

Em torno da inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal e das consequências daí oriundas

Marcos Augusto Ramos Peixoto
Juiz de Direito

Alexandre Morais da Rosa
Juiz de Direito

*“A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a **justiça** do ordenamento”.¹*

Norberto Bobbio

No dia 06 de março de 2015 foi noticiado no site do STJ que, no HC nº 239363/PR, “a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário (que estabelece a sanção) do artigo 273, parágrafo 1º-B, inciso V, do Código Penal (CP)”, e que “a pena imposta ao réu do caso julgado deverá ser redimensionada pela Sexta Turma, considerando a sanção prevista para o delito de tráfico de drogas (artigo 33 da Lei 11.343/06). A Corte Especial entendeu que é possível fazer a analogia por semelhança de condutas para beneficiar o acusado” (grifamos).²

Há aí, com a devida vênia, graves erros de perspectiva, metodológico e principiológico.

É certo que o ordenamento jurídico não pode causar-nos estranhamento, reticência, quando de sua aplicação. Se nos causa, há algo errado – e há, deveras, no preceito secundário do artigo 273 do Código Penal e seus parágrafos após as alterações introduzidas pela Lei 9677/1998.

Como nos ensina Mariângela Gomes, “deve a atividade legislativa (...) ser orientada pela racionalidade, uma vez que cabe ao legislador valorar racionalmente as diferenças e semelhanças entre os fatos a serem disciplinados, de modo que os resultados desta ponderação mostrem-se coerentes”.³

Por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição, a análise desta racionalidade não pode escapar do crivo dos magistrados quando necessário e instados a tanto, sem que isto implique, como equivocadamente querem alguns, que ao fazer tal análise esteja o Poder Judiciário se apropriando de atribuições

¹ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. Pg. 113.

² Disponível na internet em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/STJ-considera-inconstitucional-pena-para-venda-de-medicamento-de-proced%C3%A2ncia-ignorada, consultado aos 07 de março de 2015.

³ MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama; O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 67.

típicas do Poder Legislativo retirando deste a margem de discricionariedade legítima para a fixação das reprimendas penais abstratamente consideradas, e que deveria o juiz se limitar à aplicação da pena em concreto, atendo-se necessariamente aos limites da norma erigida pelo Poder Legislativo: nada mais falso eis que, nas palavras simples e objetivas de Heloísa Estellita, “na medida em que ao Poder Judiciário incumbe a tarefa de garantir a autoridade, a primazia e a aplicação da Constituição Federal, incumbe-lhe o controle de constitucionalidade das normas penais que violem o princípio da proporcionalidade”.⁴

Ainda sobre o tema encontramos a precisa lição de Pedro Augusto Lopes Sabino, para quem “o constitucionalismo hodierno está voltado para um enfoque material da Constituição. Busca-se a máxima efetividade das normas constitucionais, quer sejam entendidas como regras, como princípios ou como postulados normativos aplicativos. Como cada ordem jurídica ajusta modelos teóricos de ordenação societária ao seu contexto histórico real existente, é imperativo o delineamento de normas em consonância com o contexto social específico. Por conseqüência, o legislador é necessariamente apto a estabelecer restrições, desde que sujeitas a um controle de constitucionalidade. (...) Na solução destes casos, impende a utilização dos postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade em todos os seus aspectos, melhor instrumentalizando, assim, o intérprete na concretização de princípios constitucionais”.⁵

Aqui também podemos invocar, desde outra tradição, a dupla face dos Direitos Fundamentais, ou seja, a possibilidade de se analisar, no contexto do devido processo legal substancial, tanto o excesso de proibição, como a proteção deficiente.⁶

Como se não bastassem todos estes argumentos, cabe lembrar a brilhante decisão (ainda que não acolhida pela maioria) da lavra do Min. Celso de Mello nos autos da Medida Cautelar em Habeas Corpus 92525/RJ, aqui aplicável *mutatis mutandis* (então se analisava o parágrafo 1º do artigo 180 do Código Penal), e na qual restou assentado:

“...o Poder Público, especialmente em sede de tipificação e cominação penais, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LIV, da Carta Política, inclui-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas

⁴ ESTELLITA, Heloisa. Direito penal, constituição e princípio da proporcionalidade. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.11, n.n. esp., p. 11-13, out. 2003.

