

VLADIMIR BALICO

**O DIREITO CRIMINAL PÓS-POSITIVISTA
E O DEVIDO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL**

DOUTORADO EM DIREITO PROCESSUAL PENAL

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
PUC – SÃO PAULO
2008**

VLADIMIR BALICO

**O DIREITO CRIMINAL PÓS-POSITIVISTA
E O DEVIDO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito (Direito das Relações Sociais), sob orientação do Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva.

**SÃO PAULO
2008**

BANCA EXAMINADORA

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta Dissertação por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

São Paulo, 24/03/2008

Aos meus filhos,
Carina e Danilo.

Agradeço ao Professor Marco Antonio Marques da Silva, orientador de todas as horas, exemplo de humildade e conhecimento, cuja dedicação e luta pelo Direito torna mais humano e justo o Mundo que compartilhamos.

RESUMO

O presente trabalho analisa a hermenêutica do direito no âmbito criminal, à luz da Constituição Federal, em um Estado Constitucional e Democrático de Direito, que tem como idéia síntese a dignidade da pessoa humana. A idéia de Justiça passa pelo conceito de proporcionalidade, vale dizer, não há interpretação possível fora do texto constitucional, notadamente em matéria criminal, que atribua a cada um o que lhe é devido, na medida do seu merecimento, sem que se faça a ponderação dos valores em jogo, dos bens penalmente tutelados. Por isso mesmo, é de se abandonar a interpretação meramente subsuntiva. Tendo como protoprincípios o Estado Constitucional e Democrático de Direito e, também, a Dignidade Humana, toda hermenêutica, realizada a partir da e para a Constituição Federal é realizada considerando a pessoa humana como centro do ordenamento jurídico. Todo sistema de interpretação passa, destarte, pela dignidade humana. Procurou-se, de outra banda, demonstrar a estruturação constitucional em princípios e regras, de modo que estas se excluem e aqueles se compatibilizam. A arquitetura constitucional permanece, deste modo, atual e operante, dispensando-se a sua alteração. É o que se pode denominar de neo-positivismo. Os princípios, a partir de então, assumem fundamental importância na elaboração, exegese e aplicação na esfera criminal. Decorre daí que a correta aplicação da lei criminal não pode abster-se de considerar o bem jurídico constitucionalmente assegurado, sob pena de inconstitucionalidade, ou antes, injustiça. Alçado à condição de núcleo da tutela constitucional, o bem jurídico – e, por conseqüência, sua proteção – norteia toda a atividade da esfera criminal, desde a eleição da via criminal para o combate a determinada instabilidade social até a execução penal enquanto conseqüência da conduta ofensiva ao bem penalmente tutelado. Daí que a ofensividade assume vital importância como princípio criminal. A própria Constituição Federal determina a articulação entre o fim visado pelo Estado e os meios que devem ser empregados para realizá-la. A idéia de Constituição designa assim a finalidade do Estado –o Justo –enquanto as leis são o meio pelo qual se busca o estabelecimento da Justiça. Acresça-se a esse quadro os tratados internacionais sobre direitos humanos erigidos, pela própria Carta Magna, a normas fundamentais de aplicação imediata. O denominado positivismos se enriquece, destarte, com a assunção da dignidade da pessoa humana ao centro do Direito, como protoprincípio da hermenêutica constitucional.

ABSTRACT

This paper examines the hermeneutics of under criminal law in the light of the Federal Constitution, in a State Constitutional and Democratic of law, which has the idea synthesis human dignity. The idea of Justice goes by the concept of proportionality, valley Say, there is no possible interpretation out of the constitutional text, especially in criminal matters, which assigns to each what it is due, in Measure of its labors, which is made without the weighting of the values at stake, goods criminally clients. It is therefore to leave the as merely interpretation. Taking as Principles the State Constitutional and Democratic Right, and also to human dignity, All hermeneutics, held from and the Federal Constitution is performed considering the human person as the centre of the legal system. Every system of interpretation is, destarte, for human dignity. It was, of another band, demonstrate the constitutional structure, Principles and rules so that they exclude those and if incorporate. The constitutional architecture remains thus present and functioning, Dispensing to his amendment. It is what can be called the neo-positivism. The principles, since then, are vital In the preparation, implementation and exegesis in the criminal sphere. It follows that the correct application of the criminal law can not refrain from considering the well Legal constitutionally guaranteed, under penalty of unconstitutionality, or rather injustice. Raised condition of the core of the guardianship Constitutional, and legal - and, consequently, their protection vodi all activity of the criminal sphere, since the election of the criminal path For combating social instability given to the implementation criminal conduct as a result of the attack and managed criminally. Also ofencivity took the vital importance as a criminal. The Federal Constitution itself provides a link between the order sought by State and the means to be used to achieve it. The idea of designating Constitution thus the purpose of the rule the-Justo while laws. Are the means by which it seeks the establishment of justice. Acresça to that framework international treaties on human rights erected, By the Magna Carta, the fundamental rules apply immediately. The so-called post-positivism is enriches, also, with the assumption of Dignity of the human person at the center of the law, as constitutional protoprincípio of hermeneutics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
1. O CONSTITUCIONALISMO PÓS-POSITIVISTA.....	03
1.1. A Soberania Popular no Estado de Direito.....	10
1.2. O Estado Neo-Constitucional.....	11
1.3. Finalidades do Estado Democrático de Direito.....	13
1.4. Do Estado Constitucional e Democrático de Direito.....	15
2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PROTOPRINCÍPIO DO ESTADO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	20
2.1. A Dignidade Humana e a autonomia da vontade.....	21
2.2. Implicações da dignidade da pessoa humana.....	22
2.3. O valor das coisas e a dignidade humana.....	24
2.4. A tutela da dignidade da pessoa humana.....	25
2.5. Impedimento à “coisificação” da pessoa humana.....	27
2.6. A juridicidade da dignidade da pessoa humana.....	28
2.7. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.....	30
3. NORMA E BEM JURÍDICO NO DIREITO CRIMINAL.....	38
4. BEM JURÍDICO COMO NÚCLEO DA TUTELA CONSTITUCIONAL..	46
4.1. Noção contemporânea de Bem Jurídico.....	46
4.2. Bem Jurídico e Positivismo.....	47
4.3. Bem Jurídico nas Teorias Sociológicas.....	49
4.4. Bem Jurídico e Constituição Federal.....	50
4.5. Teorias Constitucionalistas do Bem Jurídico.....	51
4.5.1 Teoria Estrita do Bem Jurídico.....	52
4.5.2. Teoria Ampla do Bem Jurídico.....	53
4.6. Teorias ecléticas.....	54

5. A OFENSIVIDADE NO DIREITO CRIMINAL.....	59
5.1. A Ofensividade como Princípio Criminal.....	59
5.2.A Ofensividade e o Bem Jurídico Penal.....	62
5.3. A lei de drogas e a lesividade.....	65
5.4. Proporcionalidade e Direito criminal.....	72
6.ORIGEM E EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	73
6.1.A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a Proporcionalidade	84
6.2.A possibilidade de o Poder Judiciário aferir a razoabilidade dos atos legislativos.....	91
7. PRESSUPOSTOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: PRINCÍPIO COMO ESPÉCIE DE NORMA JURÍDICA.....	104
8.AS TRÊS DIMENSÕES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	112
9.DA PERSUASÃO DECISÓRIA COMO ELEMENTO DE PONDERAÇÃO.....	113
10. HIPERTROFIA LEGISLATIVA E DESPROPORCIONALIDADE.....	125
11.PROPOSTA DE CRITÉRIOS DE TIPIIFICAÇÃO PARA UM ESTADO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	127
CONCLUSÃO.....	133
BIBLIOGRAFIA.....	137

INTRODUÇÃO

Há muito, o pensamento ocidental se deu conta da importância do chamado conhecimento sistêmico ou holístico. A capacidade de associar o tema analisado a um contexto mais amplo, vendo-o como instituto que interfere nos demais fatores a ele relacionados.

Na medicina, por exemplo, o pensamento holístico passou a incluir, no tratamento aos doentes, a busca da chamada vida saudável e de aspectos não diretamente ligados à doença tratada.

Sem isso, corre-se o risco de colocar tal ênfase na cura de determinada doença que acaba gerando seqüelas sobre o organismo do paciente. Daí que os antibióticos são prescritos na menor quantidade possível para combater a doença. Desse modo, podemos afirmar que não se deve tratar os sintomas de uma gripe com quimioterapia.

Em sede de administração, a visão sistêmica consagrou a gestão horizontalizada, a análise de processos nas empresas e a reavaliação permanente das prioridades. Não existe prioridade única.

Em alguns casos, pode ser o excesso de custos; no momento seguinte, a busca de mercadorias, e assim por diante. É por isso que as modernas técnicas administrativas definem processos da empresa a serem aprimorados e colocam em torno da mesa todos os setores que possam ser afetados não apenas pelo problema como pela solução do problema.

Essa nova forma de pensar substitui o vetusto método formalista. No campo da política monetária, por exemplo, os especialistas denominados “juristas” acham que, em qualquer circunstância, os juros sempre têm que ser elevados.

Assim como os antibióticos, na Economia, o uso intensivo dos juros gera um conjunto significativo de seqüelas: afeta a dívida pública interna e externa (pelo

aumento de custo de sua rolagem), afeta o crescimento da economia (pela restrição de financiamento), afeta a receita fiscal (pela queda da atividade econômica) e afeta o emprego e as próprias expectativas de desenvolvimento do país. Por tudo isso, taxa de juros ideal é a menor taxa necessária para manter o equilíbrio macroeconômico, o que, na teoria sistêmica, denomina-se homeostase.

A Constituição de um Estado é o conjunto de forças sociais, políticas, econômicas, ideológicas, religiosas..., que denunciam a forma de ser deste mesmo Estado e, portanto, os fins do direito não podem se dissociar desta inter-relação, desta complementariedade e complexidade da qual é formada o Estado.

Neste trabalho, portanto, apresenta-se o constitucionalismo pós-positivista e o Estado Democrático de Direito 'doravante, acrescido do caráter constitucional e humanitário' como apanágio de toda e qualquer interpretação jurídica, nas suas interações como fontes de juridicização da dignidade da pessoa humana.

E, uma vez que o Código de Processo Penal é anacrônico, carece de uma reforma ampla, em atendimento aos novos parâmetros constitucionais que o orientam (o devido processo legal, a obrigação de se recolher preso para recorrer, a proibição da prova ilícita, a necessidade das comunicações constitucionais, a previsão da inviolabilidade do domicílio, a garantia expressa dos direitos do preso,...). Assim, a teoria sistêmica se confirma ao enredar, no mesmo contexto 'ambiente', o constitucionalismo pós-positivista, o Estado Constitucional e Democrático de Direito e o Devido Processo Penal.

Ao passar pela experiência humana, o racional se transforma em razoável. A norma é a ponte entre o racional e o fato. A lei tem função educadora da sociedade, exigindo, assim, a aplicação da teoria sistêmica, pois não basta ter lei: é preciso dar à lei uma fonte de "reta razão" *onthos logo* e o legislador é o sábio que transforma essa "reta razão" em lei escrita. E a partir desta "abertura" constitucional, cumpre ao operador do Direito situar a dignidade da pessoa humana fundamento de toda e qualquer ilação jurídica.

1. O CONSTITUCIONALISMO PÓS-POSITIVISTA

“A dogmática jurídico-penal vem apresentando uma série de vertentes, todas no sentido de fazer frente à nova criminalidade que surgiu com a denominada sociedade complexa, ou de risco”

Marco Antonio Marques da Silva

A teoria sistêmica, onde se funda o constitucionalismo pós-positivista, comporta duas vertentes: a autopoiese e a alopoiese.

Naquela, o sistema¹ é fechado, auto-suficiente, gera a si próprio, independe de qualquer integração; nesta, o sistema não se sustenta por si só, necessita de interagir para obter efetividade, leva em consideração o seu ambiente e as influencias, injunções que sofre desse mesmo meio.

É que a Constituição não pode deixar de considerar tudo o que a cerca, sob pena de se considerá-la uma “mera folha de papel”.

A interpretação sistêmica ‘maneira mais ampla de pensar’ entrou no Ocidente a partir da biologia, na obra de Humberto Maturana e Francisco Varela (*De maquinas y seres vivos*)²; em meados da década de 1970, se espalhou por todos os ramos do conhecimento, da medicina à administração.

Na doutrina holística, “...cada elemento de um campo considerado reflete e contém todas as dimensões do campo, conforme a indicação de um holograma,

¹ O vocábulo sistema é de origem grega, significando aquilo que é construído(*synistemi*), isto é, uma totalidade cujas partes apontavam, na sua articulação, para uma ordem qualquer. Platão, Aristóteles e os estóicos empregaram-no: os primeiros, no sentido de algo organizado; os segundos, para designar o conceito de *cosmos*, de ação deliberadamente planejada e racional (*téchné*). Visto como um sistema de regras que se obtém pela experiência ou a *posterior*, visando o exercício uma ação repetível, que almejava a perfeição e que não se submetia à natureza, nem se abandonava ao acaso. Não chegaram a usar a palavra no sentido empregado nos dias atuais. A palavra sistema toma conta da terminologia científica do século XVIII e passa para o século XX. É a posição do Professor FERRAZ JR Tércio Sampaio, in **Sistema Jurídico e teoria geral dos sistemas**, apostila do Curso de Extensão Universitária da Associação dos Advogados de São Paulo, mar/jun. 1973, p.4; *Direito, retórica e comunicação*, p. 133-7; *Conceito de sistema no Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976, p.9-23; *Teoria da norma jurídica*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p.140(*apud*. DINIZ. Maria Helena, in **Conflito de Normas**, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998, p.8).

² *Apud*. CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia**, 2ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 73.

evidenciando que a parte está no todo, assim como o todo está na parte, numa inter-relação constante, dinâmica e paradoxal.”³

É a máxima fundamental de Ortega y Gasset: “Yo soy yo y mi circunstancia”⁴. Não se confundem, por outro lado, a autopoiese e a alopoiese. . A autopoiese é adotada por Niklas Luhmann⁵, Kelsen, dentre outros, enquanto a alopoiese é adotada por Ferdinand Lassalle⁶, Jürgen Habermas⁷, José Joaquim Gomes Canotilho⁸,...

Desse modo, o Direito não pode ser visto dissociado dos demais ramos do conhecimento (filosofia, sociologia, lógica,...).

Herman Heller se refere à Constituição como “...uma Carta de princípios mediadora das relações Estado-Sociedade”.

Konrad Hesse, de sua parte, defende que “Estado e Sociedade são uma e mesma coisa”. (grifamos).

Para Miguel Reale, “A norma jurídica vive inserida na concreção do processo histórico, representando um instituto racional ou, pelo menos, razoável”⁹.

Daí, dizerem Konrad Hesse e José Joaquim Gomes Canotilho, que a Constituição é um sistema “aberto”, pois atende aos reclamos sociais (verdadeiros inputs que, processados pelo sistema, retornam ao ambiente ‘fenômeno esse denominado retroalimentação ou feedback’ , em forma de novos insumos). Eis aí a interação alopoiética. ¹ Niklas Luhmann considera o ordenamento jurídico como “um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto”.¹⁰

³MICHAELIS, **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

⁴ORTEGA Y GASSET, José. **Historia como sistema**, VI, 34, in GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Para uma Filosofia da Filosofia**, 2ª edição: Fortaleza, Casa de José de Alencar Programa Editorial, 1999, pp. 99 e 105.

⁵LUHMANN, Niklas. **Soziale Systeme**. Grundri einer allgemeinen Theorie, in Teubner, Gunther. O Direito como Sistema Autopoietico. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. X.

⁶LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**, 4ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 26.

⁷HABERMAS, Jürgen. **Theorie des kommunikativen Handelns**, Frankfurt: Suhrkamp, 1981, p.522.ps, in Teubner, Gunther. O Direito como Sistema Autopoietico. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, pp.108/9.

⁸CANOTILHO, José J. Gomes, **Direito Constitucional**, 49. Coimbra: Almedina, 1991.

⁹ REALE, Miguel. **Direito como Experiência**, 2ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 1999, p.217

¹⁰ CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. **O Papel da Constituição sob uma Visão Autopoietica do Direito**, in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 5, n. 20, p. 213.

Esse conceito ‘constitucional e humanitário’ de Estado é instituto relativamente moderno, porquanto o conceito de Estado remonta ao século XVI, com Maquiavel, quem primeiro utilizou a expressão Estado com o sentido hoje adotado¹¹.

Após Maquiavel, com Thomas Hobbes, ficou demonstrado que o homem é o único centro de gravidade do Poder e que, no Estado, era ele, somente ele, incumbido de tomar a iniciativa das leis e das regras de direito. O humanismo racionalista e individualista¹², de Hobbes, triunfava nessa nova visão do direito fundado sobre a capacidade de autonomização do indivíduo humano. Todavia, não podia permanecer puramente teórica e especulativa.

A maioria dos autores se preocupava com os progressos da condição humana e com a promoção da liberdade dos cidadãos. Decorre daí a concepção constitucionalista para a construção do Estado moderno. E, a partir do século XVIII, o chamado ‘direito político’ tinha a função de organizar o Poder do Estado em conformidade com normas racionais.

Rousseau distingue o “direito natural propriamente dito” (a espontaneidade imediata de vida que, em todo indivíduo, quer perseverar, o que não é um verdadeiro direito) e o “direito natural raciocinado” (é a arte aperfeiçoada, inventada pela razão para instalar uma ordem jurídica entre os homens. É a base da legislação positiva). Rousseau atribui à lei não a tarefa de criar o direito (ignora o “positivismo jurídico”), mas sim a de “fixar” os direitos¹³.

Hobbes tinha razão: o homem é o único centro de gravidade do Poder e, no Estado, era ele, somente ele, incumbido de tomar a iniciativa das leis e das regras de direito.

Em qualquer Estado, em qualquer época e em qualquer lugar é identificável

¹¹ ROMANO Santi, **Princípios de direito constitucional geral**, p. 59-61, apud, BASTOS, Celso Ribeiro, **Curso de Direito Constitucional**, 19ª edição, Saraiva, p.8-9

¹² Conforme as colocações do Dicionário de Política dos Professores José Pedro G. Sousa, Clóvis Lema Garcia e José Fraga T. Carvalho pode-se resumir tal concepção considerando o humanismo liberal, regido pelo individualismo, e que tem na liberdade um valor absoluto. Desde o cogito “ergo sum” de Descartes (1596-1650)- para o qual todo conhecimento nasce da razão – “até o racional é real, e o real é racional” de Hegel (1770-1831). Entendemos aí a idéia de humanismo racionalista e individualista, onde “o homem é a medida de todas as coisas” - Protágoras: 480-410, a.C., e só ele, com a razão, gera conhecimento.

¹³ GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**, p.102. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

um conjunto de regras fundamentais, que se referem à sua estrutura, atividade e organização¹⁴ ‘Código de Hamurabi, Lei das Doze Tábuas, Pentateuco,....’ Escrita ou não, há sempre uma “constituição” como expressão jurídica entre poder e comunidade política ou entre sujeitos e destinatários do poder e nesse caso se reconhece o Estado Constitucional¹⁵.

Aristóteles usava a expressão Politeia¹⁶ ao designar as normas de caráter estatal e nomoi, para as regras infraconstitucionais. O Poder comportava, então, três partes: a “parte deliberativa”, relativa aos interesses comuns; a parte relacionada às administrações e magistraturas e, por fim, a parte encarregada de aplicar a justiça.

Na Idade Média, a palavra Constituição foi empregada no sentido de instituição, aplicando-se, por exemplo, às municipalidades. Já no século XVI, foi metáfora de “corpo político”, designando a sua organização e passou a corresponder à noção de Lei Fundamental, como norma hierarquicamente superior e determinante. Assim, a Constituição define o estatuto orgânico do Estado e é nela que reside a base da potência do Estado.

É contra o Absolutismo que surge o governo constitucional¹⁷. O constitucionalismo resultou de um longo movimento político, culminando com a revolução francesa. Porém, de fato, já tinha sido esboçado por Aristóteles, quando ele tratou da separação dos poderes na sua Política. O constitucionalismo trata das instituições e dos princípios adotados pela maioria dos estados modernos, a partir do século XVIII, como já citado, em oposição ao Absolutismo¹⁸, de modo que o Direito Constitucional moderno deriva do direito constitucional inglês, já que se inspirou nele, em menor ou maior grau, conforme o Estado.

¹⁴FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**, p.43. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999

¹⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, tomo II, 3ª edição (reimpressão), p.7. Coimbra Editora, 1996

¹⁶ FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de Direito Constitucional**, 10ª edição, P. 8. São Paulo: Editora Saraiva, 2000

¹⁷ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles *in* **Curso de Direito Constitucional**, p. 444, São Paulo: Forense Universitária, 1991 ensina que “Toda a história do Direito Constitucional – e por que não reconhecê-lo?– toda a história de povos e nações – resume-se, até os nossos dias, na luta entre absolutismo e liberdade, vale dizer, pelo reconhecimento dos direitos naturais e fundamentais do homem, pelo respeito à dignidade da pessoa humana, pelas liberdades públicas, pelo princípio democrático, pela supremacia, enfim, pela Razão e do Direito sobre a Força e a Violência, como processos de dominação e governo das coletividades”.

¹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, p. 6, 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 1996.

Basicamente, as características do direito constitucional inglês são: a sedimentação, isto é, a evolução gradual e lenta do direito constitucional pátrio e o historicismo (o que não ocorreu na França e na América Latina, cuja característica foi o racionalismo).

O constitucionalismo americano e também o francês seguiram na esteira do constitucionalismo inglês. Mas, enquanto as constituições americana e francesa são revolucionárias, a inglesa tem estabilidade legislativa. Outra distinção que merece destaque é que a constituição inglesa possui regras não escritas, enquanto os Estados americanos e a França adotam as mesmas regras, porém, redigindo-as.

Deve-se notar que o direito constitucional inglês é mais resistente às mudanças, vez que o costume não se altera em espaço curto de tempo. De sua parte, o direito constitucional escrito é mais vulnerável, posto que alterável em curto espaço de tempo, bastando que se o escreva novamente. Por isso, aquele direito é mais estável.

As constituições atuais são consideradas uma categoria de lei, em virtude do princípio da unidade orgânica do Estado. Mas não foi sempre assim. O processo histórico inglês, ao afastar a monarquia absoluta, descentralizando o poder (que é uno), criou um governo misto que, desde a Antigüidade, se considera a melhor forma de governo.

A democracia direta cedeu vez à democracia indireta (reflexo disso é a Câmara dos Lordes e a Câmara dos Comuns). Já havia a democracia indireta em outros países (Nápoles, v.g.), mas de curta duração. Na Inglaterra, elas se solidificaram ao longo do tempo.

A repartição de funções, na Inglaterra, garantindo e conservando a liberdade política, tornou liberdade jurídica o que era liberdade apenas de fato. Nesse sentido, a Magna Charta (1215), a Petition of Rights (1628) e o Habeas Corpus (1679). Corroou-se, finalmente, com a Revolução Francesa. Deu-se, então, a juridicização da liberdade. Todavia, esse constitucionalismo moderno não é cópia fiel do direito constitucional inglês.

As instituições inglesas foram apenas o modelo e, ainda, reelaboradas e

adaptadas às peculiaridades de cada Estado, de modo que as Cartas americanas são uma deformação do direito constitucional inglês.

A Carta francesa, por sua vez, seria uma deformação da deformação, pois surgiu a partir das Cartas americanas. E as demais Cartas subsequentes, em parte da Europa, são novas deformações e adaptações do direito constitucional inglês, alterado e reelaborado.

De modo que se infere a dificuldade em determinar, no direito constitucional de um Estado moderno, qual parte deriva das instituições inglesas, qual deriva do direito americano, qual deriva do direito francês e, por fim, qual parte é haurida em si própria (o que, normalmente, é a maior parte).

O que se tem como influência do direito inglês, é o instituto da monarquia constitucional 'parlamento bicameral, pois, outrora, monarquias absolutas reinavam', eleição popular de representantes políticos, responsabilidade do Gabinete perante o Parlamento e as liberdades públicas, com suas garantias constitucionais.

A influência do direito americano no direito francês é mais difícil de determinar, já que as idéias de Montesquieu eram conhecidas na América do Norte antes da Revolução Francesa. E, após 1789, a França abeberou-se das Cartas americanas, as quais, não se sabe em que medida, estavam já influenciadas pelas idéias francesas, podendo induzir-nos à conclusão de que a França reimportou suas próprias idéias.

Após uma estada na Inglaterra, Montesquieu defende o constitucionalismo, dedicando o Capítulo VI, do Livro XI, do seu Espírito das Leis à constituição inglesa. Na América, a democracia e o constitucionalismo têm um caráter religioso.

Na França, em virtude do movimento filosófico do século XVIII (principalmente, com Rousseau), ele adquiriu um aspecto mais simples e puramente político. E com esse caráter se difundiu pela Europa.

Sieyès também defendeu a Constituição: “caso nos falte uma Constituição, é preciso fazer uma”¹⁹. Assim, o Poder só pode agir sob a autoridade da lei como norma soberana e a Constituição exprime a potência soberana da Nação e, canalizando-a, gerencia o poder do Estado. Por isso, as leis constitucionais são fundamentais.

A Constituição esquadrinha as competências dos órgãos do Estado, bem como o seu campo de atuação, delimitando-os e, também, hierarquizando-os. Sieyès pretendeu a síntese do poder constituinte. De todo modo, ele provou que, no Estado moderno, o Poder só exerce suas capacidades curvando-se à supremacia da norma constitucional.

Nesse contexto, é de se destacar, ainda, a importância do princípio constitucional em relação à liberdade humana, irradiando-se a todas as demais leis. A Constituição assegura a coexistência das liberdades.

A Constituição, no Estado, não é tão somente a fonte ou a origem das demais leis, mas também a regra que indica como elas devem ser. A Constituição é, pois, indicativa.

Na esteira do pensamento de Kant, Kelsen demonstra que todo o direito positivo da pirâmide jurídica, cujo topo é a Constituição, se prende a uma Grundnorm, que não é enunciada, mas sim, “suposta”.

Com Jean Bodin²⁰ se consolida a noção de soberania, fixando-se o seu conceito jurídico. Ele faz da soberania a “essência” da República: ela, a República, não é uma forma de governo. Ele entende a república como a coisa pública. Define-a como “um governo reto de várias famílias e daquilo que lhes é comum como potência soberana”. Ele não se coloca no plano dos fatos (como Maquiavel), mas no plano da legitimidade: a comunidade política como um governo reto.

Bodin propõe a metáfora da Nave-República: todos os passageiros precisam colaborar com o capitão. E, na soberania, concentram-se o princípio de independência e o princípio de onicompetência do Estado moderno.

¹⁹ SIEYÉS Emmanuel, **Qu'est-ce que le tiers état?** 1789, reed. PUF, p. 64, apud Simone Goyard-Fabre, op. cit., p.105.

²⁰ BODIN, Jean. **Os Seis Livros da Republica**, apud Simone Goyard-Fabre, op. cit., p.118.

1.1. A Soberania Popular no Estado de Direito

No século XVIII, firma-se a idéia de que a soberania reside no povo. Rousseau elimina de vez a noção de soberania dos príncipes. Para ele, a essência da soberania se identifica com a vontade geral. No Estado do contrato, a soberania do povo como corpo coincide com a vontade de um “ser coletivo” que “só pode ser representado por si mesmo”. Dessa forma, sendo o poder transmissível, a vontade, por sua vez, é inalienável ou incomunicável.

Sieyès defende que é por meio de uma representação que se manifesta a democracia. É, porém, uma espécie de democracia direta – que ele classifica de “bruta”, em que ele decifra no sistema de Rousseau. Ainda que Sieyès e Rousseau discordem quanto à idéia de representação, eles concordam que a soberania pertence ao povo.

A Constituição francesa, de 1791, dirá (título III, artigo um) que a soberania “é una, indivisível, inalienável e imprescritível. Ela pertence à Nação: nenhuma seção do povo, nem indivíduo algum, pode atribuir-se o exercício dela”. O conceito de soberania não é mais o mesmo. O rei já não é mais o titular eminente da soberania; só o corpo político (povo ou nação) é detentor da soberania. O construtivismo racional edificou, na esteira de Rousseau e Sieyès, uma soberania que, formando um todo com a vontade geral do corpo público, nada pede aos ideais da transcendência, não somente a de Deus, mas também a da Natureza.

Na virada do século XVIII, uma das glórias do humanismo jurídico é definir a soberania pela competência exclusiva que os homens têm de fazer as leis. Mas, o caráter absoluto da soberania traz as marcas da finitude humana e, por isso, deve ser constitucionalmente limitado. Para evitar o absolutismo monárquico, Benjamin Constant assevera que a jurisdição da soberania deve deter-se onde começam a independência e a existência individuais²¹.

A idéia moderna da soberania do povo pressupor o Estado como pessoa jurídica ou sujeito de direito é um erro, posto que se assemelha ao absolutismo principesco já superado. O pluralismo oferece dupla garantia: o controle da

²¹ CONSTANT, Benjamim. **Principes de politique**, p. 1075, apud GOYARD-FABRE. Simone, op. cit., p.189.

constitucionalidade da lei e, em segundo lugar, aquilo que os constitucionalistas denominam, modernamente, sistema aberto, isto é, aberto à realidade (Ferdinand Lassale²² fala em “fatores reais de poder”; Jürgen Habermas²³ utiliza a expressão “espaço público”, no qual todas as idéias, das diferentes categorias são expressadas e discutidas). Valoriza-se, acima de tudo, a liberdade. O homem, como produtor de suas idéias, traçou os caminhos de sua liberdade: o caráter coercitivo da Constituição e das leis, que em sua autonomia, o homem dá a si mesmo, constitui um obstáculo a tudo que venha a obstaculizar a liberdade, o que dá origem aos conflitos; mas, conflitos, diz Konrad Hesse²⁴, são necessários.

As representações partidárias, por exemplo, servem a esse fim. Assim, o Estado moderno realiza a síntese da ordem e da liberdade, isto é, da coexistência das liberdades, de modo que, na unidade fundamental e indivisível de seu Poder soberano, aparece o Estado moderno.

1.2. O Estado Neo-Constitucional

O Estado de Direito. O Estado Social de Direito. O Estado de Direito Democrático. O Estado Democrático de Direito

“Hominum causa omne ius constitutum est”

Justiniano (D.1.5.2)

Por causa do homem é que se constitui todo o direito.

Nos termos do parágrafo único, do artigo 1º, da Lei Fundamental “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

É a chamada “democracia representativa”²⁵. O Estado Democrático de Direito

²² LASSALE. Ferdinand. **A essência da Constituição**, p. 32, 4ª. Edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 1998

²³ HABERMAS. Jürgen. **Morale et Comunicación**, *apud* Simone Goyard-Fabre, *op.cit.*, p. 197.

²⁴ HESSE. Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**, p. 30-1. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983

²⁵ CARRAZZA. Roque. **Curso de Direito Constitucional Tributário**, p. 42. São Paulo: Malheiros, 1996

é conquista da evolução do conceito que, na origem, era denominado Estado de Direito. Tal conceito era tipicamente liberal e tinha como características:

a) submissão ao império da lei: a lei, emanada formalmente do Poder Legislativo;

b) divisão de poderes: assegurando-se independência e harmonia entre os Poderes do Estado. Conceito este previsto no artigo 2.º, da Constituição Federal;

c) enunciado e garantia dos direitos individuais: a limitação do poder estatal, submetendo o próprio Estado às leis. Não basta enumerar os direitos sem que se lhes assegure, também, sua eficácia. Por isso, as garantias constitucionais, que tornam efetivos os direitos expressos.

Contudo, faltava ao Estado Liberal de direito um conteúdo material, pois a expressão “Estado de Direito” é ambígua. Assim, aparece o conceito de Estado Liberal de Direito, que converte os súditos em cidadãos livres. Não tem mais aplicabilidade a expressão *The King can do no wrong*, regra inglesa da infalibilidade real, largamente utilizada pelo absolutismo, como explica Hely Lopes Meirelles²⁶.

Estado de Direito era Estado Formal de Direito. Era governo das leis, e não dos homens. E, para quem concebe o Direito como apenas um conjunto de normas estabelecidas pelo Legislativo, o Estado de Direito passa a ser Estado de Legalidade (*gesetzesstaat*) ou Estado Legislativo, o que constitui uma redução deformante, pois que a serviço de qualquer conceito de Justiça.

Para Hans Kelsen, Estado e Direito são conceitos idênticos, e só é Direito o direito positivo, mero enunciado formal da lei, sem compromisso com a realidade política, social e econômica. Tal concepção não se aproxima, ao contrário, afasta-se da noção de Estado de Direito.

O Liberalismo foi superado pela sociedade democrática, surgindo, então, o Estado Social de Direito, nem sempre de conteúdo democrático. O que o Estado Social de Direito fez foi corrigir o individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social, uma vez que o Estado de Direito, omitindo os direitos individuais, provocou imensa injustiça, em

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 556. São Paulo: Malheiros, 1994

detrimento dos direitos sociais.

Estado Social de Direito é Estado Material de Direito (considerado por alguns como Elias Díaz, um neofascismo). Revela um tipo de Estado que tende a criar uma situação de bem estar geral *Welfare State*, que garanta o desenvolvimento da pessoa humana. Tem o capitalismo como forma de produção e o bem-estar social geral como base do neocapitalismo, típico do *Welfare State*.

O Estado Democrático funda-se no princípio da soberania popular, que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, realizando o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana. O Estado Democrático de Direito é o estado de legitimidade justa ou de Justiça Material, em uma sociedade democrática pela qual se instaura um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões e de sua real participação nos rendimentos da produção.

No Estado Democrático de Direito há um processo de convivência social em uma sociedade livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo, exercido em seu proveito, diretamente ou por representantes eleitos. Enfim, é uma democracia participativa e pluralista, na qual vigoram condições econômicas suscetíveis de favorecer o pleno exercício dos direitos individuais, políticos e sociais. É a passagem do neocapitalismo ao socialismo democrático, paralelamente ao crescente processo de despersonalização e institucionalização jurídica do poder. É a “institucionalização do poder popular ou a realização democrática do socialismo”.²⁷

1.3. Finalidades do Estado Democrático de Direito

Além das características inerentes ao Estado de Direito, o Estado Democrático de Direito tem como apanágio a soberania popular, tal como inscrita no parágrafo único, do artigo 1.º, da Constituição Federal. Acrescente-se, ainda, que a função da lei, no Estado Democrático de Direito é a de transformadora da sociedade, devendo realizar o princípio da igualdade material, ou seja, a igualdade

²⁷DÍAZ. Elias **Legalidad e legitimidad en el socialismo democrático**. Madrid Civitas, 1978, p. 184, *apud* SILVA. José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p.121.

na lei, pois que a igualdade perante a lei é igualdade formal, que não traduz isonomia, no sentido de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade, na qual sim, há de se falar em igualdade material. É a idéia tratada por Celso Antonio Bandeira de Mello²⁸.

Outros princípios são inerentes ao Estado Democrático de Direito, tais como:

a)-princípio da constitucionalidade: confere uma Constituição rígida, emanada da vontade popular e dotada de supremacia;

b)-princípio democrático: assegura uma democracia representativa e participativa, pluralista em idéias, culturas e etnias, garantidora da vigência e eficácia dos direitos fundamentais;

c)-sistema de direitos Fundamentais: individuais, coletivos, sociais e culturais;

d)-princípio da justiça social: asseguram a ordem econômica e a ordem social, assim citado nos artigos 170 e 193, da Carta Magna;

e)-princípio da segurança jurídica: são as garantias constitucionais, previstas nos incisos XXXVI a LXXIII, do artigo 5.º, da Constituição Federal e

f)-pluralismo democrático.

