

Willis Santiago Guerra Filho

Sumário:

I. Sobre uma teoria fundamental do direito frente ao direito penal. II. Revisando a teoria da norma jurídica I: De princípios e regras. III. Revisando a teoria da norma jurídica II: Os princípios constitucionais. IV. Os princípios constitucionais penais.

Resumo

O artigo aborda a proposta de uma teoria fundamental do direito, a qual é baseada em um novo conceito de normas jurídicas, que inclui um novo tipo, a saber, os princípios jurídicos. Este tipo de normas encontra sua sede própria em nível constitucional e delas brotam originalmente os direitos fundamentais. A proposta é confrontada com aquela do chamado “garantismo jurídico” em direito penal, com o fito de demonstrar a compatibilidade entre elas.

Palavras-chave

Direitos fundamentais. Direito penal. Princípios jurídicos.

Abstract

The papers deal with the proposal of a fundamental theory of law, which is based on the new concept of legal norms as including a new type, namely, legal principles. These kinds of norms are at home in the constitutional level and fundamental rights spring out originally from them. The proposal is confronted with that of the so-called “legal guaranties” in criminal law, in order to show their compatibility, towards a revision of fundamental concepts in legal theory and, specifically, in criminal law.

Key words

Fundamental rights. Criminal law. Legal principles.

I Sobre uma teoria fundamental do direito frente ao direito penal

Produzir conceitos é algo próprio de um tipo de saber que surge, justamente, quando se começa a fazer isso de maneira explícita. Este saber é a filosofia. Esta é uma forma de saber que se diferenciou de outras principalmente por buscar a elaboração de conceitos que captassem a verdade, a razão de ser, de tudo quanto fosse objeto de sua investigação, considerando esta verdade, esta razão de ser, como inerente ao objeto, seja por ser ele uma espécie de cópia imperfeita de uma idéia ou forma pura – o seu conceito –, seja por estar nele mesmo os elementos essenciais que o tornava uma espécie de um certo gênero, o qual corresponderia ao conceito. Essa divergência oporia, respectivamente, um mestre e seu discípulo, ambos célebres, Platão e Aristóteles, a quem se pode atribuir a fundação da filosofia como disciplina (de e do conhecimento), na esteira do mestre direto do primeiro (e tantos outros), Sócrates. Na atualidade, e já desde algum tempo, disciplinas as mais diversas, em geral com caráter reconhecidamente científico – outras nem tanto, como o direito, a teologia, a psicanálise etc. –, aplicam para seus propósitos (e, portanto, diferenciadamente) a operação filosófica de elaborar conceitos. É o que fazemos também no direito, com uma peculiaridade em relação às ciências, pelo menos, aquelas modernas, pois se o direito também o for, penso que será uma ciência antiga (ou “pós-moderna”, mais, ou menos, que simplesmente moderna): nossos conceitos vem sendo elaborados, sob a influência da filosofia, há dois milênios e meio, já na Grécia Antiga, desde que se afirmou a filosofia como um saber diferenciado e, especialmente, sob a influência grega, na Roma Antiga. Daí que os conceitos, em Direito, têm uma longa tradição a qual se deve levar em conta, ao se ater em conceitos jurídicos, mas também não se pode simplesmente reproduzir esses conceitos tradicionais, caso se pretenda elaborar um conceito atualizado, pois deve-se prestar contas, também, com as necessidades do presente. E o presente traz um desafio ainda recente para os que lidam com o Direito, tanto aqui em nosso país, como também em vários outros, há pouco mais ou menos tempo que nós: elaborar de certo modo os conceitos jurídicos. Ou seja, formular uma teoria jurídica, que tem nos conceitos um de seus aspectos principais, e fomentar uma determinada prática do Direito – a rigor, outro aspecto importante, fundamental, de uma teoria jurídica, que pelo menos desde os antigos romanos já se apresentava como uma teoria com relevância prática. A teoria e prática do Direito que hoje se necessita, entre nós e em geral, são aquelas voltadas para o esclarecimento e realização do Estado de Direito nos quadros da Democracia, bem como dos direitos e garantias fundamentais, constitucionais, que lhes são inerentes.

Considerando as duas possibilidades de se elaborar conceitos, acima mencionadas, a saber, aquela “platônica”, que podemos também chamar de “idealista”, e a outra, “aristotélica”, que igualmente se pode denominar “realista”, tem-se que em um conceito jurídico de Direito Penal há de se contemplar, em certa medida, ambos os aspectos, o

primeiro deles revela-se mais filosófico, por tender mais para a especulação, e o outro mais científico, por se basear mais na experiência concreta, mas também não se poderá deixar de fazer referência ao sentido que tem o Direito Penal no contexto do próprio Direito. E então nosso conceito remete a outro mais geral, que é o próprio conceito de Direito, sendo o Direito Penal um de seus aspectos.

