei estão racionalmente ligadas a ele? e c) os meios utilizados para limitar um direito de liberdade são os estritamente necessários para atingir o objetivo?<sup>40</sup>

O princípio da proporcionalidade não se encontra expressamente positivado na nossa Constituição Federal, mas pode-se admitir a sua existência pelo conteúdo do § 2º do artigo 5º, nos seguintes termos:

§ 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.

Para a maioria dos doutrinadores, o princípio da proporcionalidade está inserido no inciso LIV do mesmo artigo 5º da Constituição Federal, assim escrito:

LIV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

<sup>38</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, op. cit., p. 234.

<sup>39</sup> BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade & razoabilidade*, 2ª ed., Curitiba, Ed. Juruá, 2008, p. 23.

<sup>40</sup> AMOS, Merris. *Human Rights Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, USA, 2006, p. 85 e 86.

Entretanto, referido princípio encontra-se positivado no art. 2º da Lei nº 9.784, de 19.01.1999. Vejamos:

Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, *proporcionalidade*, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (grifo meu).

### 2.3. Subprincípios

A doutrina alemã concebeu estruturalmente o princípio da proporcionalidade como possuindo três elementos ou subprincípios, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, os quais, em conjunto, servem para dar a densidade indispensável para alcançar o fim a que se propõe.

#### 2.3.1. Adequação

O juízo de adequação ou da idoneidade é aquele que diz respeito ao controle intrínseco da lei com referência à congruência na relação meio-fim, restringindo-se à indagação: o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado a que se pretende? Significa que a adequação dos meios aos fins é a exigência de que qualquer medida restritiva de direitos fundamentais deve ser apta ou idônea para atingir a finalidade pretendida. O exame da idoneidade da medida de restrição deve ser feito sob o enfoque negativo, ou seja, apenas quando, de forma inequívoca, a lei se mostrar inidônea para alcançar o objetivo é que ela deve ser anulada.<sup>41</sup>

Esse juízo de adequação é desdobrado por Luís Roberto Barroso em razoabilidade interna e razoabilidade externa, a primeira referindo-se à existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins, incluindo, aí, a razoabilidade técnica da medida, e a segunda referindo-se à sua adequação aos meios e fins admitidos pelo texto constitucional.<sup>42</sup>

<sup>41</sup> BARROS, Suzana de Toledo, op.cit., pp. 79/80.

<sup>42</sup> BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 232-233.

Para Virgílio Afonso da Silva, quando uma medida estatal interferir no âmbito do direito fundamental, essa medida deve necessariamente ter como finalidade um fim constitucionalmente legítimo. E, ao se aplicar a regra da proporcionalidade, é necessário fazer uma primeira indagação: a medida adotada é adequada para fomentar a realização do objetivo perseguido?<sup>43</sup>

### 2.3.2. Necessidade

O subprincípio da necessidade ou da exigibilidade é aquele que exige que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio direito ou de outro direito fundamental, e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz e menos gravosa. Assim, o meio empregado deve ser o mais idôneo e a restrição deve ser a menor possível.

Quando se considera que uma medida é desnecessária e, assim, fere o princípio da proporcionalidade, é preciso que se possa indicar uma outra medida menos lesiva e, que, portanto, restringe menos, além de estar apta para alcançar o mesmo ou um melhor resultado. Vê-se, assim, que a ponderação entre o meio utilizado e o fim a ser atingido é de fundamental importância.<sup>44</sup>

O subprincípio da necessidade traz em si o requisito da adequação, já que só se fala em exigibilidade se o meio empregado pelo legislador for idôneo à consecução da finalidade constitucional.

Para avaliar a necessidade de uma medida restritiva é preciso fazer um juízo de valoração no caso concreto, e deve ser avaliado o grau de afetação do destinatário.

Ainda no magistério de Virgílio Afonso da Silva, o exame da necessidade de uma medida constitui-se em um teste de comparação, isto é, um ato estatal é necessário quando for comparado a outras alternativas que poderiam ter sido utilizadas para a mesma finalidade.<sup>45</sup>

Esse subprincípio, também conhecido como “princípio da menor ingerência possível”, na definição de Luís Roberto Barroso, consiste em que os meios utilizados para

---

<sup>43</sup> SILVA, Virgílio Afonso da, op., cit., p. 169/170.

<sup>44</sup> BARROS, Suzana de Toledo, op.cit., p. 82.

<sup>45</sup> SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., p. 171.

atingir os objetivos sejam os menos onerosos para o cidadão, ou seja, é a chamada proibição do excesso.<sup>46</sup>

É, assim, a escolha do meio menos pernicioso aos interesses constitucionalmente tutelados. Corresponde, este subprincípio, à máxima “dos males, o menor”, já que, por meio dele, se busca a menor ingerência nos direitos fundamentais, significando que, diante de uma pluralidade de opções, o agente do Estado deve escolher aquela que apresenta menor grau de nocividade.<sup>47</sup>

### 2.3.3. Proporcionalidade em sentido estrito

Esse subprincípio visa verificar se o meio utilizado está em proporção razoável com o fim colimado. A diferença entre este subprincípio e o subprincípio da necessidade está em que este cuida da otimização com relação a possibilidades fáticas e aquele envolve apenas a otimização das possibilidades jurídicas.

Esse subprincípio serve de complementação aos outros dois, já que nem sempre um juízo de adequação e necessidade são suficientes para determinar a justiça da medida restritiva de direitos adotada.

A proporcionalidade em sentido estrito resulta de uma rigorosa ponderação e do equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador, atuando, assim, referido princípio, como uma sintonia fina para verificar se a solução encontrada foi justa ou se é necessária a sua revisão.<sup>48</sup>

O ato normativo ou de cominação de sanção só será constitucional, à luz do princípio da proporcionalidade, se, ao mesmo tempo, for adequado, necessário e estritamente proporcional. Isso significa que o ato normativo ou de execução que não seja contrário ao sentimento mediano e de bom senso das pessoas deve ser preservado, sob pena de a ponderação efetuada pelo legislador ou pelo executor administrativo ser substituída pelo arbitramento judicial.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 234-235.

<sup>47</sup> BRAGA, Valeschka e Silva, op. cit., p. 112.

<sup>48</sup> MENDES, Gilmar, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., pp. 322/323.

<sup>49</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, op. cit., p. 225.

