

AFERIÇÃO DA PROPORCIONALIDADE DA PENA COMINADA À INFRAÇÃO PENAL: UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE (IN)CORRETA

GAUGING THE PROPORTIONALITY OF PENALTY IMPOSED
FOR A CRIMINAL OFFENSE: A CONSTITUTIONALLY (IN)
CORRECT INTERPRETATION

Emerson Garcia

emersongarcia814@hotmail.com

Pós-Doutorando, Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro da *American Society of International Law* e da *International Association of Prosecutors* (Haia – Holanda).

RESUMO

O presente estudo busca demonstrar a inconsistência metódica da tese de que o julgador, ao aferir a proporcionalidade da pena cominada à infração penal imputada ao réu, deve compará-la às penas cominadas a outras infrações penais. Ato contínuo, constatando que a pena cominada a outra conduta, que afronta bem jurídico similar, foi definida em patamares inferiores, deveria aplicá-la ao réu. A invocação dos referenciais de igualdade e de proporcionalidade mostra-se absolutamente incompatível com a função desempenhada pelo intérprete, que não pode estruturar a norma incriminadora, bipartida que é em preceitos primário e secundário, utilizando, como base de desenvolvimento de sua atividade intelectual, enunciados linguísticos inseridos em dispositivos diversos, que somente poderiam dar origem a normas diversas, isso em razão da indissolubilidade do binômio conduta-pena.

ABSTRACT

This study aims to demonstrate the methodical inconsistency of the argument that the judge, to assess the proportionality of the penalty imposed for a criminal offense, must compare it to the penalties prescribed for other criminal offenses. Immediately thereafter, noting that the penalty imposed for other similar conduct was set at lower levels, should apply it to the defendant. The invocation of equality and proportionality is absolutely incompatible with the function of the interpreter, that can not structure the criminal standard, which is divided into primary and secondary precepts, using as a basis for developing their intellectual activity set language expressions presents in many devices which could only lead to various standards, that because of the indissolubility of the relations between conduct and penalty.

PALAVRAS-CHAVE

Norma penal. Pena. Proporcionalidade. Igualdade. Interpretação.

KEYWORDS

Criminal standard. Penalty. Proportionality. Equality. Interpretation.

SUMÁRIO

Introdução. 1. A estruturação da norma penal incriminadora. 2. Aferição da constitucionalidade do preceito secundário da norma penal incriminadora. 3. Consequências da inconstitucionalidade do preceito secundário. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Não tem sido incomum, ao menos nas instâncias ordinárias do Poder Judiciário, conferir-se algum prestígio à tese de que o julgador, ao aferir a proporcionalidade da pena cominada à infração penal imputada ao réu, deve compará-la às penas cominadas a outras infrações penais. Ato contínuo, constatando que a pena cominada a outra conduta, que afronta bem jurídico similar, foi definida em patamares inferiores, seria possível aplicá-la ao réu.

Um exemplo certamente facilitará a compreensão da essência dessa temática. O preceito secundário do § 2º do art. 184 do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 10.695/2003, cominou a pena de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de detenção e multa para a prática de condutas que consubstanciam violação à propriedade imaterial de fonogramas. Com isso, segundo alguns, teria afrontado os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade, isso porque a Lei nº 9.609/1998, em seu art. 12, §§ 1º e 2º, comina pena de 1 (um) a 4 (quatro) anos para condutas similares praticadas em detrimento de programas de computador. Não haveria razão, portanto, para o tratamento diferenciado. Como desdobramento, dever-se-ia aplicar essa última pena ao réu que fosse condenado pela prática da infração penal tipificada no § 2º do art. 184 do Código Penal. Será justamente esse exemplo que servirá de norte em nossas considerações.

Essa linha argumentativa, historicamente, não tem encontrado ressonância na doutrina majoritária e na jurisprudência dos Tribunais Superiores.¹ Afinal, se o

1 A matéria é normalmente estudada no âmbito do *conflito de leis penais no tempo*, prevalecendo o entendimento de que, na verificação da lei penal mais favorável ao réu, a *lex mitior*, é inadmissível a combinação da lei anterior com a lei posterior, operação que conduziria a uma norma inédita, estranha àquela aprovada pelo Poder Legislativo. Daí o porquê de Néelson Hungria ter censurado o “*hibridismo*” da terceira lei (1977: 120). Vide, ainda, Vincenzo Manzini (1981: 391), Anibal Bruno (1984: 270), Helel Cláudio Fragoso (1985: 107) e Guilherme de Souza Nucci (2008: 64-65). Na jurisprudência: STF, 1ª T., HC nº 106.780/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 26/11/2013, Dje de 12/02/2014; STJ, 6ª T., HC nº 104.409/MS, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. em 21/11/2013, Dje de 10/12/2013; STJ, 6ª T., HC nº 174.573/SC, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 29/08/2013, Dje de 12/09/2013; STJ, 3ª Seção, ED no REsp. nº 1.094.499/MG, rel. Min. Felix Fischer, j. em 24/03/2010, Dje de 18/08/2010. O Supremo Tribunal Federal também já decidiu pela impossibilidade de aplicar-se, ao furto qualificado pelo concurso de agentes (CP, art. 155, § 4º, IV), a fração prevista em lei para incidir no caso de roubo agravado por idêntica circunstância (CP, art. 157, § 2º, II), que aumentaria a pena cominada ao furto simples (2ª T., RE nº 634.601 AgR/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 23/08/2011, DJ de 08/09/2011; 2ª T., HC nº 92.628/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 19/08/2008, DJ de 19/12/2008; e 2ª T., RE nº 358.315/MG, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 12/08/2003, DJ de 19/09/2003). O Tribunal, no julgamento do RE nº 596.152/SP, com repercussão geral reconhecida, refinou o seu entendimento e admitiu, apenas, a combinação de leis, não de partes de normas específicas. Com isso, reconheceu a possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 sobre a pena base prevista no art. 12 da Lei nº 6.368/1976 (rel. p/acórdão Min. Ayres Britto, j. em 13/10/2011, Dje de 10/02/2012). Lê-se no voto do redator do acórdão: “*o que a nossa Constituição rechaça é a possibilidade de mistura entre duas normas penais que se contraponham, no tempo, sobre o mesmo instituto ou figura de direito*”. Dentre aqueles que admitem a combinação de leis, merece referência a doutrina de José Frederico Marques (1997: 256-257). De acordo com ele, se o juiz pode escolher, entre duas séries