Quando nos referimos ao Direito, reportamo-nos a uma forma de saber, uma disciplina que se estuda, ou então ao objeto desse estudo, um Direito objetivo, havendo ainda os direitos, em sentido subjetivo, que dele decorrem para os sujeitos à sua aplicação. E nesse caso, a coincidência de denominações entre o tipo de conhecimento que é o Direito e o seu objeto vai além desse aspecto léxico, pois há uma dependência maior do que aquela que se verifica em outros campos de estudo entre o modo como o Direito estuda o seu objeto e aquilo que ele é – ou deve ser, pois o ser do Direito é um dever ser. Este dever ser que é o Direito, por outro lado, tem, novamente, diversos sentidos, seja aquele idealista, que é prescritivo ou normativo, seja aquele realista, que é descritivo ou empírico. Em um sentido idealista o Direito, em geral e nos seus diversos ramos, vem definido pelas diversas correntes jusnaturalistas que ao longo da história se desenvolveram – e em sentidos os mais diversos também, conforme a versão de jusnaturalismo adotada. Já o sentido realista é privilegiado por um tipo de abordagem que se torna predominante mais recentemente, e que se costuma denominar “positivismo”, havendo igualmente diversas versões dele – embora não tantas quanto as do jusnaturalismo, pois em geral haveria versões mais sociológicas de positivismo jurídico e outras mais estritamente jurídicas, normativistas, dentre as quais se destaca aquela propugnada por Hans Kelsen e sua escola vienense.

A concepção de Direito, no duplo sentido antes mencionado, que entendemos ser aquela adequada ao Direito do Estado Democrático, constitui uma síntese que supera dialeticamente dicotomias e antíteses dessas outras concepções, forjadas para dar suporte ideológico a outras formas de organização política, e também econômica, social, jurídica etc., que não aquela, a qual formalmente adotamos em nosso País na Constituição de 1988. Essa concepção traz consigo a necessidade de uma revisão teórica de conceitos jurídicos fundamentais, atualizando-os em face do pós-positivismo e do Estado Democrático de Direito, especialmente tendo em vista a centralidade que em ambos assumem os direitos fundamentais. Daí propormos a denominação de “Teoria Fundamental do Direito” para esta concepção jurídica “pós-positivista” (e também, como o próprio positivismo já o é, “pós-jusnaturalista”), que além de incorporar elementos conceituais positivistas, nas suas diversas versões, não abdica da dimensão idealista, valorativa, do jusnaturalismo, embora procure situá-la em uma dimensão que se reconhece como ideológica, adotando, assim, igualmente, a perspectiva das teorias críticas, de ascendência marxista, depurada da dialética da luta de classes.

A característica mais notória do conceito de Direito enquanto conjunto de normas de conduta, adotado pela teoria jurídica aqui proposta, compreende a distinção entre

134 aquelas dentre essas normas que possuem a estrutura de regras, daquelas que têm a natureza de princípios. As regras são as normas jurídicas que selecionam uma conduta ou fato qualquer e estabelecem as conseqüências e significado de sua ocorrência para o Direito. Tais conseqüências e o seu significado podem ser favoráveis ou desfavoráveis, agradáveis ou desagradáveis para os que estão sujeitos às normas que compõem o Direito em questão. O caráter positivo, negativo ou, mesmo, indiferente de uma conduta que cumpra, descumpra ou simplesmente não viole alguma regra jurídica vem definido por aquela partícula dela que se denomina tecnicamente “sanção”. A sanção, prevista para a hipótese em que se verifique o descumprimento do preceituado na parte dispositiva de uma regra, a depender da gravidade desta infração, tanto pode recair sobre o patrimônio material do responsável por este descumprimento, quando então se apresenta sob a forma típica da execução forçada, na área privatista. Como também ocorre nas situações de maior gravidade, em que há uma ameaça ou violação de tal monta, afligindo, mais que os atingidos diretamente, o conjunto da sociedade, de molde a se traduzir na forma da pena, a qual recai sobre a própria pessoa do infrator, subtraindo-lhe ou restringindo-lhe direitos fundamentais, inclusive a liberdade. O Direito Penal, então, será aquela parte do Direito em geral, situado no campo do Direito Público, que irá prever quando, quanto e a quem o Estado, por meio dos órgãos e agentes próprios, infligirá as sanções mais gravosas (pena ou medida de segurança) ao patrimônio jurídico de pessoa física, ou, guardadas as devidas proporções, também a pessoas jurídicas. E se a manifestação mais imediata do Direito Penal são as normas com a estrutura de regras, na qual está prevista a pena como sanção, nem por isso tem menos importância do que elas, também nesse, como em qualquer campo do Direito, em um Estado Democrático, a outra espécie de norma jurídica, que só recentemente se vem afirmando, mas já como de hierarquia e alcance superior às mais abrangentes e gerais das regras, que são as leis. Nesta outra espécie de normas estão os princípios jurídicos, que se precisa entender como diversos não apenas das regras, mas também dos chamados princípios gerais do direito e de princípios que são postulados, critérios ou cânones de interpretação do Direito.