Por fim, não se pode esquecer a tarefa essencial em que o Estado Democrático de Direito tem de superar as desigualdades sociais e regionais, bem como instaurar um regime democrático que realize a justiça social.²⁹ É de se notar que os Direitos Humanos são inerentes à natureza humana, anteriores à Carta Política, denominada Constituição. São direitos supraconstitucionais, integrantes do direito natural. Esse é o motivo porque a Constituição, enquanto ato político, deve reconhecimento a esses direitos.

Os direitos naturais individuais são direitos anteriores e superiores à sociedade política. O Estado não os confere, reconhece-os. A sociedade não os cria, declara-os. O legislador, mesmo constituinte, deve acatamento e respeito a tais

46 BANDEIRA DE MELLO. Celso Antonio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, p. 10, 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999

²⁹SILVA José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 123, 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 1993

imperativos da natureza, pois o Estado, ao se constituir, tem de contar com eles e a partir deles.

Na concepção jusnaturalista, o homem é titular de direitos absolutos, oriundos da natureza, anteriores e superiores ao Estado. A lei não os criou, limitou-se a reconhecê-los. Por isso, se o Estado os ofende, falha em sua missão. A liberdade humana é ilimitada em princípio, enquanto o poder do Estado é limitado. No domínio “político”, o tipo de Estado, que se ajusta ao jusnaturalismo tem, por finalidade, a tutela do cidadão contra os abusos de poder.

1.4. Do Estado Constitucional e Democrático de Direito

A crise do positivismo jurídico levou à superação da rígida distinção entre direito e moral e à conseqüente abertura do debate filosófico-jurídico contemporâneo aos valores ético-políticos.

Essa abertura teve vários resultados e, dentre eles, as chamadas teorias constitucionalistas ou neoconstitucionalismo, cujos expoentes foram Robert Alexy e Ronald Dworkin. A identificação do constitucionalismo como teoria específica do direito e sua distinção do positivismo foi proposta por Alexy, no final dos anos 80, do século passado, à luz do debate alemão sobre o papel da Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) e a interpretação de sua jurisprudência.

A principal característica das teorias constitucionalistas é o reconhecimento do aumento da complexidade da estrutura normativa dos sistemas constitucionais contemporâneos, que está ligado à introdução dos princípios e à diferença entre estes e as regras.

A conexão entre direito e moral baseia-se no processo de inclusão de conteúdos morais no direito, expressos nos princípios e nos direitos invioláveis dos indivíduos. A presença dos princípios se assenta na abertura do direito aos conteúdos morais e, paralelamente, determina o desenvolvimento de novas formas de decisões judiciais, notadamente a ponderação de princípios (balancing). A partir

de então, ressalta-se a importância dos processos de aplicação do direito para sua determinação no interior dos sistemas constitucionais.

Evidencia-se, assim, a vinculação, no âmbito da estrutura político-constitucional, do legislador aos princípios e aos direitos de origem constitucional, bem como ao papel decisivo dos juízes para sua execução, mesmo em contraste com as decisões legislativas e com a lei.

Para Ronald Dworkin, a presença dos princípios nos sistemas jurídicos é relacionada com a ligação entre direito e moral, que deve ser realizada na dimensão de fundação da comunidade jurídica, a qual só é legítima se expressa, através dos direitos conferidos aos indivíduos, a exigência moral de igual consideração e respeito aos seus membros. Quanto ao processo de interpretação e aplicação do direito, exige-se que a decisão judiciária seja coerente em relação aos princípios e realize o postulado de igual consideração e respeito.

Robert Alexy defende a tese da conexão “conceitual e normativamente necessária” entre direito e moral, recorrendo a vários argumentos, dentre os quais é fundamental o que se refere aos princípios.

Alexy desenvolveu e aprimorou a elaboração de Dworkin, definindo os princípios como uma espécie de norma que apresenta característica e comportamento diferentes das regras. O conteúdo dos princípios é mais amplo, mais geral, mais abstrato, mais vago e mais genérico que o das regras. Eles são definidos como ‘preceitos de otimização’, isto é, como diretivas realizáveis apenas em parte e em medida variável, que não prescrevem condutas específicas, mas remetem à valores que deverão ser efetivados na maior medida possível.

O enunciado do princípio, portanto, não implica na obrigação de que os destinatários se adequem totalmente a ele, realizando uma atividade específica, mas equivale a estabelecer uma razão que, *prima facie*, suporta qualquer comportamento que contribui para a efetivação daquele princípio.

Daí que, a esfera de aplicabilidade dos princípios é relativamente

indeterminada e eles podem, ainda, sofrer uma compressão ou expansão no seu alcance pois que não há que se observar seu teor literal somente, mas também o conteúdo de outros princípios concorrentes potencialmente aplicáveis. Não se pode, contudo, esquecer as circunstâncias do caso concreto.

Os princípios, segundo Alexy, se caracterizam mais pela dimensão do “peso” que pela dimensão da validade. E para se determinar o “peso” de cada princípio faz-se a ponderação *balancing* considerando, para tanto alguns elementos concretos, não predetermináveis em abstrato. Destarte, o resultado das técnicas de ponderação aparentemente não pode ser estabelecido de maneira geral, nem tampouco ser previsto.

Nos Estados Constitucionais e Democráticos de Direito, as constituições encerram princípios em que se expressam decisões valorativas que se impõem ao legislador, na medida em que “princípios e valores são a mesma coisa”. E o direito resta, assim, caracterizado por uma abertura estrutural ao mundo externo das razões não-jurídicas (pragmáticas, ético-políticas, morais).

Em sentido diametralmente oposto, tratando as problemáticas jurídicas à luz da teoria geral dos sistemas autopoieticos, encontra-se Niklas Luhmann e sua concepção sociológica, segundo a qual a sociedade é vista como “um sistema social abrangente”, no interior do qual se encontra uma série de sistemas parciais ou subsistemas o do direito, o da moral, o da economia, o da religião, etc., cuja função é reduzir a contingência e a complexidade social.

Cada subsistema é autônomo e opera conforme um código próprio, diferencia as ações lícitas e ilícitas, mas isso não implica em valoração moral, quer dizer, se são boas ou más. Em suma, para Niklas Luhmann “a fonte da validade do direito é o próprio sistema do direito”.

Quanto à correta interpretação de uma disposição normativa, no Estado Constitucional e Democrático de Direito, é possível que, em razão do caráter pluralista e complexo das sociedades ocidentais contemporâneas essa disposição normativa receba interpretações diferentes, sem que alguma possa ser considerada

legitimamente mais correta que as demais do ponto de vista substancial.

Todavia, essa tese cética não nos permite concluir que a interpretação é uma atividade arbitrária e não suscetível de ser julgada correta ou não. Realmente, a correção da interpretação não depende da possibilidade de determinar a existência de uma única resposta correta, e sim da possibilidade de justificar racionalmente as decisões interpretativas.

Apesar de tais decisões não serem as únicas possíveis, o processo interpretativo pode ser considerado não-arbitrário e, por isso mesmo, correto se respeita determinados critérios ou cânones gerais exclusiva proteção do bem jurídico, ofensividade, fragmentariedade, autodeterminação do indivíduo,...., com base nos quais pretende ser justificado.

A possibilidade de justificar as decisões com base em critérios prefixados constitucionalmente é suficiente para excluir a absoluta subjetividade das interpretações e, desta maneira, para limitar a pulverização dos significados jurídicos. Nesse passo, há uma estreita conexão entre teoria da ciência jurídica, teoria da interpretação e teoria da justificação jurídica.

Para que uma decisão seja considerada justificada, ela deve demonstrar que é congruente com o direito preexistente e que está em harmonia com as disposições jurídicas gerais e com as decisões interpretativas precedentes que pertencem ao mesmo sistema jurídico.

No entanto, mesmo sendo necessário o teste da congruência, ele não é suficiente para garantir a plena justificação da decisão interpretativa. Faz-se necessário recorrer a outros requisitos tais como a razoabilidade ou aceitabilidade substancial da solução proposta, vale dizer, conforme aos valores de justiça substancial próprios de determinada sociedade Wittgenstein refere à: "...imagem do mundo" e à "forma de vida", isto é, à possibilidade de encontrar no interior de uma sociedade uma estrutura comum do pensar e do agir humano, um conjunto de convicções e valores compartilhados).

Jerzy Wróblewsky³⁰ destaca três tipos de contextos a se considerar ao se interpretar a norma:

- a) *lingüístico –relacionado estritamente aos aspectos sintáticos, semânticos e pragmáticos de tal ou qual linguagem jurídica;*
- b) *sistemático – referente às relações de uma norma com as outras normas pertencentes ao sistema normativo e*
- c) *funcional –referente a um conjunto complexo de fatores de tipo sociopolítico, econômico e valorativo.*

Uma particular abordagem, em sede de interpretação, provem dos Estados Unidos nos anos 1980, conhecido como “direito e literatura”. Nela se verificam duas linhas, quais sejam: a) “direito na literatura” e b) “direito como literatura” ou “literatura no direito”. Aquela linha sustenta que os grandes clássicos da literatura oferecem contribuições importantes para a compreensão do direito; já, a segunda linha aplica aos textos jurídicos métodos e instrumentos de análise e de interpretação elaborados pela crítica literária, partindo da premissa de que o direito é uma história a ser interpretado como qualquer outra história literária.

³⁰FARALLI Carla. **A Filosofia contemporânea do direito**, p. 54. Martins Fontes, São Paulo, 2006

2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PROTOPRINCÍPIO DO ESTADO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O artigo primeiro da Constituição de 1988 define a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito e enumera os princípios sob os quais ela se fundamenta, de modo que todo o restante do texto constitucional pode ser entendido como uma explicitação do conteúdo dessa fórmula política.³¹

Assim, é exemplo o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. Todas as garantias, todos os princípios, enfim, toda a ordem jurídica deve se basear em um sobreprincípio, que todos informa: é o princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no inciso III, do artigo 1.º, da Lei Fundamental, que é anterior a toda e qualquer regulamentação:

“(...) uma lei maior de natureza ética e validade universal (...) que o fundamento dessa lei é o respeito à dignidade da pessoa humana (...); a pessoa humana é valor fundamental da ordem jurídica. É a fonte das fontes do direito.”³²

Em meados do século XV, Picco della Mirandola, em opúsculo inesquecível, exalta a dignidade ao status de obra máxima do Criador³³. A dignidade da pessoa humana ocupa posição proeminente na Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, declarando em seu artigo 1.1 que “a dignidade do homem é intangível. Os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e protegê-la”.

Karl Loewenstein traz, como exemplo de aplicação “negativa” do princípio da dignidade humana, a proibição, pelo Tribunal Federal Supremo, do uso de detector de mentiras sem o consentimento do acusado³⁴. A Constituição portuguesa e a Constituição espanhola também destacam o princípio da dignidade humana.

³¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao Direito Processual Constitucional**, p. 12. Porto Alegre, Editora Síntese, 1999

³² MARQUES DA SILVA, Marco Antoni. **Revista Justiça e Cidadania**, julho/99, p. 20.

³³ PICCO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. **A Dignidade do Homem**, p. 49, tradução Luiz Feracine. São Paulo: Escala, [s.d.]

³⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**, p. 24. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999

2.1. A Dignidade Humana e a autonomia da vontade

As leis da moral, forçosamente, apenas podem derivar-se do conceito de razão; por esse motivo elas têm natureza a priori³⁵. Por essa forma de pensar, as leis que fundamentam a moral jamais poderiam ser referenciadas segundo os eventos histórico-culturais, na medida em que são necessárias e universais.

Por sua vez, tais condições, de necessidade e universalidade, importam em que o fundamento moral deve ser aceito por todo ente dotado de razão, ou seja, por todo ser racional³⁶.

Então, a partir desse pensamento, se a lei fundamental da moral deve valer para qualquer ser racional, essa lei deve ter por base algo que é comum a todos eles, que é, para além dos instintos, paixões e outras inclinações, a capacidade de ser causa da própria ação. Dessa maneira, ele expõe a vontade como autodeterminação³⁷. Este o sentido de KANT para a autonomia³⁸, pois somente os seres racionais podem ser autores de leis às quais eles próprios se submetem.

Essa capacidade para autonomia, por seu turno, significa a constante possibilidade de estabelecer um fim para si mesmo³⁹. Então, podemos afirmar que a natureza racional importa num fim em si mesmo.

Tudo aquilo que não possui razão é, contrario sensu, incapaz de vontade, ou seja, não é capaz de autodeterminação. Por esse motivo, carece de autonomia, no sentido de que não tem como estabelecer fins para si mesmo.

Tudo que não é racional, dessa maneira, é qualificado como coisa e pode, por isso, ser utilizado exclusivamente como meio⁴⁰ para a realização dos fins dos seres racionais.

³⁵ KANT Immanuel, **Fundamentação da metafísica dos costumes**, p. 134: “(...) *se a razão por si só determina o procedimento (...), terá de fazê-lo necessariamente a priori.*” (destacado no original)

³⁶ Ibid., p. 132.

³⁷ Ibid., p. 134: “A vontade é concebida como a faculdade de se determinar a si mesmo a agir **em conformidade com a representação de certas leis.**” (destacado no original)

³⁸ Ibid., p. 144: “Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer).”

³⁹ Ibid., p. 134: “Ora, aquilo que serve à vontade de princípio objetivo da sua autodeterminação é o **fim**, e este, se é dado pela só razão, tem de ser válido igualmente para todos os seres racionais.” (destacado no original)

⁴⁰ Ibid., mesma página: “O que pelo contrário contém apenas o princípio da possibilidade da ação, cujo efeito é um fim, chama-se **meio.**” (destacado no original)

Assim, todo homem - como ser racional - é sempre um fim em si mesmo⁴¹, jamais exclusivamente um meio para algo; assim, nunca pode ser reduzido a um simples instrumento.

Nesse ponto, KANT deduz a formulação que traduz a lei moral que manda a razão reconhecer a si própria, bem como todas as outras razões (pessoas), isto é, toda a humanidade, como fim em si mesma e nunca, exclusivamente, como um meio para fins alheios⁴².

Por isso, todo homem, como ser racional, ou seja, como fim em si mesmo, é uma entidade única, isto é, insubstituível. Assim, possui um valor não relativo, pois não é passível de comparação com outro homem ou com outra coisa. Dessa maneira, o valor de qualquer indivíduo racional é intrínseco à sua própria racionalidade, por esse motivo encerra uma dignidade⁴³.

2.2. Implicações da dignidade da pessoa humana

Tudo aquilo que se relaciona com as necessidades gerais de alguém como algo para atingir algum fim, por ser um meio, isto é, um instrumento para fins extrínsecos, pode ser substituído por outro objeto equivalente para aquele mesmo fim⁴⁴. Portanto, tem um valor condicionado. Aqui, estamos referindo-nos às coisas⁴⁵, ou seja, àquilo que tem um valor relativo⁴⁶. Por isso, uma coisa tem um preço⁴⁷ e pode ser adquirida.

Diversamente, a razão, que abriga uma vontade autônoma, que constitui condição graças à qual um ente pode ser um fim em si mesmo⁴⁸, implica, necessariamente, que esse ente racional não pode ser empregado simplesmente

⁴¹ Ibid., p. 142.

⁴² Ibid., p. 135: “*Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.*” (destacado no original)

⁴³ KANT. Immanuel, **Fundamentação da metafísica dos costumes**, p. 135.

⁴⁴ Ibid., p. 140, por exemplo: “*A destreza e a diligência no trabalho têm valor venal (...)*”

⁴⁵ Ibid., p. 135: “*Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meio e por isso se chamam coisas (...)*” (destacado no original).

⁴⁶ Ibid., mesma página.

⁴⁷ Ibid., p. 140: “*O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um preço venal (...)*” (destacado no original).

⁴⁸ Ibid., mesma página.

como um meio para fins que lhe são alheios. Isso, por si, já se traduz em um valor moral absoluto, dado a priori, isto é, independentemente de circunstâncias contingentes. O que significa, como observou Kant, que a razão é um limite lógico ao arbítrio de qualquer outro ser⁴⁹. Por tal motivo, todo indivíduo humano, já que racional, merece ser considerado pessoa⁵⁰.

Aqui, os seres estão ligados por uma lei moral que determina que todos aqueles que são racionais nunca se tratem exclusivamente como meios, mas que se respeitem como fins em si mesmos⁵¹. Por tal motivo, o homem nunca pode vir a ser rebaixado ao valor das coisas⁵². Todo homem, como ser racional, representa sua própria existência, por isso não pode ter preço; de modo diverso, deve ter dignidade⁵³.

Nenhum ser humano é substituível por outro plenamente equivalente. Por isso, nenhum homem pode ser considerado como algo de valor relativo. O ser humano apresenta-se superior a qualquer preço.

Dignidade significa que “(...) uma coisa está acima do preço, e portanto não permite equivalente (...)”⁵⁴. Por outras palavras: se o que não admite substituto equivalente é uma dignidade, podemos afirmar que ela é um atributo inerente a todo homem. “Assim a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano.”⁵⁵

Nesse sentido, Nicola Abbagnano, em seu Dicionário de Filosofia, invoca a segunda formulação do imperativo categórico⁵⁶ kantiano para conceituar o princípio

⁴⁹ Ibid., p. 135.

⁵⁰ Ibid., mesma página: “(...) os seres racionais se chamam **pessoas**, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio (...)” (destacado no original).

⁵¹ Ibid., p. 142: “O sujeito dos fins, isto é, o ser racional mesmo, não deve nunca ser posto por fundamento de todas as máximas das ações como simples meio, mas como condição suprema restritiva no uso dos meios, isto é, sempre simultaneamente como fim.”

⁵² Ibid., p. 136: “Mas o homem não é uma coisa; não é portanto um objeto que possa ser utilizado **simplesmente** como um meio, mas pelo contrário deve ser considerado sempre em todas as suas ações como fim em si mesmo.” (destacado no original)

⁵³ Ibid., p. 140.

⁵⁴ Ibid., mesma página.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da, *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*, p. 91.

⁵⁶ KANT, Immanuel, op. cit., p. 124-125: “A representação de um princípio objetivo, enquanto obrigante para uma vontade, chama-se um mandamento (da razão), e a fórmula do mandamento chama-se **Imperativo** (...) O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade.” (destacado no original)

da dignidade humana⁵⁷.

2.3. O valor das coisas e a dignidade humana

Nesse passo podemos questionar: se a dignidade humana leva a que tratemos todos os seres humanos como pessoas, isto é, sempre como um fim e nunca como apenas um meio⁵⁸, o que isso deve implicar? Em seqüência à sua formulação, na *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Kant elevou os seres humanos para além da ordem das coisas, quando afirmou que o seu valor "(...) está acima de todo o preço (...)"⁵⁹.

Como observou James Rachels, o filósofo, nesse ponto, longe de manifestar-se utilizando uma expressão com um efeito retórico, de fato expressa um juízo objetivo, que é resultado lógico do imperativo categórico kantiano⁶⁰.

Disso decorre que são exclusivamente os fins humanos que dão valor às coisas. Tudo aquilo que é simplesmente coisa tem valor para as pessoas apenas quando relativo a seus planos e objetivos.

Por outro lado, todo ser humano tem a dignidade como um valor intrínseco. Assim, o atributo da dignidade nunca pode ser destacado de qualquer indivíduo, porque todos são entes racionais, com capacidade para decidir-se, estabelecer seus próprios planos e guiar-se pela razão.

Então, o ser humano não pode simplesmente ser considerado como mais uma coisa, entre outras, por mais valiosas que essas outras coisas sejam. Assim, conclui KANT que o valor moral do ser humano é absoluto⁶¹, na medida em que não é possível a sua comparação com o valor de outra coisa qualquer⁶².

⁵⁷ ABBAGNANO, Nicola, **Dicionário de Filosofia**, p. 276: "*Dignidade. Como 'princípio da dignidade humana' entende-se a exigência enunciada por Kant como segunda fórmula do imperativo categórico (...)*" (destacado no original).

⁵⁸ KANT Immanuel, **Fundamentação da metafísica dos costumes**, p. 134-135.in Os Pensadores –Kant. Seleção de Textos de CHAUI. Marilena de Souza Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980

⁵⁹ Ibid., p. 140.

⁶⁰ RACHELS, James. **Elementos de filosofia moral**, (texto sem paginação).

⁶¹ KANT Immanuel, op. cit., p. 137.

⁶² Ibid., p. 135.

Tal raciocínio choca-se com outras maneiras de pensamento filosófico⁶³, como a do utilitarismo. De fato, informa-nos Nicola Abbagnano que, segundo aquela doutrina de J. Bentham, continuada por James Mill e Stuart Mill, o objetivo de qualquer atividade humana, e por conseguinte do Estado, seria “(...) a maior felicidade possível, compartilhada pelo maior número possível de pessoas (...)”⁶⁴. Por esse ponto de vista, a sociedade ideal, fiel cumpridora de sua função, seria aquela que proporcionasse o máximo de felicidade, esta compreendida como riqueza, segurança e bem-estar, à maior quantidade de pessoas, mesmo que isso implicasse o sacrifício e a desvalorização de uma parcela dos integrantes de outras ou daquela mesma sociedade.

Dessa forma, o utilitarismo admite, portanto, a marginalização de pessoas, provocada, inclusive, pela atividade Estatal.

Conseqüência de tal pensamento é que a dignidade de alguns poderia vir a ser relegada, sob a justificativa do incremento da felicidade da maioria⁶⁵. Evidente, aqui, que os utilitaristas acabaram por divisar a legitimidade do uso de algumas pessoas simplesmente como meio para os fins de outros, em direção contrária ao mandamento kantiano.

2.4. A tutela da dignidade da pessoa humana

Todas as pessoas, sem exceção, são seres racionais, e tratar todo indivíduo “(...) como um fim em si (...)”⁶⁶ significa, portanto, respeito à racionalidade de cada

⁶³ Podemos lembrar de outras idéias que “coisificam” o ser humano em função de uma “maioria” corporificada no Estado. Informa MANZANO FILHO, Gabriel, **O coletivista Gentile, pai do fascismo italiano**, (texto sem paginação): “*O filósofo italiano Giovanni Gentile (...) passou à História (...) como o mentor intelectual do fascismo. Seu slogan (...) – ‘Tudo para o Estado, nada contra o Estado, nada fora do Estado’ - resume com perfeição a visão que ele tinha do papel do indivíduo no processo social: absolutamente nenhum.*”

⁶⁴ ABBAGNANO Nicola, op. cit., p. 986.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 37 (nota 35): “(...) *cumpra citar a posição de M. Kriele, **Einführung in die Staatslehre**, p. 215-6, para quem a corrente mais forte que se opôs à concepção da dignidade da pessoa humana (como sendo o valor intrínseco e intangível de todos os seres humanos) e dos direitos humanos dela decorrentes foi a ética utilitarista, principalmente de Bentham, que justificou restrições e agressões aos direitos humanos em função dos valores de natureza permanente da comunidade ou da humanidade em seu todo (o sacrifício eventual da felicidade de um ou de alguns justifica a maior felicidade da maioria), de tal sorte que a doutrina utilitarista acabou servindo para justificar, por exemplo, práticas como a escravidão e o extermínio dos povos indígenas.*” (destacado no original)

⁶⁶ KANT, Immanuel. Op. cit., p. 135.

um. Por isso, nunca se poderia manipular qualquer pessoa, para fins de alcançar objetivos próprios de outras pessoas. Aqui a afirmação, no que tange aos sujeitos de uma ação, tanto o ativo como o passivo, é no sentido mais amplo. O limite à manipulação cerceia a atividade de todos, até mesmo dos entes públicos, por mais prementes que sejam as justificativas dos objetivos a alcançar.

Por outro lado, encontram-se sob o timbre da dignidade humana todos os indivíduos, até mesmo os de vida clandestina, ou aqueles de quem foram retirados os plenos direitos de cidadania.

A estes sempre se deve reservar ao menos o núcleo básico da dignidade. Nessa direção, o intento do artigo VI da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao afirmar que “todo homem tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei”⁶⁷.

Tal enunciado traz como motivação expressa o fato de que: “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.”⁶⁸

Todo ente humano, portanto, deve deter aptidão para adquirir direitos, além de contrair obrigações.

Ademais, o limite ético adentrou o ordenamento jurídico brasileiro atual pelo inciso III do artigo 1º da Lei Maior, o qual invoca como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana.

A Carta dos Direitos Fundamentais, ao trazer a dignidade da pessoa humana ao grau dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, acaba por carrear ao mesmo nível, portanto, o próprio direito à não-exclusão, de todo e qualquer indivíduo, dos objetivos fundamentais da República⁶⁹, na medida em que este direito, à participação, é consectário daquela dignidade. Isso se torna explícito no caput do artigo 5º daquele Diploma, quando diz que “todos são iguais perante a

⁶⁷ Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em dezembro de 1948, como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações.

⁶⁸ Preâmbulo da Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas.

⁶⁹ Os “(...) *objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil*” estão enumerados no art. 3º da CF.

lei, sem distinção de qualquer natureza (...)."

2.5. Impedimento à “coisificação” da pessoa humana

Cumpra, assim, reconhecer a extensão do significado constitucional da dignidade da pessoa humana. Para isso, caminhamos em direção a uma das raízes da dignidade humana. Procuramos, por divergência, localizar a essência de tal dignidade por meio da análise do instituto da escravidão, tal como descrita por Aristóteles. Concluímos, então, que estaria exatamente na razão humana.

Eduardo Ramalho Rabenhorst anota que a dignidade humana, como problema, somente se revela quando nos choca⁷⁰: “por contraste, que estamos realmente convictos de que todos os seres humanos possuem um idêntico valor”. Apesar da imprecisão e da vagueza intrínsecas à idéia de dignidade da pessoa humana, o que, por si, já nos impede de estabelecer definições precisas, sem recorrer a tautologias ou a equívocos lógicos, sempre podemos apontar em que parte a dignidade humana estaria sendo violada. Foi isso que fizemos. - É relevante advertir que assim o procedemos com base na nossa perspectiva, ou seja, na nossa formação cultural ocidental moderna. - Elegemos uma situação tipo, na qual a dignidade da pessoa humana estaria, segundo nossos padrões morais, sendo violada, todavia, a qual, ao mesmo tempo, foi bem descrita, analisada e justificada por ninguém menos que Aristóteles, para, a partir daí, tentarmos localizar, por inferência, o núcleo da dignidade da pessoa humana.

Uma vez localizada essa dignidade na razão, encontramos um norte para trilharmos até Immanuel Kant, o qual, por sua vez, ultrapassou o círculo da natureza humana⁷¹, para alçar o fundamento da dignidade, de igual maneira, na própria razão. Kant, por dedução lógica, concluiu que todo ser racional é um fim em si mesmo, portanto tal ente nunca pode ser considerado exclusivamente como um meio, por isso tem valor acima de qualquer preço e carrega, assim, o atributo da dignidade. Por essa via, Kant conceituou a dignidade como aquilo que é inerente a

⁷⁰ RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**, p. 10. Brasília: Brasília Jurídica, 2001

⁷¹ KANT Immanuel, **Fundamentação da metafísica dos costumes**, p. 104.

todo ente racional, que não tem valor relativo e dessa maneira deve ser atribuído a todo homem, ou seja, a toda a humanidade.

Entendemos que esse conceito transcendente da dignidade humana permeia o conceito jurídico da mesma expressão. Não poderia ser de outra maneira, a menos que a própria Constituição Federal a redefinisse com outro significado específico. Mas, isso não acontece.

Então, resta o entendimento de que a autoridade constituinte, na esteira da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1946, entendeu por bem positivizar o conceito da dignidade da pessoa humana com o status máximo de princípio jurídico fundamental, na extensão que abarca todo ser racional - vale dizer, toda pessoa humana, como ente individual ou como integrante de entidades coletivas, inclusive as públicas -, bem como no sentido de manutenção de todo indivíduo na condição de pessoa. Portanto, a partir da promulgação da Constituição Federal emana-se um poderoso obstáculo jurídico para qualquer tentativa de “coisificação” de seres humanos, mesmo que de modo parcial.

2.6. A juridicidade da dignidade da pessoa humana

De modo semelhante, Joaquim José Gomes Canotilho, interpretando a Constituição da República Portuguesa, entende que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana estende-se a todos. Por conseguinte, ensina o jurista português que da aceitação da multiplicidade de culturas, inerente à República, decorre que o expresse reconhecimento da dignidade humana afasta-se de qualquer entendimento, político, religioso ou filosófico, como uma verdade prévia⁷². Contudo, é possível concluir que o expresse acatamento da dignidade da pessoa humana pelo Documento Constitucional implica a juridicidade do seu conceito histórico e filosófico.

Fato é que o legislador constituinte projetou o referido conceito na macroestrutura do Ordenamento Jurídico com eficácia de um princípio constitucional

⁷² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 2ª ed., p. 219. Coimbra: Almedina, 1999

fundamental. Assim, podemos verificar que parte respeitável da doutrina discorre sobre a dignidade da pessoa humana como um princípio constitucional de caráter absoluto ou com relevante prioridade sobre os demais⁷³; isso em contraposição ao pensamento de que não haveria princípios jurídicos absolutos, pois todo e qualquer princípio *stricto sensu*, em uma situação concreta, tem a potencialidade de ceder em face de um outro.

Nessa questão, ponderamos que, apesar de inexistirem princípios jurídicos com conteúdo absoluto, na medida em que o Direito é um fato histórico cultural⁷⁴, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, tal como positivado na Constituição Federal brasileira, como um dos elementos que fundamentam a República e o Estado Democrático de Direito, eleva-se como referencial privilegiado, que não pode ser ultrapassado, em comparação, senão por outra dignidade⁷⁵.

Podemos dizer, então, que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana opera como uma referência primária dentro do Direito, pois essa referência foi concebida diretamente com base em um padrão moral e filosófico absoluto.

Tal padrão, por isso, não pode pertencer ao Direito; logo, somente pode ser de origem externa a ele, isto é, de ordem religiosa ou filosófica, por exemplo. No caso, é com esse caráter que entendemos o papel histórico e cultural do imperativo categórico kantiano, isto é, como uma referência teórica ética absoluta, a qual se presta, tal qual um parâmetro de medida, de molde ao princípio jurídico equivalente. Este, por seu lado, por ter natureza jurídica, não pode ser absoluto, porém está assentado como uma viga suporte que fundamenta a macroestrutura do Ordenamento Jurídico, por isso não pode ser obscurecido por nenhuma outra norma jurídica, seja ela uma regra ou um outro princípio.

⁷³ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**, p. IX: “Naturalmente, como se verá, a tomada de consciência pela implementação da dignidade humana como princípio absoluto e fundamental é um marco na história do pensamento ético-jurídico-universal.”

⁷⁴ REALE Miguel, **Filosofia do Direito**, p. 702: “Sendo o Direito um **bem cultural**, nele há sempre uma exigência atualizando-se na condicionalidade histórica, de maneira que a objetividade do vínculo jurídico está sempre ligada às circunstâncias de cada sociedade, aos processos de opção ou de preferência entre os múltiplos caminhos que, como vimos, se entreabrem no momento de qualquer realização de valores.” (destacado no original)

⁷⁵ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. Op. cit., p. 50-51: “Aliás, é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em **nenhum** ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.” (destacado no original).

Assim, o raciocínio que levamos a cabo, para averiguar o conteúdo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por exemplo, poderia desenvolver-se com base em um mandamento de natureza teológica⁷⁶.

Exatamente por ocupar uma posição destacada e envolvente do restante dos complexos normativos, descortina-se a idéia de que o princípio da dignidade da pessoa humana, no caso brasileiro, estendido pela Constituição Federal, sem exceção, a todas as pessoas, desenha o perfil do modelo jurídico disciplinador de toda e qualquer atividade do Estado, a qual esbarra nesse limite insuperável. Não só isso: existe um vetor jurídico que obstaculiza, por ilícito, qualquer atividade estatal que vá em direção à desvalorização daquele princípio, inclusive uma eventual atividade que se manifeste por um ato omissivo.

No dizer de Marco Antonio Marques da Silva “...O cumprimento dos princípios constitucionais que norteiam a persecução penal e o processo penal será o verdadeiro primado das garantias individuais, efetivando os direitos fundamentais inscritos na nossa Carta Magna.”⁷⁷

2.7.Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos

Hodiernamente, os tratados de direitos humanos, conforme uma das três atuais posições, são formalmente incorporados ao direito interno brasileiro:

- I. como emenda constitucional (*Constituição Federal, art.o 5º, parágrafo 3º*);
- II. como direito supralegal (*voto do ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário 466.343-SP; Habeas Corpus 88.420-PR, Primeira Turma, relator ministro Ricardo Lewandowski, j. 17.04.07; HC 90.172-SP, Segunda Turma, rel. ministro Gilmar Mendes, v. unânime, j. 5 de junho de 2007*);
- III. como direito constitucional (*posição doutrinária fundada no art. 5º, par. 2º, da Constituição e que, por vezes, contou com a concordância do*

⁷⁶ ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja**, p. 20. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001: “*Enfim, dessa verdade fundamental, de ordem teológica, sobre a criação do homem como imagem e semelhança do Criador, decorre sua eminente dignidade e grandeza.*” (destacado no original).

⁷⁷SILVA,Marco Antonio Marques da. **Processo Penal e Garantias Constitucionais**. Editora Quartier Latin. São Paulo, 2006, p. 491

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: RE 80.004, HC 72.131 e 82.424, relator ministro Carlos Velloso, mas esse nunca —antes— foi o pensamento majoritário no Supremo Tribunal Federal).

A antiga posição (do Supremo Tribunal Federal) no sentido de que tais tratados teriam (mera) força de lei ordinária está sendo abandonada pela própria Corte Suprema.

O ponto comum entre as três correntes citadas reside no fato de que os Tratados de Direitos Humanos contam formalmente com status supralegal, ou seja, acham-se hierarquicamente acima da legislação ordinária. Essa premissa (do ponto de vista formal) é sustentável, acertada.

A nova pirâmide normativa (o novo edifício do direito), destarte, passou a ter três patamares, na seguinte ordem: I.a legalidade; II. o direito internacional dos direitos humanos e III. a Constituição Federal. No plano formal, essa é a nova pirâmide normativa que emana da recente doutrina do Supremo Tribunal Federal.

A natural conseqüência do que acaba de ser exposto é que a produção da legislação ordinária, doravante, está sujeita não mais a uma senão a duas compatibilidades verticais (teoria de dupla compatibilidade vertical): toda produção legislativa ordinária deve ser compatível com a Constituição bem como com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

A lei que conflita com a Constituição é inconstitucional; em se tratando de lei antinômica anterior à Constituição de 1988 fala-se em não-recepção, ou inconstitucionalidade superveniente. Já a lei que conflita com os tratados de direitos humanos é inválida (vigente, mas inválida), mesmo que se trate de lei anterior à sua vigência no direito interno.

É digno de encômios o avanço cristalizado nas últimas decisões do Supremo Tribunal Federal. Mas essa evolução, até o momento, tem sido puramente formal. Isso não é pouco diante, sobretudo, da clássica posição conservadora do Supremo Tribunal Federal. Mas ainda não é tudo. Falta um passo mais, que consiste em

enfocar todas as normas de direitos humanos no sentido material.