Poder Judiciário utilizar o preceito primário de uma norma penal incriminadora e o preceito secundário de norma diversa, ele estará criando uma terceira norma, bem diferente das duas anteriores. Em consequência, será flagrante a violação aos princípios da legalidade e da separação dos poderes, isso porque os textos normativos de natureza penal devem ser veiculados em lei, a ser editada privativamente pelo Congresso Nacional (CR/1988, arts. 2º; 5º, XXXIX; 22, I; 48, *caput*; e 62, § 1º, I, b). Sempre considerei essa conclusão persuasiva o suficiente para tornar desnecessárias novas incursões nessa temática.

O problema é que, vez ou outra, ainda é suscitada a tese, movida por uma visão destorcida da teoria do garantismo penal,² que admite uma espécie de “vale tudo” hermenêutico na aplicação do direito penal e do direito processual penal. Para tanto, são invocadas construções contemporâneas, com grande prestígio na seara do direito constitucional, como as ideias de proporcionalidade e igualdade, com o objetivo de demonstrar que suas conclusões são meros desdobramentos dos direitos fundamentais. Em consequência, seriam relegadas a plano secundário as normas de organização do poder estatal, com especial ênfase para os princípios da legalidade e da separação dos poderes.

A atualidade do tema ficou bem explicitada no Recurso Especial nº 1.050.890/PR, julgado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em 13 de dezembro de 2011. No caso concreto, o juiz de 1ª instância considerou o réu culpado pela prática do crime de importação ilegal de medicamentos, tipificado no art. 273, § 1º-B, I, V e VI, do Código Penal, com pena cominada de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão. Apesar disso, aplicou a pena do crime de contrabando, tipificado no art. 334, *caput*, do Código Penal, que prevê a pena mínima de 1 (um) ano e a máxima de 4 (quatro) anos de reclusão. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, seguindo

de disposições legais, qual delas aplicar, não há óbice a que utilize partes de algumas delas. Afinal, a parte é um *minus* em relação ao todo. No mesmo sentido: Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Mirabete (2011: 14). Não obstante a autoridade insuspeita do Mestre, o que ele não explica é como a parte de um comando legal pode subsistir fora do todo que lhe confere existência e individualidade. Entender o contrário seria o mesmo que afirmar ser juridicamente defensável o pinçamento de expressões ou palavras de uma disposição normativa, à revelia do órgão responsável pela produção legislativa, com o objetivo de individualizar normas de conduta.

- 2 O neologismo *garantismo*, na percepção de Luigi Ferrajoli (2007: 194-196), indica a técnica de tutela dos direitos fundamentais, sejam direitos negativos, como os direitos de liberdade, sejam positivos, como os direitos sociais. Nesse sentido, a expressão *garantia constitucional* alcança tanto os direitos tutelados na Constituição quanto as próprias normas constitucionais que os contemplam, evitando a sua supressão do sistema. Acresce que o significado de *garantia* sofreu grande ampliação no direito penal, marcadamente na cultura jurídica italiana dos anos setenta e oitenta, ao insurgir-se contra a legislação e a jurisprudência de emergência, que enfraqueceram ainda mais o já fraco sistema de garantias do devido processo legal. O garantismo, de um modo geral, se opõe a qualquer concepção “*fondata sull’idea onirica di un ‘pottere buono’ o comunque di una spontanea osservanza del diritto e dei diritti.*” É perceptível que a *ratio essendi* do garantismo é a de permitir a coexistência da esfera jurídica individual e do poder estatal, ambos delimitados pela ordem jurídica, não desconstruir ou inviabilizar o exercício deste último.

o exemplo do juízo *a quo*, decidiu usar a pena do tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, tipificado no art. 12 da Lei nº 6.368/1976, que oscilava entre 3 (três) e 15 (quinze) anos de reclusão. De acordo com o Tribunal, “[e]mbora grave o delito, a importação de medicamento proibido, não pode gerar pena desproporcional, no caso de não ter ocorrido maior dano à sociedade. Aplicação da pena prevista para o tráfico de entorpecentes cuja sanção mais se amolda ao crime cometido”. Como o Ministério Público resignou-se com a aplicação de pena diversa e recorreu com o objetivo de que fosse aplicada a causa de aumento de pena do art. 40, I, da Lei nº 11.342/2006, o Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso especial sob o argumento de que a legislação do tráfico ilícito de substâncias entorpecentes era inaplicável à hipótese. Em consequência, deu provimento ao recurso do réu para restabelecer a sentença, que também aplicara pena cominada a crime diverso. É fácil perceber que, nessa relação processual, os erros superaram os acertos. Quem errou por último foi o próprio Superior Tribunal de Justiça. Afinal, ao invés de restabelecer uma sentença juridicamente insustentável, deveria ter concedido *habeas corpus* de ofício para anulá-la, determinando que outra fosse proferida.