A proporcionalidade em sentido estrito implica o equilíbrio global entre os custos e os benefícios. Envolve, assim, a análise da relação custo-benefício da medida limitadora, ponderando-se os danos causados em relação aos benefícios auferidos, somente se admitindo o ônus se o benefício for superior a ele.<sup>50</sup>

#### 2.4. A proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Segundo Gilmar Mendes, o vício de inconstitucionalidade substancial resultante de excesso de poder legislativo, é, possivelmente, é um dos temas mais tormentosos do controle de constitucionalidade dos tempos modernos. Para ele, cuida-se de verificar se a lei é compatível com os fins constitucionalmente previstos, ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade, ou seja, trata-se de fazer uma censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo.<sup>51</sup>

Segundo o mesmo autor, a doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, que se apresenta mediante contrariedade ou inadequação entre os meios e fins, envolvendo, assim, como já referido, a apreciação da necessidade e adequação da providência legislativa.<sup>52</sup>

Ainda na visão do referido autor, a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, quando se trata de impor restrições a determinados direitos, é preciso indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição fixada (princípio da reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.<sup>53</sup>

O Supremo Tribunal Federal, Corte brasileira competente para julgar em última instância as causas em que há lesão à Constituição, tem tomado várias decisões em que há o reconhecimento do princípio da proporcionalidade.

---

<sup>50</sup> BRAGA, Valeschka e Silva, op. cit., p. 114.

<sup>51</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, op. cit., p. 46

<sup>52</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, idem, p. 47.

<sup>53</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, idem, p. 49.

Em um dos primeiros julgados, datado de 21 de setembro de 1951, no Recurso Extraordinário nº 18.331,<sup>54</sup> sobre o aumento do imposto de licença sobre cabines de banho feito pela Prefeitura de Santos, o Relator, Ministro Orozimbo Nonato assim se manifestou, já vislumbrando um vício de inconstitucionalidade por abuso de poder do legislador, havendo, assim, referência ao princípio da proporcionalidade relacionado à proteção ao direito de propriedade:

O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade. É um poder, em suma, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode-se acender não somente considerando a letra, o texto, como também, e principalmente, o espírito e o dispositivo invocado.

O reconhecimento explícito da existência do princípio da proporcionalidade no nosso direito positivo se deu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-2, em 1º de junho de 1993,<sup>55</sup> em que a decisão cautelar ali proferida suspendeu provisoriamente os efeitos da Lei nº 10.248, de 14.01.93, do Estado do Paraná. Referida lei previa a obrigatoriedade da pesagem de botijão de gás à vista do consumidor, e foi impugnada porque impunha um ônus excessivo às empresas de gás, eis que estas teriam de dispor de uma balança em cada veículo ou posto de revenda. Assim, a exigibilidade, adequação e proporcionalidade da medida restritiva foram questionados tendo em vista o parecer técnico do diretor-geral do INMETRO, que foi feito em razão de consulta de empresa sobre lei fluminense que também pretendia obrigar as distribuidoras de gás ao uso da balança. O Ministro Sepúlveda Pertence, relator do processo, assim se manifestou no seu voto:

(...) De sua vez, os esclarecimentos de fato – particularmente a manifestação do Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial – INMETRO, do Ministério da Justiça, são de múltipla relevância para este julgamento liminar.

Eles servem, de um lado – como proficientemente explorados na petição – não só para lastrear o questionamento da proporcionalidade ou da razoabilidade da disciplina legal impugnada, mas também para indicar a conveniência de sustar, ao menos, provisoriamente – as inovações por ela impostas, as quais, onerosas ou de duvidosos efeitos úteis – acarretariam danos de incerta reparação

<sup>54</sup> RE 18.331, Relator Ministro Orozimbo Nonato, RF 145:164-169.

<sup>55</sup> Publicado no DJU de 1º.10.93.

para a economia do setor, na hipótese – que não é a de afastar – de que se venha ao final a declarar a inconstitucionalidade da lei.

E o acórdão lavrado ficou assim ementado:

Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e §§, 25, § 2º, e 238, além de violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida.

A importância do princípio da proporcionalidade no âmbito do controle de constitucionalidade pode ser destacada em despacho proferido pelo Ministro Celso de Mello em um pedido de Suspensão de Segurança feito pela União contra decisão de Tribunal Regional Federal que declarou a ilegitimidade de norma regulamentar limitadora da quantidade de cigarros em um maço de cigarros. Depois de destacar que o pedido era improcedente no que se refere à lesão à economia e a saúde pública, referido Ministro procurou demonstrar a incompatibilidade entre a norma regulamentar e o princípio da proporcionalidade, nos termos abaixo:

Impõe-se ter presente, finalmente, que o poder-dever que incumbe ao Estado de intervir em atividades consideradas prejudiciais à saúde pública encontra limitações no próprio texto da Constituição da República, que não admite de nem tolera a edição de atos estaduais veiculadores de restrições desvestidas de razoabilidade.

Essa, no fundo, simultaneamente com os temas de reserva constitucional de lei formal e da liberdade de iniciativa empresarial, traduz a questão básica, cuja discussão – vinculada ao princípio do *substantive due process of law* – acha-se em curso no processo mandamental de que e originou o acórdão ora questionado.

Os temas suscitados no processo mandamental assumem inquestionável relevância jurídico-constitucional, notadamente a controvérsia que, na espécie ora em exame, põe em evidência o princípio da proporcionalidade.

É certo – como já precedentemente enfatizei – que, em sede de suspensão de segurança, não se discute, em princípio, o fundo da controvérsia mandamental (RTJ 143-23).

No entanto, não posso deixar de considerar, na análise do caso presente, tanto a existência de um acórdão concessivo de mandado de segurança (remédio constitucional cuja eficácia não deve ser neutralizada por disposição constante de simples diploma legislativo) quanto a plausibilidade jurídica da tese exposta pela parte impetrante, especialmente se se considerar a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal que já assentou o entendimento de que transgredir o princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LVI) – analisado este na perspectiva de sua projeção material (*substantive due process of law*) – a regra estatal que veicula, em seu conteúdo, prescrição normativa qualificada pela nota da irrazoabilidade.

Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao princípio da proporcionalidade, que se qualifica – enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 56/57, itens ns. 18/19, 4ª ed., 1993, Malheiros; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 46,

item n. 3.3. 2ª ed. 1995, Malheiros) – como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público.

Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado – inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa – adverte que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do *due process of law* (RAQUEL DENIZE STUMM, “Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro”, p. 159/170, 1995, Livraria do Advogado Editora; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “Direitos Humanos Fundamentais”, p. 111/112, item n. 14, 1995, Saraiva; PAULO BONAVIDES, “Curso de Direito Constitucional”, p. 352/355, item n. 11, 4ª ed., 1993, Malheiros; GILMAR FERREIRA MENDES, “Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos”, p. 38/54, 1990, Saraiva).

Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo e regulamentar. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.<sup>56</sup>

O princípio da proporcionalidade também vem sendo utilizado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como instrumento para solução de colisão entre direitos fundamentais, de que é exemplo uma decisão sobre a obrigatoriedade de submissão ao exame de DNA em ação de paternidade de que foi Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, assim redigida, acentuando-se, neste caso, a existência de outros meios de prova igualmente idôneos e menos invasivos:

Cuida-se aqui, como visto, de hipótese atípica, em que o processo tem por objeto a pretensão de um terceiro de ver-se declarado pai da criança gerada na constância do casamento do paciente, que assim tem por si a presunção legal de paternidade e contra quem, por isso, se dirige a ação.

Não discuto aqui a questão civil da admissibilidade da demanda.

O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade – de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais – é que se pretenda constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular.

É de sublinhar que efetivamente se cuidava de simples prova de reforço de um fato que, de outro modo, se pode comprovar.

Com efeito. A revolução, na área de investigação de paternidade, da descoberta do código genético individual, em relação ao velho cotejo dos tipos sanguíneos dos envolvidos, está em que o resultado deste, se prestava apenas e eventualmente à exclusão da filiação questionada, ao passo que o DNA leva sabidamente a resultados positivos de índices probabilísticos tendentes à certeza.

Segue-se daí a prescindibilidade, em regra, de ordenada coação do paciente ao exame hematológico, à busca de exclusão da sua paternidade presumida, quando a evidência positiva da alegada paternidade genética do autor da demanda pode ser investigada sem a participação do réu (é

<sup>56</sup> SS 1320, DJ de 14.04.1999, item 524.



expressivo, aliás, que os autos já contenham laudo particular de análise de DNA do autor, do menor e de sua mãe – v. 4/f.853).<sup>57</sup>

O acórdão do Supremo Tribunal Federal proferido em sede de liminar, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1407, da relatoria do Ministro Celso de Mello, com ementa publicada em 24.11.2000, é bastante didático ao descrever o padrão da proporcionalidade que deve ser exigido dos atos legislativos. Senão vejamos:

O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita a rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso do poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.

Em decisão de 29 de junho de 2006, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do processo de Habeas Corpus nº 87.776-1/SP, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, entendeu que o excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal, no caso objeto do referido processo, fere o princípio da razoabilidade.

No seu voto, o Relator assim se manifestou:

Esta Corte vem reiterando o posicionamento de que o excesso de prazo, para fins de manutenção de prisão cautelar, ainda que se trate de crime hediondo ou a ele equiparado, ofende o princípio da dignidade da pessoa humana. Paradigmático, neste sentido, o acórdão proferido pelo Plenário, em votação unânime, no HC 85.237/DF, Rel. Min. Celso e Mello. Referido acórdão abordou também a inaceitável subversão dos fins do instrumento processual como meio de antecipação executória da própria sanção penal.

Na esteira do citado acórdão, vasta gama de decisões proferidas pela corte: HC 87.241/RJ, Rel. Cezar Peluzo; HC 86.915/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 84.931/CE, Min. Cezar Peluzo; HC 84.934/RO, Min. Marco Aurélio; HC 86.233/PA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; HC-MC 88.050/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes.

Registro, por oportuno, que consulta processual acerca do processo nº 2004.61.02007179-1, nos sistemas do Tribunal Regional Federal da 3ª Região indicam a finalização da instrução processual em 16.01.06, com a juntada ao processo de alegações finais de um dos réus. Encontram-se os autos conclusos para sentença desde 15.02.06, há mais de quatro meses, portanto, sem que se possa responsabilizar a defesa pela delonga em ser proferida decisão de mérito.

---

<sup>57</sup> STF, HC 76.060-4. Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

Ponderando-se que a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal vem entendendo que o encerramento da instrução criminal desqualifica a argumentação de excesso de prazo para fins de manutenção de prisão provisória (HC 85.611, Rel. Min. Ellen Gracie; HC 86.618, Rel. Min. Ellen Gracie; HC 81.878, Rel. Nelson Jobim), há que se balancear os bens jurídicos considerados, parecendo-me razoável admitir que, no presente caso, o lapso temporal da prisão preventiva seja afrontoso ao ordenamento constitucional.

Pelo exposto, concedo a ordem para, reconhecendo o excesso de prazo na prisão cautelar do paciente, determinar que este guarde em liberdade o julgamento de 1º grau, se por *al* não estiver preso.

E assim foi redigida a ementa do acórdão:

**EMENTA:** PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

I – O princípio da razoabilidade impõe o reconhecimento do excesso de prazo da prisão preventiva, quando a delonga no curso processual não for atribuível à defesa.

II – *Habeas corpus* concedido.

Em outra recente decisão, datada de 03 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 349.703-1/RS, cujo acórdão foi relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, reconheceu que a prisão civil de devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade. A ementa do acórdão ficou assim redigida:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIRETOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO-BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos do ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPARAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão “depositário infiel” insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma,

desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional.

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.**

### 3. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 12 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO

Antes de tecermos considerações a respeito da possível inconstitucionalidade do artigo 12 da Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), é necessário fazer breves considerações sobre referido Estatuto e a respeito dos direitos fundamentais em face dele.

#### 3.1. Considerações gerais sobre o Estatuto do Desarmamento

A preocupação com a questão do controle de armas de fogo é um assunto comum a quase todos os países.