II Revisando a teoria da norma jurídica I: de princípios e regras

Já de há muito que a teoria do direito deixou de centrar-se na figura da norma jurídica, abandonando essa perspectiva por assim dizer “micro”, em nome daquela outra, “macro”, na qual se estuda o direito a partir do ordenamento em que ele se dá a conhecer positivamente, e que transcende a mera soma das normas¹. A teoria do direito contemporânea, ao expandir o seu objeto de estudo da norma para o ordenamento

¹ Sobre o que segue, mais extensamente, GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed.. São Paulo: RCS, 2005.

jurídico, terminou por incluir nele espécie de norma que antes sequer era considerada como tal, o que, por via de consequência, acarretou uma ampliação também no conceito de norma até então corrente.

Antes, portanto, de abordar o assunto da norma de direito penal, vale expender algumas considerações sobre a norma jurídica em geral. Nesse ponto, não há necessidade de nos deixarmos envolver na infindável discussão filosófica sobre a natureza da norma jurídica, posicionando-se entre imperativistas ou anti-imperativistas, pois para se obter um conhecimento, como o científico, não se precisa saber sobre o que são as coisas em si, sua essência, bastando-nos alguma fórmula generalizadora dos traços apresentados por tais coisas individualmente, ao se mostrarem à nossa percepção, enquanto fenômenos.

Na norma jurídica, então, não se divisa nem um imperativo, uma ordem, resultante de uma manifestação volitiva, algo da ordem ôntica, do “ser”, nem um juízo, resultante de uma manifestação cognitiva, de natureza gnosiológica, mas sim algo, por assim dizer, “intermediário” entre ambos: uma “expressão deôntica”, uma prescrição de determinado tipo, que adquire seu caráter especificamente jurídico quando inserida no contexto de um ordenamento jurídico. Essas expressões deixam-se reduzir a proposições lógicas, com determinada estrutura, onde se tem (1) a descrição de um hipotético estado-de-coisas (o *Tatbestand*, “suporte fático”, dos alemães, ou a *fattispecie*, “espécie de fato”, dos italianos), e (2) sua modalização em termos deônticos, através de um “funtor”, cujos tipos básicos são: “obrigatório”, “proibido”, “facultado”.

De posse desses elementos, cabe agora introduzir nosso tema no contexto da diferença entre normas que são “regras” daquelas que são “princípios”. As regras trazem a descrição de estados-de-coisa formados por um fato ou por um certo número deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores, a partir dos quais se estabelece o *status* deôntico daqueles estados-de-coisa, ou seja, se proibido, obrigatório, facultado ou indiferente. Daí se dizer que as regras se fundamentam nos princípios, os quais não fundamentariam diretamente nenhuma ação, dependendo para isso da intermediação de uma regra concretizadora. Princípios, portanto, têm um grau incomparavelmente mais alto de generalidade (referente à classe de indivíduos à que a norma se aplica) e abstração (referente à espécie de fato a que a norma se aplica) do que a mais geral e abstrata das regras. Por isso, também, poder-se dizer com maior facilidade, diante de um acontecimento, ao qual uma regra se reporta, se essa regra foi observada ou se foi infringida, e, nesse caso, como se poderia ter evitado sua violação. Já os princípios são “determinações de otimização”², que se cumprem na medida das possibilidades, fáticas e jurídicas, concretamente dadas.

² *Optimierungsgebote*, na expressão de ROBERT ALEXY, em sua obra “Theorie der Grundrechte”, Baden-Baden: NOMOS, 1985, p. 75 e s.

Por outro lado, o conflito de regras resulta em uma antinomia, a ser resolvida pela perda de validade, total ou parcial, de uma das regras em conflito, ainda que em um determinado caso concreto, deixando-se de cumpri-la para cumprir a outra, que se entende ser a correta. Em contrapartida, as colisões entre princípios resultam apenas em que se privilegie o acatamento de um, sem que isso implique no desrespeito completo do outro. Já na hipótese de choque entre regra e princípio, é intuitivo que este deva prevalecer, embora aí, na verdade, ele prevalece, em determinada situação concreta, sobre o princípio em que a regra se baseia: na verdade, não há conflito direto entre regra(s) e princípio(s).