Individualizado o problema, apresentaremos, em breves linhas, alguns argumentos suplementares a respeito da absoluta inconsistência da tese da combinatória de normas.

1. A ESTRUTURAÇÃO DA NORMA PENAL INCRIMINADORA

A norma jurídica, qualquer que seja ela, não se projeta no vazio e muito menos permanece adstrita aos recantos mais profundos do imaginário individual. Seu lugar é na realidade e é justamente a realidade que contribuirá para o seu delineamento. Ao falarmos da necessária inter-relação entre norma e realidade, devemos ter sempre em mente que ela não é um produto pronto e acabado, oferecido pela autoridade competente (v.g.: Poder Constituinte ou Poder Legislativo) e passível de ser tão somente apreendido pelo intérprete, que exerceria uma função de mero conhecimento. A norma, em verdade, é o resultado do processo de interpretação (Cf. MÜLLER, 2004: 258 e ss.). Cabe ao intérprete, no exercício de uma atividade de integração criativa, analisar o potencial semântico do texto e, a partir das peculiaridades do contexto, delinear o conteúdo normativo que deve atribuir-lhe. Sob essa perspectiva, qualquer deficiência normativa há de ser compreendida sob a ótica do enunciado linguístico, objeto de interpretação, moldura que limita e dá sustentação à atividade do intérprete, e sob o prisma da interpretação propriamente dita, o que inclui uma série de decisões metódicas, intratextuais e extratextuais, a cargo do intérprete.

O êxito de uma ordem jurídica será influenciado pela qualidade interna de suas regulamentações, pelas condições externas que permitam a sua realização e pela atividade desenvolvida pelo responsável pela individualização de suas normas. Na síntese de Häberle (2005: 685): “[*k*]ein (*rechtlicher*) Text ohne Kontext”, “[*kein* (*rechtlicher*) Text ohne Auslegung” [“não há texto (jurídico) sem contexto, não há

texto (jurídico) sem interpretação”]. A ordem jurídica, aliás, pode ser vista como uma rede de inter-relações formada a partir da aproximação, de um lado, da linguagem textual, e, do outro, das forças de natureza social, econômica, política e moral (Cf. LEVI E WALKER, 1990: 6). Tal ocorre justamente porque as disposições normativas estão situadas em um contexto multidimensional, real e cambiante, o que permite sejam adjudicados significados dinâmicos a significantes estanques, resultado da ação de forças que determinam a natureza, o significado e os efeitos que os signos linguísticos produzirão no plano concreto (Cf. COULTHARD e JOHNSON, 2007: 48). A norma jurídica é essencialmente mutável. Afinal, entre o momento de sua edição pelo legislador e o momento em que é individualizada, é factível a possibilidade de o contexto social ter passado por diversas modificações (Cf. LAVAGNA, 1977: 40).³

Uma norma “ruim” tanto pode resultar de um enunciado linguístico ao qual somente possam ser atribuídos conteúdos considerados inadequados como ser fruto de uma interpretação insatisfatória, em que, dentre os conteúdos possíveis, o intérprete escolhe aquele menos benéfico ao cidadão. Em qualquer caso, o intérprete sempre estará sujeito aos balizamentos do texto normativo, o que é bem diferente da criação de um padrão normativo *ex novo*.

A atividade intelectual desenvolvida pelo intérprete tomará como base a disposição normativa. Entende-se como tal a parte do texto normativo, que não se confunde com um fragmento, que preserva a sua autonomia gramatical quando dele destacada e que configura uma individualidade formal mínima (v.g.: o *caput* de um artigo ou um parágrafo). O texto é continente, a disposição é conteúdo. Disposição e texto carecem de interpretação. A norma resulta da interpretação.

Uma disposição normativa pode conduzir à formação de uma ou mais normas. No segundo caso, tal poderá ocorrer de modo *concorrente*, com a coexistência das normas, isso em decorrência da pluralidade de programas de normas, ou de modo *excludente*, fazendo que a prevalência de uma ou outra norma resulte da atividade do intérprete, o que se deve à existência de um único programa de norma e à potencialidade semântica dos conceitos empregados.

Não se ignora, é certo, a percepção de Crisafulli (1993: 47), que há muito observara que as “*disposições*” não se identificam necessariamente com “*artigos*” específicos ou com as partes internas desses “*artigos*” (incisos, parágrafos), responsáveis pela reunião topográfica e pela subdivisão das proposições linguísticas que formam o ato normativo. “*Disposições juridicamente expressivas*” podem resultar do concurso de múltiplas proposições linguísticas, “*ainda que topograficamente separadas no texto do ato normativo*”; sendo ainda frequente que uma só proposição, gramatical e sintaticamente unitária (constante de um artigo, parágrafo ou inciso), resulte na formulação de múltiplas “*disposições*”: com a interpretação dessas “*disposições*” se alcançará a “*norma*” (1993: 47-48). A possibilidade de mais de uma disposição

3 Como afirmado por Walter Claudius Rothemburg (2010: 17), a Constituição, face à sua dimensão dinâmica, “*está mais para cinema do que para fotografia.*”

normativa dar origem a uma única norma não decorre propriamente do arbítrio do intérprete, mas, sim, da evidente complementaridade que apresentam entre si, como ocorre no binômio regra e exceção. Daí a necessidade de serem interpretadas conjuntamente de modo a evitar a própria irrupção de antinomias no sistema, o que poderia ocorrer se as disposições fossem interpretadas de maneira isolada, dando origem a duas normas distintas.