Para tratar do problema, as Nações Unidas promoveu, no período de 29 de abril a 8 de maio de 1995, o IX Congresso sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente, evento que foi realizado na cidade do Cairo, Egito, tendo sido elaborado o documento denominado “Controle das armas de fogo para fins de prevenir a delinqüência e garantir a segurança pública” pela Comissão de Prevenção ao Crime, conforme consta dos parágrafos 7 a 10 da Resolução nº 9 daquele órgão. Nas várias Sessões do Congresso referido, surgiram amostras de que o tema deveria ser debatido de forma ampla e foi recomendado que os Estados-membros fortalecessem as suas legislações, tornando mais rígidos o controle de aquisição e porte de arma de fogo.<sup>58</sup>

No dia 3 de março de 1997, o jornal *A Folha de São Paulo* publicou matéria informando que para a Organização dos Estados Americanos – OEA a violência estava fora de controle na América Latina.

Assim é que, atendendo recomendação das Nações Unidas, o Presidente da República e o Ministro da Justiça deflagraram um movimento orientado para sensibilizar o Congresso Nacional a modernizar a legislação criminal, para o fim tanto de adequá-la às aspirações de segurança pública quanto para a humanização do sistema criminal. Como consequência desse movimento, entrou em vigor, em 1997, a Lei nº 9.437, de 20 de

---

<sup>58</sup> JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal do Desarmamento – anotações à parte criminal da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do Desarmamento)*, 5ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2005, p. 1

fevereiro, hoje revogada, que criou o SINARM – Sistema Nacional de Armas de Fogo, transformando a contravenção de porte ilegal de arma de fogo em crime.<sup>59</sup>

Em razão das impropriedades existentes na Lei nº 9.437/97, o legislador editou a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a que se denominou de Estatuto do Desarmamento, que está em vigor, que dispõe sobre o registro, porte e comercialização de armas de fogo, além de definir os crimes e disciplinar o SINARM – Sistema Nacional de Armas de Fogo.

Essa nova lei exige vários requisitos para que alguém possa registrar uma arma para mantê-la em sua residência, conforme consta dos incisos do seu artigo 4º, o que, na prática, resulta na maior dificuldade ou mesmo na quase impossibilidade de obtenção do registro, afastando, como conseqüência, a pretensão do cidadão comum de possuir arma de fogo.<sup>60</sup>

Apesar da lei ser o instrumento de que se vale o Estado para impor suas determinações, ela, sozinha, não tem a capacidade de produzir a eficácia desejada e, por isso, ela deve atuar em conjunto com outros meios, como investimentos em educação, saúde, oportunidade de trabalho.

Damásio E. de Jesus entende que o desarmamento da população só pode ser imposto quando se pode dispor de órgãos policiais devidamente aparelhados para garantir a segurança da sociedade, e que, ao lado do Estatuto do Desarmamento, deveria existir o Estatuto da Polícia, dotando-os de instrumentos capazes de combater a criminalidade. Ademais, conforme o mesmo mestre criminalista, só desarmar a população sem a respectiva garantia de sua segurança, é armar o lobo e desarmar o cordeiro.<sup>61</sup>

Para Gilberto Thums, o Estatuto do Desarmamento foi criado diante de um movimento feito pela mídia e por grupos interessados para conter a violência praticada com o uso de arma de fogo, tendo, assim, o Estado respondido ao cidadão com uma lei draconiana, prometendo segurança, desarmando-o e colocando as armas na mão de seguranças particulares e mantendo-as em poder dos criminosos.<sup>62</sup>

O mesmo autor entende que a ideologia do Estatuto do Desarmamento é perversa, porque inculca nas pessoas um imaginário de ordem, e que referido diploma legal não tem

<sup>59</sup> JESUS, Damásio E. de., op. cit., p. 2 e 3.

<sup>60</sup> JESUS, Damário E. de., op. cit., p. 3 e 4.

<sup>61</sup> JESUS, Damásio E. de., op.cit., p. 5.

<sup>62</sup> THUMS, Gilberto. *Estatuto do Desarmamento – Fronteiras entre a racionalidade e razoabilidade*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Lúmen Júris, 2005, p. 4.

o objetivo de prevenir a prática de crimes e proteger a sociedade de ações violentas de grupos criminosos organizados, mas sim o de desarmar a população ordeira, proibindo que possuam armas em suas residências para se defenderem.<sup>63</sup>

O artigo 12 da Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) encontra-se assim redigido:

Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Esse tipo penal tem como objeto jurídico principal a incolumidade pública e secundariamente a proteção da vida, da incolumidade pública e da vida dos cidadãos.

O crime é comum, já que pode ser cometido por qualquer pessoa, esclarecendo que, na segunda parte do tipo penal, trata-se de crime próprio, pois só pode ser praticado por quem seja titular ou responsável legal do estabelecimento ou empresa.

O sujeito passivo é a coletividade.

O tipo penal é uma norma penal em branco, já que depende de complemento (lei, decreto, portaria ou regulamento) que indique qual a determinação legal ou regulamentar, além de o conceito de arma de fogo estar contido em outros dispositivos da lei.

As condutas típicas são *possuir* – agir como proprietário, fruir, ou *manter sob sua guarda* – ter sob seu cuidado em nome de terceiro, possuindo natureza permanente, em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

O tipo penal só alcança as armas próprias, ou seja, armas de fogo. Também alcança a munição e o acessório de arma, a primeira compreendendo qualquer artefato pronto para o disparo de um arma, e o segundo compreendendo qualquer artefato acoplado em uma arma de fogo que serve para melhorar o desempenho do atirador ou à modificação de um efeito secundário do tiro ou do aspecto visual da arma, conceitos esses extraídos do art. 3º, inciso II, do Decreto nº 3.665/00, R-105.

O momento consumativo de “possuir” ocorre com o ato de o indivíduo ter a arma de fogo, acessório ou munição à sua disposição, não sendo possível a tentativa. Já o momento de consumação de “manter sob a sua guarda” ocorre quando o indivíduo tem a

---

<sup>63</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 7 e 9.

disponibilidade da arma de fogo, acessório ou munição, não sendo também possível a tentativa.<sup>64</sup>

O tipo previsto no artigo 12 é de perigo abstrato, ou seja, o perigo é presumido, tendo em vista a simples desobediência da norma, não necessitando ser provado. Assim, considera-se que a posse de arma de fogo gera um perigo presumido à incolumidade pública. O crime ainda pode ser considerado como de mera conduta, já que não exige a ocorrência de resultado naturalístico.