⁵ SABINO, Pedro Augusto Lopes. Proporcionalidade, razoabilidade e direito penal. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 12.11.2003

⁶ GRIMM, Dieter. Constitucionalismo y derechos fundamentales. Trad. Raúl Sanz Burgos e José Luiz Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006; STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40. Acesso em 25 mar 2011; RUDOLFO, Fernanda Mambrini. A Dupla Face dos Direitos Fundamentais. Petrópolis: KBR, 2012; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; STRECK, Maria Luiza Schäfer. A face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

emanadas do Poder Público. Esse entendimento é prestigiado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já advertiu que o Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade. Entendo, por isso mesmo, que a tese exposta nesta impetração revela-se juridicamente plausível, especialmente se se considerar a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, que já assentou, a propósito do tema, a orientação de que transgredir o postulado do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), analisado em sua dimensão material (“substantive due process of law”), a regra legal 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 (CELSONO 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 (especialmente aquela de índole penal) - 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, extraíndo 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). 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. 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. A validade das manifestações do Estado, analisadas estas em função de seu conteúdo intrínseco - especialmente naquelas hipóteses de imposições restritivas ou supressivas incidentes sobre determinados valores básicos (como a liberdade) - passa a depender, essencialmente, da observância de determinados requisitos que atuam como expressivas limitações materiais à ação normativa do Poder Legislativo. A essência do “substantive due process of law” reside na necessidade de conter os excessos do Poder, quando o Estado edita legislação que se revele destituída do necessário coeficiente de razoabilidade, como parece ocorrer na espécie ora em exame. Isso significa, portanto, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. Daí a advertência de CAIO TÁCITO (RDP 100/11-12), que, ao relembrar a lição pioneira de SANTI ROMANO, destaca que a figura do desvio de poder legislativo impõe o reconhecimento de que

a atividade legislativa deve desenvolver-se em estrita relação de harmonia com padrões de razoabilidade. A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais, que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas (RTJ 160/140-141, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 1.063/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Em suma: a norma estatal, que veicule qualquer conteúdo de irrazoabilidade (como ocorreria no caso em exame), transgride o princípio do devido processo legal, examinado este na perspectiva de sua projeção material (“substantive due process of law”). Essa cláusula tutelar dos direitos, garantias e liberdades, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de 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, como esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 176/578-579, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Nem se diga, de outro lado, que o Supremo Tribunal Federal, ao assim proceder, estaria excedendo os limites materiais de sua função jurisdicional. Na verdade, esta Suprema Corte, adstringindo-se aos estritos limites de sua competência constitucional, já decidiu, em contexto no qual se discutia a ocorrência, ou não, de antinomia real (ou insolúvel), insuscetível, portanto, de superação pelos critérios ordinários (critério cronológico, critério hierárquico e critério da especialidade), que se revelava legítima a utilização, embora excepcional, da interpretação ab-rogante, quando absoluta (e insuperável) a relação de antagonismo entre dois preceitos normativos, hipótese em que, adotado esse método extraordinário, “ou o intérprete elimina uma das normas contraditórias (ab-rogação simples) ou elimina as duas normas contrárias (ab-rogação dupla)” (RTJ 166/493, Rel. p/ o acórdão Min. MOREIRA ALVES). Ao julgar o HC 68.793/RJ, Rel. p/ o acórdão Min. MOREIRA ALVES, a colenda Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, apoiando-se no magistério de NORBERTO BOBBIO (“Teoria do Ordenamento Jurídico”, p. 100/103, 1989, Polis/Editora Unb), assinalou que a interpretação ab-rogante, porque excepcional, deve ser ordinariamente afastada, preferindo-se, a ela, quando conciliáveis os dispositivos antinômicos (antinomia aparente), a denominada “(...) interpretação corretiva, que conserva ambas as normas incompatíveis por meio de interpretação que se ajuste ao espírito da lei e que corrija a incompatibilidade, eliminando-a pela introdução de leve ou de parcial modificação no texto da lei” (RTJ 166/493 - grifei). Em consequência desse entendimento, e buscando viabilizar “a eliminação da incompatibilidade”, o Supremo Tribunal Federal (cuidava-se, então, de regras normativas constantes da Lei dos Crimes Hediondos), mediante exegese restritiva das normas legais em exame, promoveu uma conciliação sistemática dos preceitos legais, “(...) deixando ao primeiro, a fixação da pena (...) e ao segundo, a especialização do tipo do crime (...)” (RTJ 166/493), na linha do que se preconiza nas lições que venho de referir, que propõem, para solução do conflito, a subsistência do preceito primário consubstanciado no § 1º do art. 180 do Código Penal, embora aplicando-se-lhe o preceito sancionador (preceito secundário) inscrito no “caput” do referido art. 180 do CP. Os aspectos que venho de ressaltar permitem-me reconhecer, embora em juízo de sumária cognição, a ocorrência, na espécie, do requisito pertinente à plausibilidade jurídica da pretensão deduzida pelo impetrante. Concorre, por igual, o pressuposto concernente ao “periculum in mora” (fls. 23). Sendo assim, e em face das razões

expostas, defiro o pedido de medida liminar, para suspender, cautelarmente, a eficácia da condenação penal imposta ao ora paciente nos autos do Processo-crime nº 99.001.155943-4 (14ª Vara Criminal da comarca do Rio de Janeiro/RJ).”