Com os olhos voltados à disposição penal de natureza incriminadora, formada por um preceito primário, que descreve a conduta considerada ilícita, e por um preceito secundário, que comina a respectiva pena, é factível que a norma penal a ser encontrada, fruto do processo de interpretação, há de considerar os enunciados linguísticos ali existentes, isso sob pena de o intérprete desenvolver atividade outra que não a interpretação.

2. AFERIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO DA NORMA PENAL INCRIMINADORA

Na hipótese que norteia nossas breves considerações, afirma-se que o preceito secundário do § 2º do art. 184 do Código Penal, por cominar pena mínima mais severa que outra norma do sistema, seria inconstitucional. À luz desse quadro, duas soluções seriam possíveis aos olhos dos artífices da tese: (a) conferir interpretação conforme à Constituição ao § 2º do art. 184, daí resultando a aplicação do preceito secundário de outra norma incriminadora, *in casu*, o art. 12, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.609/1998; ou (b) reconstituir a antiga redação do § 2º do art. 184, isso em razão da inconstitucionalidade da Lei nº 10.695/2003, que a alterou.

A primeira “solução” alvitrada, a de se realizar uma interpretação conforme à Constituição, é, no mínimo, inusitada. Assim se conclui por uma razão muito simples: a atividade realizada pelo intérprete, atribuindo significados dinâmicos a significantes estáticos, jamais pode desconsiderar os balizamentos semânticos e sintáticos oferecidos pelo texto interpretado. E, nesse particular, signos de representação numérica, como são aqueles que fixam limites máximos e mínimos para as penas cominadas, não oferecem qualquer margem de escolha para o intérprete. Perante o signo “dois” (anos de detenção) somente podemos alcançar o significado representativo “dois”. Nesse caso, não se abrem vários significados possíveis, o que, por ululante consequência lógica, impede o intérprete de atribuir significado outro ao signo “dois” que não, com escusas pela repetição, o significado “dois”. Como o signo “dois” não admite, concorrentemente, a depender dos circunstancialismos do caso concreto, os significados “um”, “três” ou “quatro”, não há qualquer possibilidade de realizar-se uma interpretação conforme à Constituição, técnica que somente se compatibiliza com uma pluralidade de significados passíveis de serem reconduzidos a um único signo linguístico. Em situações dessa natureza, são preteridos os significados que afrontam a ordem constitucional, prestigiando-se aquele que com ela se harmoniza.

A segunda “solução” consiste no reconhecimento da inconstitucionalidade da alteração legislativa, com a correlata reconstituição da redação anterior. Nesse particular, como dissemos, são dois os pilares de sustentação da referida inconstitucionalidade: a afronta aos princípios da igualdade e da proporcionalidade.

A primeira grande missão de comandos normativos que apregoem a igualdade é a de estruturar uma sociedade em que todos estejam seguros e tenham sua condição humana reconhecida. No pensamento cristão, o fato de todos os homens serem filhos de Deus, tendo a sua imagem e semelhança, serve de alicerce à universalidade dos direitos humanos e justifica a igualdade entre todos aqueles que aceitem a fé cristã. Como afirmou o Apóstolo Paulo, “*não há judeu nem grego, não há servo nem livre; não há macho nem fêmea; porque todos vós sois um em Cristo Jesus*” (Gálatas, 3: 28).

Como regra geral, suprimem-se os tratamentos discriminatórios e apregoa-se a plena igualdade. A primeira parte do *caput* do art. 5º da Constituição de 1988, cópia quase literal do art. 3º da *Grundgesetz* alemã de 1949 (“*Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich*”), insere a igualdade no primeiro plano do rol dos direitos fundamentais, claro indicativo de sua extensão e importância. Em outras palavras, todos possuem esses direitos, não castas ou parcelas específicas do grupamento. Além dessa técnica, não é incomum a preocupação com a inserção de regras específicas que reforçam a igualdade de pessoas ou grupos tradicionalmente discriminados, como é o caso (1) do art. 5º, I, da Constituição de 1988, que dispõe sobre a igualdade entre homens e mulheres, (2) do art. 7º, XXX, que versa sobre a “*proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil*” e (3) do art. 226, § 6º, que reconheceu a igualdade entre filhos biológicos e adotivos, até então discriminados pela legislação civil.

À regra geral da igualdade, no entanto, costumam ser opostas exceções, sendo restringida a esfera jurídica de certos grupos ou pessoas em razão de fatores puramente objetivos ou como decorrência de atos imputáveis à própria pessoa. A racionalidade e justiça dessas discriminações e, por via reflexa, a preservação da dignidade humana, sem subjetivismos inconsequentes, são alguns dos grandes desafios do mundo contemporâneo. Qualquer *plus* pode redundar em evidente menosprezo à condição de ser humano, qualquer *minus* em nivelamento de indivíduos que se encontram em situação diversa e que não devem ser igualados aos demais. No plano das exceções objetivas à igualdade, merece menção, no direito brasileiro, a ausência de capacidade eleitoral passiva dos analfabetos, que não podem candidatar-se a qualquer cargo eletivo (art. 14, § 4º, da CR/1988). Em relação às exceções consequenciais, que restringem a esfera jurídica do indivíduo em decorrência de seus próprios atos, podem ser mencionadas as reprimendas decorrentes do direito sancionador, como a privação da liberdade e a suspensão dos direitos políticos (art. 15, III, da CR/1988). Nesse caso, os demais cidadãos são livres e estão no pleno gozo dos direitos políticos, o que aponta para uma situação de (temporária) desigualdade.