Apesar de os crimes de perigo abstrato serem reconhecidos amplamente pelos nossos tribunais, parte da doutrina e da jurisprudência questiona a sua constitucionalidade, sob a alegação de que ofendem aos princípios constitucionais da lesividade e da presunção de inocência.

### 3.2. Direitos Fundamentais e desarmamento

A Constituição Federal erigiu à categoria de direitos fundamentais o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, conforme se pode ver no “caput” do seu artigo 5º, assim redigido:

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

Com relação à segurança pública, o artigo 144 da Constituição Federal está vazado nos seguintes termos:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

Em artigo publicado na revista CONSULEX, Robson Sávio Reis Souza, pesquisador do Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública da Universidade Federal de Minas Gerais e do Núcleo de Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica do mesmo Estado, informa que a violência no Brasil, principalmente os crimes violentos, cresceu assustadoramente nos últimos anos, atingindo níveis inaceitáveis. O

---

<sup>64</sup> JESUS, Damásio E. de., op. cit., p. 36.

referido pesquisador ainda informa que o medo da violência urbana e a carência de confiança nas instituições públicas responsáveis pela implementação e execução das políticas de segurança pública resultaram em uma diminuição da coesão social. Ainda segundo ele, a segurança dos cidadãos é uma questão que inclui os direitos e garantias fundamentais e não o limite deles.<sup>65</sup>

Para Gilberto Thums, segurança pública é um tema complexo e exige políticas integradas e permanentes dos vários governos que se sucedem. Para ele, o artigo 12 do Estatuto do Desarmamento é inconstitucional por não encontrar sustentação na Constituição Federal para criminalizar a conduta de manter sob sua guarda arma de fogo de uso permitido. Ainda segundo ele, não existe risco ao bem jurídico no referido artigo, já que quem mantém sob sua guarda em casa arma de fogo de uso permitido tem o único objetivo de proteger seu patrimônio, sua família e a si próprio.<sup>66</sup>

De acordo com o mesmo autor, o artigo 12 da Lei nº 10.826/2003 ofende os princípios fundamentais da teoria do bem jurídico – entre eles o princípio da fragmentariedade do Direito Penal, o princípio da intervenção mínima ou da necessidade, o princípio da ofensividade e o princípio da proporcionalidade, além de outros. A segurança pública, como consta do artigo 144 da Constituição Federal, é direito de todos e é dever do Estado brasileiro criar as condições mínimas para a segurança de seus cidadãos. Se o Estado falha em cumprir esse papel, surge para o cidadão o direito de autotutela de seu patrimônio, de sua vida e da vida de seus familiares.<sup>67</sup>

No dia 23 de maio de 2009, o jornal Correio Braziliense publicou matéria informando que o medo da violência e a insegurança da população provocaram um aumento na procura por segurança particular, aliado à desconfiança dos cidadãos com relação à capacidade do governo de conter a criminalidade. A reportagem ainda dá conta de que, só no Distrito Federal, existem 18 mil profissionais de segurança particular cadastrados, número bem maior do que o efetivo de 14,7 mil homens da Polícia Militar do Distrito Federal.<sup>68</sup>

<sup>65</sup> Revista Jurídica CONSULEX, Ano XIII, nº 288, de 15 de janeiro de 2009.

<sup>66</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 4 e 84.

<sup>67</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 85.

<sup>68</sup> Jornal CORREIO BRAZILIENSE, edição nº 16.805, de 23 de maio de 2009, p. 35.



No período de janeiro a maio de 2009 ocorreram 18 crimes de roubo em residência com uso de arma de fogo, além de 59 roubos em estabelecimentos comerciais também com a utilização de arma de fogo, somente no Distrito Federal.<sup>69</sup>

Por aí se vê que o direito à segurança, de índole constitucional, não está sendo garantido aos cidadãos de maneira adequada, obrigando-os a lançar mão de seguranças particulares para garantir sua integridade física, de sua família e de seu patrimônio.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes, ao comentar sobre o princípio da proporcionalidade, vislumbra a existência de valores constitucionais em três dimensões, quais sejam, a dimensão fundamentadora, que informa todo o ordenamento jurídico-político, a dimensão orientadora, que estabelece objetivos predeterminados à ordem jurídica, e a dimensão crítica, que viabiliza o controle jurisdicional das normas do ordenamento jurídico, para verificar se elas estão conformes ou contrárias aos valores estabelecidos na Constituição.<sup>70</sup>

A mesma autora afirma que a existência de normais penais só se justifica quando se verificar a falência dos outros meios de controle da sociedade e, ainda assim, deve ser observado o princípio da intervenção mínima.<sup>71</sup>

O Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003) parece incompatível com o Estado Democrático de Direito e com a dignidade da pessoa humana, já que ele proíbe o uso de arma de fogo para a defesa pessoal. Não se pode presumir que todos os proprietários de arma de fogo sejam negligentes ou que possam agir com dolo. Também não parece razoável presumir que todos os cidadãos sejam incapazes de usar uma arma de fogo, pois isso significa ignorar a presunção de capacidade civil das pessoas.

A garantia fundamental de segurança fica sem proteção, já que nem sempre o cidadão pode contar com o socorro do Estado em situações perigo à sua integridade física, de sua família e de seu patrimônio.

---

<sup>69</sup> Dados fornecidos pela Divisão de Estatística e Planejamento Operacional do Departamento de Atividades Especiais da Polícia Civil do Distrito Federal.

<sup>70</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 30.

<sup>71</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, op., cit., p. 84.

O Estatuto do Desarmamento também parece violar a garantia de igualdade entre os cidadãos, eis que ele somente autoriza deter e portar arma de fogo algumas poucas pessoas, como militares, policiais, juízes e membros do Ministério Público.

O crime de posse de arma de fogo tipificado no artigo 12 do Estatuto do Desarmamento foi questionado no Supremo Tribunal Federal por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 3.586 e 3.112. Nas referidas ações alegou-se que referido dispositivo legal ofende os princípios da intervenção mínima, proporcionalidade, devido processo legal e dignidade da pessoa humana. Quanto à possível lesão ao princípio da proporcionalidade, questionou-se, naquelas ações, se este princípio não estaria sendo maculado diante do fato de a reprovabilidade da conduta de posse de arma não poder ser equiparada com aquelas que efetivamente lesam bens jurídicos como a vida, a saúde, o patrimônio e a integridade física das pessoas.