No plano material, quando se enfoca o direito dos direitos humanos, os três patamares jurídicos 'legislação ordinária, tratados internacionais e Constituição Federal' caracterizam-se por haver, entre eles, canais comunicantes, os quais se retroalimentam e se complementam.

Em outras palavras, no plano material não há que se falar em hierarquia entre as normas de direitos humanos: por força do princípio ou regra pro homine sempre será aplicável (no caso concreto) a que mais amplia o gozo de um direito ou de uma liberdade ou de uma garantia. Materialmente falando, portanto, não é o status ou posição hierárquica da norma que vale, sim, o seu conteúdo (porque sempre irá preponderar a norma jurídica que mais assegura, quer mais garante o direito). Assim, por força do artigo 27, da Convenção de Viena (que cuida do direito dos tratados internacionais), "nenhum Estado que faz parte de algum tratado pode deixar de cumpri-lo invocando seu Direito interno".

Ainda que se trate de uma norma (doméstica) constitucional ou infraconstitucional, impõe-se ao Estado cumprir suas obrigações internacionais, assumidas por meio dos tratados. É o que se dá no caso da prisão civil relacionada com o depositário infiel em que tanto a norma constitucional (artigo 5º, inciso LXVII) como toda legislação ordinária nesse sentido não podem ser invocadas pelo Estado para deixar de cumprir o que está previsto no artigo 7º, 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos e no artigo 11, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP). No mesmo sentido, foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal tanto no RE 466.343-SP como no HC 90.172-SP. Dois outros elementares princípios do Direito internacional (princípio da boa-fé e da interpretação teleológica) informam que os tratados de direitos humanos são assumidos pelos Estados para que eles sejam cumpridos (*pacta sunt servanda*). E mais: de boa fé (artigo 26 da Convenção de Viena). Devem se tornar efetivos dentro da jurisdição interna, tudo cabendo ser feito para que sejam respeitados e para que cumpram seu objeto e suas finalidades. Por isso, todo Estado quando subscreve um tratado assume uma dupla obrigação: internacional (para o caso de violação) e interna (tudo deve fazer para que os direitos sejam observados, não podendo invocar nenhuma norma doméstica para se

escusar do cumprimento das suas responsabilidades internacionais).

A comunicabilidade e, por conseguinte, a complementariedade entre todas as normas de direitos humanos (seja constitucional ou internacional ou infraconstitucional, que coexistem por força dos canais comunicantes) está assegurada pelas chamadas normas de reenvio (a Constituição, no artigo 5º, parágrafo 2º, não exclui outros direitos e garantias previstos nos tratados internacionais; de outro lado, a Convenção Americana dos Direitos Humanos, no artigo 29, salienta que sempre deve preponderar a norma que mais amplia o exercício de um direito ou liberdade ou garantia, ainda que seja de nível ordinário).

No mesmo sentido: Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, artigo 5º. As normas de reenvio, como se vê, conduzem a um entrelaçamento simbiótico entre todas as normas de direitos humanos.

Se formalmente pode-se descrever o direito como uma “pirâmide”, materialmente a lógica reinante é outra: todas as normas que dispõem sobre os direitos humanos acham-se lado a lado, uma tem contato direto com a outra, cabendo ao intérprete e aplicador do direito eleger a que mais amplitude confere ao direito concreto.

A rigor, portanto, não é o caso de se falar em revogação de umas por outras (tal como foi sublinhado, por exemplo, no HC 88.420-PR — Supremo Tribunal Federal). Não seria propriamente esse fenômeno que teria incidência.

Todas as normas sobre direitos humanos são vigentes, mas no momento de se eleger a que vai reger o caso concreto, aí sim ganha singular relevância o supraprincípio pro homine, ou seja, vale a norma que mais amplia o direito ou a liberdade ou a garantia (sem mencionar expressamente o princípio citado, foi isso que o Supremo Tribunal Federal reconheceu nos HCs 90.172-SP e 88.420-PR). Eis aí uma manifesta expressão do garantismo.

Em razão do princípio interpretativo pro homine é de sustentar quer: quando se tratar de normas que asseguram um direito, vale a que mais amplia esse direito; quando, ao contrário, estamos diante de restrições ao gozo de um direito, vale a norma que faz menos restrições (em outras palavras: a que assegura de maneira mais eficaz e mais ampla o exercício de um direito). É o que se verifica, hoje, entre a norma da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos que garante o duplo grau de jurisdição no âmbito criminal (artigo 8º, 2, “h”) e a que restringe esse direito (Código de Processo Penal, artigo 594).

Deve prevalecer, portanto, a de maior amplitude (a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos), consoante o que ficou proclamado no HC 88.420-PR – Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal.

Na Constituição Federal, na atual configuração, as normas de direitos humanos, como se vê, se retroalimentam, se complementam (não são excludentes, mas sim, complementares). Vale para elas a hermenêutica da compatibilização ou da otimização dos direitos.

O Direito internacional dos Direitos Humanos, a partir do momento em que é assumido por um Estado (como se dá na República Federativa do Brasil), infiltra-se no direito interno para contribuir para a mais completa otimização dos direitos (humanos, sobretudo).

Nos termos do artigo 29 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, “nenhuma disposição sua pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo ou o exercício de qualquer direito ou liberdade previsto no direito interno (...) suas normas não podem limitar outros direitos previstos em outros tratados ou convenções”.

Do que se conclui que os tratados de direitos humanos, precisamente porque são celebrados não somente para estabelecer um equilíbrio de interesses entre os Estados, senão, sobretudo, para garantir o pleno gozo dos direitos e liberdades do ser humano, devem ser interpretados restritivamente quando limitam os direitos do ser humano e, ao contrário, ampliativamente quando possibilita o seu desfrute ou gozo.

Reside aí o princípio *pro homine*. Uma norma do direito interno, ainda que seja infraconstitucional, se contempla um determinado direito com maior amplitude que os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, é ela que vai reger o caso concreto. Sempre deve ser aplicada a norma –princípio ou regra –mais ampliativa, a que mais otimiza o exercício do direito.

Assim, diante do concurso simultâneo de normas (concorrência de normas ou conflito aparente de normas), sejam elas internacionais, sejam elas internacionais e internas (domésticas), observando-se que estas últimas podem ser constitucionais ou não, deve (sempre) ser eleita e aplicada a norma (internacional ou doméstica) (a) que garante mais amplamente o gozo do direito ou (b) que admita menos restrições ao seu exercício ou (c) que sujeite as restrições a um maior número de condições. Pode ocorrer de a norma doméstica prevalecer sobre a internacional; e o contrário também é possível. O exposto tem por fundamento as normas de reenvio previstas no artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal (CF), no artigo 29, da Convenção Americana dos Direitos Humanos e no artigo 5º, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, os quais estabelecem “vasos comunicantes” entre todas as normas sobre direitos humanos, devendo sempre preponderar a que mais amplia o exercício do direito, por força do princípio *pro homine*. Do que acaba de ser afirmado, impõe-se ao Supremo Tribunal Federal rever sua posição no sentido de que não cabe recurso contra a sentença condenatória proferida em sede de competência originária (Supremo Tribunal Federal, RHC 79.785-RJ).

Em processo criminal da competência originária do Tribunal de Justiça, não é possível a interposição de recurso para o STJ (Superior Tribunal de Justiça) objetivando o reexame da matéria de fato. Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, negou provimento a recurso em habeas corpus em que se pretendia o seguimento de “recurso inominado” com força de apelação junto ao STJ - em favor de condenada por suposta prática de crime contra o INSS, julgada originariamente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ante a prerrogativa de um dos co-réus, juiz de direito - com base no princípio da isonomia e no duplo grau de jurisdição, conforme dispõe a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica (artigo 8º, 2: “ Toda pessoa acusada de delito tem ... ” h: “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.”). O Tribunal considerou que a Constituição enumera taxativamente os recursos

cabíveis para o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e o STJ e que a convenção possui natureza de lei ordinária, não estando a Constituição, portanto, obrigada a observar as disposições nela contidas, além do que o duplo grau de jurisdição não é uma garantia constitucional.

Vencido o Min. Marco Aurélio, que entendia ser possível, na espécie, o seguimento do recurso, por aplicação analógica do artigo 105, II, a, da Constituição, o qual atribui ao STJ o julgamento, em recurso ordinário, de habeas corpus decididos em única instância pelos tribunais dos Estados, e, por fundamento diverso, o Min. Carlos Velloso, por entender que a CF consagra como direitos fundamentais aqueles reconhecidos em tratados de que o Brasil seja signatário, por expressa disposição do artigo 5º, parágrafo 2º da CF ("Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"). Precedentes citados: ADInMC 1.480-DF (julgada em 4.9.97, acórdão pendente de publicação; v. Informativo 82) e HC 72.131-RJ (julgado em 22.11.95, acórdão pendente de publicação; v. Informativo 14). RHC 79.785-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 29 de março de 2000."

Tal entendimento do Supremo Tribunal Federal destoa completamente do que ficou asseverado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no informe 50/00, que invoca em seu apoio uma comunicação do Comitê de Direitos Humanos da ONU de número 69/79. Não se pode ignorar que a jurisprudência firmada pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (no sentido de que o duplo grau de jurisdição no âmbito criminal é direito impostergável do condenado) serve de guia interpretativo para as decisões internas (artigos 62 e 64 da Convenção Americana dos Direitos Humanos).

Do exposto, não se pode deixar de esclarecer que o princípio *pro homine* possui duplo significado: (a) diante de uma norma singular, ele orienta a uma interpretação extensiva dos direitos humanos e limitativa das suas restrições (cf. Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, Opinião Consultiva 05/1985); (b) frente a um concurso de normas (conflito aparente de normas), incide a que mais amplia o exercício do direito. Mesmo que se trate de duas normas internacionais,

aplica-se a mais ampla (Opinião Consultiva da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos 05/1985).

Se um direito está contemplado na Convenção Americana dos Direitos Humanos e se essa situação jurídica também está prevista em outro tratado, deve sempre preponderar a norma mais favorável à pessoa humana. Em um Estado constitucional e humanista de Direito, como o brasileiro, que conta com boa inserção nas relações da comunidade internacional, não pode deixar de ser observada a regra interpretativa pro homine, ainda que, formalmente, o Direito internacional dos Direitos Humanos seja reconhecido com status apenas supralegal, mas inferior à Constituição.

É que é a própria Constituição (e, portanto, a vontade do legislador constituinte) que manda observar “outros” direitos contemplados nos tratados internacionais (artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal). O que vale, então, não é a posição formal dos tratados, sim, o sentido material das normas sobre direitos humanos.

A Constituição, destarte, não pode ser vista como um conjunto estático de normas. Tampouco esse raciocínio apresenta-se como correto para os tratados de direitos humanos. Ao contrário: todas as normas sobre direitos humanos se complementam (e se retroalimentam). E vale, para o caso concreto, a que assegura o exercício mais amplo do direito, ainda que seja uma norma do direito ordinário.

3. NORMA E BEM JURÍDICO NO DIREITO CRIMINAL

No atual Estado Democrático de Direito brasileiro, de caráter constitucional e humanitário, o bem jurídico é o núcleo material a ser protegido na norma penal. Mas nem sempre foi assim.

Von Liszt afirmava, há mais de um século, que “bem jurídico e norma são os dois conceitos fundamentais do Direito”⁷⁸. É oportuno rever o tema, rediscutindo-se as teorias da norma jurídica e do bem jurídico, vez que tanto a ciência e legislação penais se caracterizam, hoje, pela hipertrofia e abuso do castigo penal (Risikostrafrecht)⁷⁹. De notar-se que o Direito Penal não acompanhou o progresso que a civilização experimentou nas recentes décadas, notadamente na esfera das comunicações, da tecnologia, da informática, da bioética, etc...Na perspectiva da denominada “sociedade de riscos” – Ulrich Beck⁸⁰, quanto mais avançam a sociedade e a tecnologia, mais retrocesso se verifica na ciência e na legislação penais. É que o legislador, particularmente o brasileiro, não se preocupa com a razoabilidade dos critérios norteadores de sua tarefa no âmbito penal.

É imperioso que, diante do clima de violência vertiginosa e de quase total desrespeito aos direitos humanos no Brasil, se reexamine o conteúdo, a validade e a imprescindibilidade dos princípios básicos delimitadores do jus puniendi, aí incluídos, sobretudo, os princípios da exclusiva proteção dos bens jurídicos⁸¹ e da ofensividade.

Como conseqüência, adota-se como ponto de partida a filosofia iluminista (sobretudo Beccaria), tida como uma das tarefas essenciais do criminalista humanistamente engajado, do século XXI, já que ao longo do século XX a teoria do

⁷⁸ Tratado de derecho penal, 3ªed., trad. [da 20. ed. alemã]de Jimenez de Asúa, t. II, p. 7,. In Norma e Bem Jurídico no Direito Penal, Luiz Flávio Gomes, RT , série as ciências criminais no século XXI, v. 5, p.13.

⁷⁹ TORON, Alberto Zacharias. **Crimes Hediondos. O mito da repressão penal**. São Paulo: RT, 1996, p. 69 e seg., in **Norma e Bem Jurídico no Direito Penal**, GOMES, Luiz Flávio RT , série as ciências criminais no século XXI, v. 5, p.13.

⁸⁰ BECK, Ulrich. World risk society. Cambridge: Polity Press, 1999, p. 1-18, in MACHADO Marta Rodrigues de Assis, Sociedade do Risco e Direito Penal. São Paulo: IBCCRIM, 2005 (Monografias / IBCCRIM; 34)

⁸¹ Segundo,PRADO. Luiz Regis “Na atualidade, o postulado de que o delito constitui lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico não encontra praticamente oposição, sendo quase um verdadeiro axioma –“princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos”. In **Bem Jurídico Penal e Constituição**, pg. 31

bem jurídico ficou esquecida pela doutrina penal, em especial pela doutrina positivista legalista (considerada, também, estatalista, na medida em que aceita, sem críticas, que todo o Direito se reduz ao seu produto normativo).⁸²

O que se pretende na perspectiva criminal constitucional é fundamentar a concepção de delito como ofensa concreta a um bem jurídico que ocupa o centro nuclear do injusto penal. Adota-se a denominada antijuridicidade material ou teleológica, em contraposição à antijuridicidade formal, que concebe o delito como infração de um dever desprovido de qualquer valoração substantiva, meramente ontológica.

O vetusto método formalista e subsuntivo deve ceder passo ao método da ponderação (balancing), do exame do caso concreto, com a preocupação de sempre prevalecer o valor justiça (valor-meta do Estado Constitucional e Democrático de Direito). Prevalece, doravante, o método deontológico, segundo o qual o delito é essencialmente um fenômeno valorativo, de conteúdo material.

No Estado Constitucional e Democrático de Direito, lastreado nos direitos fundamentais e que tem, por isso mesmo, o homem como o centro de gravitação legislativa, o direito criminal somente se justifica – em razão da violência que significa – quando presentes determinadas premissas ético-políticas (externas), tais como aquela em que o agente só é responsabilizado pelo fato cometido se houver uma concreta ofensa, isto é, uma lesão ou ao menos um efetivo perigo de lesão para o bem jurídico enquanto centro de interesse da norma penal.

Desse modo, o ilícito se constitui não só pelo desvalor da ação, mas também pelo desvalor do resultado. É uma questão fundamental do direito criminal e, por isso mesmo, não está isenta de polêmica.

Daí que o princípio da ofensividade pressupõe a idéia de um Direito criminal do bem jurídico e o conteúdo do bem jurídico, por sua vez, pressupõe a idéia de uma norma. Conforme Von Liszt: “As normas do ordenamento jurídico, mandando

⁸² PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 22-23

ou proibindo, apresentando uma determinada ação sob garantias determinadas, são a muralha de defesa dos bens jurídicos. A proteção jurídica que presta a ordem do Direito aos interesses da vida é uma proteção por normas. Bem jurídico e norma são, portanto, os dois conceitos fundamentais do Direito”.⁸³

O Princípio da Ofensividade tem, em um primeiro momento, a função político-criminal dirigida ao legislador, obrigando-o a inscrever no Direito brasileiro tão somente as infrações penais que ofendam bens jurídicos constitucionalmente assegurados. Assim também, tem uma função dogmática e interpretativa, dirigida a todos os operadores do Direito que, ao lidarem com a norma posta devem verificar se a conduta concreta ofendeu o bem jurídico tutelado. A distinção entre a função do legislador e a função do operador do Direito está no fato de que o legislador, ao elaborar a norma, realiza um juízo ex ante (a infração penal ainda não aconteceu) e o operador do Direito realiza um juízo ex post.

Os textos legislativos são os veículos das normas. E a norma jurídico-penal, enquanto espécie de norma jurídica, se subdivide em: norma de conduta (ou norma primária, ou de valoração) e norma de sanção (norma secundária).

As chamadas normas de valoração ou de conduta (Verhaltensnormen) delimitam a esfera do proibido, isto é, aquilo que não é lícito fazer e, desse modo, emolduram, juridicamente, o âmbito de liberdade do cidadão, posto que a eles são dirigidas, determinando ou proscrevendo uma conduta.

De outra banda, as normas de sanção (normas secundárias – Sanktionsnormen) tratam da reprimenda penal, da resposta estatal e, por isso, destinadas aos operadores do Direito, sobretudo aos juízes, delimitando o âmbito do punível, e não do proibido –se bem que para se verificar a tipicidade da conduta há que se fazer um juízo de valor.

É de se notar que o legislador, ao elaborar a norma penal, faz dois raciocínios subseqüentes: primeiro, no âmbito do proibido (o que deve ser proibido) e, neste

⁸³ BIANCHINI, Alice. **Tratado de derecho penal**, p. 6. . Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal. São Paulo; Editora RT, 2002, p. 145

passo, analisa a questão sob os critérios do merecimento e necessidade; segundo, no âmbito delimitativo do castigo (como deve ser a resposta penal), isto é, sob o critério da necessidade. Aqui, a propósito, advertência de Beccaria: “...haver proporção entre crimes e castigos”.⁸⁴

Considerando-se que as normas penais são, essencialmente, valorativas, o Direito Criminal, de profundo teor constitucional, material e garantista é um Direito Criminal cujo paradigma é a intensidade da ofensa, ou melhor, ofensividade, vez que o delito é um ato desvalorado, isto é, contrário à norma de valoração.

Destarte, quando um bem existencial (consubstanciado numa relação social e valorado positiva e juridicamente) sofrer uma afetação significativa, turbando a convivência social é que estará justificada a intervenção penal. Não basta apenas a vontade do autor do fato –a má intenção –nem mesmo a mera exteriorização da conduta por parte do agente, ou ainda, a realização “formalista” da lei (subsunção formal do fato á descrição típica). Exige-se uma significativa afetação do bem penalmente tutelado.

A norma penal possui um núcleo de garantia e proteção que representa um bem ou interesse jurídico. E apenas quando esse núcleo é atingido por uma conduta revestida de periculosidade – atividade criadora de um risco proibido –estaremos diante de um fato penalmente relevante, vez que no Direito Penal da ofensividade não há fato punível sem uma concreta ofensa ao bem jurídico protegido –Nullum crimen sine iniuria.

A fundamentação do injusto reside na ofensa ao aspecto valorativo da norma e, ainda assim, somente ao atingir o seu núcleo. Sempre que o legislador, tendo em vista os fins do direito, qualifica determinados interesses, optando por proibir alguma conduta ou determinar outra, é sinal que ele já fez um juízo de valor acerca da realidade que o cerca, isto é, daqueles setores da realidade que possuem relevância para uma vida estável em sociedade.

⁸⁴ D'URSO, Flávia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**, p.50. São Paulo: Atlas, 2007

A norma de valoração (ou norma primária) possui tripla dimensão: a) proteção de bens jurídicos: o legislador escolheu no universo de bens e interesses existentes aqueles mais caros á vida em sociedade (v.g., o patrimônio), protegendo-os com o que de mais contundente possui, o Direito Penal (Código Penal brasileiro, artigo 155, v.g.); b) determinação de pauta de conduta: agora que está valorado e positivado determinado bem ou interesse, transmite-se aos cidadãos uma pauta de conduta⁸⁵ (“é proibido furtar”); c) motivação dos cidadãos, na medida em que impõe a norma de conduta a todas as pessoas (se furtar, sofrerá sanção de um a quatro anos de reclusão).

Reconhecendo-se que a norma penal é, acima de tudo, norma de valoração, teremos que uma conduta é contrária ao Direito somente quando há um desvalor do resultado, pois que o juízo de reprovação recai sobre tal ou qual fato se houver uma lesão ou ao menos um perigo de lesão para o interesse juridicamente protegido. Isso significa que o objeto de proteção penal não é a norma enquanto imperativo de dever (“não furtarás”), isto é, como mera desobediência à norma.

O objeto de proteção considera o valor que o patrimônio representa ao seu titular e não o tão só fato de se ter algo como integrante do patrimônio de determinada pessoa (a caneta que o funcionário deixou de restabelecer á Administração não pode caracterizar o peculato; não foi essa a intenção do legislador). Reitere-se que a norma é apenas o veículo de salvaguarda do bem jurídico, de modo que o objeto de proteção penal não pode ser o instrumento que o salvaguarda, mas ele mesmo, em si considerado.

A conduta do agente deve ser externada (formalmente típica e subjetivamente imputável ao agente) e, para além disto, deve ofender concretamente (lesão ou perigo concreto de lesão) o interesse jurídico protegido. O delito não se encerra na violação do aspecto imperativo da norma (antijuridicidade formal), mas na infração do Direito (antijuridicidade material), na afetação do bem jurídico.

O delito não é uma conduta revestida de antinormatividade (desrespeito à

⁸⁵ DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. **Norma Primaria y bien jurídico**: su incidencia en la configuración del injusto. Revista de Derecho Penal y Criminología, n. 6. Madrid : Universidad de Madrid, 1996

pauta de conduta estabelecida pela norma) como defendia Welzel⁸⁶. Esse conceito adota apenas o sentido “formal” de antijuridicidade, de desobediência à norma. No Estado Constitucional e Democrático de Direito, o delito é entendido em sentido “material”, vale dizer, como ofensa ao valor que a norma encerra e protege, de modo que o delito, ao infringir a norma, atinge a idéia de direito que ela expressa, e só há infração da norma quando se viola o direito que a norma determina, com sustenta Vives Anton⁸⁷.

O injusto não é, portanto, somente a infração meramente “formal” da norma (violação do aspecto imperativo da norma), mas também a infração “material”, na medida em que afeta um interesse penalmente tutelado, isto é, ao aspecto valorativo da norma. Daí decorre que perdeu o sentido a distinção clássica entre antijuridicidade formal e antijuridicidade material.

A antijuridicidade é sempre material, vez que significa uma lesão ou perigo de lesão ao bem ou interesse protegido juridicamente. E assim o injusto penal (leia-se antijuridicidade material) é o fato materialmente típico e desprovido de qualquer causa excludente da ilicitude.

Doravante, a concepção teleológica da antijuridicidade representa a síntese da antijuridicidade formal e da antijuridicidade material e, por isso, no âmbito penal, a antijuridicidade é sempre unitária.

Não se coadunam com esse conceito de antijuridicidade os atos preparatórios, bem como os delitos que protegem exclusivamente a moral, como se dava no adultério, no rapto consensual, ora revogados do Código Penal brasileiro, ou mesmo na despenalização da posse de drogas para uso próprio. Mas, ainda há muito que fazer, posto que vigentes os delitos de quadrilha ou bando (CP, art. 288), atos preparatórios no delito de tráfico de entorpecentes, porte ilegal de armas,...), e ainda a vadiagem, mendicância,...

⁸⁶ WELZEL, *Hans*. **Derecho Penal Alemán**, p. 76, in GOMES, Luiz Flávio. Norma e Bem Jurídico no Direito Penal, RT, série as ciências criminais no século XXI, v. 5, p.24

⁸⁷ VIVES ANTON, **Estado de derecho y derecho penal**. Comentarios a la legislación penal, p. 21, in GOMES, Luiz Flávio Norma e Bem Jurídico no Direito Penal, RT, série as ciências criminais no século XXI, v. 5, p.24

A infração penal é sempre uma violação a direito de outrem. A autolesão só deve ser punida quando agride direito de outrem, tal qual se percebe no delito de autolesão para receber o seguro.

A Constituição Federal brasileira consubstancia um plexo normativo de respeito à liberdade alheia e as normas jurídicas nada mais são do que a realização dos valores básicos (liberdade, igualdade, dignidade, pluralismo,...). E esse respeito é, no dizer de Vivés Antón⁸⁸, o respeito externo; e se o respeito à lei deve ser externo, o delito será plasmado do mesmo modo, nas linhas da exterioridade.

O *nullum crime sine iniuria*, decorrência direta de um Estado Constitucional e Democrático de Direito, lastreado nos direitos fundamentais, é um postulado político-criminal que passa a constituir o cerne do modelo de injusto (considerado como fato ofensivo causador de uma lesão ou perigo concreto de lesão).

Ao mesmo tempo, a Constituição, ao adotar uma concepção personalista, deixa evidente que como núcleo essencial –valor síntese –a dignidade da pessoa humana (CF, 1º,III), da qual emana todo o ordenamento pátrio. Nessa perspectiva não cabe outra interpretação que não seja aquela em que se considera, antes e acima de tudo, o valor que a norma pretende proteger.

Por fim, tanto o legislador e o intérprete da norma, bem como todos os operadores do Direito estão adstritos ao paradigma da ofensividade, entendido como uma afetação concreta do bem jurídico alheio.

Quanto aos comportamentos não ofensivos ao próximo (as self regarding actions, segundo definição de Stuart Mill), deve permanecer um reino de moralidade e da imoralidade privadas que, em termos estreitos, não pertence à esfera do Direito e, por consequência, o Direito só pode interferir nos atos que causem danos a terceiros. É fruto do liberalismo, segundo o qual, ressalvados os casos de harm to other (danos a terceiros), cada um deveria ser livre para escolher os próprios valores

⁸⁸ VIVES ANTON, **Estado de derecho y derecho penal**. Comentarios a la legislación penal, p. 21, in GOMES, Luiz Flávio. **Norma e Bem Jurídico no Direito Penal**, RT, série as ciências criminais no século XXI, v. 5, p.28

e fins, compatíveis com igual liberdade do mesmo tipo para todos.

Afasta-se, portanto, o moralismo jurídico contemporâneo, pelo qual a conservação da moralidade da sociedade tem um valor digno de ser defendido pelo instrumento coercitivo do direito, segundo a estratégia argumentativa que se refere a valores reconhecidos como “verdade ética objetiva” ou a valores interpretados como simples moral compartilhada (a opinião predominante, por motivos históricos e culturais, que determina a moralidade ou a imoralidade de algumas práticas específicas numa dada comunidade, examinada isoladamente).

4. BEM JURÍDICO COMO NÚCLEO DA TUTELA CONSTITUCIONAL

4.1. Noção contemporânea de Bem Jurídico

A doutrina liberal clássica iluminista, que via na danosidade social e na violação de direitos subjetivos (*Rechtsverletzung*) os fundamentos da punição estatal, não “conhecia” o bem jurídico com a feição contemporânea.

Tanto o delito como o Direito Penal – afinados com o ideal político e filosófico, cujo fundamento era a prioridade do indivíduo frente ao Estado, além do reconhecimento dos direitos naturais que este deve proteger e a racionalidade humana – têm suas bases na idéia de lesão aos direitos subjetivos. Soma-se a isso a finalidade da lei penal: a conservação dos direitos. Nesse contexto, as cominações legais protegem tanto o direito dos súditos, como também os direitos referentes ao Estado, enquanto pessoa moral. A necessidade de assegurar o direito de todos é a razão de em que se funda a obrigação do Estado de cominar pena.

Carrara, expoente da Escola Clássica, tratava o delito como violação de um direito subjetivo, ao considerá-lo como “...um ente jurídico porque sua essencialidade deve consistir necessariamente em uma violação de um direito; não se pode falar de delito senão nas ações que ofendem ou ameaçam os direitos dos co-associados; delito é um fato exterior lesivo de direito ou perigoso ao mesmo”.⁸⁹

A intervenção estatal, portanto, tem como conteúdo essencial de seus limites: “a danosidade social, a necessidade da pena e o delito tido como ofensa a direitos subjetivos do indivíduo ou da coletividade”. Será tirânica, destarte, toda pena que exceda a plena necessidade. A pena só se justificaria se absolutamente necessária. Nesse sentido, o artigo VIII, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “A lei não deve estabelecer senão penas estritamente e evidentemente necessárias e ninguém pode ser castigado senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada”.

⁸⁹CARRARA, Francesco. **Programa del corso di diritto criminale**. Parte generale, p. 28

Em 1834, Birnbaum, citado por Hormanzábal Malarée⁹⁰, faz a primeira alusão ao “bem jurídico” em seu artigo, que dizia: “...se quer se tratar o delito como lesão, o essencial...., é relacionar esse conceito com a sua natureza; não com um direito, senão com um bem(...) é sempre o bem , não o direito , o que se vê diminuído”. No roubo, verbi gratia, o que resta diminuído não é o direito subjetivo à propriedade (como defendem os Iluministas), senão o próprio bem, que conta com “realidade existencial”. Assim, de modo incipiente, Birnbaum contribui para o conceito do delito como ofensa a um bem, e não a um direito. Todavia, a perda subjetiva existe, mas não prepondera sobre a ofensa ao bem em si mesmo considerado.

4.2.Bem Jurídico e Positivismo

Após Birnbaum indicar o delito como ofensa a um bem (jurídico), a teoria do bem jurídico consolida o conceito puramente formal de bem jurídico e de tanto o Estado quanto o Direito assumirem uma forma positivista (acrítica, portanto; sem qualquer referencia ao juízo de valor ou à consideração metajurídica ou filosófica). A partir de então, Estado e Direito deixam de tutelar a pessoa e a liberdade (como sustentava o Iluminismo), instituindo-se como um “fim em si mesmos” e, por consequência, não existem em função do indivíduo, mas este é que existe em função daqueles.

Com isso, há uma maior intervenção do Estado, criminalizando aquilo que considerasse oportuno fazê-lo. Doravante, a preocupação não é evitar condutas perturbadoras da vida social, mas sim proteger bens jurídicos, como tais reconhecidos arbitrariamente pelo legislador.

Na esteira do pensamento de Binding, o bem jurídico “é tudo o que em si mesmo não é um direito, mas que aos olhos do legislador é de valor como condição da vida sana da comunidade jurídica, em cuja manutenção incólume e livre de perturbações tem interesse desde seu ponto de vista e que por isso faz esforços por meio de suas normas para assegurar-lhe diante de lesões ou perigo não

⁹⁰ HORMANZÁBAL MALARÉE, **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho...**, p. 27, in GOMES Luiz Flávio. **Norma e Bem jurídico no Direito Penal**. Editora RT, 2002, p. 74

desejados”.⁹¹ Será bem jurídico, portanto, tudo o que o legislador assim entender. Von Liszt, ao conceituar o bem jurídico como o interesse juridicamente tutelado, sustentava que a ordem jurídica não criava o interesse, porquanto este era criado pela vida, cabendo ao Direito apenas reconhecer esse interesse como algo vital ao indivíduo ou à sociedade.

Como obra discricionária do legislador –conseqüência do positivismo acrítico: Binding e Von Liszt –o bem jurídico atravessa a primeira metade do século XX. O bem jurídico não representa a essência do delito, mas tão somente a ratio legis. Na esteira dos ideais totalitários do nacionalsocialismo, o bem jurídico restou totalmente abandonado pela Escola de Kiel.

Autores como Dahm e Schaffstein, expoentes da Escola de Kiel, reconheceram o bem jurídico, mas lhe emprestaram um conteúdo puramente formal, desenvolvendo o chamado Direito Penal da vontade (Willensstrafrecht) ou Direito Penal do autor (Taterstrafrecht), cuja finalidade era legitimar o Estado nacionalsocialista, vez que, na pena se manifesta simbolicamente a dignidade do Estado.⁹² Assim, o judeu, verbi gratia, seria responsável penalmente não por ter realizado alguma conduta proibida, mas, simplesmente, por ser judeu.

O delito é concebido como simples lesão á norma ou violação de um dever. O bem jurídico penalmente tutelado (que vem a ser a essência da norma) perde relevância e o que importa é a vigência formal da norma que foi violada. No roubo, por exemplo, o que tem relevância não é a subtração do bem móvel pela violência, mas sim a violação da norma que contempla a conduta de subtrair a coisa alheia mediante violência. Daí que, a ofensividade, imbricada no bem jurídico, perde o sentido porque o núcleo do delito se distancia do conceito de bem jurídico e passa a compor-se da: a) violação de um dever, b) desvalorização de uma intenção interior, c) da ruptura da fidelidade do sujeito à norma e d) violação de um valor cultural.

O nacionalsocialismo instaurou a doutrina criminal da virtude –eine

⁹¹ BINDING, Grundriss des deutsch Strafrechts. Allgemeiner Teil, apud HORMAZÁBAL MALARÉE, **Bien jurídico y estado social y democrático del derecho...**, p. 41

⁹² PRADO, Luiz Regis, **Bem jurídico-penal e Constituição**, p.36-37. São Paulo: Editora RT, 2^{oa} ed. São Paulo, 1997

kriminalistische Tugendlehre –onde se torna dogmático o dever para com o sadio sentimento do povo –gesundes Volksempfindem.

Com a juridicização dos deveres éticos, nasce o Direito Penal da vontade e a conduta perde em importância para o que se denomina tipo penal do autor. Só após a Segunda Grande Guerra, notadamente, nos anos sessenta, o bem jurídico ressurge como conceito relevante para a questão criminal.

É o repto contra a concepção conservadora e moralizante do Direito Criminal. Merece destaque o Projeto Alternativo de Código Penal de 1966 (que não vingou), apresentados por penalistas alemães e suíços, que continha o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos.

Em Espanha, o art. 3.1 do Anteprojeto de Código Penal de 1990 previa que “...a pena pressupõe a lesão ou a colocação em perigos de bens jurídicos”; todavia, este preceito não foi incorporado ao Código Penal espanhol, o que se deplora. Na Itália, segundo PAGLIARO, houve a tentativa de constitucionalização do bem jurídico⁹³.

4.3. Bem Jurídico nas Teorias Sociológicas

Os bens jurídicos que merecem a proteção penal, a lareira da aplicação da ultima ratio, estão inseridos em uma escala de valores decorrente das concretas necessidades individuais e sociais.

A partir deste paradigma, o legislador não se encontra totalmente desvinculado de considerar os indivíduos que integram o “sistema” ao selecionar quais bens jurídicos serão abarcados pelo manto penal. Ao contrário, o legislador deve “obedecer” a hierarquia de valores que compõem o quadro de proteção

⁹³ PAGLIARO et alli, **Cenni sugli aspetti penali del recente progetto di riforma costituzionale**, L'Índice Penale, maio-agosto 1998, p.303 e ss., e especialmente p. 318 e ss.

jurídica. Esse é o posicionamento de Hassemer⁹⁴, da "Escola de Frankfurt", fundado na tradição liberal. De acordo com Hassemer, a decisão política incriminadora do legislador está vinculada a um contexto histórico-cultural concreto.