Na hipótese em tela, argumenta-se com a inconstitucionalidade da pena cominada à falsificação de fonogramas por ser mais severa que aquela cominada à falsificação de programas de computador. Essa conclusão, conquanto respeitável, já que fruto da dialética processual, é certamente açodada e pouco técnica.

Como é intuitivo, a existência de referenciais de análise que possuam a mesma essência é requisito indispensável a qualquer estudo relacionado à igualdade de direitos e deveres. A partir daí, parte-se para uma aferição comparativa, permitindo seja identificado em que medida as semelhanças se manifestam e quais os bônus ou ônus delas decorrentes. Para tanto, é necessário isolar as características relevantes, decisivas e umbilicalmente conectadas a uma dada consequência jurídica, o que pressupõe a correta identificação dos objetivos da norma, e proceder à comparação: o equívoco na individualização dessas características ou a incorreta associação entre característica e consequência jurídica, conferindo demasiada importância a um aspecto destituído de toda e qualquer importância, certamente conduzirão a uma manifesta injustiça. Identificada a não uniformidade das características relevantes, será evidente a correção do tratamento diferenciado. Não obstante a simplicidade dessa conclusão, não raro ainda serão necessários juízos valorativos extremamente delicados em relação à justa medida desse tratamento diferenciado, o que exigirá o emprego de um critério de proporcionalidade.

Não se ignora, é certo, que fonogramas e programas de computador são espécies do gênero propriedade imaterial. Também merece lembrança que um Honda Civic com motor 2.0 e um Gol com motor 1.0 são espécies do gênero automóvel. Ou, mesmo, que caviar e fubá são espécies de gênero alimentício. No entanto, pergunta-se: todas as espécies pertencentes a um mesmo gênero devem receber tratamento idêntico? Serão inconstitucionais as normas que impõem tratamento tributário mais severo ao Honda Civic e ao caviar quando cotejados com outras espécies do mesmo gênero?

A simples constatação de que certas individualidades pertencem ao mesmo gênero, conquanto demonstre uma igualdade de essência, não afasta a possibilidade de, em círculos mais estreitos de análise, serem identificadas dissonâncias que justifiquem o tratamento diferenciado. O problema central (*zentrale Problem*), como observam Christian Starck e Thorsten Ingo Schmidt (2008: 144), é identificar as características relevantes que permitem o tratamento diferenciado: no seu exemplo, conquanto seja plenamente justificável a existência de tratamento tributário diferenciado em relação às vacas e aos cachorros, pois as primeiras são animais úteis (*Nutztiere*) e os últimos animais domésticos (*Haustiere*), o mesmo não ocorreria se a distinção recaísse sobre cachorros e gatos, ambos pertencentes ao mesmo gênero doméstico.

Volviendo à hipótese em tela, pode-se afirmar que fonogramas e programas de computador pertencem ao gênero da propriedade industrial. No entanto, se desermos a círculos mais estreitos de análise, constatamos que a sua produção segue distintos processos de criação e técnicas diversificadas, o que, por si só, já seria sufi-

ciente para distingui-los. Além disso, é factível que esses produtos exercem influência distinta na indústria nacional e produzem efeitos diversos nas relações mantidas pela República Federativa do Brasil com os seus parceiros comerciais. Constatando-se que não são “a mesma coisa”, a quem compete definir, *in abstracto*, o tratamento jurídico a ser dispensado a essas individualidades no plano jurídico-sancionador? Ao legislador ou ao juiz? Em um Estado Democrático de Direito, juízos valorativos dessa natureza hão de ser primordialmente realizados pelo legislador.

O que vem de ser dito em relação à igualdade termina por influenciar as conclusões quanto à alegada afronta à proporcionalidade. Se os objetos tutelados pela norma penal não se identificam, é factível que as penas cominadas hão de ser diferenciadas. Especificamente em relação ao nosso exemplo, é por demais difícil identificar excesso na pena de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de detenção pela singela razão de a pena mínima, em outros tipos do sistema, ser de 1 (um) ano.

O critério de proporcionalidade, cuja funcionalidade básica é a de estabelecer limites às restrições aos direitos fundamentais, como sói ser o direito de liberdade, tem sido objeto de amplos estudos pelos juristas contemporâneos.⁴ Em verdade, há muito desempenha importante papel no âmbito do direito penal, consagrando o entendimento de que as penas devem ser proporcionais à gravidade dos crimes praticados. O critério de proporcionalidade impõe a obrigação de o Poder Público utilizar meios adequados e interdita o uso de meios excessivos.

De forma lenta e progressiva, o critério de proporcionalidade foi transportado para os domínios do direito constitucional, seara em que é intensamente utilizado na garantia dos direitos fundamentais, impedindo que a produção normativa do Estado avance na desarrazoada limitação desses direitos e termine por abalar o próprio alicerce legitimador de sua existência. Essa migração para o direito constitucional pode ser explicada pelo fato de, em um primeiro momento, ter-se visto a liberdade valorativa do legislador como juridicamente ilimitada, concepção que derivava diretamente da ideia de soberania popular. Enquanto o legislador se mantivesse adstrito aos limites de suas competências constitucionais, poderia fazer o que melhor lhe aprouvesse, sem qualquer limitação. Paulatinamente, no entanto, foi identificada a necessidade de serem instituídos critérios limitadores do espaço de conformação dos órgãos legiferantes, criando uma verdadeira “*proibição de excesso*” (J. J. GOMES CANOTILHO, 2001: 198). Como anota Heinrich Scholler (1999: 96), essa transformação, para muitos, significa “uma evolução do princípio da ‘reserva de lei’ (*Vorbehalt des Gesetzes*) para o princípio da ‘reserva de lei proporcional’ (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*)”. Prossegue afirmando que “*no momento em que se reconheceu o princípio da reserva legal como sendo o da reserva da lei proporcional, passou a ser admitida a possibilidade de impugnação e eliminação não apenas das medidas administrativas desproporcionais, mas*

4 Remetemos o leitor às considerações que realizamos a respeito do tema na obra *Conflito entre Normas Constitucionais: Esboço de uma Teoria Geral* (2007: 348 e ss.), da qual reproduzimos alguns excertos.

também das leis que, ofensivas à relação entre os meios e os fins, estabelecem restrições aos direitos fundamentais”.