O traço distintivo entre regras e princípios, por último referido, aponta para uma característica desses que é de se destacar, pois também os diferencia dos valores: sua relatividade. Não há princípio do qual se possa pretender seja acatado de forma absoluta, em toda e qualquer hipótese, pois uma tal obediência unilateral e irrestrita a uma determinada pauta valorativa – digamos, individual – termina por infringir uma outra – por exemplo, coletiva. Daí se dizer que há uma necessidade lógica e até axiológica, de se postular um “princípio de proporcionalidade”, para que se possam respeitar normas, como os princípios, tendentes a colidir.

A melhor compreensão desse aspecto, que se vem de suscitar, requer a tematização dos princípios fundamentais da ordem constitucional, especialmente aquelas que consagram direitos e garantias fundamentais. Após acertado o que seja “princípio jurídico”, cabe agora situá-los em um sistema normativo, deduzido do ordenamento jurídico ou, mais especificamente, da ordem constitucional.

Inicialmente, vale firmar o entendimento de que esse sistema é passível de ser representado figurativamente na forma piramidal, proposta pela Escola de Viena (A. Merkel e H. Kelsen, em especial). Trata-se de uma concepção do ordenamento jurídico como uma ordem escalonada de normas, situadas em patamares mais inferiores ou superiores, conforme seu menor ou maior grau de generalidade e abstração, respectivamente, sendo aquelas mais concretas e particularizadas, validadas pelas que estão acima delas. É certo que divergimos da concepção original kelseniana, onde esse processo tende ao infinito, e por isso se coloca uma “norma hipotética fundamental” como limite ao pensamento, que requer sempre uma fundamentação para a norma jurídica a que por último se chega, “subindo a pirâmide”. Essa norma hipotética, porém, por ser um “requisito do pensamento” e “meramente pensada”, não resulta de nenhum ato de vontade que a positive, donde não ser uma norma jurídica propriamente e, assim, não pode ser a responsável pela validação jurídica de toda a cadeia de normas que nela encontraria seu elo final. Essa incoerência, como é sabido, levou o autor da “Teoria Pura do Direito” a reformular o seu pensamento após a publicação da 2ª (e definitiva) edição dessa obra. Na última versão de seu pensamento a respeito daquela obra póstuma “Teoria Geral das Normas”, considera a norma fundamental uma “ficção”. A idéia que se requer aqui, ao que parece, é semelhante àquela que a física contemporânea tem do espaço, ou seja, não mais como infinito, mas sim, circular.

Não é esse o momento para entrar em semelhante discussão de teoria do direito, mas, em resumo, importa sublinhar que no encadeamento do processo de validação, há de se dar uma “curva” que permitiria a validação da mais geral e abstrata das normas por sua aplicação a casos concretos e particulares, através de princípios com um sentido processual, como é o caso típico do princípio da proporcionalidade, aplicável para dirimir o conflito entre princípios, dando-lhes efetividade e compatibilidade³. A nossa proposta para o momento, então, é realizar um “corte epistemológico”, a fim de que possamos estudar o “topo” da pirâmide, onde estão os princípios constitucionais, dentre os quais se incluem as normas de direito fundamental, principal objeto de estudo nessa parte do presente trabalho.

No patamar mais elevado da “pirâmide” dentro da qual, para efeito de estudo, pretendemos enquadrar nosso ordenamento jurídico, encontra-se, como é fácil perceber, as determinações de nossa constituição de 1988. No cume dessa pirâmide, então, temos um princípio que representa, para utilizar a expressão consagrada por K. Loewenstein, a *decisão política fundamental*, tomada pelo povo brasileiro, e que levou à reunião de seus representantes em assembléia nacional constituinte e à ruptura com a ordem constitucional anterior. Esse princípio é anunciado já no “preâmbulo” da nossa carta constitucional, a qual só poderia desempenhar a função que lhe está reservada, a de responsável pela expressão e manutenção da “unidade política” da sociedade organizada sob a égide estatal, na medida em que consignasse tal princípio e estabelecesse normas, dele derivadas, capazes de permitir sua efetivação através do ordenamento jurídico. Esse princípio maior, dentre aqueles enunciados na nossa constituição, é o “Princípio do Estado Democrático de Direito”.