Na teoria funcionalista sistêmica, cujo maior representante é Gunther Jakobs, a pena não tem o condão de reparar bens jurídicos, mas apenas confirmar a norma. O Direito reage ao rompimento da norma e não à lesão de um bem jurídico, pois sua função é confirmar a norma violada, ou mesmo proteger a vigência das normas, a fidelidade ao direito e a aceitação das conseqüências de sua desobediência.

Enfim, as teorias do bem jurídico, de cunho funcionalista pretendem a proteção penal sempre de acordo com uma dimensão social, isto é, como condição *sine qua non* para a manutenção de uma determinada ordem social. Nas teorias sistêmicas, o que se considera é a "danosidade social", conceito extremamente poroso e, portanto, criticável.

4.4. Bem Jurídico e Constituição Federal

O bem jurídico representa, repise-se, o conteúdo material de valor da infração penal –o ser do tipo penal. O processo de seleção destes bens –decisão política do Estado –é efetivado por meio do poder legislativo, considerando sempre o indivíduo e sua autodeterminação. O bem jurídico, assim, nasce no seio da sociedade em que ele está inserido e deve ser "descoberto" através do olhar desse mesmo indivíduo⁹⁵. Hodiernamente, o conceito, sentido e alcance da teoria do bem jurídico deve ser mediado pela Constituição. É a denominada teoria constitucional do bem jurídico, adotada por Jorge Figueiredo Dias, Américo Taipa de Carvalho, Claix Roxin, Vives Anton, Francesco Pallazzo e Mir Puig, entre outros⁹⁶.

⁹⁴ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**. Trad. De Muñoz Conde e Arroyo Zapatero. Barcelona, 1984, p. 36, apud PRADO, Luiz Regis, bem jurídico-penal e Constituição, p.40-41. Ed. RT, 3^{oa} ed. São Paulo, 2003

⁹⁵ BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo; Editora RT, 2002, p. 142

⁹⁶ CUNHA, Maria da Conceição. **Constituição e Crime**. Uma perspectiva da criminalização e da discriminação, p. 113-114.

4.5. Teorias Constitucionalistas do Bem Jurídico

Sendo a dignidade da pessoa humana o protoprincípio que sustenta todo edifício jurídico de um Estado Constitucional e Democrático de Direito, vale dizer, o fundamento máximo do modelo de Estado de Direito, é de se concluir que a sanção penal necessita de uma efetiva lesão ou, a o menos, um perigo concreto de lesão para que possa incidir na esfera de liberdade de qualquer indivíduo. É que, nessa ordem de idéias, a Constituição tem na pessoa e nos seus direitos fundamentais o seu centro gravitacional e, portanto, estes valores constitucionalizados formam os elementos axiológicos, de natureza ético-jurídica que conferem fundamento, unidade e legitimidade ao conjunto da ordem jurídico-política, em determinada sociedade politicamente organizada.

A conformação social positiva deve ser o reflexo do sistema de princípios e valores de uma Constituição. Este modelo de Constituição –como é a brasileira – assume determinadas opções políticas e sociais que vinculam toda a produção normativa justamente em razão da superioridade daquela regra-matriz. De modo que, em atendimento a esta hierarquia, a interpretação do ordenamento subjacente não pode ser um ato mecânico, sem conteúdo axiológico. Não.

A Constituição, formada por princípios e valores exige que a sua interpretação e aplicação sejam, necessariamente, axiológica. Tal sistema axiológico é “referencia material” para qualquer norma integrante do ordenamento jurídico e, notadamente as normas penais, por tratarem do direito de liberdade do indivíduo, não podem desbordar de tal conformidade.

A ordem positivada de um Estado Constitucional e Democrático de Direito só é legítima, válida e eficaz se estiver conforme o plexo de direitos constitucionalmente previstos (expressa ou implicitamente). A legislação infraconstitucional é o desdobramento do sistema de valores adotados pela Lei Maior que lhes serve de fundamento de validade e eficácia.

De acordo com essa base de valores *Wertordnung* previstos pela Constituição de determinado Estado indaga-se do âmbito de proteção penal, vale dizer, quais os

bens constitucionalmente relevantes podem receber o manto da tutela penal. E, ainda, se outros bens, ainda que não contemplados expressamente na Constituição, têm legitimidade para receber a tutela penal. Por fim, resta saber se a Lei Fundamental impõe ao legislador a criminalização ou a penalização. Algumas teorias tentam clarear a questão.

4.5.1 Teoria Estrita do Bem Jurídico

Para os defensores desta teoria, de concepção rígida, os objetos de proteção penal serão somente aqueles deduzidos diretamente da Constituição que teriam, destarte, caráter vinculante. A Lei Maior limita a atividade legislativa de seleção de bens jurídicos, estabelece uma harmonização entre os valores penais e os constitucionais, vedando condutas que não lesionem ou ponham em perigo valores constitucionais.

Foi Franco Bricola o principal defensor da Teoria Estrita ao definir o delito como um fato previsto de forma taxativa na lei e idôneo para ofender um valor constitucionalmente significativo. E, por isso, a sanção penal só teria legitimidade se houvesse a violação de um bem dotado de significação constitucional, vale dizer, o ilícito penal se concretizaria exclusivamente em caso de intolerável lesão a um valor constitucionalmente relevante.

Quando a Lei Maior brasileira reconhece no seu texto os direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio material do Estado de Direito, ela demonstra que incorpora valores de justiça e de direito natural.

Cabe ao legislador infraconstitucional incorporar ao ordenamento jurídico-penal os valores mais importantes plasmados na Carta Magna. E o critério a ser adotado é o da oposição entre o bem jurídico tutelado pela norma em comento e a liberdade pessoal sacrificada em razão da sanção penal. Admitem os autores da Teoria Estrita a possibilidade de configurar como bens jurídico-penais aqueles que fossem consagrados ainda que implicitamente na Constituição (chamada teoria dos

bens jurídicos implícitos).

4.5.2. Teoria Ampla do Bem Jurídico

A Constituição, na perspectiva da teoria ampla, traz somente uma moldura de referencia a partir dos princípios gerais, tais como o Estado de Direito material, democrático e social.

A norma constitucional não seria um fundamento obrigatório de dedução lógica de bens jurídicos (obrigação de criminalização), mas tão somente um marco de referencia axiológica, não sendo necessária uma “identificação absoluta”. A dimensão axiológica que situa a “pessoa humana” como centro de gravitação do Estado Constitucional e Democrático de Direito é fruto da política criminal como ultima ratio da política social (segundo a qual, a intervenção penal para a tutela de bens jurídicos só é admitida na medida em que as demais espécies de intervenção não forem bastantes). Daí porque as bases de um critério material de bem jurídico encontra no quadro axiológico da Lei Maior o esquema legitimador e o critério mediador do legislador ordinário na eleição dos valores dignos de tipificação. Forçoso concluir que não é a Constituição que determina que bens jurídicos hão de proteger-se pelo Direito Penal; mas sim que serve de parâmetro para reconhecer ditos bens no sistema social.

Independentemente da teoria constitucional adotada não está qualquer juiz impedido de declarar a inconstitucionalidade de tal ou qual ato normativo, vez que no sistema de controle difuso cabe a qualquer deles, apreciando o caso concreto, declarar tal inconstitucionalidade se a criminalização for indiscutivelmente desnecessária por inadequação ou desproporcionalidade.

De outra maneira, não é possível delimitar matematicamente os bens jurídicos tuteláveis, pois são questões porosas, muito abertas e insuscetíveis de limitação. Todavia, é possível concluir do sistema de valores constitucionalmente hierarquizados que não é função do Direito Penal tutelar interesses exclusivamente privados, que não se pode impor uma determinada ideologia e, sobretudo, que se

faz necessária uma ampla revisão criminal com o objetivo de descriminalizar algumas condutas, despenalizar outras,... O caráter subsidiário do Direito Penal só admite a tutela de bens jurídicos quando os outros ramos do Direito não forem suficientes. A hipertrofia legislativa acaba por banalizar a resposta penal vez que o Estado não poderia –mesmo que quisesse –aplicar o Direito Penal em todas as hipóteses tipificadas. E a impunidade está no seio da falência do sistema penal brasileiro.

A Constituição não esgota as hipóteses de tipificação penal. Se assim fosse haveria um estrangulamento da realidade social tão mutante e tão dinâmica. O que a Carta Magna faz é “orientar”, “dar um sentido” à tipificação; ela indica os bens jurídicos, mas sem rigidez. A tutela dos bens jurídicos se faz através de um longo processo, desde a sociologia criminal (que “levanta” o problema, suscita a questão, aponta a intercorrência social), passando pela política criminal (que “elege” a via de proteção de tal ou qual bem jurídico, podendo concluir até pela via penal), chegando ao aplicador do Direito (juízes e tribunais, inclusive no cumprimento da pena).

Outros bens jurídicos, ainda que não elencados no Texto Maior, podem receber proteção penal desde que não sejam incompatíveis com a moldura axiológica constitucional. Desde que a tipificação se inicie a partir deste quadro axiológico como delimitação primeira à eleição de um bem jurídico não há que se falar em inconstitucionalidade. E tudo o que desbordar deste quadro axiológico será tido por inconstitucional, sendo esta a tarefa dos aplicadores do Direito.

4.6. Teorias ecléticas

Considerando-se as virtudes das teses estrita e ampla retro expostas alguns autores⁹⁷ vislumbraram a denominada teoria eclética que, em razão da difícil tarefa de precisar o conteúdo material do conceito de bem jurídico-penal, sustentam uma espécie de colaboração entre as teorias fundadas na “danosidade social” e as teorias constitucionalistas, de modo que a danosidade social e a referencia

⁹⁷ RUDOLPHI, Cuello Contreras, Silva Sanchez. In GOMES. Luiz Flávio, **Norma e Bem Jurídico no Direito Penal**,... p. 100

axiológica constitucional se complementem, formando um catálogo de bens jurídicos penalmente tuteláveis e, por conseguinte, “dignos” de proteção penal.

De acordo com a teoria eclética, só os bens jurídicos dos quais o ser humano necessite para a sua livre auto-realização é que se revestem da “dignidade constitucional” e merecem a proteção penal. Daí que, a afetação individual e a repercussão social são os pressupostos mínimos para a proteção penal. A proporcionalidade e a necessidade, dentro de tais parâmetros, completam a moldura jurídica da criminalização válida.

A teoria eclética corrige a insuficiência daqueles que defendem os valores constitucionais explícitos como os únicos merecedores da tutela penal. É que, admitida a teoria estrita, restariam prejudicadas as necessárias adaptações evolutivas em razão da dinâmica dos sistemas sociais, das novas tecnologias e das necessidades sociais em cada momento histórico. Já, de acordo com a teoria eclética, é suficiente que o bem a ser tutelado possua importância constitucional ou não acarrete uma antinomia com os valores constitucionais para que receba a proteção penal. A norma será proporcional na medida em que se refira a um bem jurídico que não esteja proscrito pela Lei Maior e seja, de outra banda, socialmente relevante.

Como a Constituição não traz um catálogo fechado de bens a serem protegidos pela norma pena, o legislador permanece com total liberdade para eleger os bens a serem tutelados, desde que não se contraponham aos princípios, valores e normas constitucionais.

Assim também, é possível ao legislador determinar a proteção a determinados bens jurídicos, mesmo que não elencados constitucionalmente, mas que guardem concordância com a moldura axiológico-constitucional e sejam socialmente relevantes. Desse modo, mesmo os bens supra-individuais podem ser legitimamente protegidos pela norma penal, obedecida a taxatividade ínsita ao Direito Penal, isto é, desde que não se trata de bens vagos, de amplitude indeterminada.

Para além dos requisitos mencionados é de se considerar as categorias do merecimento (fragmentariedade) e necessidade da pena (subsidiariedade) vez que nem todos os bens jurídicos, mesmo que previstos na Lei Maior, merecem ou necessitam da proteção penal. Pode, também, ser acrescida à hipótese que o bem a ser tutelado seja suscetível de ataque (de ofensa), donde se examinará o princípio da ofensividade.

Considerando-se que a liberdade humana é o eixo nuclear do Direito Penal constitucional, há determinadas condutas que a Constituição proíbe a criminalização como, por exemplo, o direito de greve.

De outro lado, a Constituição determina a criminalização, como por exemplo, o artigo 5º, XLII que diz “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Todavia, criminalizada tal conduta, não pode mais o legislador descriminalizá-la, pois tal ato seria tido como inconstitucional.

A missão primeira do Direito Penal é a proteção exclusiva de bens jurídicos. Essa proteção tem caráter fragmentário e subsidiário, vale dizer, somente quando os outros ramos do Direito não forem suficientes para a proteção de tais bens é que o Direito Penal deve atuar. Para além da subsidiariedade (necessidade da pena) e da fragmentariedade (merecimento da pena), o bem jurídico de status constitucional e relevância social deve ser tal que sem ele o indivíduo fique desprovido de sua liberdade e auto-realização. E, por fim, que este mesmo bem jurídico seja suscetível de efetivo ataque (ofensa).

A teoria do bem jurídico, de difícil definição⁹⁸, inicia a sua materialização a partir do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, tido como garantia fundamental do Direito Penal, no Estado Constitucional e Democrático de Direito. Winfried Hassemer, ao constatar que o bem jurídico está além do sistema jurídico positivo (posição transcendentalista) supera a vetusta e errônea posição imanentista, segundo a qual o bem jurídico situa-se dentro do sistema jurídico, como

⁹⁸ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**, 3ª ed., p. 17-18. São Paulo: Editora RT, 2003

fruto da norma, obra do legislador.

De fato, o bem jurídico está além do sistema normativo; encontra-se no seio da sociedade, no âmbito de suas relações. E tais relações são o substrato empírico do bem jurídico. Em um Estado Constitucional e Democrático de Direito, tem-se o indivíduo livre e com auto-determinação como sendo o núcleo das relações sociais. E, nesse contexto, o Direito (sobretudo, o Direito Penal) tem a missão de proteger as relações sociais oferecendo uma disciplina jurídica aos conflitos decorrentes de tais relações. A dificuldade está em estabelecer a exata relação entre o bem jurídico e o sistema jurídico-penal.

O conceito de bem jurídico está imbricado na realidade mesma, nas relações dela decorrente. Logo, não se admite um conceito que derive tão somente da norma, da moral, de uma determinada ideologia, de um bem vital da comunidade ou do indivíduo (Welzel), da obrigação em obedecer a um certo tipo de dever (nazismo),... Toda pessoa humana, por ser revestida de razão, de dignidade e autodeterminação, se expressa na sociedade, dentro do Estado Constitucional e Democrático de Direito, através da teia de relações sociais nas quais se insere ao longo de sua existência. Pois é em razão das relações sociais concretas e determinadas que o conceito de bem deve ser concebido. Daí que, a relação social, onde protagonista é a pessoa humana, deve ser o objeto de proteção da norma. De se notar que o bem e a relação social subjacente são conexos, porém, distintos. Por exemplo, na distinção entre a apropriação indébita e o peculato: a apropriação indevida é subjacente ao peculato, mas neste exige-se uma qualidade especial do agente, qual seja, a condição de funcionário público. É que a relação social na apropriação indébita é distinta do que se dá no peculato, pois neste há a inversão do animus possidendi, isto é, ele passa a dispor do bem público como se seu fosse e está claro que já ofendeu o bem existencial (o patrimônio alheio), mas não se sabe ainda se essa lesão constitui uma ofensa ao “bem jurídico” do peculato, que é a relação social total prevista na lei.

O bem jurídico, em conclusão, não é um bem do Direito, senão um bem do indivíduo reconhecido e protegido pelo Direito. Como assevera Von Liszt, “Todo direito existe para o homem. Tem por objeto a defesa dos interesses da vida

humana (lebensinteressen)".⁹⁹ O bem jurídico é a expressão normativa de uma concreta relação social conflitiva; é uma realidade ontológica preexistente, reconhecida pela norma jurídica.

Certo é, também, que as relações sociais sofreram enormes mudanças; na era pós-industrial, informacional, as modernas tecnologias instituíram um novo modelo de relação social, encurtou distancias, aproximou culturas nunca dantes exploradas, tornou o mercado financeiro volátil, enfim, um mundo totalmente novo se desenhou e o tecido social se tornou mais vulnerável, permeável, criando uma sociedade de alto risco.

A norma jurídica reconhece essa situação de coisas e procura proteger as relações sociais dela decorrente.

⁹⁹ VON LISZT. **Tratado de derecho penal**, p. 6, in BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo; Editora RT, 2002, p. 145

5. A OFENSIVIDADE NO DIREITO CRIMINAL

5.1. A Ofensividade como Princípio Criminal

Ofensividade e bem jurídico são conceitos correlatos. Todavia, o princípio da ofensividade possui relevância sob duas perspectivas: a) como critério político-criminal inspirando toda atividade criminalizadora do Estado; b) como atividade hermenêutica criminal, servindo de instrumento para a exata tipificação, interpretação e execução da lei criminal.

5.2. Função político-criminal da ofensividade

O princípio da ofensividade, também conhecido como “princípio da lesividade”¹⁰⁰, assume fundamental papel no direito criminal moderno, chamado de direito criminal da “sociedade de riscos” –excessivamente intervencionista – e que utiliza como razão aparente a “necessidade” de tutelar interesses cada vez mais universais e indeterminados, antecipando exacerbadamente a proteção de tais bens e, desse modo, instabilizando e mitigando as garantias constitucionais conquistadas após séculos de enfrentamentos. O princípio da ofensividade assume uma característica prevalentemente objetiva, calcada na proteção de bens jurídicos. Evita, dessa maneira, a adoção do modelo penal subjetivo (repressivo ou voluntarístico: Direito Penal da vontade), quer de cunho preventivo ou mesmo da periculosidade. A partir daí, não se sustenta mais a concepção da infração penal como uma mera desobediência ou mesmo como a violação de um dever, nem mesmo determinadas formas de antecipação (perigo abstrato, atos preparatórios,...) de tutela penal.

Ao se adotar o princípio da ofensividade não se quer consignar a revogação de toda espécie de infração que com ele se incompatibiliza (perigo abstrato, atos

¹⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon. Teoria del garantismo penal**, Madrid , Trotta, 1987, p. 464 e ss., in **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**, GOMES. Luiz Flávio, RT , **Série as ciências criminais no século XXI**, v. 6, p.11

preparatórios,...), vez que os princípios são espécie de norma jurídica mais densas e abstratas que as regras e não são regidos pela lógica do “tudo ou nada”, tal como se dá com as regras. Ademais, os princípios se compatibilizam, enquanto as regras se excluem. Sobretudo, os princípios são standards que descansam seu fundamento na “exigência de justiça” ou na “idéia de direito”, como sustentam Dworkin e Larenz¹⁰¹

No Estado Constitucional e Democrático de Direito cumpre ao legislador individualizar perfeitamente o bem jurídico, cuja afetação perturba a convivência social, isto é, acarreta danos à sociedade. A atividade criminalizadora do Estado, portanto, deve integrar o sistema de garantias orientado a evitar o arbítrio no momento de criação da norma.

Tal concretização representa a otimização de um sistema autenticamente liberal, corolário dos direitos fundamentais da pessoa humana e limitador do poder legislativo, evitando o arbítrio do legislador. Para além do brocardo *nullum crimen sine iniuria*, é de se afirmar: *nulla lex sine iniuria*.

Atualmente, o princípio da ofensividade tem sido considerado formalmente, uma vez que não indicam quais os bens jurídicos a serem tutelados, vale dizer, não delimitam o bem jurídico que é o “objeto” da ofensa.

Nessa perspectiva, mesmo sendo liberal no plano da estrutura do delito, ele pode ter o seu conteúdo preenchido de maneira autoritária ou a serviço de determinada ideologia. A política criminal moderna, constitucional adota como imperiosa a individualização do bem jurídico. A doutrina italiana denomina tal individualização de *aferrabilità*; no direito alemão, usa-se a expressão *Greifbar*, como sinônimo de “perceptibilidade”, ou “a capacidade de ser afetado, é dizer, lesionado ou colocado concretamente em perigo”.¹⁰²

Como decorrência direta da individualização do “objeto” da tutela jurídica

¹⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra, 5ª edição, Almedina, 1998, p. 1239

¹⁰² GOMES, Luiz Flávio. **Norma e Bem Jurídico no Direito Penal**. São Paulo: Editora RT, 2002, p. 125

surge o questionamento acerca da legitimidade legal e constitucional dos crimes de “amplo espectro”, tais como os que afetam a “ordem pública”, a “ordem tributária”,... Assim também os tipos penais “porosos”, tais como os delitos contra a “moralidade pública”, os “costumes”,...

A tipificação vaga (ato obsceno Código Penal, artigo 233 , por exemplo) cumpre, num raciocínio absurdamente positivista, o princípio da legalidade formal e o aspecto técnico-legislativo formal do princípio da ofensividade, sem contudo atender ao conteúdo “material” axiológico inerente à tipificação penal, como exigência de política criminal, posto que não se admite a tutela de bens indetermináveis, de bens vagos ou não susceptíveis de ofensa.

Além, portanto, da necessidade da compatibilidade do bem jurídico com o quadro axiológico-constitucional, se faz necessária a concretização ou “perceptibilidade” (aferrabilitá ou Handgriflichkeif), como forma de impedir o arbítrio do legislador em eleger como bem jurídico algo desprovido de determinabilidade ou insuscetível de ofensa.

A ofensividade é diametralmente oposta à indeterminabilidade, vagueza e ambigüidade do bem jurídico. Isso não quer significar, de outra banda, que o bem jurídico seja sempre concernente a uma relação social material e individual. Não. Mesmo que decorra de uma relação social imaterial (honra, v.g.) ou, ainda, supra-individual (meio ambiente, verbi gratia), o que autoriza a proteção jurídica é a suscetibilidade de uma concreta ofensa. O delito como ofensa a um bem jurídico decorre da capacidade de proteção e de ataque desse bem, conforme a moldura axiológica-normativa constitucional.

O bem jurídico tem clara função garantista e, por isso, os “crimes sem vítimas” ou com “vítimas não identificáveis” devem ser reduzidos ao máximo (a supressão seria uma medida extremada, não proporcional); o bem jurídico deve, também, atender ao princípio da taxatividade (bem jurídico determinado ou perfeitamente determinável¹⁰³); ainda, o bem jurídico necessita importância social

¹⁰³ HASSEMER, Winfried, in GOMES, Luiz Flávio. **Norma e Bem Jurídico no Direito Penal**. P.235.

merecimento e necessidade de proteção pelo Direito Penal. Acrescente-se, ainda, o princípio da intervenção mínima, composto pela fragmentariedade (só os ataques mais relevantes devem ser tipificados) e pela subsidiariedade (a intervenção penal só deve ocorrer quando outros meios não forem bastantes).

No Estado Constitucional e Democrático de Direito, a teoria do bem jurídico se torna necessária, pois que capaz de reunir as exigências essenciais à configuração de um Direito Penal típico desse tipo de Estado.

Tais exigências permitem ao juiz determinar o verdadeiro conteúdo do fato típico, próximo da realidade social subjacente, adequando o conteúdo prescritivo da norma penal. De outro lado, garantem aos acusados em geral que somente respondam pela realização de um fato objetivo ilícito e não qualquer violação de deveres de fidelidade ou pelo chamado Direito Penal do autor. Permite, sobretudo, a aplicação efetiva da proporcionalidade.

É bem verdade que a aplicação da teoria do bem jurídico (tanto na fase legislativa quanto na fase judicial) dependem de “juízo de valor” por parte do operador do Direito, entretanto, ele tem o mérito de reduzir ao máximo o subjetivismo, por adoção das garantias limitadoras inerentes ao Estado Constitucional e Democrático de Direito, como já expostas.

5.2.A Ofensividade e o Bem Jurídico Penal

Por força do Garantismo, o Direito Penal da ofensividade (já que todo delito exige um resultado jurídico) leva em consideração o bem jurídico, situado no conteúdo da norma; esta, por sua vez, está por trás do tipo penal. Por isso, não é constitucionalmente válida a interpretação literal isolada do tipo penal.

Este é apenas o ponto de partida. É a partir do tipo penal buscamos a norma penal e, a partir desta encontramos o bem jurídico. Este bem jurídico ganha a qualidade de bem jurídico penal a partir do momento em que preenchemos o seu conteúdo de uma significação social, isto é, atribuímos a ele um valor (alcançado da

moldura axiológico-constitucional garantista). Para se alcançar o status de bem jurídico penal há que se “passar” pelo filtro da subsidiariedade e fragmentariedade. E, acrescente-se, o filtro da dignidade, como requisito da tripla dimensão do princípio da proporcionalidade.

O bem jurídico-penal, para além da função sistemática (classificando-se a Parte Especial do Código Penal em crime contra a vida, os costumes, ...) exerce, ainda, uma função exegética ou interpretativa pela qual, ao determinar-se o bem jurídico protegido pelo tipo penal, exclui-se do âmbito de sua incidência as condutas que não afetem desvaliosamente o bem concretamente tutelado.

Desse modo, o delito de lesão corporal ataca o bem jurídico integridade física de uma pessoa; porém, a intervenção cirúrgica, agindo sobre o mesmo bem jurídico não pode caracterizar o tipo penal lesão corporal, pois atua em favor do bem jurídico tutelado, e não contra ele.

Exerce, também, o bem jurídico uma função político-criminal (função garantista), pois sendo o delito conceituado como a lesão ou perigo concreto de um bem jurídico o Estado só pode exercer o jus puniendi contra aquela conduta que realiza a referida lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico socialmente relevante.

Não se pode, de outra banda, considerar como bem jurídico-penal o interesse de grupo ou classe dominante que não tem um valor fundamental para todos os membros da comunidade, o que seria uma perversão do conceito de bem jurídico e, deste modo, haveria um abuso do Direito Penal, como sistema de repressão em defesa das minorias dominantes; pondo, por exemplo, a oposição política à margem da lei, castigando os ataques aos bens jurídicos instrumentais à propriedade privada, por exemplo com a mesma gravidade ou inclusive mais gravemente que os ataques á vida, à saúde ou á liberdade, ou mesmo considerando como “direitos naturais”, imutáveis e permanentes, o que não é mais que o interesse pessoal e egoísta daqueles que detêm o poder.

Apesar da dificuldade em “amarrar” o legislador, de modo que ele cumpra o

seu papel de individualizador do bem jurídico, sem que proteja o bem jurídico de forma “pervertida”, isto é, vaga, imprecisa, porosa, conflitiva com a Constituição, não há obstáculo para que, no Estado Constitucional e Democrático de Direito, o intérprete descubra, através da análise teleológica do tipo penal, o “legítimo” bem jurídico tutelado pela norma. Esse é o novo paradigma que permite recuperar a função crítica da teoria do bem jurídico.

Cumprе ressaltar que a socialização e a hipertrofia penal exigem uma visão crítica do Direito Penal a partir de uma concepção acentuadamente personalista do bem jurídico, pois deste modo fica assegurado que:

a) os bens jurídicos supra-individuais ou coletivos ou universais só são legítimos enquanto sirvam ao desenvolvimento pessoal do indivíduo, em razão de uma visão antropocêntrica do mundo; b) só uma teoria personalista do bem jurídico “pode invocar com legitimidade constitucional uma concepção liberal do Estado, vale dizer, uma concepção que legitime a ação do Estado desde o ponto de vista da pessoa”¹⁰⁴.

Cabe ao legislador do Estado Constitucional e Democrático de Direito, ao criminalizar determinada conduta, observar uma série de barreiras insuperáveis (limites constitucionais do jus puniendi). E toda vez que se desrespeitam tais limites, nasce a obrigação de censura constitucional para o intérprete, reconhecendo a inconstitucionalidade de tal ou qual instituto. Eis aí restaurada a função crítica da teoria do bem jurídico.

Se, por um lado, a teoria do bem jurídico não se desenvolveu a ponto de estabelecer uma moldura axiológica-constitucional que limite a atuação legislativa na eleição dos bens jurídicos merecedores de tutela penal, de outro lado está delineada uma gama amplíssima de critérios deslegitimadores da atividade legislativa, composta de uma seleção de bens jurídicos que podem (e devem) compor a moldura do Direito Penal no Estado Constitucional e Democrático de Direito.

¹⁰⁴ HASSEMER e MUÑOZ CONDE, **Introducción a la criminología y al derecho penal**, p.109, in GOMES, Luiz Flávio. **Norma e Bem Jurídico no Direito Penal**. São Paulo: Editora RT, 2002, p. 128

O Direito Penal contemporâneo abandona o método da subsunção (positivismo legalista) e adota o método da ponderação (ínsito ao Estado Constitucional e Democrático de Direito). Destarte, a dogmática penal e o próprio processo aplicativo do Direito sofrem uma mudança significativa, atribuindo ao Juiz o dever imperioso de corrigir os excessos e erros do legislador.

O juiz burocrata cede passo ao juiz da ponderação. Por operar com valores, a aplicação Lei é tudo, menos mecânica, simplesmente formal. O juízo de tipicidade deixa de ser meramente formal e já não se esgota na literalidade da lei. A adequação gramatical não é um fim em si mesma, senão o começo da interpretação da lei.

O juiz não é mais *la bouche de la loi* (a boca da lei) e sim *la bouche du droit* (a boca do Direito). Cumpre, ainda, ao juiz, por força do princípio da ofensividade, verificar o bem jurídico tutelado (princípio da exclusiva proteção do bem jurídico) e se tal bem jurídico invadiu a esfera de ação da conduta perigosa, isto é, se ele foi afetado concretamente quer dizer, se a conduta é antinormativa no sentido de oposição ao aspecto valorativo (axiológico) da norma, vez que ela encerra o bem jurídico penal merecedor de proteção juspositiva.

Por fim, tal afetação deve atingir bem jurídico de terceiros (caráter transcendental) de modo significativo (relevante), intolerável, desvalioso, não amparado nem fomentado por outra norma (como defendido na tipicidade conglobante, de Zafaroni) e objetivamente imputável ao risco proibido criado pela conduta do agente.

5.3. A lei de drogas e a lesividade

Um exemplo, claro e atual, de ofensa à lesividade está na atual Lei de Drogas – Lei 11.343/06 que, como suas antecessoras (Lei 6368/76 e lei 10.409/02), segue as diretrizes dadas pelas proibicionistas convenções internacionais de que o Brasil, como quase todos os demais Estados nacionais, é signatário. A nova lei é apenas mais uma dentre as mais diversas legislações internas que, reproduzindo os

dispositivos criminalizadores das proibicionistas convenções da ONU, conformam a globalizada intervenção do sistema penal sobre produtores, distribuidores e consumidores das drogas qualificadas de ilícitas, com base em uma sistemática violação a princípios e normas assentados nas declarações universais de direitos e nas Constituições democráticas, com base na supressão de direitos fundamentais e suas garantias.

A Lei 11.343/06 reafirma a antecipação do momento criminalizador da produção e da distribuição das drogas qualificadas de ilícitas, seja abandonando as fronteiras entre consumação e tentativa, com a tipificação autônoma de condutas como sua posse, transporte ou expedição, seja com a tipificação autônoma de atos preparatórios, como o cultivo de plantas ou a fabricação, fornecimento ou simples posse de matérias primas, insumos ou produtos químicos destinados à sua preparação, ou mesmo a fabricação, transporte, distribuição ou simples posse de equipamentos, materiais ou precursores a serem utilizados em sua produção.

A criminalização antecipada viola o princípio da lesividade da conduta proibida, assim violando a cláusula do devido processo legal, de cujo aspecto de garantia material se extrai o princípio da proporcionalidade expressado no princípio da lesividade.

A violação também é patente na equiparação do fornecimento gratuito ao “tráfico”, onde a Lei insiste em apenas distinguir a conduta de quem eventualmente oferece droga qualificada de ilícita, sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para um consumo conjunto, conduzindo à esdrúxula situação de se tratar como “traficante” quem oferece ou fornece, mas não pretende consumir. Parece um incentivo ao consumo, que, paradoxalmente, permanece criminalizado na vaga tipificação da indução, instigação ou auxílio ao uso.

A Lei 11.343/06 repete a Lei 6.368/76 ao prever a “associação” específica para o “tráfico” de drogas qualificadas de ilícitas e traz como inovação a tipificação, como figuras autônomas, do financiamento ou custeio do “tráfico”.

A violação ao princípio da proporcionalidade aqui se revela não apenas na

figura da associação, que, como todos os tradicionais tipos de crimes de conspiração, quadrilha e outros assemelhados, criminalizam meros atos preparatórios, mas também, sob outro aspecto, na previsão como tipos autônomos do financiamento ou do custeio, que, inseridos no âmbito do próprio tipo do “tráfico”, poderiam, no máximo, funcionar como circunstâncias agravantes da pena àquele cominada. A violação ao princípio da proporcionalidade se revela também nas penas delirantemente altas, previstas para essa indevidamente criada figura autônoma: reclusão de 8 a 20 anos, a pena mínima sendo assim superior à prevista para um homicídio.

A ânsia repressora é tal que a Lei 11.343/06, ignorando a vedação do bis in idem, ainda inclui os mesmos financiamento ou custeio dentre as qualificadoras do “tráfico”.

Em matéria processual, a supressão de direitos fundamentais se manifesta com a vedação à liberdade provisória, na contramão da jurisprudência moderna¹⁰⁵. Assim repetindo regra indevidamente introduzida pela Lei 8.072/90, a Lei 11.343/06, negando a natureza cautelar da prisão imposta no curso do processo, repete a violação à garantia do estado de inocência¹⁰⁶.

Reproduzindo regra do Código de Processo Penal que condiciona a admissibilidade de recurso interposto contra a sentença condenatória ao recolhimento à prisão do réu que não ostente primariedade e bons antecedentes, a Lei 11.343/06, além de insistir na extração de efeitos gravosos da reincidência, além de repetir a violação à garantia do estado de inocência, ainda viola a garantia do acesso ao duplo grau de jurisdição.

A Lei 11.343/06 refere-se expressamente à infiltração e à ação controlada de agentes policiais e reafirma a delação premiada ao se referir também expressamente aos “colaboradores”. Juntando-se à quebra do sigilo de dados pessoais, à interceptação de correspondências e de comunicações telefônicas, às

¹⁰⁵ GOMES, Luiz Flávio et all. **Nova Lei de Drogas Comentada Artigo por Artigo**. RT. 2006, p. 198

¹⁰⁶ GRECO FILHO, Vicente e João Daniel Rassi, in **Lei de Drogas Anotada**, Saraiva, 2007, pp.146-147, observam que, na hipótese de revogação da Lei 8072/90, permanece íntegra e eficaz a Lei 11.343/06 quanto aos dispositivos semelhantes.

escutas e filmagens ambientais, previstas em outros diplomas que, integrando a legislação brasileira de exceção, permanecem aplicáveis a hipóteses de acusações por alegado “tráfico” de drogas qualificadas de ilícitas, esses insidiosos, indevidos e ilegítimos meios de busca de prova objetivam fazer com que, através do próprio indivíduo, se obtenha a verdade sobre suas ações tornadas criminosas. As regras que os prevêm assim violam direta ou indiretamente a garantia do direito a não se auto-incriminar.

A posse para uso pessoal das drogas qualificadas de ilícitas pode não se revestir de ofensividade, assim como o seu consumo em circunstâncias que não envolvam um perigo concreto, direto e imediato para terceiros, pois são condutas que não afetam nenhum bem jurídico alheio, dizendo respeito unicamente ao indivíduo, à sua intimidade e às suas opções pessoais.