Mesmo que o legislador atue no espaço de conformação deixado pela Constituição, pode o Judiciário identificar e coibir os excessos, muitas vezes ínsitos em normas harmônicas com a letra, mas contrárias à essência da Constituição. Assim ocorre porque o critério de proporcionalidade é inerente à concepção de Estado de Direito, podendo ser igualmente visto como exigência metódica afeta a qualquer sistema jurídico.

Partindo-se da concepção atualmente difundida entre os publicistas germânicos, pode-se dizer que determinado ato normativo estará em harmonia com o critério de proporcionalidade em sendo observados os seus três elementos constitutivos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁵

Consoante o primeiro elemento, a norma deve ser apta a alcançar a consecução do interesse público, o que denota ser imprescindível a presença de uma relação de adequação entre o meio utilizado e o fim visado, importando em nítida vedação ao arbítrio. Nesse passo, é analisada unicamente a adequação da norma, não sendo o momento oportuno para a valoração da eficácia do meio escolhido ou o grau de restrição aos direitos do cidadão, o que será objeto de aferição específica sob a ótica da necessidade.

Observe-se, ainda, que a relação meios/fins (*Zweck-Mittel*) apresentará nuances distintas nas esferas legislativa e jurisdicional, pois à primeira é conferida maior liberdade de conformação, o que é justificável por adotar medidas em relação a situações de risco potencial e abstrato, enquanto o juiz, em regra, atua frente a situações atuais e concretas.

A norma será necessária quando não exceder os limites indispensáveis à consecução do objetivo almejado, devendo-se preferir o meio menos lesivo aos direitos fundamentais. Em havendo possibilidade de escolha de outro meio, com idêntica eficácia, passível de impor menores limitações aos direitos individuais, a norma não será necessária e, conseqüentemente, será desproporcional.⁶ Na observação de Scholler (1999: 99), *“a adequação representa a relação com a realidade empírica e deveria ser aferida em primeiro lugar, ainda que o critério da necessidade tenha a*

5 Como frisou Robert Alexy, as três máximas fundamentais que informam o critério de proporcionalidade, adequação, necessidade (postulado do meio mais benigno) e proporcionalidade em sentido estrito (postulado de ponderação propriamente dito) são logicamente inferidas da própria natureza do princípio, dele deduzindo-se (1994: 101-104; e 2005: 572-573). No mesmo sentido: Valérie Goessel-Le Bihan (2001: 68; e 1997: 232).

6 À necessidade ou exigibilidade da norma, de acordo com Canotilho (2003: 270), devem ser acrescentados *“outros elementos conducentes a uma maior operacionalidade prática: a) a exigibilidade material, pois o meio deve ser o mais ‘poupado’ possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade espacial aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a exigibilidade temporal pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; d) a exigibilidade pessoal significa que a medida se limitará à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados”.*

melhor relevância jurídica. Meios que são adequados podem, mas não precisam ser necessários. Em contrapartida, meios necessários serão sempre adequados”.

Por último, deve ser verificada a proporcionalidade em sentido estrito, nítido mandamento de ponderação, indicativa de que quanto maior for a afetação produzida pela medida ou pela conduta na esfera de um princípio, maior ou mais urgente deve ser a necessidade de realizar o princípio a que se atribuiu preeminência (Cf. LUIS PRIETO SANCHIS, 2003: 202). A constrição imposta pela norma deve ser inferior ao benefício que se pretenda obter com a sua edição, sob pena de infração ao critério de proporcionalidade e consequente inconstitucionalidade.

Não basta que a norma seja adequada e necessária à satisfação de determinado direito, sendo imprescindível a comprovação, a partir de um exercício de ponderação, que a opção pelo direito preferente oferece maiores vantagens que a carga coativa imposta ao direito preterido, o que exige sejam ambos identificados, delimitados e sopesados, permitindo a verificação da proporcionalidade da medida adotada. A atuação que afete um princípio constitucional deve mostrar-se consistente com o bem ou a finalidade perseguida por outra norma; demonstrada a inadequação, a atuação será indiferente a uma norma e lesiva a outra, o que exclui a legitimidade da intervenção (Cf. LUIS PRIETO SANCHIS, 2003: 200).

No âmbito do controle de constitucionalidade, o critério de proporcionalidade pode ser igualmente utilizado como um princípio de interpretação da norma, possibilitando a sua adequação ao texto constitucional sem a supressão, parcial ou total, do texto. Em sendo admitidas várias interpretações, à disposição normativa deve ser dispensada aquela que se mostre compatível com a Constituição. Nessa seara, o papel desempenhado pela proporcionalidade assume relevância ímpar, possibilitando a compatibilização de diversas normas constitucionais – dentre as quais é cediço inexistir hierarquia – que simultaneamente projetem os seus efeitos sobre determinado caso concreto, o que lhe confere maior densidade e retira o livre arbítrio do operador do direito.

É constantemente invocado o argumento de que a adoção do critério de proporcionalidade importaria no surgimento da “justiça do caso concreto”, comprometendo a segurança jurídica que emana das normas *in abstracto* e desestabilizando o próprio princípio da separação dos poderes.