No julgamento da ADI nº 3.112, o Supremo Tribunal Federal rejeitou a arguição de inconstitucionalidade do referido artigo 12.

Em um caso em que um indivíduo foi denunciado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro por possuir, em sua residência, sem autorização legal, duas armas de fogo, desmuniçadas, sendo um revólver de calibre 22 e uma pistola de calibre 635, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça daquele Estado, em sede de recurso em sentido estrito impetrado por aquele órgão ministerial, entendeu ser a conduta atípica, por ausência de lesividade ao bem jurídico tutelado. A ementa do acórdão foi assim lavrada:

EMENTA – ESTATUTO DO DESARMAMENTO – POSSE DE ARMAS EM RESIDÊNCIA, SEM AS RESPECTIVAS MUNIÇÕES – AUSÊNCIA DE LESIVIDADE AO BEM JURÍDICO TUTELADO – ATIPICIDADE DA CONDUTA – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA – MANUTENÇÃO DA DECISÃO.

Não se reveste de tipicidade a conduta daquele que possui em sua casa arma de fogo desmuniçada, sem que a munição a ela adequada estivesse a seu alcance, tanto que houve apreensão, e com maior razão não deve ser punido porque as armas arrecadadas são de calibres insignificantes, indicativo de que as tinha para defesa pessoal e de sua família, porque é um cidadão trabalhador sem envolvimento com a criminalidade.<sup>72</sup>

Em outro caso, ainda sob a égide da antiga Lei de Armas (Lei nº 9.437/97), o Tribunal de Alçada de Minas Gerais, assim decidiu:

---

<sup>72</sup> TJRJ, Aprim 2006.051.00430, 3ª CCrim, julgada em 21-11-2006, rel. Des. Valmir de Oliveira Silva.

Quando a arma de fogo é encontrada na residência do réu, sem o porte ostensivo, não colocando em risco a incolumidade pública, é de se reconhecer a ausência de lesividade ao bem jurídico protegido pela lei penal. Não havendo a imperiosidade da proteção de bem jurídico, fato existente nos chamados crimes de perigo abstrato meramente formais, é inaceitável a intervenção penal, porquanto inócua e estigmatizante. O princípio da lesividade ou ofensividade possui lastro constitucional exatamente no art. 5º, XXXIX, da CF, e, no âmbito penal, qualquer tentativa de aplicação de um direito preventivo mostra-se insubmissa e desgarrada da Regra Excelsa, o que é vedado.<sup>73</sup>

Em mais um caso de posse de arma em residência, o Tribunal de Justiça de Rondônia assim decidiu:

A posse de arma em residência, sem registro, para segurança própria e sem evidente possibilidade de pronta utilização, não representa risco real à segurança coletiva. Representa, pois, insignificante potencialidade de perigo ao bem jurídico tutelado, que enseja a absolvição por atipicidade.<sup>74</sup>

### 3.3. Princípio da proporcionalidade e desarmamento

Parece inegável que o Estatuto do Desarmamento, como um todo, foi concebido com o objetivo de promover uma cultura de paz no seio da sociedade brasileira, tendo em vista a quantidade alarmante de crimes praticados com o uso de arma de fogo, e noticiados diariamente pelos meios de comunicação de massa. Por outro lado, referido Estatuto também tem o objetivo de exercer controle sobre as armas.

Em uma pesquisa realizada por Débora Regina Pastana a respeito da cultura do medo, observa-se que existe uma ideologia que reflete a crença de que estamos vivendo em uma época perigosa devido ao aumento vertiginoso da criminalidade violenta e a legitimação de condutas autoritárias que são difundidas como se fossem aptas a resolver o problema, todas de interesse político.<sup>75</sup>

Ainda segundo a mesma autora, a ideologia do Estatuto do Desarmamento é perversa, já que inculca nas pessoas uma idéia de ordem a justificar a dominação autoritária. Dessa forma, a denominada cultura do medo provoca a busca de repressão penal, chegando a uma obsessão por segurança, ficando a certeza de que o nosso

<sup>73</sup> TAMG, Ap. 329.535-6, 2ª Câm., julgada em 22-05-2001, rel. Juiz Alexandre Victor de Carvalho.

<sup>74</sup> TJRO, Ap. 01.000606-0, Câm. Crim., julgada em 13-09-2001, rel. Des. Valter de Oliveira.

<sup>75</sup> PASTANA, Débora Regina. *Cultura do Medo. Reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 95.

ordenamento punitivo é severo e nem por isso eficaz, estando, portanto, longe de representar um Estado Democrático que garanta os direitos.<sup>76</sup>

Segundo Gilberto Thums, se a saída para a criminalidade violenta passasse pelo desarmamento da população civil, o Brasil teria descoberto a solução do maior quebra-cabeças da pós-modernidade, e que a solução do problema não reside na edição de leis penais, mas na eficácia de medidas mais abrangentes direcionadas às fontes geradoras da violência. O mesmo autor, para confirmar suas posições, faz a seguinte indagação: “Se a Lei nº 9.437/97 – lei de armas – revogada não diminuiu a violência, o Estatuto do Desarmamento alcançará esse objetivo?”. O Estatuto do Desarmamento, prossegue ele, “não é uma lei que tem por objetivo prevenir a prática de crimes e proteger a sociedade de ações violentas de grupos criminosos organizados. A política é ‘desarmar’ a população ordeira, impedindo que possua armas em suas residências, como forma de autodefesa.”<sup>77</sup>

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 81.057-8/SP, julgado em 25/05/2004, analisando um caso de porte de arma de fogo desmuniada sem que o agente tivesse a disponibilidade de munição, cujo início do julgamento de seu ainda sob a égide da revogada Lei nº 9.437/97, deu provimento ao recurso, por maioria de votos (3 a 2), devendo-se observar que, no voto do Ministro Cezar Peluso, ficou evidente a utilização do princípio da proporcionalidade. Eis alguns trechos do voto do eminente Ministro:

A paz social é atingida toda vez que se comete um ilícito, e não só quando seja este de natureza criminal. E, por buscar o restabelecimento da ordem jurídica violada, conta o Direito com múltiplos instrumentos, dentre os quais a sanção penal, mas também, entre outros, a reparabilidade do dano extrapenal, medidas constritivas patrimoniais, sanções administrativas, etc. O que justifica a opção do legislador, dentre todos os instrumentos de resposta normativa, pela ameaça da sanção penal, precisamente aquela que de regra atinge um dos mais importantes direitos fundamentais, que é a liberdade (art. 5º, caput, da Constituição da República), enquanto bem jurídico-penal alcançado pela sanção?