Não estando autorizado a invadir a privacidade das pessoas, não pode o Estado intervir sobre condutas de tal natureza. Enquanto não afete concretamente direitos de terceiros, o indivíduo pode ser e fazer o que bem quiser¹⁰⁷(grifei). A punição atende, aqui, ao punitivismo, como representação do modelo law and order americano.

Em matéria de drogas, o perigo não está em sua circulação, mas sim na proibição, que, expandindo o poder punitivo, superpovoando prisões e suprimindo direitos fundamentais, acaba por aproximar democracias de Estados totalitários. Além de ocultar os riscos e danos à democracia, o discurso do proibicionismo oculta também o fato de que a proteção da saúde pública, que estaria a formalmente fundamentar a criminalização das condutas relacionadas às drogas qualificadas de ilícitas, é afetada por esta mesma criminalização, que impede um controle de qualidade das substâncias entregues ao consumo, impõe obstáculos a seu uso

¹⁰⁷ MILL. John Stuart, filósofo do século XIX, representante do *utilitarismo*, defendia o voto feminino, a educação paga pelo Estado para todos, e outras propostas radicais para sua época, com base na visão utilitarista de que tais medidas eram essenciais à felicidade e bem estar de todos, assim como também a liberdade de expressão e a não interferência do governo quando o comportamento individual não afetasse as outras pessoas. Seu ensaio "Utilitarianism," publicado no *Fraser's Magazine* (1861), é citada como uma elegante defesa da doutrina Utilitarista e considerada ser ainda a melhor introdução ao assunto, apresentando o Utilitarismo como uma ética tanto para o comportamento do indivíduo comum quanto para a legislação social.

medicinal, oculta a informação e dificulta a assistência, cria a necessidade de aproveitamento de circunstâncias que permitam um consumo que não seja descoberto, incentivando o consumo descuidado ou anti-higiênico propagador de doenças como a aids e a hepatite¹⁰⁸.

Nesse passo, passa a estrutura da moderna teoria constitucional do fato punível a ter um novo requisito – ofensa ao bem jurídico socialmente relevante; passando o resultado jurídico a fazer parte da estrutura do fato ofensivo típico constitucional.

Desta forma, o fato será sempre atípico, quando o bem jurídico resguardado pela norma, não for concretamente afetado. Hodiernamente, no Direito Criminal Constitucional, urge conceber o princípio da ofensividade como eixo do sistema penal, pois a construção de todo o sistema penal constitucionalmente orientado, em consequência, deve partir da premissa de que não há crime sem ofensa –lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico.

Destarte, o único modelo de Direito Criminal compatível com a Constituição Federal de 1988 é o de um Direito Penal constitucional como instrumento de proteção de bens jurídicos e de um delito estruturado como ofensa a esses bens jurídicos, na forma de lesão ou perigo concreto de lesão.

Dessume-se daí que o fundamento normativo principal sobre o qual descansa a concepção do Direito Penal dos bens jurídicos e da ofensividade reside, doravante, no constitucionalismo moderno, ou neoconstitucionalismo. Da leitura constitucional do Direito Penal e do delito, que é obrigatória à medida que a sanção penal incide justamente sobre bens fundamentais da pessoa (liberdade, patrimônio etc.), deriva um sistema de princípios constitucionais e humanitários com capacidade orientadora externa e suficiente não somente para delinear um programa liberal de adequação do vetusto Direito Penal, senão também para representar o ponto (ou mais um ponto) de referência para a interpretação e (re)construção do direito vigente, excessivamente intervencionista e preventivo.

¹⁰⁸ KARAN, Maria Lúcia, in Texto publicado em **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 14, nº 167, outubro 2006, São Paulo-SP.

Portanto, a partir de uma concepção personalista da nossa Constituição, que tem como valor-síntese a dignidade da pessoa (artigo 1º, III), nenhum dos direitos fundamentais nela assegurados pode ser limitado ou restringido senão em função da proteção de outro interesse ou bem de igual ou equivalente magnitude. A fortiori, quando o direito punitivo se vale da liberdade individual qualquer restrição somente encontrará justificativa se outro concreto e também relevante bem restou afetado.

Pela mesma regra da proporcionalidade invocada para proteger um direito fundamental ante o ato invasivo do Estado, cunpre reconhecer, como assevera Lenio Streck que:

“...na estrutura do princípio da proporcionalidade não se aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de "proibição de proteção deficiente" (Untermassverbot)”.

Este conceito refere-se à estrutura que o princípio da proporcionalidade adquire na aplicação dos direitos fundamentais de proteção. A proibição de proteção deficiente pode definir-se como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode determinar-se se um ato estatal - por antonomásia, uma omissão - viola um direito fundamental de proteção.

A proporcionalidade possui, desse modo, uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato desborda da discricionariedade, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental (nas suas diversas dimensões), como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos

estatais à materialidade da Constituição.

No mesmo sentido, a lição de Ingo Sarlet, ao sustentar que:

"...a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados."¹⁰⁹

Na seara do Direito Penal (e isto vale tanto para o Direito Penal material, quanto para o processo penal) resulta inequívoca vinculação entre os deveres de proteção (isto é, a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela) e a teoria da proteção dos bens jurídicos fundamentais, como elemento legitimador da intervenção do Estado nesta seara, assim como não mais se questiona seriamente, apenas para referir outro aspecto, a necessária e correlata aplicação do princípio da proporcionalidade e da interpretação conforme a Constituição.

Com efeito, para a efetivação de seu dever de proteção,¹¹⁰ o Estado por meio de um dos seus órgãos ou agentes pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação de direitos fundamentais de terceiros).

Estas hipóteses correspondem às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais. Por outro lado, o Estado também na esfera penal poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou

¹⁰⁹ SARLET, Ingo. **Constituição e Proporcionalidade**: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: **Revista de Estudos Criminais** n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul, Editora Nota Dez, 2003, pp. 86 e segs.

¹¹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª. Ed. Coimbra, Almedida, 2002, p. 1243.

mesmo deixando de atuar, hipótese por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais.¹¹¹ Para Heloisa Estellita:¹¹²

[...] necessário seria passar todo o arcabouço de normas incriminadoras pelo 'filtro' do princípio da proporcionalidade para se restabelecer a coerência e a harmonia entre o Direito Penal positivo e os cânones Constitucionais.

Esse novo viés do princípio da proporcionalidade é fruto da evolução do instituto em comento.

¹¹¹ SARLET, *op.cit.* (grifei).

¹¹² ESTELLITA, Heloisa. **Direito Penal, Constituição e Princípio da Proporcionalidade**, in Número Especial do 9. Seminário Internacional do IBCCRIM - outubro de 2003, p. 13.

6. ORIGEM E EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Várias as correntes quanto à origem do princípio da proporcionalidade. Algumas se concentram no Direito Constitucional; outras, no Direito Administrativo. Na perspectiva do direito criminal, afigura-se de maior relevância a posição de Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano. Nada obstante, é mister que se dedique algumas linhas às demais correntes, ainda que como paradigma.

Segundo Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, o princípio da proporcionalidade surgiu no direito de polícia¹¹³, transportando-se daí para todas as áreas do Direito Público. No início, se entendia que a aplicação do princípio da proporcionalidade tinha um sentido estrito, qual seja, a exigência de proporcionalidade apenas entre o delito praticado e a pena prevista pela Lei.

Sem razão, contudo, pois ao se considerar a gravidade do delito como parâmetro de resposta penal implica em adotar uma função retributiva da pena, o que não se coaduna com as tendências atuais do Direito Criminal. Jorge Figueiredo Dias entende aplicável o princípio da proporcionalidade no campo da relação entre a pena e a culpa, no direito criminal.¹¹⁴

A primeira alusão ao princípio da proporcionalidade, em relação ao Processo Penal, deu-se na Alemanha, na resolução do deutscher Journalistentag, em Bremen, no dia 22 de agosto de 1875, onde se solicitava que as medidas coercitivas contra os periodistas que se negavam a depor como testemunhas fossem proporcionais às penas dos delitos perseguidos.

Há referência, ainda, à carta dirigida por Reichkanzler Von Bülow aos governos do Bundesländer, em 9 de dezembro de 1907, onde repudia as práticas rígidas dos Tribunais contra as testemunhas, lembrando que tais medidas aplicadas às testemunhas deveriam ser proporcionais e aplicadas somente quando imprescindíveis, segundo as circunstâncias do caso concreto.

¹¹³ SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Editorial Colex. 1990. p.29

¹¹⁴DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Penal** Português, Lisboa, 1993, p. 446 e seguintes

Acentuou-se a discussão acerca do referido princípio em 1925, quando morreu em prisão provisória um famoso político local, em razão de uma grave enfermidade. Tal fato levou Kohlrausch a propor a incorporação ao processo penal do princípio da proporcionalidade, próprio do Direito Administrativo, ainda que de modo parcial. Defendia a concessão de discricionariedade aos juízes para que, atendendo aos fins da Lei, julgassem os interesses em conflito, segundo uma diretriz de proporcionalidade, porém, sem possibilidade de revisão.

No plano jurisprudencial alemão¹¹⁵, aplicou-se o princípio da proporcionalidade quando se tratasse de prisão ou, ainda, quando se cuidava do uso de arma de fogo pela Polícia, exigindo-se uma razoável proporção entre a gravidade da ingerência e os fins perseguidos.

E após a II Grande Guerra, disseminou-se a idéia de que as normas

¹¹⁵MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ -Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2007, na Alemanha, o *Bundesverfassungsgericht* assentou, em uma de suas primeiras decisões (23-10-1951), que a sua competência cingia-se à apreciação de legitimidade de uma norma, sendo-lhe defeso cogitar de sua conveniência (*Zweckmässigkeit*). Todavia, “a questão sobre a liberdade discricionária outorgada ao legislador, bem como sobre os limites dessa liberdade, é uma questão jurídica suscetível de aferição judicial”. Assim, em decisão proferida em março de 1971, o *Bundesverfassungsgericht* assentou que o princípio do Estado de Direito proíbe leis restritivas inadequadas à consecução de seus fins, acrescentando que “*uma providência legislativa não deve ser já considerada inconstitucional por basear-se em um erro de prognóstico*” – BVerfGE, 25:1. O Tribunal Constitucional explicitou, posteriormente, que: “*os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais*”. A aferição da constitucionalidade da lei em face do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso contempla os próprios limites do poder de conformação outorgado ao legislador. É o que se constata em decisão do *Bundesverfassungsgericht*, na qual, após discutir aspectos relativos à eficácia e adequação de medidas econômicas consagradas em ato legislativo, concluiu-se que o legislador não havia ultrapassado os limites da discricionariedade que lhe fora outorgada. O Tribunal reconhece que o estabelecimento de objetivos e a definição dos meios adequados pressupõem uma decisão de índole política, econômica, social, ou político-jurídica. Esse juízo inerente à atividade política parecer determinado uma postura cautelosa do Tribunal no exame relativo à adequação das medidas legislativas. A inconstitucionalidade de uma providência legal por objetiva desconformidade ou inadequação aos fins (*Zwecktauglichkeit*) somente pode ser constatada em casos raros e especiais (*gelagert*) (*Bei Anwendung dieser in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelten Grundsätze wird die Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Massnahme aus dem Gesichtspunkt der objektiven Zwecktauglichkeit nur selten und in ganz besonders gelagerten Fällen festgestellt werden können*). Embora reflita a delicadeza da aplicação desse princípio no juízo de constitucionalidade, tal orientação não parece traduzir uma atitude demissionária quanto ao controle da adequação das medidas legislativas aos fins constitucionalmente perseguidos. Uma lei será inconstitucional, por infringente ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso, diz o *Bundesverfassungsgericht*, “se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas.”

processuais deviam ser limitadas através dos princípios gerais e dos valores contidos na Constituição, em consonância com a tendência adotada pelo Direito constitucional.

O Direito processual alemão introduziu o princípio da proporcionalidade, expressamente, na Lei alemã, na Reforma de 1964 (St. P.Ä.G., de 19 de dezembro de 1964), ao regular certas medidas restritivas de direitos fundamentais, em particular no que se refere à prisão processual, ainda que de forma tímida porque carecedora de codificação completa do princípio da proporcionalidade. Nas resoluções do BVerfG, o princípio da proporcionalidade é derivado do princípio do Estado de Direito, bem como da essência dos direitos fundamentais. Pode-se concluir que, hoje em dia, a doutrina e a jurisprudência alemãs consideram que o princípio da proporcionalidade (Verhältnismäßverbot) é sinônimo de proibição de excesso (Übermaßverbot) e se decompõe em tres subprincípios a saber: idoneidade adequação da medida a seus fins (Geeignetheit); necessidade intervenção mínima (Erforderlichkeit); e proporcionalidade em sentido estrito, ponderação de interesses e “concretização” (Proportionalität).

Em Espanha, no âmbito do Processo Penal, a doutrina e a jurisprudência espanhola deduziram da Lei Fundamental e das normas da Convenção Européia dos Direitos do Homem a necessidade em se observar o princípio da proporcionalidade na regulação e aplicação de toda medida restritiva de direitos fundamentais, notadamente em relação à prisão provisória.

O princípio da proporcionalidade não se esgota no Direito Público, uma vez que tem assento constitucional. Seu campo de aplicação, portanto, se estende mesmo ao Direito Privado.

De acordo com Canotilho¹¹⁶, no século XVIII a idéia da proporcionalidade também vinculava a limitação da atuação administrativa do Estado frente à liberdade individual, sendo introduzida no direito administrativo do século XIX como um princípio atinente ao "direito de policia". Assumiu, porém, em seguida, contornos mais amplos, de princípio de direito constitucional, de máxima suprapositiva. Nesse

¹¹⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina. 5ª edição. 2002, p.266-273

sentido, é igualmente conhecido como princípio da “justa medida” ou da proibição de excesso (em língua alemã, *Übermassverbot*) de toda a atuação estatal e constitui um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador.

Pode ser dividido em três subprincípios: a) o princípio da conformidade ou adequação dos meios aos fins pretendidos pelo qual a medida deve ser apropriada ao fim público subjacente; b) o princípio da necessidade ou exigibilidade (*Erforderlichkeit*), segundo o qual o cidadão tem o direito “à menor desvantagem possível”¹¹⁷ sempre que houver uma atuação estatal, devendo esta atuação revestir a “menor ingerência possível” na sua esfera de direitos; c) o princípio da proporcionalidade em sentido restrito (*Verhältnismässigkeit*), a predicar a ponderação entre a carga afluente da atuação estatal e o resultado dela obtido no caso concreto, visando a determinar se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma. Mede-se as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

A Constituição portuguesa, não há muito tempo, adotou o princípio da proporcionalidade como princípio normativo. A constitucionalização expressa do princípio da proporcionalidade foi introduzida pela LC 1/89 a orientar toda a atividade da administração pública portuguesa (artigo 226.º). O sentido mais amplo do princípio da proporcionalidade, portanto, é o de evitar ingerências excessivas ou desmedidas na esfera jurídica dos particulares.

Todavia, há uma perspectiva deste princípio que, ao invés de salientar o excesso, ressalta a “proibição por defeito” (*Untermassverbot*), segundo o qual há um defeito de proteção sempre que as entidades submetidas a um “dever de proteção” (*Schutzpflicht*) não adotam medidas bastantes para garantir uma proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais.

Afere-se tal proteção ao se cotejar o bem jurídico protegido e a intensidade do perigo de lesão a um direito fundamental. É o que se afere, por exemplo, na questão da proteção ao feto e a criminalização do aborto. Cumpre referir que, desde

¹¹⁷ SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Editorial Colex.1990. Madrid, p.22-23

10 de abril de 2007, em Portugal, se admite o aborto desde que realizado nas dez primeiras semanas de gestação.

6.1. Origem do Princípio da Proporcionalidade a partir do seu fundamento. Evolução Histórica

No que se refere ao fundamento do princípio da proporcionalidade, isto é, se ele deflui do princípio estruturante do Estado de Direito, ou daquele da dignidade da pessoa humana, que se vincula ao outro princípio estruturante de nossa ordem constitucional e, logo, de toda a ordem jurídica, que é o Princípio Democrático, sobressai o posicionamento que vincula o princípio da proporcionalidade à Cláusula do Devido Processo Legal (Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, inc. LIV)

É certo que a idéia subjacente à "proporcionalidade", *Verhältnismäßigkeit*, noção dotada atualmente de um sentido técnico no direito público e teoria do direito germânicos, ou seja, a de uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados, confunde-se em sua origem, como é fácil perceber com o nascimento do moderno Estado de Direito, respaldado em uma Constituição, em um documento formalizador do propósito de se manter o equilíbrio entre os diversos poderes que formam o Estado e o respeito mútuo entre este e aqueles indivíduos a ele submetidos, a quem são reconhecidos certos direitos fundamentais inalienáveis.

Como marco do surgimento desse tipo de formação política costuma-se apontar a Magna Charta inglesa, de 1215, na qual aparece com toda clareza manifestada a idéia acima referida, quando estabelece: "O homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito". Essa espécie de contrato entre a Coroa e os senhores feudais é a origem do Bill of Rights, de 1689, onde então adquire força de lei os direitos frente à Coroa, estendidos agora aos súditos em seu conjunto.

Para esse reconhecimento, o suporte doutrinário é fornecido pelos teóricos do direito natural, com suas teses sobre a liberdade nata inerente aos indivíduos –todo

homem nasce livre – e a igualdade entre si, das quais resultam os direitos humanos e fundamentais reconhecidos na Declaration of Rights norte-americana, de 1776, e na Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen francesa, de 1789. Característico do jusnaturalismo, de cunho racionalista, era a crença na existência de princípios gerais dedutíveis da natureza humana, nos quais se devia basear a elaboração científica do Direito, vale dizer, o Direito os reconhecia, não os criava.

É com essa perspectiva que, em 1791, Suarez – em conferência proferida diante do Rei da Prússia, Friederich Wilhelm – propõe como princípio fundamental do Direito Público "que o Estado só esteja autorizado a limitar a liberdade dos indivíduos na medida em que for necessário, para que se mantenha a liberdade e segurança de todos", e daí deduzia o princípio fundamental do "Direito de Polícia" (Polizei-Recht), ou, como hoje se diria, "Direito Administrativo", "que apenas para evitar um prejuízo de grandes proporções à sociedade civil, o qual se tema venha a ofender a consciência moral, ou então a esperança fundamentada de que se pode alcançar uma vantagem considerável e duradoura para todos, autorizam ao Estado limitar a liberdade natural de seus cidadãos individuais através de normas de polícia".¹¹⁸.

Em 1802, Von Berg emprega o termo verhältnismäßig, "proporcional", ao tratar dessa possibilidade de limitação da liberdade em virtude da atividade policial, referindo-o à indenização da vítima pelo prejuízo sofrido. É com apoio em Otto Mayer, porém, que Wolzendorff denomina de "Princípio da Proporcionalidade", o Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, a "proposição de validade geral" (allgemeingültigen Satz) que veda à força policial ir além do que for necessário e exigível para a consecução de sua finalidade.¹¹⁹

Durante a primeira metade do século XX, o princípio da proporcionalidade foi tratado, sobretudo, como atinente apenas à regulamentação da atividade policial (posição adotada por Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, como já se referiu alhures),

¹¹⁸ *Vorträge über Recht und Staat von CARL GOTTLIEB SVAREZ*, H. CONRAD e G. KLEINHEYER (ed.), Colônia, 1960, pp. 486/487. Na mesma época, escrevia BLACKSTONE em seus "Comentários", na Inglaterra, que a liberdade natural não deveria ser limitada por lei senão enquanto fosse necessário e conveniente (**expedient**) ao benefício geral dos cidadãos (**public**). **Apud** ZIPPELIUS, *Staatslehre*, 4^a ed., Munique: C. H. Beck, 1973, p. 169.

¹¹⁹ JAKOBS, Michael. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht)*, Köln: HEYMANN'S Carl, 1985, pp. 2ss, in **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 37

destinado a evitar excessos na sua prática, o que não é surpreendente, tendo em vista a sua formulação originária no tratamento dessa matéria. Já no período em que não mais se confundia o "Polizeirecht" com o Direito Administrativo, porém, seria injustiça considerar que em sua monografia sobre aplicação da norma jurídica e proporcionalidade, de 1913, Walter Jellinek tenha se limitado a tratar do problema referindo-o ao "Direito de Polícia", ou no máximo ao processo executivo administrativo, como é costume aparecer referido em monografias contemporâneas sobre o princípio em tela.¹²⁰

Na verdade, é dele o mérito de ter relacionado a proporcionalidade com o problema central do Direito Administrativo que é a discricionariedade (freies Ermessen), considerando-as questões dotadas de igual significação, uma vez que as leis não distinguem o poder discricionário da polícia daquele dos demais órgãos da Administração.¹²¹ Com isso, abre-se a possibilidade de estender a problemática até abranger as demais funções estatais, já que ao órgão judicial também é vedada a arbitrariedade na aplicação da lei e o legislativo se acha igualmente submetido a um controle em sua atividade de produção normativa, já que deve se manter dentro dos limites constitucionais.

Em 1955, surge a primeira monografia dedicada exclusivamente ao estudo do princípio da proporcionalidade, devida a Rupprecht V. Krauss, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht)", onde já se fez notar a preocupação terminológica, visando distinguir aspectos diversos da proporcionalidade, sendo pioneiro ao empregar a expressão "princípio da proporcionalidade" com a qualificação extra "em sentido estrito".

Nota-se, também, a intenção do autor de associar o princípio ao estabelecimento do Estado de Direito e estender ao legislador a vinculação a ele. No

¹²⁰KRAUSS, Rupprecht V. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht)*, Hamburg, 1955, p. 8, nota 35, in *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 42

¹²¹GESETZ, *Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung (zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -verfügungen)*. Eine staats- und verwaltungsrechtliche Untersuchung. Reimpressão da ed. orig, de 1913, Aalen: Scientia, 1964, p. 89, quando assevera que "como as leis não fazem nenhuma diferenciação entre discricionariedade das autoridades policiais e outra discricionariedade administrativa qualquer, então o problema da discricionariedade é totalmente idêntico à questão da necessidade e conveniência".

ano seguinte, aparece no "Arquivo de Direito Público" (Archiv für öffentliches Recht) o influente ensaio de Dürig,¹²² em que defende a tese de haver um sistema de valores imanente à Lei Fundamental alemã ocidental, cuja justificação última é fornecida pela imposição de respeito à dignidade humana, estabelecida logo na primeira frase do artigo 1º. Seria por intermédio dela que se incluiria o princípio de proporcionalidade no plano constitucional, para ser observado em qualquer medida do Estado, pois é uma degradação da pessoa a objeto (coisificação), se ela for importunada pelo emprego de meios mais rigorosos do que exige a consecução do fim de bem-estar da comunidade.

Um terceiro momento importante representa a obra de Peter Lerche, de 1961, com o título "Excesso e Direito Constitucional — sobre a vinculação do legislador pelos princípios da proporcionalidade e da exigibilidade" (Übermass- und Verfassungsrecht Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit), na qual fica definitivamente consagrada a distinção desses dois aspectos da proporcionalidade, bem como a denominação de "princípio da exigibilidade" para distinguir da proporcionalidade em sentido estrito.

A questão central de que se ocupou o trabalho, a tese de que o legislador estaria obrigado a observar aquele princípio em sua atividade de produção normativa, a época rebatida por autores como Hans Peters e seu discípulo Ottmar Pohl, fica também definitivamente resolvida em sentido positivo, apesar da crítica que esse posicionamento juntamente com a conseqüente elevação do princípio ao nível constitucional, viria a sofrer da parte de um teórico da estatura de Ernst Forsthoff.¹²³

A transposição do princípio de proporcionalidade do campo do direito administrativo para o plano constitucional de onde pode vir a ser identificado nos mais diversos setores do direito se deve em grande parte ao posicionamento

¹²² *Der Grundsatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1, Abs I Verbindung mit Art. 19. Abs 11, des Grundgesetzes*, in: *Archiv für öffentliches Recht*, n. 81, 1956, pp. 117 ss., esp. 133 ss., in **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 53

¹²³ A crítica de Forsthoff, feita em seu "O Estado da Sociedade Industrial" (*Der Staat der Industriegesellschaft*, Tübingen: C.B. Mohr, 1971, pp. 137/138), vai no mesmo sentido de sua recusa do emprego de um método valorativo para a interpretação constitucional, com o qual se relaciona intimamente o princípio da proporcionalidade. Sua ideologia de direita não admite qualquer valor maior do que o da segurança que supostamente é a estrita observância da lei garante, não podendo ela própria se submeter a controle por nenhuma consideração vaga sobre a "proporcionalidade" do seu conteúdo.

assumido em relação a isso pelo Tribunal Constitucional ((Bundesverfassungsgericht), na Alemanha. Essa corte suprema, investida que está pela Lei Fundamental em velar pelo seu cumprimento e respeito, a partir de um determinado momento, passa a referir com freqüência expressões em sua argumentação, que se associam claramente ao "pensamento de proporcionalidade", tais como "excessivo" (übermässig), "inadequado" (unangemessen), "necessariamente exigível" (erforderlich, unerlässlich, unbedingt notwendig), até estabelecer de forma incisiva que o referido princípio e a correlata "proibição de excesso" (Übermassverbot), enquanto regra condutora abrangente de toda a atividade estatal decorrente do princípio do Estado de direito (possui) estrutura constitucional.

Em decisão anterior, o Verhältnismäßigkeitsprinzip já fora apresentado como resultante "no fundo, da essência dos próprios direitos fundamentais", acrescentando, de forma assimilável à referida formulação clássica de Svarez, que se teria aí uma "expressão do anseio geral de liberdade dos cidadãos frente ao Estado, em face do poder público, que só pode vir a ser limitada se isso for exigido para proteção de interesses públicos".¹²⁴

A questão que assim se coloca de como melhor fundamentar a inscrição de um princípio de proporcionalidade no plano constitucional, se, deduzindo-o da opção por um Estado de Direito ou então, dos próprios direitos fundamentais, assume relevância mais doutrinária, já que na prática, à luz da reiterada jurisprudência do Tribunal Constitucional, na Alemanha, não resta dúvida quanto à sua inserção na "base" do ordenamento jurídico, como se pode referir de maneira figurada à constituição.

Além disso, nosso princípio aparece relacionado àquele que se pode considerar o problema principal a ser resolvido com a adoção de um regime constitucional pelo Estado, nomeadamente o do relacionamento entre ele, a comunidade a ele submetida e os indivíduos que a compõem, a ser regulado de forma eqüitativamente vantajosa para todas as partes.

Para que o Estado, em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, se faz necessário não só a

¹²⁴ BVerfGE 19. 348/349.

existência de normas para pautar essa atividade e que, em certos casos, nem mesmo a vontade de uma maioria pode derogar (Estado de direito), como também há de se reconhecer e lançar mão de um princípio regulativo para se ponderar até que ponto se vai dar preferência ao todo ou às partes (Princípio da Proporcionalidade), o que também não pode ir além de um certo limite, para não retirar o mínimo necessário a uma existência humana digna de ser chamada assim.¹²⁵

Como sustenta Willis Santiago Guerra filho, a vinculação entre o princípio da proporcionalidade e o processo vem sendo considerada de tal ordem que, com grande autoridade, entre nós, tanto em sede doutrinária como jurisprudencial, é comum ter-se o princípio como incrustado naquele donde se assentariam as diversas garantias processuais, de índole constitucional, a saber, o princípio do devido processo legal.¹²⁶

No direito dos Estados Unidos da América do Norte, quando diante de direito sem assento explícito no exíguo e antigo texto constitucional norte-americano, a maneira que então se encontra para enquadrá-lo é precisamente derivando-o da Due Process of Law Clause, prevista nas emendas V e XIV, com sua vedação a atentados “à vida, propriedade e à liberdade sem o devido processo legal”.

Na Constituição Brasileira de 1988, graças ao seu estilo analítico para usar de um eufemismo, evitando a qualificação que talvez fosse mais adequada, a saber, a de prolixa, muito do que se considera, desde há tempos e também mais recentemente, no sistema norte-americano, como inerente àquela cláusula, tanto em seu sentido originário, processual, como naquele outro, substancial, foi já explicitado pelo nosso legislador constituinte. E ainda assim cuidou ele de estabelecer também o devido processo legal como uma de nossas garantias fundamentais: apta, portanto, a agasalhar outras tantas, como é de seu feitio, sendo dentre elas de se

¹²⁵ Na constituição alemã, tendo em vista esse fato, consagra o art. 19, 2ª parte, o princípio segundo o qual os direitos fundamentais jamais devem ser ofendidos em sua essência (**Wesensgehaltsgarantie**). Exatamente dessa norma é que autores como *Lerche* e *Dürig* deduzem, **a contrario sensu**, a consagração do princípio da proporcionalidade pelo direito constitucional, pois ela implica na aceitação de ofensa a direito fundamental "até um certo ponto", donde a necessidade de um princípio para estabelecer o limite que não se deve ultrapassar. Cf. BVerfGE 34, 238.

¹²⁶ Em sede jurisprudencial, é o entendimento firmado pelo Min. Moreira Alves – cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*, São Paulo: IBDC/Celso Bastos Ed., 2000, p. 871. V. ainda, recentemente, sobre este aspecto, e por todos, na doutrina e com referências jurisprudenciais, Roberto Rosas, *Devido Processo Legal: Proporcionalidade e Razoabilidade*, in: Revista dos Tribunais, vol. 783, 2001, pp. 11 ss. *Ihanças*, Recife: Diss. (UFPE), 2002.

incluir aquela da proporcionalidade.

É certo que as diferenças entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade decorrem já de sua diversa origem, por assim dizer, cultural, sendo o primeiro de origem germânica e o outro, anglo-saxônica.

Pode-se associar a razoabilidade ao aspecto substantivo do devido processo legal, como é feito no ambiente anglo-saxônico, enquanto na Alemanha a proporcionalidade vem associada ora ao princípio (estruturante) do Estado de Direito, ora ao princípio (fundamental) da dignidade humana e, daí, ao nosso outro princípio estruturante, do Estado Democrático. Isso não é incompatível com a vinculação do princípio da proporcionalidade à cláusula do devido processo legal e, para marcar uma vez mais sua distinção da razoabilidade, ao aspecto processual da cláusula, a qual descende, por derivação, também ela, enquanto consubstanciada por princípio geral consagrador de garantia fundamental, daquele princípio estruturante que é o do Estado de Direito. Já o vínculo à dignidade humana, é próprio de todo direito (e garantia) fundamental, que tem seu núcleo essencial gizado por este “valor axial” de um verdadeiro Estado (de Direito) Democrático.¹²⁷

Ex exposit, fica evidenciada a íntima conexão entre o princípio da proporcionalidade e a concepção do ordenamento jurídico como formado por princípios e regras, princípios esses que podem se converter em direitos fundamentais e vice-versa.

Da mesma forma, como assevera Robert Alexy,¹²⁸ atribuir o caráter de princípio a normas jurídicas implica logicamente no reconhecimento daquele princípio maior, e vice-versa. É ele que permite fazer o “sopesamento” (Abwägung, balancing) dos princípios e direitos fundamentais, bem como dos interesses e bens jurídicos em que se expressam, quando se encontram em estado de contradição, solucionando-a de forma que maximize o respeito a todos os envolvidos no conflito. O princípio em tela, portanto, começa por ser uma exigência cognitiva, de elaboração racional do Direito e aqui vale lembrar a sinonímia e origem comum, na matemática, dos termos “razão” (latim: ratio) e “proporção” (latim: proportio), sem

¹²⁷COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, São Paulo: Saraiva, 1999; NUNES, Luiz Zntonio Rizzatto. **Princípio Constitucional da Dignidade Humana**, São Paulo: Saraiva, 2002; MARTÍNEZ, Miguel Angel Alegre. **La Dignidad de la Persona** (como Fundamento del Ordenamiento Constitucional Español), León: Universidad de León, 1996.

¹²⁸ *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 100.

que isso possa levar à “fungibilidade” entre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, como pretende Luís Roberto Barroso¹²⁹, o que explica a circunstância da idéia a ele subjacente animar também um dos cânones metodológicos da chamada “interpretação constitucional” - aquela a que se deve recorrer quando o emprego da hermenêutica jurídica tradicional não oferece um resultado constitucionalmente satisfatório: o da “concordância prática”.

6.1.A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a Proporcionalidade

A primeira referência de algum significado ao princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – tanto quanto é possível identificar – está intimamente relacionada com a proteção ao direito de propriedade. No RE no 18.331, da relatoria do Ministro Orozimbo Nonato, deixou-se assente, verbis:

“O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do “détournement de pouvoir”. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente considerando a letra do texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado”¹³⁰.

¹²⁹ Cf. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 204. Como bem salienta *Chaim Perelman*, há diversas soluções possíveis, para determinado problema jurídico, que são razoáveis, donde o caráter negativo que apontamos ao princípio da razoabilidade, por ser antes um princípio de *irrazoabilidade*, uma proibição do absurdo em direito: “il y a une limite a cette tolérance (de diversas soluções possíveis, bem entendido), et c’est le déraisonnable qui n’est pas acceptable”. *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris: LGDJ, 1984, p. 15. A solução a ser oferecida pela aplicação do princípio (positivo) da proporcionalidade, por certo, não se incluiria dentre aquelas tidas como irrazoáveis, por “inadmissible dans une communauté à un moment donné” (**id. ib.**), mas dentre as diversas soluções possíveis haver-se-á de encontrar aquela que é racionalmente proporcional, por ser além de necessária e exigível, a que melhor promove os direitos (garantias e princípios constitucionais) fundamentais em seu conjunto, evitando a violação de seu núcleo essencial intangível, pelo respeito à dignidade humana – o trabalho com a proporcionalidade começa quando termina aquele com base na aplicação do princípio da razoabilidade.

¹³⁰ RE 18.331, Relator Ministro Orozimbo Nonato, RF 145 (1953), p. 164 s.

Não temos preceito idêntico, porém, mais genérico e suscetível de uma aplicação mais ampla, temos o § 35 do art. 150¹³¹, reprodução de Constituições anteriores que dispõe: A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”.

Ora, a Constituição vigente, como as anteriores no quadro das garantias individuais e sociais, procurou seguir as exigências de aperfeiçoamento do homem e o respeito à sua integridade física e moral. A preservação de sua personalidade e a proteção contra as penas infamantes, a condenação sem processo contraditório, a supressão de algumas penas que se incluíam na nossa velha legislação penal, a afirmação de que somente o delinqüente pode sofrer a pena, sem atingir os que dele dependem, definem uma orientação que qualifica perfeitamente o regime e os princípios fundamentais da Constituição.

O preceito vem da Constituição Americana, Emenda IX – nela foi inspirado e foi introduzido na nossa primeira Constituição Republicana, com o receio de que a enumeração levasse o intérprete a entender que por serem discriminadas essas garantias quaisquer outras estariam excluídas. Mas o preceito é de maior alcance, porque ele atinge numerosos direitos não enumerados e que representam conquistas do progresso humano no domínio das liberdades. A lista desses direitos vem crescendo há séculos.

O objetivo da lei foi inverso a essa tendência, porque procurou aumentar o rigor da repressão desses crimes, intimidando com medidas que atingem o indivíduo na sua própria carne, pela simples suspeita ou pelo início de um procedimento criminal fundado em elementos nem sempre seguros ou de suspeitas que viriam a se apurar no processo.