³ Isso porque o princípio da proporcionalidade é capaz de dar um “salto hierárquico” (*hierarchical loop*), ao ser extraído do ponto mais alto da “pirâmide” normativa para ir até a sua “base”, onde se verificam os conflitos concretos, validando as normas individuais ali produzidas, na forma de decisões administrativas, judiciais etc. Essa forma de validação é tópica, permitindo atribuir um significado diferente a um mesmo conjunto de normas, a depender da situação a que são aplicadas. É esse o tipo de validação requerida nas sociedades hipercomplexas da pós-modernidade. Nelas se misturam criação (legislação) e aplicação (jurisdição e administração) do Direito, tornando a linearidade do esquema de validação kelseneano pela referência à estrutura hierarquicamente escalonada do ordenamento jurídico em circularidade, com o embricamento de diversas hierarquias normativas, as “*tangled hierarchies*” da teoria sistêmica. Concretamente, isso significa que assim como uma norma ao ser aplicada mostra-se válida pela remissão a princípios superiores, insculpidos na Constituição, esses princípios validam-se por serem referidos na aplicação daquelas normas. Vale notar que por uma tal concepção se reforça a idéia, já presente em KELSEN, e amplamente desenvolvida por LUHMANN, na esteira de MATURANA e outros, de que o Direito é um sistema autopoietico ou auto-reprodutor, no termos definidos por José Lúcio Lima Guerra, em “Direito Quantitativo”, *in*: A Expansão do Direito: Estudos de Direito Constitucional e Filosofia do Direito em Homenagem a Willis Santiago Guerra Filho, Haradja Leite Torrens e Mário Sawatani Guedes Alcoforado (orgs.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 375 ss. V. tb. Willis Santiago Guerra Filho, “Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito”, *in*: Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides, Eros R. Grau *et id.* (orgs.), São Paulo: Malheiros, 2001, p. 268 ss.

III Revisando a teoria da norma jurídica II: os princípios constitucionais

O princípio do Estado Democrático de Direito pode ser entendido como resultado da conjunção de duas exigências básicas, da parte dos integrantes da sociedade brasileira, dirigida aos que atuarem em seu nome na realização de seus interesses, e que podem ser traduzidas no imperativo de respeito à legalidade, devidamente amparada na legitimidade. Já no primeiro artigo da constituição evidencia-se que daquele princípio se extrai outros, tidos, pelo próprio enunciado do frontispício do título I, como “princípios fundamentais”. Dentre esses, porém, seguindo de perto a melhor doutrina constitucional portuguesa, esteadada em lições germânicas (J. J. Gomes Canotilho), distinguiremos “princípios fundamentais estruturantes” de “princípios fundamentais gerais”, sendo esses colocados em patamar abaixo daquele dos primeiros, havendo ainda, abaixo deles, os “princípios constitucionais especiais”, e, em seguida, as normas constitucionais que não são princípios, mas simples “regras”.

Como “princípios fundamentais estruturantes” apontaremos os já mencionados “princípio do Estado de Direito” e “princípio democrático”. A esses, Canotilho acrescenta o “princípio republicano”⁴, o que evitamos, por entendermos estarem as conquistas históricas alcançadas em nome desse princípio já devidamente incorporadas aos dois princípios estruturantes que viemos de mencionar, além do que entre nós, por força de uma eventual opção plebiscitária – como a que nos foi dada, com a constituição de ‘88, por força do art. 2º do ADCT –, esse princípio podia vir a não mais integrar nossa ordem constitucional.

Dentre os “princípios fundamentais gerais”, enunciados no art. 1º da constituição de ‘88, merece destaque especial aquele que impõe o respeito à dignidade da pessoa humana. O princípio mereceu formulação clássica na ética kantiana, precisamente na máxima que determina aos homens, em suas relações interpessoais, não agirem jamais de molde a que o outro seja tratado como objeto, e não como igualmente um sujeito. Esse princípio demarcaria o que a doutrina constitucional alemã, considerando a disposição do art. 19 II da Constituição de Bonn (1949), denomina de “núcleo essencial intangível” dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, portanto, estariam consagrados objetivamente em “princípios constitucionais especiais”, que seriam a “densificação” (Canotilho) ou “concretização” (embora ainda em nível extremamente abstrato) daquele “princípio fundamental geral”, de respeito à dignidade humana. Dele, também, se deduziria o já mencionado “princípio da proporcionalidade”, até como uma necessidade lógica, além de política, pois se os diversos direitos fundamentais

⁴Cf. “Direito constitucional”, Coimbra: Almedina, 1989, p. 129.

estão, abstratamente, perfeitamente compatibilizados, concretamente se dariam as “colisões” entre eles, quando então, recorrendo a esse princípio, se privilegiaria, circunstancialmente, algum dos direitos fundamentais em conflito, mas sem com isso chegar a atingir outro dos direitos fundamentais conflitantes em seu conteúdo essencial.

Ao procurarmos solucionar um caso concreto, que não é resolvido de modo satisfatório, aplicando-se as regras pertinentes ao mesmo, inquirindo dos princípios envolvidos no caso, logo se percebe que esses princípios se acham em um estado de tensão conflitiva, ou mesmo em rota de colisão. A decisão tomada, em tais casos, sempre irá privilegiar um (ou alguns) dos princípios, em detrimento de outro(s), embora todos eles se mantenham íntegros em sua validade e apenas diminuídos, circunstancial e pontualmente, em sua eficácia.