A crítica não é desarrazoada, sendo flagrante o risco de abusos por magistrados que resolvam se autoinvestir na função de “legisladores do caso concreto”, o que bem demonstra a necessária prudência que deve nortear a sua utilização, sempre visando a conter a sua desmesurada e irresponsável expansão.⁷ Apesar da aparente fluidez do princípio, sua aplicação, ainda que riscos de abusos existam,

7 Como assinala Humberto Ávila, o âmbito de controle do Poder Judiciário e a necessidade de justificação das restrições impostas a um direito fundamental serão tanto menores quanto mais “(1) *duvidoso for o efeito futuro da lei*; (2) *difícil e técnico for o juízo exigido para o tratamento da matéria*; (3) *aberta for a prerrogativa de ponderação atribuída ao Poder Legislativo pela Constituição*” (2005: 126).

não pode ser descartada, pois entendimento contrário culminaria em deflagrar uma nítida involução para o positivismo legalista, retirando o respeito aos direitos fundamentais do ponto nuclear da ordem jurídica e relegando o respeito ao princípio da constitucionalidade, importante conquista civilizatória, a plano secundário.

Como não poderia deixar de ser, não há interdição à aferição da proporcionalidade das restrições impostas à esfera jurídica individual na esfera penal. A respeito da transposição dos elementos constitutivos do critério de proporcionalidade à seara penal, reportamo-nos à bela monografia de Teresa Aguada Correa, intitulada *El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal*, que oferece denso alicerce teórico aos juízos valorativos realizados pelo Poder Judiciário, isso em razão da amplitude do tema e dos limites imanentes destas breves linhas.⁸

3. CONSEQUÊNCIAS DA INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO

Não é de excluir-se a possibilidade de as escolhas do legislador serem manifestamente inconstitucionais. Seria o caso, ainda com os olhos voltados ao nosso exemplo, de serem cominadas penas mais severas à falsificação de fonogramas de música sertaneja que aquelas cominadas às falsificações de música clássica. Nesse caso, as características relevantes são, de fato, idênticas, de modo que somente em situações excepcionalíssimas, portanto, com maior ônus argumentativo para o intérprete, seria possível justificar a distinção de tratamento.

Com todas as vênias daqueles que encampam entendimento diverso, cremos que o legislador infraconstitucional, ao definir a reprimenda cominada no § 2º do art. 184 do Código Penal, simplesmente fez uso da liberdade de conformação que encontra sustentação última em sua legitimidade democrática.

A legislação penal, aliás, é pródiga em tratamentos diferenciados. Infrações penais praticadas em detrimento de mulheres, crianças e idosos podem redundar em penas mais severas. Também a condição da vítima pode influir na definição do legitimado à propositura da ação penal. Essas situações também configurariam violação à regra da igualdade? Note-se que os prosélitos da inconstitucionalidade da pena cominada no § 2º do art. 184 do Código Penal normalmente deixam de observar que a legitimidade para o ajuizamento da ação penal é diversa em relação àquela estabelecida pelo § 3º do art. 12 da Lei nº 9.609/1998. Lá se exige a denúncia, aqui, a queixa. *Ibi eaden ratio...*

Todo e qualquer sistema jurídico subsiste na diversidade, o que exige grande cautela dos órgãos jurisdicionais, evitando identificar igualdades inexistentes ou desigualdades pretendidas. Se, mesmo com todas as cautelas possíveis, forem iden-

8 Seguindo os alicerces estruturais traçados pela autora espanhola, vide, na doutrina nacional, o trabalho de Michael Schneider Flach (2011: 157 e ss.).

tificadas afrontas à igualdade e à proporcionalidade, a solução será reconhecer a inconstitucionalidade da norma penal incriminadora, não colher-se partes de outras disposições normativas e “montar” uma nova norma penal incriminadora ao sabor das conveniências do intérprete.

CONCLUSÃO

A norma penal incriminadora, a exemplo de toda e qualquer norma infraconstitucional, deve estar em harmonia com a Constituição, o que, considerando a finalidade dos direitos fundamentais, confere especial realce às noções de igualdade e proporcionalidade.

Resalte-se que o contorno jurídico da igualdade não pode ser construído a partir de círculos generalíssimos, desconsiderando as especificidades dos objetos comparados. Em relação à proporcionalidade, o delineamento da norma proibitiva implícita no tipo penal e a cominação da respectiva sanção estão sujeitas à liberdade de conformação do legislador, que realiza os juízos valorativos que lhe são próprios. Infirmar esses juízos valorativos, conquanto juridicamente viável, é tarefa de difícil realização no plano pragmático, mas nem por isso estranha ao *munus* funcional do Poder Judiciário.

O que se mostra absolutamente incompatível com a função desempenhada pelo intérprete é a estruturação de uma norma incriminadora, bipartida que é em preceitos primário e secundário, utilizando, como base de desenvolvimento de sua atividade intelectual, enunciados linguísticos inseridos em dispositivos diversos, que somente poderiam dar origem a normas diversas, isso em razão da indissolubilidade do binômio conduta-pena.

REFERÊNCIAS

- AGUADO CORREA, T. *El Principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: EDERSA, 1999.
- ALEMANHA. *Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, von 23. Mai 1949. Disponível em <http://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/index.html>.
- ALEXY, R. *Balancing, constitutional review, and representation, in International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, nº 4, p. 572-581, 2005.
- _____. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Suhrkamp Verlag, 1994.
- ÁVILA, H. B. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. Decreto-Lei nº 2848. Código Penal. De 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 31 de julho de 2011.