Nesse particular, a expressão de medida cruel, encontrada no texto americano, bem caracteriza a norma em questão, porque, com ela, se tiram ao indivíduo as possibilidades de uma atividade profissional que lhe permite manter-se

¹³¹ Nota do autor: art. 153, §36 na CF de 1967 com a emenda n° 1, de 1969.

e a sua família. Cruel quanto à desproporção entre a situação do acusado e as conseqüências da medida.

Mas não só o art. 150, § 35, pode ser invocado. Também o caput do art. 150 interessa, porque ali se assegura a todos os que aqui residem o direito à vida, à liberdade individual e à propriedade. Ora, tornar impossível o exercício de uma atividade indispensável que permita ao indivíduo obter os meios de subsistência, é tirar-lhe um pouco de sua vida, porque esta não prescinde dos meios materiais para a sua proteção¹³².

Um exame mais acurado da referida decisão, com a utilização dos recursos da moderna doutrina constitucional, há de demonstrar que, em verdade, a Corte se valeu da cláusula genérica de remissão contida no art. 150, § 35, da Constituição de 1967, para poder aplicar, sem risco de contestação, a idéia de proporcionalidade da restrição como princípio constitucional. Embora a questão em apreço se restringisse à liberdade de exercício profissional, parece certo que o juízo desenvolvido mostrasse aplicável em relação a qualquer providência legislativa destinada a restringir direitos.

Em outro julgado, de 17 de novembro de 1976, houve por bem o Supremo Tribunal Federal reformar decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral, na qual se afirmava a inconstitucionalidade de norma que estabelecia a inelegibilidade dos cidadãos que estivessem respondendo a processo crime¹³³. A lei federal estabelecia que cidadãos denunciados pela prática de crime não eram elegíveis¹³⁴. O Tribunal Superior Eleitoral reconheceu a inconstitucionalidade dessa disposição, por incompatível com o princípio da presunção da inocência. Esse princípio, enquanto postulado universal de direito, referido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 10 de dezembro de 1948, teria sido incorporado à ordem constitucional brasileira, através da cláusula constante do art. 153, § 36, da Constituição de 1967/69¹³⁵.

¹³² HC 45.232, Relator: Ministro Themístocles Cavalcanti, RTJ 44, p. 322 (327-328).

¹³³ RE 86.297, Relator: Ministro Thompson Flores, RTJ 79, p. 671.

¹³⁴ Lei Complementar no 5, de 1970, Art. 1, I, "n".

¹³⁵ RE 86.297, Relator: Ministro Thompson Flores, RTJ 79, p. 671.

Vale registrar passagem do voto proferido pelo Ministro Leitão de Abreu, no julgamento do recurso extraordinário, que bem sintetiza a orientação que conduziu o Tribunal Superior Eleitoral à pronúncia de inconstitucionalidade da norma questionada:

“Em nosso sistema constitucional, dispensável se faz colocar esse problema, especialmente naquilo que entende com o princípio da presunção de inocência, não tanto em nome do princípio cardinal do direito internacional público – pacta sunt servanda – mas principalmente em face da regra posta na vigente Carta Política, regra que acompanha a nossa evolução constitucional. Nessa norma fundamental se estatui que “a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”. Ora, o postulado axiológico da presunção de inocência está em perfeita sintonia com os direitos e garantias do regime e dos princípios que ela adota. O valor social e jurídico, que se expressa na presunção de inocência do acusado, é inseparável do sistema axiológico, que inspira a nossa ordem constitucional, encontrando lugar necessário, por isso, entre os demais direitos e garantias individuais, especificados no art. 153 da Constituição Federal. Além de se tratar, desse modo, como declarado com a sua costumeira elegância, o eminente Ministro Xavier de Albuquerque, de princípio eterno, universal, imanente, que não precisa estar inscrito em Constituição nenhuma, esse princípio imanente, universal e eterno constitui, em nossa ordem constitucional, direito positivo”¹³⁶.

O Supremo Tribunal Federal não aderiu a esse entendimento e, por maioria de votos, reformou a decisão, sem negar, no entanto, que o princípio da presunção da inocência poderia encontrar aplicação na ordem jurídica brasileira. Seria legítimo, todavia, o estabelecimento de restrições legais ao direito do cidadão, ainda que na ausência de decisão judicial definitiva sobre a sua culpabilidade.

A posição da maioria pode ser traduzida pela seguinte passagem do voto proferido pelo Ministro Moreira Alves:

¹³⁶ RE 86.297, Relator: Ministro Thompson Flores, RTJ 79, p. 671 (705).

“A presunção de inocência é (...) idéia-força que justifica uma série de direitos processuais em favor do acusado no processo penal moderno. Tomada, porém, em seu sentido literal, traduziria nas expressões vigorosas de Manzini (ob. cit., p. 227), idéia “goffamente paradossale e irrazionale” (desazadamente paradoxal e irracional). E Manzini, ninguém o nega, foi estrênuo defensor do respeito aos direitos processuais do réu e da dignidade humana. Foi por tomá-la em sentido literal, dando-lhe valor absoluto, por alçá-la à magnitude da categoria dos direitos inerentes à pessoa humana, que a maioria do Tribunal Superior Eleitoral considerou parcialmente inconstitucional a letra “n” do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 5/1970.

Nesse sentido – sem o qual a inconstitucionalidade em causa perderia sua base de sustentação – não posso considerar a presunção de inocência como daqueles princípios eternos, universais, imanentes, que não precisam estar inscritos nas Constituições, e que, na nossa, teriam guarida na norma residual do § 36 do art. 153. O ataque que sua literalidade tem sofrido pelos adeptos mais conspícuos dos princípios que floresceram à sua sombra o demonstra. Os fatos – admissão universal das providências admitidas contra a pessoa ou os bens do réu (prisão, seqüestro, arresto, apreensão de bens) – o evidenciam. Se é indisputável que a presunção de inocência não impede o cerceamento do bem maior, que é a liberdade, como pretender-se que possa cercear a atuação do legislador no terreno das inelegibilidades, em que, por previsão constitucional expressa, até fatos de ordem moral podem retirar a capacidade eleitoral passiva? Não tenho, portanto, dúvida alguma sobre a constitucionalidade da letra “n”, do inciso I, do art. 1º, da Lei Complementar nº 70”.

Recusou-se, dessa forma, a posição que acolhia o princípio da presunção da inocência como integrante da ordem constitucional brasileira por força da cláusula de remissão contida no art. 153, § 36, da Constituição de 1967/69. É provável que a questão pudesse ter sido discutida, de modo mais plausível, com base no princípio da proporcionalidade (excesso de poder legislativo).

Talvez a decisão proferida na Representação no 1.077, de 28.3.84, contenha um dos mais inequívocos exemplos de utilização do princípio da proporcionalidade

entre nós, uma vez que do texto constitucional não resultava nenhuma limitação expressa para o legislador. Cuidava-se da aferição da constitucionalidade de dispositivos constantes da Lei no 383 (de 4.12.80, do Estado do Rio de Janeiro) que elevava, significativamente, os valores da taxa judiciária naquela unidade federada. Após precisar a natureza e as características da taxa judiciária, enfatizou o eminente Relator, Ministro Moreira Alves:

“Sendo – como já se acentuou – a taxa judiciária, em face do atual sistema constitucional, taxa que serve de contraprestação à atuação de órgãos da justiça cujas despesas não sejam cobertas por custas e emolumentos, tem ela – como toda taxa com caráter de contraprestação – um limite, que é o custo da atividade do Estado, dirigido àquele contribuinte. Esse limite, evidentemente, é relativo, dada a dificuldade de se saber, exatamente, o custo dos serviços a que corresponde tal contraprestação. O que é certo, porém, é que não pode taxa dessa natureza ultrapassar uma equivalência razoável entre o custo real dos serviços e o montante a que pode ser compelido o contribuinte a pagar, tendo em vista a base de cálculo estabelecida pela lei e o quantum da alíquota por esta fixado”¹³⁷.

Fixada essa idéia de equivalência razoável entre custo do serviço e a prestação cobrada, concluiu o eminente Magistrado pela inconstitucionalidade do art. 118, da Lei estadual, que, de forma genérica, fixava em 2% sobre o valor do pedido o quantum devido pelo contribuinte, verbis:

“(...) Por isso, taxas cujo montante se apura com base em valor do proveito do contribuinte (como é o caso do valor real do pedido), sobre a qual incide alíquota invariável, tem necessariamente de ter um limite, sob pena de se tornar, com relação às causas acima de determinado valor, indiscutivelmente exorbitante em face do custo real da atuação do Estado em favor do contribuinte. Isso se agrava em se tratando de taxa judiciária, tendo em vista que boa parte das despesas do Estado já são cobertas pelas custas e emolumentos. Não estabelecendo a lei esse limite, e não podendo o Poder Judiciário estabelecê-lo, é de ser declarada a inconstitucionalidade do próprio mecanismo de aferição do valor, no caso concreto, da taxa judiciária, certo como é que conduzirá, sem dúvida alguma, a valores reais muito superiores aos custos a que servem de contraprestação. A falta

¹³⁷Rp. 1077, Relator: Min. Moreira Alves, RTJ 112: 34(58-59).

*desse limite torna incompatível o próprio modo de calcular o valor concreto da taxa com a natureza remuneratória desta, transformando-a, na realidade, num verdadeiro imposto*¹³⁸.

Posteriormente, viu-se o Supremo Tribunal Federal confrontado com a indagação sobre a proporcionalidade de disposições constantes do direito estadual do Paraná (Lei no 10.248, de 14.1.93) que fixavam as seguintes exigências:

Art 1º É obrigatória a pesagem, pelos estabelecimentos que comercializarem – GLP – Gás Liquefeito de Petróleo, à vista do consumidor, por ocasião da venda de cada botijão ou cilindro entregue e também do recolhido, quando procedida à substituição.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no caput deste artigo, os Postos revendedores de GLP, bem como os veículos que procedam à distribuição a domicílio, deverão portar balança apropriada para essa finalidade.

Art. 2º. Verificada a diferença menor entre o conteúdo e quantidade líquida especificada no botijão ou cilindro, o consumidor terá direito a receber, no ato do pagamento, abatimento proporcional ao preço do produto.

Art. 3º. Caso se constate, na pesagem do botijão ou cilindro que esteja sendo substituído, sobra de gás, o consumidor será ressarcido da importância correspondente, através de compensação no ato do pagamento do produto adquirido.

Reconheceu-se, na ação direta de inconstitucionalidade, a possibilidade de lesão ao princípio da proporcionalidade, como se pode depreender da seguinte passagem:

“Eis aí, pois, um outro fundamento igualmente suficiente para conduzir à invalidade da lei por ofensa ao princípio da razoabilidade, seja porque o órgão técnico já demonstrou a própria impraticabilidade da pesagem obrigatória nos caminhões de distribuição de GLP, seja porque as questionadas sobras de gás não locupletam as empresas distribuidoras de

¹³⁸ Rp. 1077, Relator: Min. Moreira Alves, RTJ 112: 34 (59).

GLP, como se insinua, mas pelo método de amostragem, são levadas em conta na fixação dos preços pelo órgão competente, beneficiando, assim, toda a coletividade dos consumidores finais, os quais acabariam sendo onerados pelos aumentos de custos, caso viessem a ser adotadas as impraticáveis balanças exigidas pela lei paranaense” (fls. 83 do acórdão no pedido de cautelar da ADIn no 855, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 1.10.93).

A Excelsa Corte acolheu essa fundamentação, para efeito de concessão da cautelar requerida. É o que se depreende da leitura do voto condutor proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence:

“De sua vez, os esclarecimentos de fato – particularmente a manifestação do Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial, do Ministério da Justiça, são de múltipla relevância para julgamento liminar. Eles servem, de um lado, como proficientemente explorados na petição – não só para lastrear o questionamento da proporcionalidade ou da razoabilidade da disciplina legal impugnada, mas também para indicar a conveniência de sustar, ao menos, provisoriamente –as inovações por ela impostas, as quais, onerosas e de duvidosos efeitos úteis –acarretariam danos de incerta reparação para a economia do setor, na hipótese – que não é de afastar – de que se venha a declarar a inconstitucionalidade da lei” (fls. 88).

Nesse diapasão, a simples colocação serve para demonstrar que um juízo seguro sobre a inadequação e desnecessidade da medida (“de duvidosos efeitos úteis”) e sobre a desproporção entre os ônus impostos aos particulares e os fins perseguidos afiguraram-se suficientes para legitimar a suspensão da norma de conteúdo restritivo.

6.2.A possibilidade de o Poder Judiciário aferir a razoabilidade dos atos legislativos

O vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitui, sem dúvida, um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno. Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins

constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade, isto é, de se proceder à censura sobre a adequação (Geeignetheit) e a necessidade (Erforderlichkeit) do ato legislativo.

O excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador. A inconstitucionalidade por excesso de poder legislativo introduz delicada questão relativa aos limites funcionais da jurisdição constitucional. Não se trata, propriamente, de sindicar os motivos da vontade legislativa. Não se cuida, ainda, de investigar, exclusivamente, a finalidade da lei, invadindo seara reservada ao Poder Legislativo. Isto envolveria o próprio mérito do ato legislativo.

Não prevalece, de outro lado, o conceito de que, ao tratar do ato legislativo, o judiciário invadiria a discricionariedade do ato legislativo. O conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, idéia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o poder de conformação dentro de limites estabelecidos pela Constituição.

E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas. Veda-se, porém, o excesso de poder, em qualquer de suas formas. Por outro lado, o poder discricionário de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar (garantismo positivo). A omissão legislativa parece equiparável, nesse passo, ao excesso de poder legislativo. A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. Todavia, a questão está em que se protege, acima e antes de tudo os direitos e garantias fundamentais.

Todo e qualquer ato jurídico emanado do Poder Público (aí inseridos os atos do Legislativo), na medida em que afetam direitos e garantias fundamentais, no moderno Estado Constitucional e Democrático de Direito, deve contar com

legitimidade jurídica formal (legitimidade externa, atinente à vigência) e também substancial (legitimidade interna relacionada à validade).

Desde logo cumpre salientar que validade e vigência somente coincidem nos Estados absolutos e totalitários, que têm como única fonte normativa acerca da produção dos seus atos o princípio de mera legalidade, ou seja, *quod principi placuit legis habet vigorem*. Em um Estado Constitucional e Democrático de Direito (como o brasileiro), ao contrário, validade não é a mesma coisa que vigência, isto é, que o ato tenha legitimidade formal (externa) não significa que consubstancie automaticamente a legitimidade substancial (interna, ou material). Veja-se a lei que contrarie um determinado Tratado Internacional sobre Direitos Humanos: ela é vigente, mas não é válida.

Remarque-se que os Estados – instituídos como Estados de Direito – caracterizam-se justamente pela existência de normas acerca da produção dos atos jurídicos em geral, que devem (sempre) respeitar em primeiro lugar os direitos humanos e as garantias fundamentais (cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, trad. de Andrés Ibáñez et alii, Madrid: Trotta, 2ª ed., 1997, p. 360). Daí que, se nenhum ato público já não pode ser expressão de um Estado absoluto e totalitário, tornou-se indiscutível, na atualidade, quando não é observada a razoabilidade ou a proporcionalidade, que o Poder Judiciário pode e deve, na perspectiva constitucionalista e humanitária, exercer o devido controle inclusive quanto ao mérito dos atos jurídicos públicos.

Infere-se, daí, que todos os atos do Poder Legislativo, desde a proposta de um projeto de lei até a sua proclamação, contam com limites. Tudo isso se deve à moderna doutrina e concepção do princípio do devido processo legal, em seu sentido material, ou substantivo. É o que sustenta Luiz Flávio Gomes¹³⁹, ao destacar que:

¹³⁹ O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro, VV.AA., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 185 e ss.

"...a significação primitiva da cláusula do "due process of law", seja no direito inglês (1215), seja no direito norte-americano (que a incorporou com as Emendas V, VI e XIV), nada mais revela que o princípio do Estado de Direito ("Rechtsstaatprinzip" ou "Government under law"), especialmente no particular aspecto da atuação jurisdicional, isto é, o Estado não pode privar a vida ou a liberdade ou os bens de ninguém sem lei ou fora da lei (extra et ultra legem). O Estado só pode agir consoante o ordenamento jurídico imperante, isto é, "per legem terrae", especialmente no momento de dizer o direito em razão do cometimento de uma infração penal. E, ainda assim, há que se compatibilizar com os Tratados Internacionais dos quais o Estado brasileiro seja signatário."

Mas não basta limitar o Estado somente do ponto de vista procedimental, obrigando-o a respeitar o "processo justo" definido em lei". Tão relevante quanto a observância das formalidades legais devidas é a imposição de limites à própria criação jurídica dessas formalidades. De nada adianta estabelecer limites formais à atuação estatal, se ela não conta com barreiras no preciso momento da formulação dessas mesmas regras jurídicas, primordialmente as que se destinam a restringir a liberdade das pessoas – o caráter substancial da Constituição. Justo ou devido, portanto, deve ser não só o processo, senão também o próprio procedimento de elaboração da lei [ou de qualquer outro ato normativo], seja no aspecto formal e, sobretudo, no substancial (material), porque o legislador não pode transformar em "processo devido" o que é, por natureza, arbitrário, desproporcional e indevido.

Duas, por isso mesmo, são as emanações básicas da cláusula original do devido processo legal e que chegaram até nossos dias: 1ª) o "substantive due process of law" e 2ª) o "judicial due process of law" (também conhecido como "fair trial"¹⁴⁰ ou "judicial process" ou, ainda, "devido processo procedimental"). Nessa

¹⁴⁰ Essa a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, in SL 112 AgR/TO*, RELATORA: Min. Ellen Gracie (Presidente). **Informativo Supremo Tribunal Federal. Brasília, 16 a 20 de outubro de 2006 N° 445, verbis:** "4. Conforme autoriza a jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal, quando da análise do pedido de suspensão de decisão (SS 846-AgR/DF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 29.5.96; SS 1.272-AgR, rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 18.5.2001, dentre outros), em um juízo mínimo de deliberação, assevero que esta Corte entende pela impossibilidade do controle judicial dos atos dos parlamentares, porque interna corporis, salvo se houver desrespeito a direitos e/ou garantias de índole constitucional (MS 24.831/DF, rel. Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 22.6.2006; MS 24.356/DF, rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 12.9.2003, dentre

perspectiva, o curso do processo pode e deve ser corrigido pelo Poder Judiciário, em razão da concretização do princípio do devido processo legal, o qual lastreia um rol de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegurando que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de *fair trail*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais.

A mídia, através do *free press*, presta verdadeiro desserviço à opinião pública na medida em que torna inaplicável o *fair trail*, violando os mais mezinhos princípios garantistas ao influenciar no ânimo daqueles que aplicam o direito. Não se quer uma *virgin mind* do juiz, togado ou popular, pois este, obviamente, está inserido na sociedade e é permeável às influências culturais, mas é preciso reprimir condutas que têm passado ao largo da legislação vigente e tornam uma quimera o sonho da imparcialidade e de um julgamento justo.

E isso não interessa apenas ao Judiciário, mas à correta distribuição da justiça, que diz com os interesses da cidadania como um todo. Como relatou Israel Drapkin, no seu clássico “Imprensa e criminalidade”, sonegar notícias ou retardar a publicação de outras até quando fosse oportuno; misturar notícias com opiniões condenatórias ou de aprovação; ampliar fatos insignificantes e reduzir o destaque de outros, de real importância; utilizar frases sentimentais, com vistas a despertar a simpatia ou a antipatia... são práticas conhecidas, e era exatamente o que fazia a imprensa hitlerista. Mas, se num regime que se funda sob a força é facilmente concebível e explicável um direcionamento único e monolítico da divulgação dos fatos, numa democracia torna-se espantoso, para não se dizer odioso, perceber que os diferentes órgãos da imprensa agem dentro de uma mesma lógica para elevar os índices de audiências e liderar a concorrência.

O fato de que a existência de uma grande quantidade de meios e veículos

informativos não gera uma pluralidade de temas, abordagens, personagens, pontos de vista, desmentindo as potencialidades tão louvadas da era da comunicação. Esse fenômeno ocorre porque, contrariamente a qualquer indústria em que a concorrência obriga cada um a propor produtos diferentes, na indústria midiática, ela leva os jornalistas a fazer prova de mimetismo, a dedicar todo o seu talento a repetir a mesma história, a tratar o mesmo assunto que mobiliza, no mesmo momento, todos os veículos.

Com essa forma de pensar, esquece-se de que, numa sociedade edificada sobre a base da dignidade humana, estampada na Constituição como valor-síntese (art. 1º, inc. III) e que presume a inocência do cidadão (art. 5º, inc. LVII), não se pode conviver com a execração pública, degradação e linchamento moral dos cidadãos, ainda que abastados, como forma de exercício do poder, tal qual se fazia sob o absolutismo. Por outras palavras, o que ontem se combateu como opressão dirigida aos segmentos desfavorecidos, porque afrontoso aos Direitos Humanos, não pode, perversamente, vir validado e aplaudido hoje, como se fosse a democratização do Direito Penal ou a da cobertura da imprensa, que agora também atinge os ricos.

O instituto da imprensa livre é garantia institucional da imprensa como um dos portadores e difusores da opinião pública no interesse de uma democracia livre. Contudo, isso não pode significar que se tolerem manipulações que importem o alijamento da verdade para satisfazer a elevação dos índices de audiência ou outros interesses de duvidosa pretensão. Nem sempre é possível separar um juízo de valor de um juízo de realidade.

A mídia não é apenas uma cronista da realidade; ela se torna, cada dia mais, a protagonista da realidade, influenciando, modificando e construindo os fatos, interagindo com atores da vida real a ponto de constituir uma outra realidade, bem diferente da vida real. Como nas sociedades contemporâneas a comunicação das experiências, da ocorrência de fatos e até de sentimentos, cada vez mais acontece no âmbito da mídia, sobretudo pela televisão, a grande maioria das pessoas crêem no que vêem, ouvem e lêem nos rádios, televisões, jornais e revistas. Nesse contexto, não seria exagero que o velho brocardo latino, segundo o qual *quod non*

est in acta, non est in mundo, fosse lido como “o que não está na tela da TV não está no mundo”, ou, como preferiu Eugênio Bucci¹⁴¹, o que é invisível para as objetivas da TV não faz parte do espaço público brasileiro.

Programas como “Linha Direta” e similares, que normalmente reconstroem os fatos a partir de um prisma acusatório, deveriam ser proibidos antes do julgamento do acusado, sobretudo nos casos submetidos ao júri, pois tornam inarredável a futura condenação. De idêntica maneira, buscas policiais não podem ser alvo de acompanhamento, em tempo real, pela imprensa. Os policiais posam como agentes dos famigerados esquadrões da “SWAT” (Special Weapons and Tactics) e o espectador tem a impressão de que está diante de um cenário criminoso. Quando nada é encontrado na busca, afirma-se que os investigados são tão organizados que já sabiam da ação policial. Não há saída para o suspeito, a regra é a vox incriminadora, ou, no mínimo, comprometedora. A investigação deve ser coberta pela discrição.

Também, hoje, lamentavelmente, são comuns casos em que o melhor acompanhamento do inquérito ou do processo é feito pela própria televisão. Veda-se o acesso do advogado ao inquérito, mas na televisão mostram-se cópias dos depoimentos “em primeira mão”. As assessorias de imprensa dos tribunais logo distribuem cópias das decisões aos seus colegas, mas os advogados e estagiários para obterem-nas devem percorrer caminhos formais e demorados.

Toda pessoa (rica ou pobre; enferma ou sã; branca ou negra;...) tem direito de reivindicar não somente que qualquer restrição a sua liberdade ou propriedade ocorra rigorosamente consoante os ditames legais (“judicial process”), senão sobretudo que o legislador observe o valor justiça também no momento da construção dessas normas [ou dos seus atos], de tal modo a impedir-lhe que crie um arbitrário e injusto conjunto normativo (“substantive process”). O problema nuclear do due process, em consequência, “não residiria tanto no procedimento legal mediante o qual alguém é declarado culpado e castigado por haver cometido uma

¹⁴¹ BUCCI, Eugênio. **Brasil em tempo de TV**. São Paulo: Boitempo, 1997. p. 11.

infração penal, senão no fato de a lei poder transportar a "injustiça", privando uma pessoa de direitos fundamentais". É imperiosa a necessidade de se impor limites ao legislador, que não pode, arbitrariamente, restringir ou eliminar direitos fundamentais, sem ter razões substanciais para tanto. Razões sustentadas constitucionalmente e, ainda, conformes aos Tratados referentes aos direitos humanos.

Em razão da importância ímpar do princípio do *due process of law*, que em seu duplo aspecto continua mantendo o caráter de limite à atuação do Poder Público, seja nas suas funções executivas ou legislativas, seja nas funções jurisdicionais, não podia o legislador constituinte brasileiro de 1988 deixar de contemplá-lo expressamente na Magna Carta. É o que foi feito no art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal, in verbis: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

O significado essencial do *substantive process of law* (aspecto material), previsto no art. 5º da CF, consiste em que todos os atos públicos devem ser regidos pela razoabilidade e proporcionalidade, incluindo-se primordialmente a lei [ou qualquer outro ato Legislativo], que não pode limitar ou privar o indivíduo dos seus direitos fundamentais sem que haja motivo justo, sem que exista razão substancial (de conteúdo constitucional).

O princípio do devido processo, sob esse prisma substancial, como se vê, constitui valioso instrumento de controle da atividade pública, principalmente da legislativa. A lei [ou qualquer outro ato normativo] deve ser elaborada não só consoante o devido procedimento legislativo (aspecto formal), senão sobretudo conforme o valor "justiça" (aspecto substancial). Uma lei [ou outro ato normativo qualquer] que não atenda a razoabilidade *reasonableness* é inconstitucional, por ferir a cláusula do "due process". E cabe ao Poder Judiciário, desde que foi concebido o *judicial review of legislation*, a tarefa de aferir a "justiça" da lei".

A mais extrema forma do devido processo substantivo é, como põe em realce

a doutrina de Raquel Stumm:

"... a que limita o poder legislativo, tendo em Locke e Coke seus precursores. Afirma Locke, inspirado em Coke, que o poder legislativo não é um poder arbitrário senão que deve também dispensar justiça"¹⁴². Nem tudo que é formalmente legítimo (legal) é constitucionalmente válido. Disso deriva a conclusão óbvia de que ao Poder Judiciário está facultado examinar sempre a fundamentação dos atos jurídicos, para verificar a sua razoabilidade. E uma vez aceito o requisito da plausibilidade ou razo¹⁴³abilidade dos atos públicos abre-se caminho para o Poder Judiciário examinar o próprio mérito da disposição legislativa, repelindo como undue process of law a lei ou o ato caprichoso ou arbitrário.¹⁴⁴

Em primeiro plano, o que marca uma lei [ou qualquer outro ato jurídico público] como arbitrário é o fato de restringir [ou atacar] a liberdade individual mais severamente do que o direito vigente permite. Todos os atos normativos arbitrários e irracionais devem ser revistos e corrigidos pelo poder competente. Em princípio, sabe-se, não é dado aos juízes imiscuir-se em matérias de cunho político constante do mérito das leis [e dos atos normativos em geral], a não ser quando são instados a proteger os direitos fundamentais contra agressões injustificadas, pois nesse caso cumpre uma obrigação imposta pelo sistema jurídico"¹⁴⁵. Mariângela Gama de Magalhães Gomes sustenta a especial relevância da proporcionalidade no momento da elaboração legislativa.¹⁴⁶ Quando o ato público – aí incluso o legislativo – assume um conteúdo irrazoável, deve ser submetido à apreciação dos órgãos jurisdicionais competentes. Na ADIn 1.158-8 (1994), quem colocou tudo isso em evidência foi o Min. Celso de Mello, in verbis:

"(...). Todos sabemos que a cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só no aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do

¹⁴² STUMM, Raquel. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 164

¹⁴⁴ DANTAS San Tiago, *apud Stumm*, op.cit., p. 165

¹⁴⁵ STUMM, Raquel. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 170

¹⁴⁶ O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal. RT, São Paulo, 2003, p. 39

Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável. A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação [ou ato normativo] que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, 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 [ou aprovar qualquer ato] 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".

A resistência em se admitir que o Poder Judiciário, com fulcro no princípio da proporcionalidade (ou do devido processo legal substantivo), possa exercer controle sobre (o conteúdo) (d) os atos do legislativo encontra fundamento não só em desgastados argumentos históricos (independência do Legislador frente aos demais poderes, risco de desmoronamento do Estado de Direito, tripartição dos poderes etc.) como, sobretudo, no fato de que os parlamentares são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos. Em outras palavras, invoca-se a inviolabilidade parlamentar ou do vereador para se evitar qualquer tipo de controle que possa autorizar o princípio da proporcionalidade.

O que acaba de ser exposto conduz à seguinte conclusão: se de um lado a inviolabilidade isenta o mandatário eleito de responsabilidades pessoais (penal, civil, administrativa), de outro, de modo algum constitui obstáculo intransponível para o exame da razoabilidade do conteúdo do que falam, opinam ou votam. Em poucas palavras: a secular "freedom of speech" não é absoluta.

Ressalta o voto do ministro Gilmar Mendes (Recurso Extraordinário 466.343-SP) que o Estado constitucional e humanitário de Direito está regido pela constitucionalidade plena (que corresponde ao que Ferrajoli, no seu sistema garantista, chama de legalidade estrita), cujas fontes normativas (Constituição, direito humanitário internacional —tratados e convenções de direitos humanos —e legislação ordinária) são hierarquicamente distintas. Desta premissa, pode-se e

deve-se inferir que a produção do direito, agora, está sujeita a uma dupla compatibilidade vertical (compatibilidade com o direito humanitário internacional assim como com a Constituição), fundada em limites tanto formais (quem pode legislar? Como se pode legislar) como materiais (o texto legal –ou qualquer ato normativo não pode violar o conteúdo essencial de nenhum dos direitos e garantias fundamentais). Todo exercício de poder, especialmente o punitivo, por conseguinte, deve ser regido per leges (legalidade da atuação), assim como sub lege, ou seja, já não basta admitir que os direitos e garantias fundamentais ostentam natureza positiva (já não basta a mera positivação deles), pois mais que isso, é preciso sempre investigar se o conteúdo do texto legal produzido não afetou desarrazoadamente o núcleo essencial de tais direitos e garantias, fruto da denominada interpretação *pro homine*.

Cumprido reconhecer que se agora podemos/temos que questionar sempre o produto legislativo produzido, isso conduz a admitir o fim da democracia puramente formal (democracia das maiorias, isto é, basta a manifestação da maioria), que foi substituída pela democracia material ou substancial, que define o que se pode ou deve e o que não se pode ou não se deve legislar, o que se pode e o que não se pode fazer, etc.. Em outras palavras, todo exercício de poder, incluindo-se primordialmente o punitivo, tem limites que não podem ser ultrapassados e que se materializam por meio de regras, valores, normas e, sobretudo, de princípios (da legalidade, proporcionalidade ou razoabilidade, dignidade, ofensividade, presunção de inocência, devido processo criminal etc.).

Desse modo, nem tudo que o legislador ordinário produz (textos normativos) é válido. O direito se expressa por meio de normas e há dois “modelos óticos interpretativos” dessas normas: um fundado no juspositivismo dogmático (que se contenta com a mera legalidade) e outro no juspositivismo crítico (que exige a constitucionalidade plena de todo ordenamento jurídico). O primeiro confunde vigência com validade, quer dizer: se é vigente, é válido. O segundo, coerente com o Estado Constitucional e Democrático de Direito, (ou Estado Constitucional e Humanitário de Direito, como quer Ferraioli distingue com clareza tais conceitos. Lei vigente nem sempre é lei válida. Ela só é válida quando conta com dupla compatibilidade vertical (conforme a Constituição e ao Direito Humanitário).

O direito não é harmônico, coerente, pleno, completo, etc.; ao contrário, as incoerências (antinomias e aporias) e incompletudes (lacunas) são dois vícios absolutamente inseparáveis de qualquer modelo de Estado e de direito. E o controle de constitucionalidade das leis (ou seja: das suas antinomias, aporias e lacunas) deve ter eficácia plena, isto é, deve ser otimizado o máximo possível por todos os operadores do direito e, sobretudo, pelos juízes –de primeira instância ou de tribunais, no chamado sistema difuso –bem como pelo Supremo Tribunal Federal, no denominado sistema concentrado. Todos eles, doravante, contam com o impostergável poder/dever/função de sempre examinar o conteúdo legislativo produzido (a premissa maior), antes de dirimir cada um dos conflitos de interesses deduzidos em juízo (premissa menor).

A conclusão do juiz, obrigatoriamente, deve se atrelar ao direito fundado na constitucionalidade plena; que o modelo ideal de juiz, destarte, já não é o legalista (de origem napoleônica, que aplica a lei em seus estritos termos, sem nunca questionar sua constitucionalidade) ou o alternativista (que sustenta a superioridade ou a prioridade dos seus critérios pessoais para a realização do valor justiça) ou o escatológico (que destoa completamente da razoabilidade), sim, o constitucionalista (que investiga sempre a dupla compatibilidade legal, isto é, em relação ao direito humanitário internacional e à Constituição; que o modelo de jurista ideal já não é o legalista, que cumpre papel puramente descritivo e sistematizador do produto legislativo, mas sim, o constitucionalista –de papel crítico e valorativo de todo texto produzido pelo legislador).

Foi fundado em todas essas premissas que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, analisando várias Adins ajuizadas contra o Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03), reconheceu três inconstitucionalidades (anomalias): (a) do parágrafo único do artigo 14, que proibia a concessão de fiança no caso de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, (b) do parágrafo único do artigo 15, que fazia idêntica proibição em relação ao disparo de arma de fogo e (c) do artigo 21, do mesmo Diploma legal, que proibia liberdade provisória nos crimes de “posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito”, “comércio ilegal de arma de fogo” e, ainda, no delito tipificado como “tráfico internacional de arma de fogo”.

As duas primeiras acham-se fundamentadas no princípio da razoabilidade (não é razoável a proibição de fiança em crime de perigo com pena mínima não superior a dois anos); a terceira nos princípios da presunção de inocência, devido processo criminal, princípio da liberdade (a Constituição brasileira não autoriza a prisão ex lege, automática ou sem motivação) assim como no da obrigatoriedade de fundamentação de todas as prisões (Constituição Federal brasileira, artigo 5º, LXI), que se coliga com os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Por dedução lógica, pode-se afirmar que estudar e conhecer os limites do exercício do poder punitivo, sejam os formais ou os materiais, expressos em grande parte por meio de princípios é a tarefa, na atualidade, mais imperiosa e inadiável dos operadores do direito.

7. PRESSUPOSTOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: PRINCÍPIO COMO ESPÉCIE DE NORMA JURÍDICA

Na perspectiva pela qual a interpretação da norma jurídica deve considerar o conteúdo material (axiológico) da mesma, para além da mera subsunção formal, positivista, o processo de concretização constitucional brasileiro deve considerar que as normas que se subdividem em princípios e regras. Estas se excluem umas às outras; já aqueles se compatibilizam, sem se excluírem. Por isso, também, poder-se haurir, com segurança, 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” (Optimierungsgebote) que se cumprem na medida das possibilidades, fáticas e jurídicas, que se oferecem concretamente, como assevera Robert Alexy, verbis,¹⁴⁷

“El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no.”

A superação da concepção formalista do positivismo – vale dizer, da mera subsunção – dependeu, contudo, da sistematização empreendida por alguns filósofos de inegável importância para o direito. Dentre eles, merece destaque Canaris, segundo o qual o princípio possui um grau de concretização maior do que o valor, porque indica uma consequência jurídica¹⁸.