Esse estado potencial de conflito dos princípios de um ordenamento jurídico se vê já naquela decisão política fundamental da nossa Constituição, há pouco mencionada, do Estado Democrático de Direito, que condensa dois princípios estruturantes de nosso sistema jurídico, o princípio do Estado de Direito e o princípio democrático, pois na medida em que eles se implicam mutuamente, pode-se imaginar que o respeito unilateral de um deles leve ao desrespeito do outro. Exemplificando, tem-se a situação de exagero no atendimento ao princípio democrático, levando ao desvio excessivo de poderes para o legislativo – ou mesmo diretamente para o Povo –, rompendo-se, assim, o equilíbrio entre os poderes estatais e, com isso, desatendendo ao princípio do Estado de Direito, com comprometimento da própria democracia, pela insegurança institucional daí resultante.

Do mesmo modo, pode-se figurar situações em que um excessivo apego à igualdade formal de todos os cidadãos perante a lei, exigência do princípio do Estado de Direito, leve a que se esqueça a desigualdade material entre eles, e se cometa ofensa ao princípio democrático, o que termina desvirtuando o próprio sentido da isonomia. Em ambas as hipóteses, para evitar o excesso de obediência a um princípio que destrói o outro, e termina aniquilando os dois, deve-se lançar mão daquele que, por isso mesmo, há de ser considerado o “princípio dos princípios”: o princípio da proporcionalidade.

Assim como em sede de teoria do direito os doutrinadores pátrios apenas começam a se tornar cientes da distinção entre regras e princípios, antes referida, também aos poucos é que estudiosos do direito constitucional e demais ramos do direito vão se dando conta da necessidade, intrínseca ao bom funcionamento de um Estado Democrático de Direito, de se reconhecer e empregar o princípio da proporcionalidade, o *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, também chamada de “mandamento da proibição de excesso” (*Übermaßverbot*).

Infelizmente, nesse passo, não trilhamos o caminho seguido por constituintes de outros países, que cumpriram sua função já na fase atual do constitucionalismo, a qual se pode considerar iniciada no segundo pós-guerra. Isso porque não há previsão expressa,

140 em nossa Constituição, do princípio em tela, à diferença, por exemplo, da Constituição Portuguesa, de 1974, que em seu art. 18º, dispendo sobre a “força jurídica” dos preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais – de modo equiparável ao que é feito, em nossa Constituição, nos dois parágrafos do art. 5º –, estabelece, no inc. II, *expressis verbis*: “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”.

Essa norma, notadamente em sua segunda parte, enuncia a essência e destinação do princípio da proporcionalidade: preservar os direitos fundamentais. O princípio, assim, coincide com a essência e destinação mesma de uma Constituição que, tal como hoje se concebe, pretenda desempenhar o papel que lhe está reservado na ordem jurídica de um Estado de Direito Democrático.

Daí termos acima referido a esse princípio como “princípio dos princípios”, verdadeiro *principium* ordenador do direito. A circunstância de ele não estar previsto expressamente na Constituição de nosso País não impede que o reconheçamos em vigor também aqui, invocando o disposto no § 2º do art. 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados etc.”.

Aqui cabe indagar se o princípio da proporcionalidade corresponderia a um direito ou garantia fundamental, podendo a mesma questão ser colocada em face do princípio da isonomia. Nossa resposta é afirmativa, considerando que tanto o princípio da proporcionalidade como o princípio da isonomia são necessários ao aperfeiçoamento daquele “sistema de proteção organizado pelos autores de nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana”, como refere Rui Barbosa às garantias constitucionais em sentido estrito⁵ – as quais, para nós, não são essencialmente diversas dos direitos fundamentais propriamente ditos, que sem esse sistema de tutela, essa dimensão processual, não se aperfeiçoam enquanto direitos.

Os princípios da isonomia e da proporcionalidade, aliás, acham-se estreitamente associados, sendo possível, inclusive, que se entenda a proporcionalidade como incrustada na isonomia, pois como se encontra assente em nossa doutrina, com grande autoridade, o princípio da isonomia traduz a idéia aristotélica – ou, antes “pitagórica” – de “igualdade proporcional”, própria da “justiça distributiva”, “geométrica”, que se acrescenta àquela “comutativa”, “aritmética”, meramente formal – aqui, igualdade de bens; ali, igualdade de relações.

⁵ Cf. “Comentários à Constituição Brasileira”, vol. V, São Paulo: Saraiva, 1934, p. 278.

IV Os princípios constitucionais penais

O princípio da proporcionalidade, entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro(s), na medida do jurídico e faticamente possível, tem um conteúdo, claramente identificado na doutrina alemã, que se reparte em três “princípios parciais” (*Teilgrundsätze*): “princípio da proporcionalidade em sentido estrito” ou “máxima do sopesamento” (*Abwägungsgebot*), “princípio da adequação” e “princípio da exigibilidade” ou “máxima do meio mais suave” (*Gebot des mildesten Mittels*).