A resposta é uma só: *por exigência de proporcionalidade* – afinal, trata-se da mais grave das sanções do sistema jurídico -, somente os atentados mais conspícuos contra os bens, valores e

<sup>76</sup> PASTANA, Débora Regina, op. cit., pp. 98 e 117.

<sup>77</sup> THUMS, Gilberto, op. cit., p. 7, 8 e 9.

interesses igualmente mais importantes ao juízo do mesmo sistema, ou o que hoje chamamos de bens jurídico-penais (grifos meus).

Foi por essa via, é bom lembrar, que se estruturou todo o arcabouço da moderna teoria do bem jurídico-penal, que, desde as origens, com FEUERBACH, sempre teve por finalidade prevenir o abuso incriminador mediante estabelecimento de critérios, seguros e imanescentes ao sistema, aptos a instaurar e avaliar *relação de proporcionalidade entre a gravidade da sanção penal e o objeto tutelado pela norma incriminadora* (grifos meus).

.....

Mas a só identificação de um bem jurídico fundamental como núcleo fundamental da tutela penal ainda não satisfaria à *proporcionalidade que deve governar a relação entre a restrição da liberdade (sanção penal) e o fato criminoso*. Isto é, não basta que o tipo penal esteja disposto à tutela de um bem jurídico fundamental: é preciso mais, é necessário que a conduta seja idônea a lesar ou pôr em perigo o mesmo bem, o que se traduz, para empregar termos contemporâneos, na danosidade da conduta (grifos meus).

Aqueles favoráveis ao referido Estatuto fundamentam sua opção na possibilidade de, com tais dispositivos legais, haver uma diminuição na ocorrência de mortes acidentais nas residências brasileiras, bem como das mortes que ocorrem em discussões no trânsito, no mais das vezes por motivos banais.

Aqueles desfavoráveis ao referido Estatuto, em geral o são porque defendem a tese da legítima defesa da vida, da propriedade e de sua família.

Apesar dos argumentos favoráveis e contrários ao referido Estatuto como um todo, o que nos cabe aqui é analisar se o seu artigo 12, especificamente, está ou não em harmonia com os limites delineados pelo princípio da proporcionalidade.

Entendemos que o artigo 12 do Estatuto do Desarmamento viola o princípio da proporcionalidade, e, portanto, é inconstitucional, na medida em que não passa nos testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Senão vejamos:

Quanto à adequação ou idoneidade: questiona-se aqui se a pena de detenção de 1 a 3 anos, prevista no art. 12 do Estatuto é um meio adequado para amenizar a violência originada pela posse e manutenção de arma de fogo na própria residência. Esse meio escolhido (detenção de 1 a 3 anos) contribui ou é idôneo para a obtenção do resultado pretendido (incolumidade pública)?

Parece-nos que a detenção de um indivíduo que guarde uma arma de fogo em sua residência não é uma medida que contribui para a manutenção da incolumidade pública, já

que a arma não saiu do espaço reservado à residência e, portanto, não pode atingir aquele bem jurídico. Além disso, em geral, as pessoas que mantêm arma de fogo de uso permitido em sua residência têm o objetivo de resguardar a si próprio, seu patrimônio e sua família. Assim, não parece constituir ameaça à incolumidade pública e à coletividade a mera posse e guarda de arma de uso permitido no interior da própria residência.

Quanto à necessidade ou exigibilidade: a medida restritiva (detenção de 1 a 3 anos) não pode ser substituída por outra medida menos gravosa, mas igualmente eficaz? Parece-nos que o legislador poderia aplicar uma pena menos gravosa, como, por exemplo, uma medida administrativa de apreensão da arma de fogo, que teria a mesma eficácia, ou seja, a retirada da arma de fogo, acessório ou munição de uso permitido da posse e guarda do indivíduo, sem causar restrição à sua liberdade de locomoção, e sem submetê-lo a um inquérito e a um processo criminal.

Como se sabe, se, por ocasião do cumprimento de um mandado judicial de busca e apreensão, o indivíduo for surpreendido por agentes policiais no interior de sua residência portando ou guardando arma de fogo de uso permitido sem o devido registro, incidindo, assim, nas sanções do aludido artigo 12, ele será conduzido à delegacia de polícia da circunscrição, onde será instaurado inquérito policial por meio de auto de prisão em flagrante. Após a lavratura do auto, a autoridade policial lhe arbitrará uma fiança, conforme determina o artigo 322 do Código de Processo Penal, já que a pena prevista em abstrato para o tipo penal em comento é de detenção. Se o valor da fiança arbitrada for paga, isso possibilitará ao indivíduo ser colocado em liberdade, mas ficando sujeito a responder o inquérito policial e a futura ação penal a ser instaurada no âmbito do Poder Judiciário. Se o indivíduo não tiver numerário para pagar o valor da fiança arbitrada, ele será recolhido ao estabelecimento penal, ficando à disposição do Poder Judiciário, e onde ficará na companhia de outros presos que praticaram as mais diversas modalidades criminosas, até que recolha o valor da fiança ou seja posto em liberdade por decisão judicial.

O mesmo procedimento policial relativo à prisão pelo porte e manutenção de arma de fogo sem registro em residência deve ser adotado se o indivíduo for surpreendido portando ou guardando, também no interior de sua residência, apenas algum acessório ou munição de arma de fogo, já que o referido artigo 12 equiparou arma de fogo, acessório e munição para os efeitos penais. Deverá também pagar fiança na esfera policial para

responder o inquérito em liberdade e, se não possuir dinheiro para tal, será recolhido ao estabelecimento penal.

Daí se observa que o legislador, ao equiparar, para os efeitos penais, arma de fogo com munição ou acessório, atribuiu a todos eles a mesma capacidade de expor a perigo a segurança e a incolumidade pública, o que não nos parece razoável, mesmo porque os efeitos práticos dessa criminalização é a prisão e submissão à mesma reprimenda penal de quem possui arma de fogo, acessório ou munição, indistintamente. Parece-nos que houve excesso de criminalização, demonstrando a obsessão legislativa pela punição.