Karl Larenz, de outra banda, sustenta que a ordem jurídica possui uma natureza axiológica e o direito está comprometido com a idéia de Justiça (grifei),

¹⁴⁷ Theorie der Grundrechte, Baden-Baden: NOMOS, 1985, pp. 75 e s.

preocupação essa inexistente entre os positivistas (Kelsen e Hart, por exemplo). Karl Larenz parte da idéia de direito como algo devido e, nessa esteira, os princípios como espécies de norma compõem os pensamentos diretores ou causas de justificação para as regulações concretas de direito positivo. Ronald Dworkin, um dos principais representantes da filosofia jurídica anglo-saxônica atual, recusa a regra de reconhecimento proposta por Hart como critério para a identificação do direito e realiza a distinção entre normas e princípios. Salaria que apenas pela coerção o direito não se sustenta, como pretende o positivismo, e busca um outro fundamento de validade na moralidade.

As regras, para Dworkin, incidem sob a forma do “all or nothing”, o que não ocorre com os princípios. Nesse sentido, a regra ou é aplicada ao caso concreto, subsumindo-se o fato, ou será inválida e em nada contribui para a solução do caso. Salaria o autor que os princípios têm uma dimensão de peso ou importância, razão pela qual, quando os princípios entram em conflito, quem deve resolvê-lo precisa relevar o peso relativo que cada um deles tem. As normas, a seu turno, não possuem essa dimensão, pois em havendo um conflito entre normas, uma delas não será válida²⁰.

Sem divergir, Robert Alexy, consagrado jurista alemão da atualidade dá continuidade ao trabalho desenvolvido por Dworkin, mas considera a teoria do sopesamento insuficiente e oferece uma distinção quanto à qualidade. Nesse sentido, preocupa-se em buscar a racionalidade que garante a aplicação dos valores. A distinção entre regras e princípios ganha novo status, na medida em que é considerada como um dos pilares fundamentais da teoria dos direitos fundamentais.

Contribuindo de forma decisiva para o debate, salienta o autor que tanto as regras quanto os princípios são normas, na medida em que ambos dizem o que “deve ser”. Logo, a distinção ocorre entre dois tipos de normas, sendo possível identificar, assim, três tipos diferentes de teses. Primus, todo intento de dividir as normas em duas classes é desnecessário, devido a uma pluralidade realmente

existente. Secundus, a distinção existe e é de grau de generalidade. Tertius, as normas podem dividir-se entre regras e princípios e há diferença não apenas gradual, mas também qualitativa.

Esclarece, ainda, que o conflito de regras pode ser solucionado introduzindo em uma das regras uma cláusula de exceção que elimina o conflito declarando inválida ao menos uma das regras. Ademais, salienta que na impossibilidade de introduzir-se uma cláusula de exceção, a solução se fará através de regras como “lei posterior derroga lei anterior” ou “lei especial derroga a lei geral”. A decisão será, portanto, sempre uma decisão sobre a validade.

No entanto, quando dois princípios entram em colisão, um deles terá de ceder ante ao outro. Assim, sob certas circunstâncias um dos princípios precederá ao outro, mas em circunstâncias diversas, a questão de precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Trata-se, enfim, de uma relação de precedência condicionada. A lei de colisão é um dos pilares da teoria dos princípios sustentada por Alexy, pois reflete o caráter dos princípios como mandatos de otimização, na medida em que não existem relações absolutas de precedência e também porque se referem a situações que não são quantificáveis.

Nessa linha, Alexy sustenta que as regras constituem comandos definitivos, ao passo que os princípios expressam mandados prima facie em favor de certos interesses, o que equivale dizer que os princípios podem ser afastados em razão da ponderação de interesses. Ademais, o caráter prima facie dos princípios pode ser reforçado introduzindo uma carga de argumentação que justifica a aplicação de determinados princípios em detrimento de outros:

“O processo para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados do mesmo fenômeno. O primeiro refere-se ao aspecto normativo; o outro, ao aspecto metodológico. Quem empreende ponderação no âmbito jurídico pressupõe que as normas entre as quais se faz uma ponderação são dotadas da estrutura de princípios e quem classifica as normas como princípios acaba chegando ao processo de ponderação. A controvérsia em torno da teoria dos princípios apresenta-se,

fundamentalmente, como uma controvérsia em torno da ponderação. Outra é a dimensão do problema no plano das regras. Regras são normas que são aplicáveis ou não são aplicáveis. Se uma regra está em vigor, é determinante que se faça exatamente o que ela exige: nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no contexto do fático e juridicamente possível. São postulados definitivos (definitive Gebote). A forma de aplicação das regras não é a ponderação, mas a subsunção.”¹⁴⁸

Em regimes democráticos, as demandas afloram mais facilmente e os conflitos sociais emergem com maior espontaneidade e, por isso mesmo, as colisões de princípios fazem parte da própria lógica do sistema, vez que refletem a diversidade de interesses que subsistem em uma sociedade pluralista. Nesse sentido, os princípios assumem função primordial de permitir maior fluidez no ordenamento jurídico, que não se adapta mais a um modelo fechado, estático e hermético.

A acentuada carga axiológica dos princípios possibilita uma maior proximidade com o valor justiça, conferindo maior legitimidade à ordem jurídico-positiva. Ademais, não apenas funcionam como vetores exegéticos, como também possibilitam a integração do direito e dinamizam a ordem constitucional, conferindo-lhes um fundamento ético, para além do positivismo. Por fim, denotam forte carga argumentativa ao se apresentarem como topoi, equacionando o que Dworkin denomina *hard cases*.

Enquanto o conflito de regras resulta em uma antinomia, a ser resolvida pela perda de validade de uma das regras em conflito, ainda que em determinado caso concreto, deixando-se de cumpri-la para cumprir a outra que se entende ser a correta, 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 curial que esse deva prevalecer, embora aí, na verdade, ele prevalece, em determinada situação concreta, sobre o

¹⁴⁸ ALEXY, ob. cit., p. 100, 143 e s., **passim**; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de Teoria Constitucional**, Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1989, pp. 47, 69 e s., **passim**; **Id.**, **Teoria Processual da Constituição**, 2^a. ed., São Paulo: IBDC/Celso Bastos Ed., 2002, pp. 75 ss., 185 ss.

princípio em que a regra se baseia a rigor, portanto, não há colisão direta 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: 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 dizer que há uma necessidade lógica e, até, axiológica, de se postular um “princípio de relatividade” (Verhältnismäßigkeitsprinzip), que é o princípio da proporcionalidade, para que se possa respeitar normas, como os princípios, tendentes a colidir, quando se opera concretamente com o Direito.¹⁴⁹

A marca distintiva do pensamento jurídico contemporâneo, que se faz notar em autores como Ronald Dworkin, antes mesmo de Robert Alexy, repousa precisamente na ênfase dada ao emprego de princípios jurídicos, positivados no ordenamento jurídico, quer explicitamente em geral, na Constituição, quer através de normas onde se manifestam de forma implícita como é aquela do princípio protetor, ou quanto ao tratamento dos problemas jurídicos.

Com isso, dá-se por superado o legalismo do positivismo normativista, para o qual as normas do direito positivo se reduziriam ao que hodiernamente se classifica como “regras” (rules, Regeln) na teoria jurídica anglo-saxônica e germânica, isto é, normas que permitem realizar uma subsunção dos fatos por elas regulados (Sachverhalte), atribuindo a sanção cabível.

Os princípios, de outro lado, se encontram em um nível superior de abstração, sendo hierarquicamente superiores, dentro da compreensão do ordenamento

¹⁴⁹ ALEXY, ob. cit., p. 100, 143 e s., **passim**; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de Teoria Constitucional**, Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1989, pp. 47, 69 e s., **passim**; **Id.**, *Teoria Processual da Constituição*, 2ª. ed., São Paulo: IBDC/Celso Bastos Ed., 2002, pp. 75 ss., 185 ss. e **Id.**, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 3ª. ed., São Paulo: IBDC/Celso Bastos Ed., 2003, pp. 63 ss.

jurídico como uma “pirâmide normativa” (Stufenbau), e se eles não permitem uma subsunção direta de fatos, isso se dá indiretamente, colocando regras sob o seu “raio de abrangência”.

Ao contrário dessas também, se verifica que os princípios podem se contradizer, sem que isso faça qualquer um deles perder a sua validade jurídica e ser derogado. É exatamente numa situação em que há conflito entre princípios, ou entre eles e regras (admitindo-se tal possibilidade), que o princípio da proporcionalidade (em sentido estrito ou próprio) mostra sua grande significação, pois pode ser usado como critério para solucionar da melhor forma tal ou qual conflito, otimizando a medida em que se acata um e desatende ao outro.

Esse papel lhe cai muito bem pela circunstância de se tratar de um princípio extremamente formal e, à diferença dos demais, não haver um outro que seja o seu oposto em vigor, em um ordenamento jurídico digno desse nome.¹⁵⁰

A idéia de proporcionalidade revela-se não só um importante princípio jurídico fundamental, senão o mais importante, por viabilizar a dinâmica de acomodação dos diversos princípios; é, por assim dizer, um verdadeiro topos argumentativo, ao expressar um pensamento que, além de aceito como justo e razoável, de um modo geral, é de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para atingir determinado objetivo.

Da mesma forma como em sede de teoria do direito os doutrinadores pátrios apenas começam a se tornarem 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 Constitucional e Democrático de Direito, de se

¹⁵⁰ Sobre a função legitimadora do princípio da proporcionalidade cf. TORRES, Ricardo Lobo, “**A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade**”, in: Id. (Org.), *A Legitimação dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 397 ss., esp. pp. 432 ss.

reconhecer e empregar o princípio da proporcionalidade, o Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dos alemães, também chamada de “mandamento da proibição de excesso” (Übermaßverbot)¹⁵¹.

Nesse passo, no Estado brasileiro não se adotou 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, 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 quatro 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 Constitucional e Democrático de Direito. Daí termos já 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 nos parágrafos do art. 5º, da Constituição Federal.

Aqui cabe indagar se a norma consagradora do princípio da proporcionalidade corresponderia a um direito ou a uma garantia fundamental, podendo a mesma

¹⁵¹ No mesmo sentido: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, in **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. RT, São Paulo, 2003, p. 39. BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1996, p. 67-71

questão ser colocada em face de outros princípios, como o da isonomia, que se referem à dimensão objetiva consagrada nesses que, pela posição que ocupam no ordenamento jurídico, não são apenas direitos subjetivos, a saber, os direitos fundamentais, em sentido amplo.

A conclusão 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 estrito¹⁵². 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 o princípio da isonomia traduziria a idéia aristotélica - ou, antes “pitagórica”, como prefere Del Vecchio de “igualdade proporcional”, própria da “justiça distributiva”, “geométrica”, que se acrescente àquela “comutativa”, “aritmética”, meramente formal - aqui, igualdade de bens; ali, igualdade de relações.

¹⁵² BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Brasileira**, vol. V, São Paulo: Saraiva, 1934, p. 278.

8. AS TRÊS DIMENSÕES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade, entendido como um mandamento de otimização¹⁵³, do respeito máximo a todo direito fundamental em situação de conflito com outro(s), na medida do jurídico e faticamente possível, tem um conteúdo tripartido¹⁵⁴: “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 subprincípio 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 permaneça intocado o “conteúdo essencial” (Wesensgehalt) de direito fundamental¹⁵⁵, sob pena de desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens.

¹⁵³ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, in **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. RT, São Paulo, 2003, p. 55

¹⁵⁴ D'URSO, Flávia. Op.cit., p.66-68; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, in **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. RT, São Paulo, 2003, p. 78-81

¹⁵⁵ Apesar de se encontrar em alguns textos a expressão direitos fundamentais como sinônimo de direitos humanos, há que se fazer a distinção, sendo assim, entende-se por direitos humanos os direitos inerentes à pessoa humana, noção que se compatibiliza com os princípios jusnaturalistas e portanto seriam universais. Os direitos fundamentais seriam os direitos humanos dotados do *status* de fundamentalidade em determinada ordem jurídica; seriam os direitos positivados, ilaqueados pelo Direito Constitucional de determinado Estado e pertencentes ao Direito Internacional. Nesse sentido: ALMEIDA, Fenando Barcellos de, op. cit., p. 19. CAVALCANTI, Geilza Fátima. A efetivação dos direitos humanos por meio do direito alternativo e do uso alternativo do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 147, p. 278, jul./set. 2000. GARCIA, Maria. Mas, quais são os direitos fundamentais? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 10, n. 39, p. 115-116, abr./jun. 2002. Paulo Bonavides considera que a divergência é terminológica, sendo a expressão direitos fundamentais, preferida dos publicistas germânicos, enquanto os anglo-saxões e latinos preferem referir-se a direitos humanos ou direitos do homem (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 64).

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, demonstrando, assim, ser “adequado”. Além disso, esse meio deve se mostrar “exigível”, o que significa não haver outro, igualmente eficaz, e menos danoso a direitos fundamentais. Exige-se a maior proteção com a menor ofensa.

Dessa circunstância, de ter seu conteúdo formado por subprincípios, passível de subsumirem fato e questões jurídicas, não se pode, contudo, vir a considerar o princípio da proporcionalidade mera regra, ao invés de verdadeiro princípio, pois não poderia ser uma regra o princípio que é a própria expressão da peculiaridade maior deste último tipo de norma em relação à primeira, o tipo mais comum de normas jurídicas, peculiaridade esta que Ronald Dworkin refere como a “dimensão de peso” (dimension of weight) dos princípios,¹⁵⁶ e Alexy como a ponderação (Abwägung) – justamente o que se contrapõe à subsunção nas regras.¹⁵⁷

E também, caso a norma que consagra o princípio da proporcionalidade não fosse verdadeiramente um princípio, mas sim uma regra, não poderíamos considerá-la inerente ao regime e princípios adotados na Constituição brasileira de 1988, deduzindo-a do sistema constitucional vigente aqui, como em várias outras nações, da idéia de Estado Democrático de Direito, posto que não há regra jurídica que seja implícita, mas tão-somente os direitos (e garantias) fundamentais, consagrados em princípios igualmente fundamentais ou, mesmo, “fundantes”, a exemplo deste princípio de proporcionalidade.

¹⁵⁶ *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1978, p. 26 ss.

¹⁵⁷ O fato de Alexy, na famosa “página 100” da edição original *Theorie der Grundrechte*, com apoio o professor de Direito Constitucional na Universidade de Heidelberg, Haverkate, referir à possibilidade dos “subprincípios da proporcionalidade” permitirem, tal como regras jurídicas, a subsunção, não implica, *ipso facto*, como pretende Luís Virgílio Afonso da Silva, loc. ult. cit., ser o princípio da proporcionalidade uma regra, pois o conteúdo de uma regra é a descrição (e previsão) de um fato, acompanhada da prescrição de sua consequência jurídica, e não *outra* regra. Também, pelo princípio lógico da “navalha de Ockam”, pelo qual não se deve multiplicar desnecessariamente os termos, sem que haja entes diversos a serem nomeados por eles, também não pensamos que deixe de haver sinonímia entre o princípio da proporcionalidade em sentido estrito e a proibição de excesso “de ação”, por implicar o princípio também em uma “proibição de (excesso) de omissão” (*Untermaßverbot*). Em apoio de nossos posicionamentos veio, recentemente, Francisco Fernandes de Araújo, em *Princípio da Proporcionalidade: significado e aplicação prática*, Campinas: Copola, 2002.

Conforme destaca Gilmar Ferreira Mendes, apontando decisão do Tribunal Constitucional Alemão,

“Os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e exigíveis à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é exigível se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais”. (1)¹⁵⁸

Em artigo publicado por Noel Antonio de Tavares, na Revista de Direito Constitucional e Internacional, o autor cita um exemplo retirado do livro do grande jurista alemão Heinrich Scholler:

“Heinrich Scholler traz um exemplo sobre a aferição da presença do princípio da proporcionalidade em sentido estrito em um caso concreto julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão: (...) No caso concreto, cuidava-se de alguém processado criminalmente por delito de menor potencial ofensivo (crime de bagatela). A prova deveria ter sido obtida mediante a extração de liquido da coluna do acusado. Contra esta determinação, foi impetrada uma reclamação constitucional (...), alegando ofensa ao direito à integridade física e corporal (art. 2º, inc.II, da Lei Fundamental). O Tribunal Federal Constitucional, ao apreciar o caso, considerou que a medida restritiva (invasiva da integridade física e corporal) não se afigurava proporcional, relativamente à gravidade da infração penal atribuída ao particular, o que parece uma conclusão ligada à proporcionalidade em sentido estrito. Com efeito, seria manifestamente desarrazoado alcançar a condenação de alguém por um delito de insignificante ofensividade, expondo-o a um risco tão expressivo para a sua saúde e integridade física”. (2)¹⁵⁹

Em voto recente, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, declarou inconstitucionalidade do art. 1º, § 2 da Lei 8.906/94, estatuto da

¹⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: Aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva 1990. p.41

¹⁵⁹TAVARES DE JESUS, Noel Antonio. **O Processo de Concretização Constitucional: limites e possibilidades**. Revista de Direito Constitucional e Internacional n.º. 50, p. 211

advocacia, em decorrência do princípio da proporcionalidade. Prescreve a citada norma.

“Os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados.”

Em relação ao § 2º do art. 1º da lei em questão, o Min. Gilmar Mendes, em voto-vista, acompanhando a divergência, no ponto, iniciada pelo Min. Marco Aurélio, julgou procedente o pedido de inconstitucionalidade.

Entendeu que o dispositivo impugnado tem caráter eminentemente corporativista e viola o princípio da proporcionalidade, porquanto a medida interventiva nele prevista mostra-se inadequada, haja vista a ausência de qualquer relação plausível entre o meio utilizado e objetivos pretendidos pelo legislador, bem como desnecessária, em razão da existência de inúmeras outras alternativas menos gravosas para os interessados, no que diz respeito à boa elaboração dos atos constitutivos das pessoas jurídicas.

9. DA PERSUASÃO DECISÓRIA COMO ELEMENTO DE PONDERAÇÃO

Cumprido acrescentar que, para além de se considerar a carga axiológica, ínsita ao princípio da proporcionalidade, é de fundamental importância que a motivação da decisão quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade deixe transparecer aquilo que Perelman denomina persuasão para o consenso.

De fato, a ponderação de interesses é a técnica apta a solucionar as colisões existentes entre os diversos princípios que fundamentam a ordem jurídica, propiciando a harmonia no convívio em sociedade¹⁶⁰. No entanto, se é certo que a ponderação entre os diversos valores que dão fundamento ético ao sistema normativo é necessária, não menos correto é afirmar que o julgador, ao dimensionar o peso de um princípio em detrimento de outro, deve fazê-lo sob certos critérios, sob pena de arbítrio.

Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade assume importante função como norteador da solução a ser encontrada pelo aplicador do direito seja o legislador, o juiz ou o administrador, na medida em que procura conciliar todos os interesses em jogo, conferindo legitimidade à decisão.

A ponderação de interesses através da aplicação do princípio da proporcionalidade visa conciliar dois valores primordiais: a segurança jurídica e a justiça. Os dois vetores, não obstante polarizarem os debates jusfilosóficos, não são inconciliáveis. O ponto de contato entre eles se faz através da decisão razoável, ponderada, justificada através da argumentação, cujo objetivo é o consenso e a

¹⁶⁰ 26 Sobre o tema, na doutrina brasileira, Luis Roberto Barroso salienta que: a denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional (...) – cfr. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, vol. 54, 2001, p. 68.

adesão racional da comunidade interessada.

A proporcionalidade, tem origem nas experiências do Tribunal Alemão e no trabalho da doutrina alemã, apresentando contornos objetivos. O direito constitucional alemão atribui a esse princípio a qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito. Aponta-se como marco histórico a decisão de 16 de março de 1971 do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre armazenagem de café (*Erdölbevorratung*).¹⁶¹

Com efeito, a experiência alemã aproxima-se da razoabilidade do direito norte-americano, que decorre da aplicação do devido processo legal substantivo. Nesse sentido, a noção de razoabilidade guarda afinidade com a idéia de equilíbrio, moderação e harmonia. Busca aquilo que atende ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento, em última análise, pretende alcançar a justiça. Carrega, portanto, forte elemento subjetivo e abstrato.

É possível a conclusão de que a proporcionalidade encontra-se mais afeta a regras intelectuais, lógicas, no que se extrema da razoabilidade que, ligada à noção do justo, é mais intuitiva, sujeita a convicções subjetivas do julgador, variável de acordo com o momento histórico. Ainda que criadas com fins diversos – a razoabilidade visava mais diretamente o controle dos atos de criação do direito, já a proporcionalidade se encontra mais relacionada à idéia de controle dos atos administrativos – os conceitos são fungíveis.¹⁶²

¹⁶¹ 27 Sobre o tema, convém notar as observações de BONAVIDES, Paulo: “Mas foi com a decisão de 16 de março de 1971 sobre armazenagem de petróleo (*Erdölbevorratung*) que pela primeira vez aquela Corte se houve com clareza acerca de seu entendimento sobre a natureza e essência do princípio da proporcionalidade, ao defini-lo numa fórmula feliz, concisa e lapidar, do seguinte teor: “O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental” – cfr. **Curso de direito constitucional** (11a ed.). São Paulo: Ed. Malheiros, 2001, p.372.

¹⁶² A doutrina e a jurisprudência, assim na Europa Continental como no Brasil, costumam fazer referência, igualmente, ao princípio da proporcionalidade, conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade – cfr. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Editora Saraiva, p.204.

Importante, também, a colaboração de Larenz para o tema em debate. Segundo este autor, o princípio da proporcionalidade traduz-se em um critério jurídico-constitucional para uma ponderação ajustada de interesses, visando a proteção dos direitos fundamentais. Assevera que os meios de intervenção devem ser adequados aos objetivos do legislador e que não podem resultar excessivos para o particular.

Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade, enquanto proibição do excesso, é um princípio que deriva da idéia de justiça¹⁶³, verbis: Decisiva a influência da doutrina alemã, em especial a de Alexy, sobre o tema relativo à aplicação do princípio da proporcionalidade, que, segundo ele, guarda estreita conexão com a teoria dos princípios.

Desenvolve sua teoria a partir de três máximas: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito¹⁶⁴. Nesse sentido, o meio utilizado deve se mostrar adequado, útil para a persecução do fim desejado. Ademais, há que ser necessário, não se dispondo de outro meio mais suave ou menos restritivo.

Necessário ou exigível é, portanto, o meio que se mostra menos gravoso para o cidadão. É a chamada proibição de excesso, que pressupõe a existência de pluralidade de opções ao agente público. Por fim, as vantagens apresentadas se sobrepõem aos ônus, isto é, é justificável a medida adotada, na medida em que trará mais benefícios do que sacrifícios ao particular.

Alexy, abordando o tema, explica que:

¹⁶³ “El principio de proporcionalidade suministra un criterio jurídico-constitucional para llevar a cabo una ponderación ajustada de los intereses a proteger, es decir, del campo de protección de los derechos fundamentales, por una parte, y de los intereses dignos de defensa, por otra. Elle significa, ante todo, que “los medios de intervención tienen que ser adecuados a los objetivos del legislador y que no pueden resultar excesivos para el particular”. (...) El principio de proporcionalidad, en su sentido de prohibición de la excesividad, es un principio del Derecho justo que deriva inmediatamente de la idea de “moderación” y de “medida justa” en el sentido de equilibrio

¹⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.111.

*“Segundo a lei de ponderação, esta há de se fazer em três planos. No primeiro plano, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então se realiza a ponderação em sentido específico e estrito. Muitos pensam que a ponderação não é um processo racional. A possibilidade desse modelo de prova em três níveis demonstra que o ceticismo em relação à ponderação não é justificado”.*¹⁶⁵

A aplicação do princípio da proporcionalidade como técnica que instrumentaliza a ponderação de interesses não descarta o fato de que o operador do direito encontra-se condicionado a uma pré-compreensão¹⁶⁶ do problema, antes até procura direcionar essa percepção inicial para uma solução que encontre a aceitação da sociedade. Trata-se, portanto, de conferir legitimidade à solução encontrada, libertando o julgador dos caprichos e do arbítrio.

Nesse sentido, as decisões, até por imperativo constitucional¹⁶⁷, devem ser necessariamente motivadas. A motivação encerra verdadeiro discurso justificativo, que visa persuadir a coletividade e obter sua adesão racional. Com efeito, para argumentar, é preciso ter apreço pela adesão do interlocutor, pelo seu consentimento, pela sua participação mental¹⁶⁸. A solução dos casos difíceis não se amolda ao modelo matemático da razão teórica, na medida em que os valores em conflito não se subsumem ao método demonstrativo, mas à argumentação e à busca do razoável.

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação de interesses como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra conferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10 de dezembro de 1998.

¹⁶⁶ GADAMER HANS-GEORG, que conduz a hermenêutica para o campo da práxis, fundado no historicismo subjetivista alemão, rediscute o conceito de círculo hermenêutico através da consciência histórica, sustentando que a compreensão implica sempre uma pré-compreensão que, por sua vez, é prefigurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus preconceitos. Segundo ele, a experiência traduz sempre o confronto entre o novo e a tradição histórica e, nesse sentido, compreender é operar uma mediação entre o presente e o passado e a consciência histórica é a via pela qual se pode chegar à verdade. – cfr. GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Pierre Fruchon (org.). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 71.

¹⁶⁷ Art. 93, IX, Constituição Federal: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.

¹⁶⁸ PERELMAN, Chaïm e Lucie Olbrechts-Tyteca. **Tratado da Argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 18

Em verdade, a necessidade de argumentar advém do desacordo, pois se não há conflito, vigora o princípio da inércia, isto é, a conformação com os precedentes. A mudança ou o desvio é que devem ser justificados, para que sejam aceitos.

Aí o grande equívoco do positivismo, segundo Chaïm Perelman, na medida em que há a negação da tradição:

“Contudo, o mais das vezes e isso não é de nos espantar -, nossa reação será conformista e achará normal e racional, ou seja, não exigindo nenhuma explicação suplementar, um comportamento conforme os precedentes. Isto, aliás, é apenas uma forma de seguir a regra de justiça. É apenas a aplicação, na vida da mente, de um princípio a que se poderia chamar princípio da inércia, porque desempenha exatamente o mesmo que este em física segundo o qual o que é conforme ao que foi aceito não provoca nenhum espanto, devendo, em contrapartida, todo desvio, toda mudança ser justificado. Daí a importância da tradição, da educação e da iniciação, em todos os domínios, que constituem um elemento prévio indispensável à elaboração de qualquer pensamento original.”¹⁶⁹

Interessante constatar que a necessidade de motivação é realidade descartada em período autoritários, de poder absoluto e de regimes monolíticos, onde as verdades aparecem como evidentes.

Nas sociedades pluralistas e dialéticas, portanto, democráticas, o método cartesiano, fundado na lógica formal e na razão teórica não são suficientes, porque não realizam a comunhão de espíritos entre o orador e seu auditório. A nova retórica¹⁷⁰ proposta por Perelman nasce da pesquisa de uma lógica dos julgamentos de valor, resgatando a noção do raciocínio dialético e trazendo significativa contribuição para o pensamento jusfilosófico.

¹⁶⁹ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 106.

¹⁷⁰ Para PERELMAN, a Nova Retórica é o estudo das técnicas discursivas que visam provocar ou a intensificar a adesão de certo auditório às teses apresentadas – cfr. PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 154

A motivação assume fundamental importância no desdobramento do tema aqui proposto, na medida em que, parafraseando Perelman, é raro que uma solução se imponha socialmente de modo unânime, sem que se consiga, de outro lado, no estado atual da legislação, motivá-la de modo coerente¹⁷¹.

As razões elencadas pelo operador do direito não devem ser apenas de cunho formal, mas devem buscar o consenso, devem persuadir e não ser meramente uma justificativa despreocupada com a adesão, conferindo apenas aparência de legitimidade. A motivação não é mero elenco de causas ou razões, mas deve estar fundada em argumentos fortes que conduzam à adesão do auditório. Deve refletir a ética da sociedade, a necessidade de justiça e de equidade e não uma ética própria, dissociada do consenso¹⁷².

A motivação, assim, não deve ser determinada por critérios subjetivos, mas refletir as preocupações do auditório. Nesse sentido, valendo-se das precisas noções difundidas por Perelman, a motivação deve refletir sempre a comunhão de espíritos entre o orador e seu auditório, o que significa dizer que deve pretender persuadi-lo por meio da racionalidade dos argumentos expostos, devendo, antes, necessariamente, conhecer as teses em confronto, sob pena de incorrer em grave petição de princípio¹⁷³.

Vale notar o importante papel desempenhado também pela tópica, como método de interpretação que funda-se em um modo de raciocínio pragmático, voltado para o problema e não exatamente para a norma. Inverte-se, assim, a perspectiva do aplicador do direito, cuja busca pela solução mais justa parte do

¹⁷¹ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 98

¹⁷² No mesmo sentido, SARMENTO. Daniel: “Na verdade, quando há falseamento na motivação, a decisão torna-se opaca ao público, que perde em parte a capacidade de apreciá-la criticamente. Por isso, consideramos lamentável o posicionamento, externado com certa frequência nos votos proferidos pelo Ministro Marco Aurélio de Mello, no Supremo Tribunal Federal, segundo o qual, ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la. A posição do Ministro legitima a insinceridade da motivação e, levada às últimas consequências, conduz ao arbítrio judicial” . **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p.120/121

¹⁷³ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 156

exame atento do caso concreto e não do sistema, por intermédio de diversos topoi, que equivalem aos pontos de vista, aos lugares comuns. Caracterizando-se pela sua carga normativa e força persuasiva e não exatamente pelo conteúdo de verdade. Os topoi constituem, portanto, peças fundamentais da retórica, tornado o discurso jurídico aberto e permeável às influências ético-sociais.

A decisão, portanto, além de devidamente motivada, deve pautar-se em um conjunto de pontos de vista relevantes para a solução do caso concreto, que refletem os diversos valores existentes na sociedade.

Esse método tem como mais expressivo referencial a obra de Theodor Viehweg, *Tópica e Jurisprudência*¹⁷⁴, publicada na Alemanha em 1953, que procura realizar uma análise dos resultados, retomando à tópica aristotélica e ciceroniana. O cerne de seu pensamento se orienta para o problema e para a busca de premissas. Trata-se da investigação dos diversos topoi admissíveis que, dialeticamente ponderados, levam à solução mais justa.

Em sentido contrário à lógica formal, a tópica não dispensa à dedução papel preponderante, mas decisiva é a escolha especial de premissas e seu uso na solução dos problemas. Portanto, o uso da tópica no discurso jurídico valoriza a atividade criativa do juiz e é método importante para a construção de um entendimento comum e à comunhão de idéias em uma comunidade dialógica, onde o debate é a instância de controle das relações.

Nesse sentido, tanto Perelman como Viehweg são autores que muito contribuem para o reconhecimento do caráter tópico-retórico do discurso e do raciocínio jurídico, que procura distinguir a razão teórica, que aspira à verdade absoluta através do recurso à demonstração silogística, da razão prática, que visa a adesão do auditório através do consenso, através da deliberação dominada pela

¹⁷⁴ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**, Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, 1979

lógica do razoável a partir do exame concreto do problema.

Essa concepção representa, portanto, uma crítica ao pensamento positivista que reduzia a ciência jurídica a um sistema fechado de racionalidade jurídico-formal. A retórica e a tópica, bem representadas por Perelman e Viehweg, apresentam-se afinadas a uma concepção democrática do direito e a um discurso pluralístico, na medida em que mostram-se comprometidas com uma verdade sempre relativa, condicionadas ao consenso do auditório.¹⁷⁵

Válida a lição de Boaventura de Sousa Santos que, com maestria, traduz a idéia aqui exposta: “(...) o que caracteriza o discurso retórico, por oposição ao discurso lógico-sistemático, é a possibilidade permanente do acidente total, do regresso ao zero, ao gelo da rejeição, e do recomeçar de novo”.¹⁷⁶

Ao final da presente exposição é possível sintetizar alguns pontos para melhor reflexão. Assim, em um primeiro momento, procurou-se reconstituir os grandes ritos de passagem do pensamento jus-filosófico, desde a Idade Média até o despontar do Estado Moderno, tornando possível, ainda que de forma breve, relacionar os antecedentes históricos à evolução do pensamento.

A partir dessas bases teóricas, foi possível avaliar a transição do Estado liberal para o Estado Democrático de Direito, com especial enfoque para o apogeu e queda do mito da objetividade e neutralidade do direito defendidas pelo positivismo jurídico.

A crítica empreendida a partir do século XX pretende dar nova dimensão ao raciocínio jurídico, emancipando-o das ilusões do legalismo estrito e reconhecendo a

¹⁷⁵ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**, Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, 1979

¹⁷⁶ Sobre o tema, vale conferir a precisa análise de Boaventura de Sousa Santos em O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre, Sergio Fabris, 1988, p.7/8

normatividade dos princípios e o pluralismo dos valores existentes nas sociedades contemporâneas. Destacam-se nesse mister as teorias de Ronald Dworkin e de Robert Alexy.

Face à insuficiência dos critérios tradicionais de solução de antinomias, a ponderação de interesses emerge como importante ferramenta para a solução de colisões entre os vários princípios existentes na ordem jurídica. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade surge, portanto, como um topos da hermenêutica pós-positivista, a partir do trinômio adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A proporcionalidade, como limite à atuação do Estado, não pode mais ser desconsiderada pela doutrina nacional. Certamente, em países de constituição flexível, em que a atuação realizada pelo Judiciário é mais ampla, a adoção do princípio se realiza de forma mais plena. No entanto, se aplicado com prudência, verificadas as hipóteses casuísticamente, pode representar importante ferramenta de controle no Brasil, funcionando como limite aos desmandos do Executivo e do Legislativo e garantidor das liberdades individuais.

Para o resgate dos valores éticos existentes em uma sociedade pluralista, a busca pelo consenso torna-se a meta do pensamento contemporâneo. Como corolário inafastável impõe-se necessariamente que as decisões judiciais sejam motivadas, emprestando-lhes transparência e possibilitando melhor controle. Daí que, a Teoria da Argumentação, de Chaim Perelman e a Tópica, de Theodor Viehweg conferem nova perspectiva ao discurso jurídico, porque empreendem importante crítica às concepções dominantes, dando primazia para a lógica do razoável, para a argumentação e deliberação, a partir dos topoi geralmente aceitos pelo auditório.