O “princípio da proporcionalidade em sentido estrito” determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja *juridicamente* a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o “conteúdo essencial” (*Wesensgehalt*) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como indica que, mesmo havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, resultante da disposição normativa em apreço, as vantagens que traz o “conteúdo essencial” para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens.

Os subprincípios da adequação e da exigibilidade ou indispensabilidade (*Erforderlichkeit*), por seu turno, determinam que, dentro do *faticamente* possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, “adequado”. Além disso, esse meio deve se mostrar “exigível”, o que significa não haver outro, igualmente eficaz, e menos danoso a direitos fundamentais.

A idéia da proporcionalidade, assim como o princípio que lhe é correspondente, podem ser considerados constitutivos e, logo imanescentes, em relação a setores inteiros do Direito. Um exemplo típico é fornecido pelo Direito Penal, levando em conta que toda pena pode ferir ou, no mínimo, restringir direitos individuais e só se justifica a sua previsão para atender reclamos de bem-estar da comunidade. O mesmo raciocínio pode ser transposto para o Direito Processual Penal, envolvido com a problemática da aplicação da pena. O Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*), a quem tanto devemos para a exata compreensão do princípio da proporcionalidade, manifestou-se em diversas oportunidades sobre a adequação da imposição de uma pena em certos casos individuais, apreciando o uso correto da discricionariedade pelo juiz, ao estabelecer a gravidade do delito e a culpa do autor. Já o Direito Processual Penal foi considerado por aquela Corte como “Direito Constitucional aplicado”, o que exige dos juízes o respeito da proporcionalidade ao aplicarem as medidas coativas de acordo com o ordenamento processual penal, havendo mesmo diversas de suas regras dentro das quais esse princípio estaria implícito, como aquelas que prevêm o estado de necessidade e a legítima defesa (arts. 24 e 25 do CP, respectivamente).

A Constituição de 1988, no art. 5º, inc. XXIX, assim como o Código Penal de 1940, no art. 1º, enunciam o *princípio da legalidade ou da reserva legal*, em matéria penal, consagrando a *garantia fundamental* do cidadão, de que não haverá infração penal nem a correspondente sanção (pena ou medida de segurança) sem prévia definição (tipificação) em lei, regra jurídica geral e abstrata. Forma-se, assim, um círculo, virtuoso: *nulla poena sine lege et sine crimine; nullum crimen sine poena legali*. O princípio da legalidade, assim, está condicionado por aquele da proporcionalidade, a fim de que não viole o princípio da dignidade humana, pondo-se, ao mesmo tempo, a serviço do Estado de Direito, da isonomia e da segurança jurídica, em seu aspecto formal. Também ocorre em seu aspecto substancial, servindo ao Princípio Democrático e à liberdade, ao determinar que se equacione, de maneira ponderada, a gravidade dos fatos a serem apenados e a severidade das penas, para que se subtraíam ou restrinjam direitos fundamentais, máxime a liberdade, sem fulminar a dignidade humana do apenado, e sempre em defesa de bens dignos de uma proteção com tal magnitude.

Luigi Ferrajoli, em “Direito e Razão”⁶, diferencia um aspecto formal do princípio da legalidade, denominando-o “*princípio de mera legalidade*”, em que este é condição de validade das normas de direito penal – portanto, derivado do princípio do Estado de Direito –, de um outro aspecto, substancial, dito “*princípio de estrita legalidade*”, em que seria condição de legitimidade dessas mesmas normas – portanto, vinculado ao princípio democrático.

O “*princípio de mera legalidade*” (CF, art. 5º, incs. II e XXXIX) apresenta-se na formulação clássica *nulla poena, nullum crimen sine lege*, e a ele, enquanto garantia da reserva legal, pode-se associar outros princípios, garantidos constitucionalmente, informadores da produção normativa em matéria penal, como a competência legislativa privativa da União para a normação penal (CF, art. 22, inc.I), através do Poder Legislativo (CF, art. 62, § 1º, inc. I, let. b, proibindo edição de Medidas Provisórias a respeito), caracterizada pela atribuição de sanções aflictivas, sejam as penas, sejam as medidas de segurança. Lamentavelmente, ainda há na doutrina penalista quem defenda a inaplicabilidade da garantia absoluta da reserva legal a ambas, partindo de uma distinção “ontológica” entre elas, pela “função terapêutica”, não retributiva, que teriam as últimas, admitindo, assim, apesar da revogação do art. 75 do CP, na ausência de uma manifestação expressa do constituinte pátrio, a exemplo de outros que fizeram seu trabalho com a mesma intenção que o nosso, a saber, instituir um Estado Democrático, a possibilidade de que se instituíam medidas de segurança por outro meio que não as leis propriamente ditas, complementares ou ordinárias, a exemplo das leis delegadas – como se o tema fosse alheio à cidadania, nos termos da CF, art. 68, inc. I. Outra decorrência importante

⁶ 5ª. ed. esp., Madri: Trotta, 2001, p. 93 ss.

do “*princípio de mera legalidade*” é a garantia de irretroatividade da lei penal (CF, art. 5º, inc. XL e CP, arts. 2º. a 4º.), para abranger conduta praticada quando não havia sanção penal coibindo-a ou, em havendo, era mais rigorosa que a instituída posteriormente – e aqui, novamente, pode haver quem pratique o que Kohlrausch, segundo nos lembra Zaffaroni e Pierangeli⁷, chamava de “embuste das etiquetas”, com vista a afastar a aplicação dessa garantia a quem se pretenda imputar medida de segurança.