_____. Lei nº 6.368/1976. Brasília, 21 out. 1976. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm>. Acesso em: 24 de março de 2014.

_____. Lei nº 9.609/1998. Brasília, 19 fev. 1998. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19609.htm>. Acesso em: 24 de março de 2014.

_____. Lei nº 10.695/2003. Brasília, 1º jul. 2003. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.695.htm>. Acesso em: 24 de março de 2014.

_____. Lei nº 11.342/2006. Brasília, 18 ago. 2006. Diário Oficial da União. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11342.htm>. Acesso em: 24 de março de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 104.409/MS. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 10 dez. 2013. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22ROGERIO+SCHIETTI+CRUZ%22%29.min.&processo=104409&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 24 de março de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 174.573/SC. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 12 set. 2013. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22ROGERIO+SCHIETTI+CRUZ%22%29.min.&processo=104409&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 24 de março de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.050.890/PR. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 02 fev. 2012. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1050890&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 24 de março de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em recurso extraordinário criminal nº 634.601 AgR/SC. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 08 set. 2011. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28634601%2EENUME%2E+OU+634601%2EACMS%2E%29+%28%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29%2ENORL%2E+OU+%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29%2ENORV%2E+OU+%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29%2ENORA%2E+OU+%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/o6fs9bv>>. Acesso em: 24 de março de 2014.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Embargo de Divergência em Recurso Especial nº 1.094.499/MG. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 18 ago. 2013. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc>>.

jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22FELIX+FISCHER%22%29.min.&processo=1094499&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 24 de março de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 106.780/SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 12 fev. 2014. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28106780%2ENUME%2E+OU+106780%2EACMS%2E%29+%28%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29%2ENORL%2E+OU+%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29%2ENORA%2E+OU+%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29%2EACMS%2E%29%28%40JULG+%3E%3D+20131126%29%28%40JULG+%3C%3D+20140212%29&base=baseAcor daos&url=http://tinyurl.com/nswhzdp>>. Acesso em: 24 de março de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 92.628/RS. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 19 dez. 2008. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2892628%2ENUME%2E+OU+92628%2EACMS%2E%29+%28%28JOAQUIM+BARBOSA%29%2ENORL%2E+OU+%28JOAQUIM+BARBOSA%29%2ENORV%2E+OU+%28JOAQUIM+BARBOSA%29%2ENORA%2E+OU+%28JOAQUIM+BARBOSA%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/p5c2mbf>>. Acesso em: 24 de março de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 92.628/RS. Relator: Ministro Ellen Gracie. Brasília, 19 set. 2003. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28358315%2ENUME%2E+OU+358315%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/otfsfcy>>. Acesso em: 24 de março de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 596.152/SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 13 fev. 2012. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28596152%2ENUME%2E+OU+596152%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qec53lb>>. Acesso em: 24 de março de 2014.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal, Parte Geral, Tomo I. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CANOTILHO, J. J. G. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

COULTHARD, M. e JOHNSON, A. *An introduction to forensic linguistics: language in evidence*. New York: Routledge, 2007.

CRISAFULLI, V. *Lezioni di Diritto Costituzionale*, vol. II, t. I. 6. ed. Milano: CEDAM, 1993.

FERRAJOLI, L. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I. Roma: Laterza, 2007.

- FLACH, M. S. O Princípio da Proporcionalidade como Limite penal, *in*: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul nº 68, jan.-abr./2011, p. 157.
- FRAGOSO, H. C. Lições de Direito Penal. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- GARCIA, E. Conflito entre Normas Constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- _____. Proteção e Inserção da Mulher no Estado de Direito, *in*: Revista Brasileira de Direito Constitucional nº 12, jul.-dez./2008, p. 119.
- GOESEL-LE BIHAN, Valérie. *Le controle exerce par le conseil constitutionnel: défense et illustration d'une théorie générale*, *in*: *Revue Française de Droit Constitutionnel* nº 45, p. 67-83, 2001.
- _____. *Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proporcionalité exerce par le Conseil constitutionnel*, *in* *Revue Française de Droit Constitutionnel* nº 30, p. 227-267, 1997.
- HÄBERLE, P. *Function und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive*, *in* *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 32. Jg. Heft 22-23, 2005, p. 685.
- HUNGRIA, N. Comentários ao Código Penal, Vol. I, T. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- LAVAGNA, C. *Costituzione e socialismo*. Bologna: Il Mulino, 1977.
- LEVI, J. N., WALKER, A. G. *Language in the judicial process*, vol. 5 de *Law, Society and Policy*. New York: Plenum Press, 1990.
- MANZINI, V. *Trattato di Diritto Penale Italiano*, vol. I. 4. ed. Torino: UTET, 1981.
- MARQUES, J. F. Tratado de Direito Penal, vol. I. Campinas: Bookseller, 1997.
- MIRABETE, J. F. e MIRABETE, R. N. Código Penal Interpretado. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.
- MÜLLER, F. *Juristische Methodik, Band I: Grundlagen Öffentliches Recht*. Berlin: Duker & Humbolt, 9. ed., 2004.
- NUCCI, G. S. Código Penal Comentado. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PRIETO SANCHIS, L. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- ROTHEMBURG, W. C. Direito Constitucional. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.
- SCHOLLER, H. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha. Trad. de SARLET, Ingo Wolfgang. *In*: Revista Interesse Público, nº 2, p. 93-107, 1999.
- STARCK, Ch. e SCHIMIDT, T. I. *Staatsrecht*. 2. ed. München: Verlag C.H. Beck München, 2008.

Recebimento em 10/06/2014

Aprovação em 16/06/2014