Cabe observar, outrossim, que o aludido artigo 12, ao referir-se a “munição”, no singular, entendeu que é indiferente que o indivíduo possua ou guarde em sua residência apenas um projétil de arma de fogo, de qualquer calibre, ou uma caixa com milhares de projéteis. A reprimenda penal e as conseqüências advindas ao indivíduo que incidir nesse dispositivo legal são as mesmas.

Assim, parece que a medida legal (detenção de 1 a 3 anos) é por demais gravosa e desnecessária, e poderia, como já enfatizado, ser substituída por uma medida administrativa de apreensão da arma de fogo, acessório ou munição, sem limitar o direito de liberdade do indivíduo.

Com relação à proporcionalidade em sentido estrito: o meio utilizado (detenção de 1 a 3 anos) encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido (manutenção da incolumidade pública)? Creio que aqui reside um desequilíbrio na relação meio-fim, resultando em uma sobrecarga ao indivíduo que estiver portando ou guardando uma arma de fogo, acessório ou munição de uso permitido no interior de sua residência, em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Aqui verifica-se a colisão entre a limitação imposta ao direito de liberdade do indivíduo, por meio de detenção, e o direito dos cidadãos em geral à segurança e incolumidade públicas. A nosso ver, os custos e os danos causados ao indivíduo que fica privado de sua liberdade são maiores que os possíveis benefícios de proibir a manutenção de arma de fogo em residência, mesmo porque, como já explicitado, não parece crível que a posse e manutenção de arma de fogo em residência contribua para afetar a incolumidade pública.

Para nós, assim, a medida (detenção de 1 a 3 anos) é inadequada, desnecessária e inapta aos fins a que se propõe (manutenção da segurança e incolumidade públicas), tendo havido, por conseguinte, excesso do legislador, violando, conseqüentemente, o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso.



## CONCLUSÃO

A ultrapassagem histórica do jusnaturalismo e a decadência do positivismo jurídico abriu um caminho bastante amplo para um conjunto de reflexões sobre o Direito e suas formas de interpretação, a que a doutrina denominou de neoconstitucionalismo ou pós-positivismo, que não se limita mais à busca da legalidade estrita, mas procura interpretar o Direito sob a ótica da justiça e do bom senso, além de atribuir aos princípios *status* de norma jurídica. Tudo isso está contribuindo para a formação de uma nova interpretação constitucional, que dá prevalência à garantia dos direitos fundamentais, que é, em última análise, a razão de ser do Estado.

No modelo de Estado brasileiro, erigido sob os pilares do constitucionalismo, os atos legislativos devem se submeter ao controle do Poder Judiciário, a fim de serem corrigidos os excessos eventualmente praticados pelo legislador na edição das leis, visando, assim, garantir aqueles direitos fundamentais.

Entre as formas de interpretação constitucional encontra-se a aplicação do princípio da proporcionalidade, com suas sub-espécies adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, utilizado quando se pretende limitar direitos fundamentais. Referido princípio exige do legislador a menor intervenção possível no âmbito daqueles direitos.

Do estudo realizado para a elaboração deste trabalho, concluímos que o artigo 12 da Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) viola o princípio da proporcionalidade porque, ao nosso ver, não passa nos testes da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, já que o meio escolhido pelo legislador (detenção de 1 a três) anos não contribui para o resultado pretendido (segurança e incolumidade públicas).

A reprimenda penal contida no referido artigo também não se reveste de necessidade, já que o legislador poderia optar pela aplicação de uma medida menos invasiva do direito fundamental à liberdade, com a adoção, por exemplo, uma pena administrativa de apreensão de arma de fogo, de acessório ou munição, para obter o mesmo resultado pretendido.

Por último, a medida fere a proporcionalidade em sentido estrito, já que o meio utilizado é desproporcional ao fim almejado, eis que o direito à liberdade é um dos direitos fundamentais mais importantes para o indivíduo, e a sua perda se constitui em um ônus excessivo para o indivíduo em comparação com a pretensa segurança e incolumidade pública que a prisão e a retirada da arma de fogo da residência alcançaria.

Assim, ao concluir que o referido dispositivo legal viola o princípio da proporcionalidade, por excesso de arbítrio legislativo, entendemos, também, que ele padece do vício da inconstitucionalidade.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

AMOS, Merris. *Human Rights Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, USA, 2006.

BARROS, Suzana Toledo de. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 3ª ed., Brasília, Editora Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*, 7ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10ª ed., Brasília, Ed. UnB, 1982.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 11ª ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 2001.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade*, 2ª ed., Curitiba, Ed. Juruá, 2008.

BROCHADO, Mariá. *O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal*. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/799/4/R155-09-pdf>. Acesso em 10 out 2008.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1999.

- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, 5ª ed., Coimbra, Ed. Almedina, 1991.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2005.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*, 3ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2005.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL*, 41ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2008.
- CONSULEX. Revista Jurídica, ano XIII, nº 288, de 15 de janeiro de 2009.
- CORREIO BRAZILIENSE*, ed. nº 16.805, publicado em 23/05/2009.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*, Porto Alegre, Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- JESUS, Damásio de. *Estatuto do desarmamento*, 5ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2005.
- MARCÃO, Renato. *Estatuto do desarmamento: anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003*, São Paulo, Ed. Saraiva, 2008.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Direito administrativo*, 5ª ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Ed. Saraiva e IDP, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 3ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*, 6ª ed., São Paulo, Ed. Atlas, 2006.

NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de direito constitucional*, Rio de Janeiro, Ed. Lúmen Júris, 2006.

PASTANA, Débora Regina. *Cultura do Medo. Reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

SALDANHA, Douglas Morgan Fullin. *Descriminalização do delito de posse de armas no Brasil* - artigo publicado na revista CEJ, Brasília, Ano XII, n. 42, p. 11-18, jul./set. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 10ª ed., Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Dario Mariano da. *Estatuto do desarmamento*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*, 9ª ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 1993.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo, Ed. Malheiros, 2009.

THUMS, Gilberto. *Estatuto do desarmamento: fronteiras entre racionalidade e razoabilidade – comentários por artigos (análise técnica e crítica)*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Lúmen Júris, 2005.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva, ROSAS, Roberto e AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues. *Princípios constitucionais fundamentais*, São Paulo, Ler Editora S/A, 2005.