10. HIPERTROFIA LEGISLATIVA E DESPROPORCIONALIDADE

No ordenamento criminal brasileiro, os exemplos de desproporcionalidade e irrazoabilidade pululam. Dentre vários outros, podemos destacar:

a) *A pena cominada ao delito de atentado contra a liberdade de trabalho, previsto no art. 197, I, do Código Penal, fixada entre 1 mês e 1 ano de detenção, cuja ação criminosa consiste no constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, no sentido de exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar, é menor, no seu mínimo, que a pena do próprio constrangimento ilegal comum, previsto no art. 146 do Código Penal, que é fixada em 3 meses;*

b) *A pena do crime de falsidade ideológica, previsto no art. 299 do Código Penal, que é de 1 a 5 anos de reclusão no caso de documento público ou de 1 a 3 anos de reclusão se documento particular, é desproporcional se comparada à pena cominada a igual conduta, prevista na Lei 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo (art. 2º, I), que é de 6 meses a 2 anos de detenção;*

c) *No caso de atentado violento ao pudor, previsto no art. 214 do Código Penal, mesmo que se tome como certa a aplicação da pena cominada no seu mínimo, esta será de 6 anos de reclusão. Ora, essa pena é exatamente igual a que se cominaria a um réu primário e sem antecedentes se tivesse praticado um homicídio simples, previsto no art. 121 do Código Penal (reclusão, de 6 a 20 anos). No entanto, o homicídio é um crime de conseqüências pessoais e sociais bem mais graves que o atentado violento ao pudor. Ademais, no homicídio é possível que o réu responda ao processo em liberdade e o mesmo não se dá no caso do artigo 214 do Código Penal¹⁷⁷.*

Em relação à necessidade de representação nos chamados delitos contra os costumes, é de se evocar a desproporcionalidade na via da omissão (garantismo positivo), vez que o Estado não poderia submeter a atuação do Ministério Público à representação da vítima, como defende Lênio Streck:

¹⁷⁷ A Lei 11464/07 revogou o inciso II, do art. 2º, da Lei 8072/90 que impedia a liberdade provisória nos chamados crimes hediondos.

” O Código Penal estabelece que os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor serão, como regra, de iniciativa privada na persecução penal (art. 225). Se a vítima for pobre ou se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, a ação será pública (sendo condicionada à representação no primeiro caso). Na hipótese de emprego de “violência real”, a jurisprudência¹⁷⁸ entende que a ação será pública incondicionada. Uma pergunta, porém, deve hoje ser feita: com o advento da Lei dos Crimes Hediondos, a representação de que trata o art. 225, §2º ainda é exigível? Pode um crime hediondo ser de ação privada ou condicionada à representação?”

Isto necessariamente nos leva à discussão da (in)constitucionalidade¹⁷⁹ do dispositivo do Código Penal (art. 225) que remete os crimes de estupro e atentado violento ao pudor ao rol de delitos em que se atua através de ação penal privada, colocando-se como exceção (pasmem!) a ação penal pública.

Neste sentido, parece ser razoável dizer que, se o legislador entendeu por classificar tais delitos como hediondos¹⁸⁰, não há qualquer justificativa para mantê-

¹⁷⁸ Súmula 608, do Supremo Tribunal Federal.

¹⁷⁹ No caso, o instrumento adequado para que o procedimento seja feito é aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto.

¹⁸⁰ Registro que há forte tendência jurisprudencial no sentido de considerar como hediondos apenas os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor quando perpetrados com lesão corporal grave ou morte. Sobre isso, no artigo *Da proibição de excesso (übertmassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais* (In Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, n.º 2, p. 255.) tratei da divergência sobre o reconhecimento da hediondez dos delitos de atentado violento ao pudor e estupro, cometidos apenas (sic) com a denominada “violência real”, nos seguintes termos: “comungo da tese de que o crime de estupro – mesmo na sua modalidade simples – é hediondo, conforme jurisprudência majoritária, porém não pacífica, do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC – 81.288-1 – Rel. Maurício Corrêa - j. em 17/12/01). Com efeito, entendo que os argumentos trazidos pelo Des. Amilton Bueno de Carvalho, em voto que conduziu decisão (Ap. 70003855335 –5ª Câmara Criminal do TJRS – julgado em 27/02/02) contrária à (nova) posição firmada pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, mostram-se insuficientes e cientificamente contornáveis, embora o brilho do seu prolator. Com efeito, não se trata, por óbvio, da (ultrapassada) discussão *voluntas legis versus voluntas legislatoris*. Tampouco, pode-se dizer que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL utilizou-se de uma interpretação literal, que implique flagrante desproporcionalidade. Também não é correto afirmar que, por haver duas interpretações possíveis, deve-se optar pela que favorece o mais débil frente ao Leviatã (sic). O ponto, (in)felizmente, não é esse! O que importa é saber se existe ou não coerência entre o novo posicionamento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e a Constituição, topos hermenêutico de todo ordenamento jurídico. E isso parece evidente! Aliás, nesse sentido, de pronto, deve ser dito que mesmo que fosse claro que a forma qualificada do estupro se caracteriza, ou não, como hedionda, ainda assim uma coisa parece óbvia: o “e” – conjunção coordenativa objeto de debates nas principais Cortes do país – não possui valor em si, como qualquer palavra. Textos não seguram nada, eis que só existem textos normados. A norma, insisto e repito, é sempre o produto da interpretação de um texto. Assim, filio-me à tese de que o estupro simples é, assim como o atentado violento ao pudor, crime hediondo! Ademais, mesmo que com tal posicionamento não se concorde, pergunto: qual é a importância em haver grave ameaça ou violência, real ou ficta? Ou melhor: é necessário haver violência propriamente dita, como lesões graves ou morte – pois parece que a do estupro em si não basta (...).”

los no rol dos crimes nos quais somente se procede mediante queixa (sic) ou representação. Entendo, assim, que a partir do momento em que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor foram transformados em hediondos, por autorização constitucional, o antigo dispositivo do Código Penal que coloca os citados delitos como privados torna-se inaplicável¹⁸¹, em face da incompatibilidade constitucional, circunstância que é extremamente reforçada pelo art. 129, inc. I, da Constituição Federal, que dá ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública, sem fazer qualquer ressalva com relação à ação penal pública condicionada (ou ação privada).

Com efeito, não se pode esquecer que o Código Penal é de 1940, fruto de um determinado contexto histórico em que as relações privadas tinham primazia sobre o público. Era o auge da implantação do modelo liberal-individualista do Direito no Brasil. A ação penal privada foi tornada regra nos delitos sexuais, para, digamos assim, proteger a honra e a dignidade da mulher (sic), assim como a família enquanto núcleo de sustentação do sistema sócio-econômico.

O Código Penal (assim como o Código de Processo Penal) atravessou décadas e sobreviveu a várias Constituições. Em 1988, houve duas substanciais alterações, que deveriam produzir sensíveis alterações no modo de interpretar os crimes sexuais (eufemisticamente denominados de crimes contra os costumes): a previsão constitucional de crimes hediondos, que alcançou de pronto os crimes de estupro e atentado violento ao pudor (Lei n.º 8.072/90, art. 1º, incs. V e VI), e da previsão do legislador constituinte de cometer ao Ministério Público a privatividade da ação penal pública, sem fazer – repito – qualquer exceção à ação penal pública condicionada à representação.

No sentido apontado, tem o Supremo Tribunal Federal decidido reiteradamente: “EMENTA: Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional contra decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. 2. Estupro e atentado violento ao pudor praticado contra menores (arts. 213 e 214, ambos c/c art. 224, alínea "a", do Código Penal). 3. Alegação de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, quando aplicada a regra do art. 224, alínea "a", do CP, não se caracterizam como hediondos. 4. Improcedência da alegação. (...) 6. Precedentes: HC 81288, Rel. Min. Maurício Corrêa, Red. Acórdão Min. Carlos Velloso; RHC 82.098/PR, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 29.11.02. (HC 82712/RJ - Relator(a): Min. Gilmar Mendes - Julgamento: 20/05/2003 - Órgão Julgador: Segunda Turma - Publicação: DJ: Data-27-06-2003 pp-00054, vol-02116-03, pp-00631)”.

¹⁸¹ *In casu*, o art. 225, *caput*, bem como, conseqüentemente, o §2º do referido dispositivo. Aplica-se à hipótese a técnica da nulidade parcial sem redução de texto, consoante se apontará em item próprio.

Logo, se havia razões para, no século XIX, deixar ao particular a privatividade do processamento dos crimes sexuais, e no século XX (Código de 1940) praticamente se seguiu essa prática com pequena variação, a partir da norma ínsita ao art. 225, inc. I, do Código Penal, não parece razoável sustentar que, em pleno ano de 2002, quando uma jovem de 16 anos, tendo direito ao voto, não tenha, ao mesmo tempo, o direito de fazer representação contra um esturador, ou mais do que isto, continuar a exigir-se representação formal (ou iniciativa da vítima por queixa) para que o Estado (Ministério Público) possa promover ação penal contra um esturador.

d) O art. 302 do Código Penal estabelece que o médico que der, no exercício de sua profissão, atestado falso será apenado de 1 mês a 1 ano de detenção. Por outro lado, o art. 299 do mesmo diploma legal, que diz respeito ao crime de falsidade ideológica, estabelece que a falsidade ideológica de documento particular é punida com reclusão de 1 a 3 anos. Ora, a falsificação de um documento qualquer, por qualquer pessoa, não poderia ensejar pena superior àquela estabelecida para o médico que emite o falso atestado;

e) O art. 303 da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) estabelece que a lesão corporal culposa cometida na direção de veículo automotor será punida com detenção de 6 meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Enquanto isso, o Código Penal estabelece, no art. 129, § 6º, a pena de detenção de 2 meses a 1 ano para a lesão corporal culposa. A desproporção também é observada quando se compara a pena da lesão corporal culposa de trânsito e a lesão corporal dolosa simples, prevista caput do art. 129. Nesse caso a pena prevista é a de detenção de 3 meses a 1 ano. Ora, uma conduta dolosa é muito mais grave que uma culposa, mas ainda assim o legislador cominou uma pena maior para a culposa;

f) A pena cominada para quem adulterar ou remarcar número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento (art. 311 do Código Penal), que é de 3 a 6 anos de reclusão e multa, é mais grave que a pena cominada ao homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor (art. 302 da Lei 9.503/97), cuja pena cominada é a de detenção, de 2 a 4 anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor;

g)A pena cominada ao crime de atentado violento ao pudor, tipificado no art. 214 do Código Penal, é de reclusão, de 6 a 10 anos. Já a pena cominada ao homicídio simples, previsto no art. 121, caput, do Código Penal, é de reclusão, de 6 a 20 anos. No entanto, o art. 9º da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) estabelece que a pena do crime de atentado violento ao pudor é acrescida da metade, respeitado o limite superior de 30 anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 do Código Penal. Dessa forma, se um homem pratica ato libidinoso diverso de conjunção carnal com uma menor de 13 anos, a pena cominada para seu ato passará a ser de reclusão, de 9 a 15 anos. A desproporção fica evidente na medida em que se esse mesmo homem matar essa pessoa menor de 13 anos, terá uma pena mínima cominada (6 anos de reclusão) menor do que se praticar atentado violento ao pudor com a mesma (9 anos de reclusão) e não se sujeita às demais implicações penais dos crimes hediondos, como seria na hipótese do atentado ao pudor qualificado;

h)A pena cominada ao crime de roubo qualificado por lesão grave, tipificado no art. 157, § 3º, 1ª parte do Código Penal, que é de reclusão, de 7 a 15 anos, além da multa, é desproporcional se comparada à pena prevista para o homicídio simples, que é de reclusão, de 6 a 20 anos;

i)A desproporção na cominação da pena é ainda mais gritante se o crime de roubo qualificado pelo resultado morte (latrocínio), previsto no art. 157, § 3º, 2ª parte do Código Penal, cuja pena é de reclusão, de 20 a 30 anos, sem prejuízo da multa, é praticado contra, por exemplo, uma das pessoas mencionadas no art. 224 do Código Penal. Com fulcro no já mencionado art. 9º da Lei 8.072/90, nesse caso específico, se aumentada da metade a pena, respeitado o limite máximo de 30 anos de reclusão, essa passaria a ser 30 a 30 anos de reclusão, sem prejuízo da multa. Em outras palavras, a pena mínima cominada é igual à máxima cominada;

j)A pena cominada ao crime de extorsão mediante seqüestro, tipificado no art. 159, caput, do Código Penal, é de reclusão, de 8 a 15 anos. Já a pena cominada para o homicídio doloso simples, estabelecido no art. 121, caput, do mesmo diploma legal, é de reclusão, de 6 a 20 anos. Destarte, a pena mínima cominada para quem seqüestra uma pessoa com o fim de obter, para si ou pra outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate é maior do que a pena mínima cominada para quem mata dolosamente alguém;

Esses exemplos demonstram que são vários os casos em que se observa incongruência das cominações, posto que, por diversas vezes, o legislador estabelece uma pena maior a um delito que causa menor dano social que um outro ao qual ele atribui pena menor. Outras vezes, prevê penas extremamente diferentes a delitos que ferem bens jurídicos de igual relevância e que foram violados com o mesmo grau de lesividade.

11. PROPOSTA DE CRITÉRIOS DE TIPIFICAÇÃO PARA UM ESTADO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É necessário estabelecer a proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a intensidade da intervenção estatal. Verifica-se o desrespeito ao princípio da proporcionalidade por parte do legislador em diversos casos, quais sejam: quando para um tipo penal que causa um pequeno dano social comina uma pena maior do que a prevista para outro tipo que causa um maior dano à sociedade; quando estabelece a mesma sanção para normas incriminadoras com gravidades díspares; quando estabelece para um certo caso uma pena extremamente severa se comparada à pena menor cominada para um delito considerado mais grave; ou, até mesmo, quando comina penas demasiadamente desproporcionais a tipos penais análogos.

Ora, se dois delitos não são considerados da mesma gravidade, ou se um é estimado menos grave que o outro, é contrário ao princípio da proporcionalidade que sejam castigados na mesma pena, ou que o primeiro (menos grave) seja castigado com uma pena mais elevada que a prevista para o segundo (mais grave). Não é aceitável, por exemplo, que uma conduta que ofenda o bem jurídico patrimônio seja mais severamente punida que outra que ofenda o bem jurídico vida

Diante desse quadro, urge que o legislador penal adote os critérios de tipificação de maneira sistêmica para que não se criem leis penais inadequadas, desarrazoadas e desproporcionais. Alguns critérios que deveriam ser observados pelo legislador penal e que lhe serviriam de diretiva para que fosse respeitado o princípio da proporcionalidade, quando da cominação da pena, são:

- a) *Respeito à importância do bem jurídico. Sabe-se que entre os bens penalmente tutelados existe uma ordem de valores, no que diz respeito à importância de cada um. Com isso, na hora de cominar a pena, o legislador, levando em conta essa ordem valorativa, deve prever sanção maior para aqueles tipos penais que objetivem tutelar bens jurídicos mais importantes e vice versa. Pode-se dizer, por exemplo, que o bem jurídico vida é mais importante que o bem jurídico honra;*

- b) *Análise da gravidade do ataque ao bem jurídico. O legislador, ao cominar em abstrato a pena, deve observar qual o grau de afetação ao bem juridicamente tutelado. Então, uma lesão corporal grave deve ser punida com mais severidade que uma lesão corporal que cause menos danos;*
- c) *Observância pelo legislador da forma subjetiva de ataque ao bem jurídico. Dessa maneira, um delito praticado com o elemento subjetivo dolo deve ter uma pena cominada maior que a cominada a outro praticado com o elemento subjetivo culpa;*
- d) *Observância do dano social resultante da conduta delituosa. O legislador deve cominar uma pena proporcional à danosidade causada pela conduta do agente.*

CONCLUSÃO

Na esteira da depuração criminal (a reestruturação sistêmica do direito criminal à luz da Constituição), o legislador deve abandonar a denominada hipertrofia legislativa abundante edição de leis penais e/ou processuais penais invasivas. O legislador não segue parâmetros mínimos que guiem sua atividade legislativa e com isso se mostra arredio aos princípios da intervenção mínima e da subsidiariedade do Direito Penal. Os meios e as conseqüências da repressão penal são mais onerosos para os direitos e as liberdades das pessoas. Por esse motivo, o Direito Penal só deve interferir naquelas situações em que todas as demais áreas de intervenção estatal se mostrem insuficientes e inadequadas para a solução do problema *ultima ratio*. Se assim não o for, a intervenção penal afrontará o princípio da proporcionalidade.

Quanto ao bem jurídico a ser tutelado, cumpre ao Juiz de Direito dimensionar corretamente esse “valor”, verificar se esse bem tem dignidade penal e se a conduta que o agride é merecedora de pena, proporcionar adequadamente a sanção penal em função do conglomerado de tipos penais já estruturados no ordenamento pátrio; tudo isso constitui tarefa inafastável de um legislador no Estado Democrático de Direito, de caráter constitucional e humanista. Não é esse, contudo, o posicionamento do legislador brasileiro que se preocupa, fundamentalmente, em dar sempre uma resposta penal a todo problema surgido na sociedade, sem ater-se às deletérias conseqüências de seu agir.

A cada novo questionamento que a complexa e moderna sociedade apresenta, cria-se um diploma punitivo como se o Direito Penal sempre tivesse, a seu dispor, fórmulas taumatúrgicas para solucioná-lo.

Feita a lei penal, atendidos os insistentes reclamos dos diversos meios de comunicação social, provocada a impressão política de que o legislador está atento e pronto para intervir, “acalmada” a opinião pública, passa-se a idéia de que tudo estará resolvido até que outro grave problema surja, a demandar nova intervenção penal. Sempre o mais do mesmo. Isto acarreta uma verdadeira inflação legislativa gerando o caos e o esgarçamento da tessitura punitiva.

O Direito criminal brasileiro vem sendo abusivamente utilizado como *prima ratio*. Indevidamente prescrito na crença vã de que dessa maneira se estaria melhor combatendo a criminalidade e a violência. Para isso, o legislador penal, *verbi gratia*, ora cria novos tipos penais, ora agrava desnecessariamente e desproporcionalmente as penalidades já existentes.

A esse fenômeno se tem designado simbolismo penal ou legislação emergencial. Esta produção legislativa penal descontrolada tem causado um déficit na persecução criminal, posto que devido o grande número de tipos delituosos diferentes a serem investigados, as autoridades competentes não têm condições materiais de realizar a efetiva persecução. São muitos mandados de prisão aguardando cumprimento e sem possibilidade de cumprimento imediato.

Pode-se dizer que não é criminalizando cada vez mais e cominando sanções cada vez mais severas –exacerbando a resposta penal – e, inclusive ferindo o princípio da proporcionalidade, que haverá um racional e efetivo combate à criminalidade no Brasil. É necessário, antes de qualquer coisa, que o legislador, ao estabelecer o tipo penal, analise se o fato que pretende criminalizar atinge valores fundamentais, se há ofensividade aos valores básicos de convivência social (necessidade) e, assim, se tal ofensa a esses valores é de efetiva e real gravidade. Isso significa que ele não deve considerar delito as condutas que não são socialmente lesivas.

Como princípio reconhecido, na Doutrina e na Jurisprudência, o princípio da proporcionalidade deve ser observado não só pelo Poder Legislativo, quando da elaboração da norma penal, mas também pelo Judiciário na sua aplicação. Seja na tipificação das condutas, deixando de fora comportamentos que não sejam materialmente lesivos aos valores tutelados pelo legislador penal, seja na adequação da sanção à gravidade concreta do delito praticado, ou mesmo na execução da pena imposta, a proporcionalidade tem incidência direta. Este princípio, portanto, é pauta orientadora tanto na elaboração da norma jurídica em abstrato, quanto nas decisões judiciais.

Cabe aos operadores do Direito, sobretudo aos juízes, investidos de

jurisdição que são, extraírem-no do bojo do ordenamento jurídico e adotá-lo como fundamento de suas decisões.

Nesse passo, para que o julgador garantista, constitucional, chegue a uma pena proporcional, faz-se necessária uma análise global e contextualizada do delito cometido, verificando, fundamentalmente, o grau de reprovabilidade da conduta do agente bem como a ofensividade do resultado desta, devendo a pena aplicada pelo juiz manter uma justa relação com a gravidade do ato e a culpa do autor. O julgador, ao respeitar esses parâmetros, terá maior possibilidade de fixar uma pena proporcional, e menor risco de estabelecer penas demasiadas, em nome da intimidação geral, ou excessivamente baixas, em proveito da sensação social de impunidade. Fere o princípio da proporcionalidade a aplicação de uma pena excessiva só porque o julgador entende que isso serviria de exemplo (Direito Penal simbólico) e assim preveniria a prática de novos delitos, ou mesmo em atenção á pressão midiática. É desproporcional impor à liberdade individual, para tal fim, sacrifício maior que as conseqüências sociais do delito praticado.

Apesar de o Poder Judiciário brasileiro estar se mostrando cada vez mais aberto ao acolhimento do princípio da proporcionalidade em todas as fases do direito criminal (legislativa e judiciária), há ainda um problema bastante relevante que, por diversas vezes, dificulta a utilização do mesmo pelos juízes, qual seja, o grande apego ao formalismo. Como órgão de garantia da eficácia dos direitos fundamentais, cabe ao juiz – sempre que aplicar a lei ao caso concreto – não o fazer sem levar em conta a dimensão concreta dos valores jurídicos.

Ainda que assoberbados pela oceânica massa de lides, ele não deve aplicar a lei cegamente. Em outras palavras, o julgar pode implicar em desprestígio ao tal modelo legalista formal, e solucionar as lides penais com base nos valores jurídicos e sociais, priorizando mais a justiça a ser feita no caso concreto, que os aspectos formais da decisão. Não é essa a dimensão do papel constitucional do julgador, de guardião dos direitos e garantias fundamentais. Não é através do legalismo estrito que chegará à solução justa para o conflito e a uma pena proporcional.

Para que seja observado o princípio da proporcionalidade, o juiz não pode se comportar como um mero aplicador acrítico da lei penal. Cabe-lhe analisar se tal lei está de acordo com as normas e os princípios constitucionais. O magistrado deve se submeter à lei editada pelo legislador penal, desde que seja uma lei formalmente e materialmente constitucional, ou seja, ele deve sempre aferir a vigência e a validade dessa lei. Não basta a vigência.

O controle de constitucionalidade das leis penais pelo Poder Judiciário legitima a atuação judicial em nome do princípio da proporcionalidade (ou mesmo de Justiça) sempre que a atuação legislativa violar o plexo mínimo dos direitos fundamentais. Destarte, para que uma lei seja considerada constitucional, é necessário que, além de ter sido elaborada com respeito a todos os procedimentos exigidos pelo devido processo legislativo, esteja materialmente em consonância com os valores básicos inscritos ou implícitos na Constituição, a chamada Constituição material. Assim, é oportuna e necessária a declaração de inconstitucionalidade de tal lei penal, pelo Judiciário, por violação ao princípio da proporcionalidade.

Sempre que o legislador penal ultrapassar os limites que lhe são delineados (garantismo negativo), ou ainda, não atuar quando for sua atribuição constitucional fazê-lo (garantismo positivo) e com isso contrariar desproporcionalmente direitos fundamentais, tem o Juiz o poder/dever/função de agir na perspectiva de restabelecer o equilíbrio rompido. E o princípio da proporcionalidade bem serve a esse específico exercício de controle difuso de constitucionalidade de leis penais, para tolher criminalizações e sanções socialmente ou individualmente desproporcionais, injustas, iníquas, e desiguais.

O Direito Penal não pode sair do leito constitucional e humanitário para cumprir, com observância de todas as garantias, sua missão primária de proteção (fragmentária e subsidiária) de bens jurídicos.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Editora Martins Fontes, 1999.

ABRANCHES, Sérgio Henrique. **Nem cidadãos, nem seres-livres**: o dilema político do indivíduo na ordem liberal democrática. DADOS: Revista de Ciências Sociais [Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro]. Rio de Janeiro: Campus, v. **28 nº 1: 5-25, 1985**.

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

BIANCHINI, Alice. **Tratado de derecho penal**, p. 6, . Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal. São Paulo; Editora RT, 2002.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro**, vol. II. São Paulo: Typ. Batista de Souza, 1920.

ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. **Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza**: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ALVES, José Augusto Lindgren. **A declaração dos direitos humanos na pós-modernidade**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: IMESP, nºs 51/52: 52-71, jan./dez. 1999.

_____. **A atualidade retrospectiva da conferência de Viena sobre direitos humanos**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: IMESP, nº 53: 13-66, jun. 2000.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Crises da república**. 2ª ed. Trad. José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 2001.

_____. **Entre o Passado e o Futuro**. 5ª ed. Trad. Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Perspectiva, 2001.

ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Nestor Silveira Chaves. Bauru, SP: EDIPRO, 1995.

_____. **Ética a Nicômacos**. 3ª ed. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1999.

_____. **La política**. Trad. Patricio de Azcárate. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1999. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/13561630989134941976613/index.htm>>. Acesso em: 15 de abril de 2005.

AYALA, Patryck de Araújo. **O direito internacional dos direitos humanos e o direito a ter direitos sob uma perspectiva de gênero**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política [Instituto Brasileiro de Direito Constitucional]. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 36: 7-34, jul./set. 2001.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT nº 797: 11-26, mar. 2002.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Lisboa: Livraria Almedina, 1994.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de Direito Administrativo**, 4ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1993, pp. 56/57.

_____. **Elementos de Direito Administrativo**, 1ª ed. São Paulo, RT, 1980.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil anotada**, 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 4ª ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**, 2ª edição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

_____. **Curso de Direito Constitucional**, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1999.

BECK, Ulrich. World risk society. Cambridge: Polity Press, 1999, p. 1-18, in MACHADO Marta Rodrigues de Assis Machado, **Sociedade do Risco e Direito Penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005 (Monografias / IBCCRIM; 34).

BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid, CEPC, 2002.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo; Editora RT, 2002,

BOAVENTURA de Sousa Santos em O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre, Sergio Fabris, 1988.

SARLET Ingo Wolfgang, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal** de 1988.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 10ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

BUCCI, Eugênio. **Brasil em tempo de TV**. São Paulo: Boitempo, 1997.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. **O Papel da Constituição sob uma Visão Autopoiética do Direito**, in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 5, n. 20.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe Camargo. **Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia**, 2ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANARIS, Claus – Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 2ª ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 1999.

CARRAZA, Roque. **Curso de Direito Constitucional Tributário**, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CHAUÍ, Marilena de Sousa. **Cultura e democracia**. 4ª ed. rev. amp. São Paulo: Cortez, 1989.

_____. **O que é ideologia**. 30ª ed., São Paulo: Brasiliense, 1989.

_____. **Convite à Filosofia**. 12ª ed., São Paulo: Ática, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. **Teoria Geral do Processo**, 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 1997.

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, São Paulo: Saraiva, 1999.

CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. Coimbra, 1971.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Editora Hemus, 1975.

CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

CUNHA, Maria da Conceição. **Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da discriminação** Porto : Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

_____. Estado de Direito e cidadania. In: **Direito Constitucional: estudos em**

homenagem a Paulo Bonavides. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.). São Paulo: Malheiros, p. 194-200, 2003.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. Norma **Primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto**. Revista de Derecho Penal y Criminología, n. 6. Madrid : Universidad de Madrid, 1996.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Penal** Português, Lisboa, 1993.

DICIONÁRIO HOUAISS da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro. Editora Objetiva, 2001.

DINIZ. Maria Helena, in **Conflito de Normas**, 3^a edição. São Paulo:Saraiva , 1998.

D'URSO, Flávia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no processo penal**. Atlas, 2007. SP.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1997

ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, Maria Eugenia y GUIBOURG, Ricardo A.. Lógica, **Proposición y norma**, 5^a impresión. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999.

ENCICLOPÉDIA WIKIPÉDIA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Declaração_dos_direitos_do_Homem_e_do_Cidadao>. Acesso em: 11 de dezembro de 2005.

ESTELITA, Heloisa. **Direito Penal, Constituição e Princípio da Proporcionalidade**, p. 13. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Pierre Fruchon (org.). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. RT, São Paulo, 2003.

GOYARD-FABRE, Simone Goyard. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRECO FILHO, Vicente e João Daniel Rassi, **Lei de Drogas** Anotada, Saraiva, 2007.

FARALLI, Carla. **A Filosofia Contemporânea do Direito**. Martins Fontes, São Paulo, 2006

FARIA, José Eduardo. **Poder e legitimidade**: uma introdução à política do Direito. São Paulo: Perspectiva, 1978.

_____. **Positivismo x jusnaturalismo**: um falso dilema. In: O direito achado na rua. José Geraldo de Sousa Júnior (org.). Brasília: UnB, p. 23-26, 1988.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos**, 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon**. Teoria del garantismo penal, Madrid , Trotta, 1987

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**, 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994

FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de Direito Constitucional**, 10ª edição, Ed. Saraiva, 2000

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 23ª

edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**, 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, 2ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1995, pp. 46, item 3.3.

GAARDER, Jostein. **O Mundo de Sofia**. Companhia das Letras, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Pierre Fruchon (org.). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e Bem Jurídico no Direito Penal**, RT, série as ciências criminais no século XXI, v. 5

_____. **Nova Lei de Drogas Comentada Artigo por Artigo**. RT. 2006

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. RT, São Paulo, 2003

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo Constitucional em Marcha**. São Paulo. Editora Max Limonad, 1985.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna**. Porto Alegre. Editora do Advogado, 1997.

_____. **Introdução ao Direito Processual Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

_____. **Para uma Filosofia da Filosofia**, 2ª edição. Fortaleza: Casa de José de Alencar Programa Editorial, 1999.

_____. **Ensaio de Teoria Constitucional**, Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1989,

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Edições tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997.

_____. **Theorie des kommunikativen Handelns**, Frankfurt: Suhrkamp, 1981, p.522.ps, in Teubner, Gunther. O Direito como Sistema Autopoiético. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, PP.108/9.

HEYMANNS Carl, **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**. Trad. De Muñoz Conde e Arroyo Zapatero. Barcelona, 1984, p. 36, apud PRADO, Luiz Regis, bem jurídico-penal e Constituição, p.40-41. Ed. RT, 3ª ed. São Paulo, 2003

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983

_____. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1991.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**, Parte Geral, 23ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

KARAN, Maria Lúcia, in Texto publicado em **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 14, nº 167, outubro 2006, São Paulo-SP.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. In: Os pensadores – Kant. Seleção de textos de Marilena de Souza Chauí. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, p. 103-162, 1980.

_____. **Crítica da razão prática**. Trad. Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. 2ª ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1979

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo como o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

_____. **Derecho justo: fundamentos de ética jurídica**. Madrid: Civitas, 1993.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**, 4ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Soziale Systeme. Grundri einer allgemeinen Theorie**, in **Teubner**, Gunther. O Direito como Sistema Autopoiético. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. X.

LOWENTHAL, Anamaria Valiengo. **Exame da expressão** “a dignidade da pessoa humana” sob o ângulo de uma semiótica jurídica. In: Ensaios em homenagem a Franco Montoro. Lafayette Pozzoli e Carlos Aurélio Mota de Sousa (orgs.). São Paulo: Loyola, p. 331-335, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. **Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Malheiros, 1991.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2005

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. São Paulo: Bookseller, v. I, 1997.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, nocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Elementos de Direito Administrativo**, 19^a ed. São Paulo, Malheiros, 1.994.

MICHAELIS, Moderno **Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, tomo II, 3^a edição (reimpressão). Coimbra Editora, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 6^a edição. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

MOTA, Leda Pereira. **Curso de Direito Constitucional**, 5^a edição. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2000

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, 5^a. ed. São Paulo: RT, 1999

NIETZSCHE, Friedrich. **Assim Falou Zaratustra**, in OS PENSADORES, Editora Nova Cultural. São Paulo, 1999.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Teresina: Jus Navigandi, nº 41, maio2000. Disponível em <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=161>>. Acesso em: 13 maio de 2005.

NORONHA, Edgar de Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**, 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997

PAGLIARO et alli, **Cenni sugli aspetti penali del recente progetto di riforma costituzionale**, L'Índice Penale, maio-agosto1998

PERELMAN, Chaïm e Lucie Olbrechts-Tyteca. **Tratado da Argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1996

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PICO, Giovanni. **A Dignidade do Homem**. Tradução de Luiz Feracine. Mato Grosso do Sul, Solivros, 2ª edição, 1999.

PICO DELLA MIRÀNDOLA, Giovanni. **A dignidade do homem**. Trad. Luiz Feracine. São Paulo: Escala, [s.d.].

PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Dialética dos direitos humanos**. In: O direito achado na rua. José Geraldo de Sousa Júnior (org.). Brasília: UnB

PORTANOVA, Rogério. **Direitos humanos e meio ambiente: uma revolução de paradigma para o século XXI**. In: Congresso Internacional de Direito Ambiental, 6º, 2002, São Paulo, Anais... São Paulo: IMESP, p. 681-694, 2002.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, Parte Geral, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. Ed. RT, 2^{oa} ed. São Paulo, 1997

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **Resumo de direitos humanos e da cidadania**. São Paulo: Iglu, 2001.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**, Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RACHELS, James. **Elementos de filosofia moral**, (texto sem paginação).

REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. **Teoria tridimensional do Direito**. 5ª ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Filosofia do Direito**. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

REVISTA DE JULGADOS E DOCTRINA DO TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL de São Paulo

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**, in OS PENSADORES, Editora Nova Cultural. São Paulo, 1999.

SANTI ROMANO, **Princípios de Direito Constitucional Geral** (tradução de Maria Helena Diniz). São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.

SANTO AGOSTINHO. **A Cidade de Deus**, in OS PENSADORES, Editora Nova Cultural. São Paulo, 1999

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre, Sergio Fabris, 1988

SANTOS, Raimundo Nonato Silva. **Direitos humanos fundamentais**. Associação Cearense de Magistrados – ACM. Disponível em: <http://www.acmag.com.br/HTML/direitos_fundament.htm>. Acesso em: 01 de dezembro de 2005.

SANTOS, Vanessa Flain dos. **Direitos fundamentais e direitos humanos [UNISSINOS]**. São Leopoldo, RS: Âmbito Jurídico, fev. 2002. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dconst0051 .htm](http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dconst0051.htm)>. Acesso em: 14 de agosto de 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3ª ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

_____. **Constituição e Proporcionalidade**: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: Revista de Estudos Criminais n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul, Editora Nota Dez, 2003

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000

SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Editorial Colex. 1990

SIQUEIRA, Galdino. **Curso de Processo Criminal**. São Paulo: Livraria Magalhães, 1930

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11^a ed. São Paulo: Malheiros, 1.996.

_____. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo [FGV]. Rio de Janeiro: Renovar, nº 212: 89-94, abr./jun. 1998.

_____. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 23^a ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004

SILVA, Marco Antonio Marques da. **A vinculação do Juiz no Processo Penal**. São Paulo, Saraiva, 1993

_____. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo, Saraiva, 1997.

_____. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo, Editora Juarez Oliveira, 2001.

_____. **Revista Justiça e Cidadania**, julho/99

_____. **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais**. Visão Luso Brasileira. São Paulo, Editora Quartier Latin, 2006

_____. **Tratado Temático de Processo Penal**. Coord., Editora Juarez de Oliveira. São Paulo, 2002

_____. **Processo Penal e Garantias Constitucionais**. Quartier Latin. São Paulo, 2006

SOUSA, José Pedro GALVÃO, Clóvis Lema Garcia e CARVALHO José Fraga

T.**Dicionário de Política**. T.A. Queiroz, Editor: São Paulo, 1998.

TAVARES DE JESUS, Noel Antonio. **O Processo de Concretização Constitucional**: limites e possibilidades. Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº. 50

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles: **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Forense Universitária, 1991.

TEUBNER, Gunther. **O Direito Como Sistema Autopoiético**. Lisboa, Fund. Calouste Gulbenkian

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**, 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**, 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. vol.1, 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

VIEITO, Aurélio Agostinho **Verdade. Da Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda, 2000.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**, Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WEIS, Carlos. **Os direitos humanos e os interesses transindividuais**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodestudos/biblioteca/virtual/Congresso/xtese3.htm>>. Acesso em: 29 de agosto de 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal** Brasileiro –Parte Geral –2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.