Assim, se por um lado, voltando ao caso do artigo 273 do Código Penal, revela-se mais que evidente a desproporção das penas abstratamente cominadas – e neste ponto específico estamos de pleno acordo com o quanto julgado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça – face a todo o ordenamento substantivo penal pátrio (pena de reclusão de 10 (dez) a 15 (quinze) anos e multa, isto para um delito de perigo abstrato), não é propriamente só o preceito secundário deste dispositivo que se revela inconstitucional (também ele!), mas sim, na origem, o artigo 1º da Lei 9677/1998, na passagem em que inseriu a modificação desproporcional.

Por outro lado não cabe ser dito que por conta disto estaria o artigo 273 desprovido de preceito secundário e, portanto, mereceria ser relegado ao ostracismo penal. Na verdade, a declaração de inconstitucionalidade da passagem do artigo 1º da Lei 9677/1998 que implicitamente revogou o preceito secundário anteriormente contido no artigo 273 do Código Penal repristina este mesmo preceito secundário de outrora, que passa novamente a vigor em sua redação original, como se jamais tivesse sido revogada já que uma lei declarada inconstitucional, via de regra, não produz efeitos, possuindo a declaração (também de regra, principalmente em sede de controle difuso) efeitos retroativos *ex tunc*.⁷

Tal entendimento encontra ressonância no § 2º do art. 11 da Lei 9.868/1999, e na ADI2884/RJ, na qual restou assentado pelo Supremo Tribunal Federal que “a declaração final de inconstitucionalidade, quando proferida em sede fiscalização normativa abstrata, importa – considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente – em restauração das normas estatais anteriormente revogadas pelo diploma normativo objeto do juízo de inconstitucionalidade, eis que o ato inconstitucional, por juridicamente inválido (RTJ 146461-462), não se reveste de qualquer carga de eficácia derogatória” – o que pode ser acolhido, guardadas as proporções, também em sede de controle difuso.

Sequer se diga, por outro lado – como pretendem alguns e tal lamentavelmente foi objeto do aresto do Superior Tribunal de Justiça aqui analisado – que reconhecida a inaceitável desproporção criada pelo Poder Legislativo haveria que se investigar na seara penal o delito que mais se aproximaria daquele tipificado no artigo 273 do Código Penal para que a este fosse aplicado o preceito secundário previsto naquele – e alguns, nesta toada, vislumbram a aplicabilidade das penas previstas para o tráfico de entorpecentes.

Tal proposta, com a devida licença, é nada menos que absurda, lembrando tempos de triste memória em que se preconizava a aplicação da analogia em matéria penal, como lembram Zaffaroni e Pierangeli acerca do ocorrido na Alemanha Nazista, quando se modificou a regra da legalidade estrita em nome

⁷ De acordo com Pedro Lenza, citado por Sybelle Morgana Macena Batinga “se a lei é nula, ela nunca teve eficácia. Se nunca revogou nenhuma norma, aquela que teria supostamente “revogada”, continua tendo eficácia” (Da impossibilidade de se atribuir efeito repristinatório quando a lei supostamente revogada também é inconstitucional, disponível na internet em http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=34381_&ver=1300, consultado em 06 de março de 2015);

do sentido da lei: “Em 1935 foi eliminado o princípio da legalidade, mediante a introdução da analogia penal, substituindo-se o art. 2 do StGB pelo seguinte: ‘É punível aquele que comete um ato a que a lei declara punível ou que, conforme a ideia fundamental de uma lei penal e ao sentimento do povo, merece ser punido. Se nenhuma lei é diretamente aplicável ao ato, este será sancionado conforme a lei em que mais adequadamente se aplique a ideia fundamental’”.⁸

Pelo exposto, impõe-se, na verdade, a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei 9677/1998, na parte em que amplia as penas mínima e máxima contidas no preceito secundário do artigo 273 do Código Penal e, por via de consequência do efeito repristinatório, que se entenda como vigente a pena prevista na redação originária do artigo 273 daquele Código, qual seja, “reclusão, de um a três anos, e multa”, evitando-se desta forma recurso à analogia em frontal violação ao princípio da legalidade estrita em matéria penal.

É que diante da criatividade do Poder Judiciário brasileiro, não se sabe onde a analogia poderia parar. A questão é que se a lei é inconstitucional por violação da proporcionalidade ou pelo excesso de proibição, aplica-se a anterior e não se inventa uma analogia qualquer, ainda mais no contexto penal.

⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. São Paulo: RT, 1999, p. 335.