O “*princípio de estrita legalidade*” exigiria todas as principais garantias constitucionais para que se configure a legalidade penal, donde se teria o seguinte encadeamento: *nulla lex poenalis sine necessitate* (princípio da proporcionalidade: CF, art. 5º, incs. XLVII – “princípio de humanidade” –, LI e LII, LXVI, além dos princípios implícitos da intervenção mínima ou fragmentariedade, da adequação ou reconhecimento social e da insignificância), (*nulla necessitas*) *sine iniuria* (princípio da lesividade ou da ofensividade do ato: CF, art. 5º, inc. XL), (*nulla iniuria*) *sine actione* (princípio da materialidade ou da exterioridade da ação: CF, art. 5º, incs. XLI a XLIV), (*nulla actio*) *sine culpa* (princípio da culpabilidade ou responsabilidade pessoal, de intranscendência ou de personalidade da pena: CF, art. 5º, incs. XLV e XLVI, CP, art. 13), (*nulla culpa*) *sine iudicio* (princípio da jurisdicionalidade – incluindo a soberania do poder estatal: CF, arts. 4º, 5º, inc. LII e § 2º, e 84, inc. VIII, CP, art. 5º. – princípio da territorialidade, como princípio geral, tendo como exceções os seguintes princípios, mencionados por Cezar R. Bitencourt em seu “CP Comentado”, p. 16: real ou de proteção, CP, art. 7º, I e § 3º.; universal ou cosmopolita, CP, art. 7º, II, let. a; nacionalidade ativa, CP, art. 7º, II, let. b; nacionalidade passiva, CP, art. 7º, § 3º.; representação CP, art. 7º, II, let. c –, bem como as garantias do juiz natural e do devido processo legal, garantias penitenciárias ou de execução: CF, art. 5º, incs. XXXVII e XXXVIII, XLVIII a L, LIII a LVII, LX, LXIII a LXV), (*nullum iudicium*) *sine accusatione* (princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação CF, art. 5º, incs. LIX, LXI, LXII), (*nulla accusatio*) *sine probatione* (princípio do ônus da prova ou da verificação: CF, art. 5º, inc. LVI, e princípio implícito *in dubio pro reo* ou *libertatis*) *et* (*nulla probatio*) *sine defensione* (princípio – e garantia – do contraditório e da ampla defesa: CF, art. 5º, inc. LV).

Importante, por fim, é que se registre serem os princípios constitucionais penais, em geral, a manifestação de direitos fundamentais ou de garantias desses direito, que são igualmente (em sentido amplo, direitos) fundamentais, considerando que esses direitos, mais que direitos subjetivos, são também princípios objetivos conformadores da ação e, mesmo, da estruturação do Estado, em um Estado Democrático de Direito, como o que, formalmente, temos no País. Também não há que se confundir, pela utilização, como parâmetro interpretativo ou *topos* argumentativo, de idéias, tidas como

⁷ “Manual de Direito Penal”, vol. I, 4ª. ed., São Paulo: RT, 2002, p. 230.

144 suprapositivas, com o que de fato ocorre, quando essas idéias se apresentam encarnadas ou, mais precisamente, positivadas na forma de princípios, que são verdadeiras normas jurídicas, e de hierarquia superior. É a partir de noções como essas que se transitaria do positivismo esclarecido em sua versão mais avançada, presente no garantismo de Ferrajoli, para a posição aqui defendida, de superação dialética da dicotomia entre positivismo(s) e jusnaturalismo(s).

Referências

- ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Baden-Baden: NOMOS, 1985.
- BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1934. v. 5.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho e razón**. 5. ed. Madri: Trotta, 2001.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1989.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros R.; GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Orgs.). **Direito constitucional**. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.
- _____. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LIMA GUERRA, José Lúcio. Direito quantitativo. In: TORRENS, Haradja Leite; e ALCOFORADO, Mário Sawatani Guedes (Orgs.). **A expansão do direito: estudos de direito constitucional e filosofia do direito em homenagem a Willis Santiago Guerra Filho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- ZAFFARONI; PIERANGELI. **Manual de direito penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. v. 1.