

ROGERIO TAIAR

**A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA TUTELA PENAL
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

MESTRADO EM DIREITO

UNIFIEO - CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO
OSASCO
2007

ROGERIO TAIAR

A dignidade da pessoa humana na tutela penal

DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, para obtenção do título de Mestre em Direito, tendo como Área de Concentração “Positivização e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos”, dentro do projeto “A Dignidade da Pessoa Humana na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais”, inserido na linha de pesquisa “Efetivação Jurisdicional dos Direitos Fundamentais”, sob a Orientação do Professor Doutor Sérgio Seiji Shimura.

OSASCO

2007

FOLHA DE APROVAÇÃO

Rogério Taiar

A dignidade da pessoa humana na tutela penal dos direitos fundamentais

Aprovado em: ___/___/_____

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

Em memória de Álvaro Taiar, meu pai, lembrança, amor e saudade, na certeza de que um dia vamos nos reencontrar.

À Lorice, minha mãe, pelos valores e o amor que me são passados todos os dias.

Ao Álvaro Jr., mais que um irmão, um amigo de todas as horas.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer ao meu Professor Orientador, Sérgio Seiji Shimura, muito mais que um orientador, um estimulador e amigo desde os tempos da graduação, pelas lições não só acadêmicas, como também de vida.

Agradeço também aos Professores Doutores Adriana Zawada Melo, Antônio Carlos de Campos Pedroso, Antônio Cláudio da Costa Machado, Eduardo Carlos Bianca Bittar, Márcia Cristina Souza Alvim, Margareth Anne Leister, Paulo Salvador Frontini e Willis Santiago Guerra Filho, não somente pelas aulas ministradas durante todo o curso de Mestrado em Direitos Fundamentais, como também pela orientação e palavras de incentivo e amizade, indispensáveis para a conclusão deste trabalho.

Agradeço ainda a todos os demais Professores e aos funcionários do UNIFIEO, especialmente à Coordenadora do Mestrado, Prof. Dra. Anna Cândida da Cunha Ferraz e à Edna, pela dedicação e auxílio prestados aos mestrandos em todos os momentos.

Agradeço ao Dr. Luiz Antônio Guimarães Marrey, exemplo de homem público, primeira pessoa que chamou minha atenção para a relação existente entre os Direitos Penal e Fundamentais, logo nas primeiras aulas de Direito Penal no saudoso período da graduação, em que tive o privilégio de ser seu aluno.

Agradeço ao Prof. Dr. Antonio Carlos da Ponte pelos ensinamentos sobre a íntima relação entre o Direito Penal e o Direito Constitucional, que muito contribuíram para a elaboração desta dissertação de Mestrado.

Agradeço ao Prof. Dr. Antonio Luís Chaves Camargo, brilhante penalista, amigo e incentivador do aprofundamento dos meus estudos no campo do Direito Penal.

Agradeço ainda aos amigos e familiares que, mediante apoio moral ou material, auxiliaram-me no desenvolvimento das pesquisas. Entre eles, destaco: André Foresti Sanseverino, Marco Antônio Arap, Mario Eduardo Gomes da Cunha, Mario Aprile Tayar, João Boyadjian Filho, Guilherme Boyadjian, Juan Diaz, Alexandre Garcia Santana e Ramiro Elias Fajuri.

Agradeço à minha mãe, Lorice, e ao meu irmão, Álvaro Jr., que sempre me incentivaram a estudar e a fazer aquilo que me tornasse feliz.

Agradeço, sobretudo, a Deus, pelas oportunidades que me deu na vida, principalmente a de ter os amigos e familiares que possuo.

RESUMO

A presente dissertação de mestrado tem por objeto a análise do instituto da dignidade da pessoa humana na tutela penal dos direitos fundamentais, por meio da influência que ela exerce sobre os contornos da aplicação dos principais princípios constitucionais penais. O objetivo do estudo é demonstrar que a dignidade da pessoa humana, além de constituir-se em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, possui relevante papel na proteção penal dos direitos fundamentais, dimensionando os padrões e os limites de atuação do *ius puniendi* no Estado Democrático de Direito brasileiro. A dignidade da pessoa humana, nesse contexto, torna-se elemento imprescindível para a legitimação da atuação do Estado na esfera penal. Para alcançar esta finalidade, o trabalho divide-se em três etapas: a primeira etapa expõe considerações sobre os princípios constitucionais e os direitos fundamentais; a segunda trata da importância da atuação do princípio da dignidade da pessoa humana no Direito Penal; e a terceira etapa examina o papel desempenhado pelo princípio da dignidade da pessoa humana em cada um dos mais relevantes princípios constitucionais penais. Apoiada nessa exposição, a dissertação procura ressaltar, ao longo de todo o trabalho, a indispensável atuação do princípio da dignidade da pessoa humana no Direito Penal para que seja assegurado o respeito aos direitos fundamentais.

Palavras-chave: dignidade da pessoa humana; tutela penal; direitos fundamentais; princípios constitucionais penais; direito penal.

ABSTRACT

The aim of this master's degree dissertation is to analyze the institute of individual dignity in the penal defense of basic human rights, based on its influence on the manners in which the principal basic constitutional penal values are applied. The purpose of this study is to establish that, in addition to being one of the underlying pillars of the Federative Republic of Brazil, human dignity plays a vital role in the penal protection of basic rights. It establishes the limitations of *ius puniendi* action in the Brazilian Democratic State. In this context, human dignity is an essential factor in legitimatising state intervention in the penal area. To achieve this objective, the work is divided into three stages: the first examines constitutional values and basic rights; the second discusses the importance of the principle of the individual's dignity under Penal Law; and the third stage analyzes the role of the principle of individual human dignity in each of the major constitutional penal values. Thus, throughout its presentation, this dissertation seeks to underscore the essential action of the principle of human dignity under Penal Law to guarantee the law's compliance with basic human rights.

Key-words: individual dignity; penal defense; basic human rights; constitutional penal values; penal law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. EVOLUÇÃO E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
1.1. Direitos fundamentais	15
1.1.1. Direitos fundamentais de primeira geração	17
1.1.2. Direitos fundamentais de segunda geração	20
1.1.3. Direitos fundamentais de terceira geração	22
1.1.4. Direitos fundamentais de quarta geração	25
1.2. Conflito entre direitos fundamentais	26
1.2.1. Métodos para resolução	27
1.3. Efeitos horizontais dos direitos fundamentais	32
1.4. Eficácia dos direitos fundamentais	35
2. CONSIDERAÇÕES RELATIVAS AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	39
2.1. Os princípios	39
2.2. Teoria dos princípios	41
2.2.1. Classificação de Ronald Dworkin	42
2.2.2. Classificação de Robert Alexy	44
2.3. Princípios constitucionais	48
2.4. Classificação de Gomes Canotilho	50
2.4.1. Princípios político-constitucionais	50
2.4.2. Princípios jurídico-constitucionais	51
2.5. Princípios constitucionais fundamentais	51
2.6. Princípios constitucionais fundamentais como fonte de direitos fundamentais	52

3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO PENAL	54
3.1. Evolução histórica do conceito de dignidade da pessoa humana	54
3.1.1. Individualismo	57
3.1.2. Transpersonalismo	58
3.1.3. Personalismo	58
3.2. A dignidade da pessoa humana como núcleo essencial dos direitos fundamentais	59
3.3. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da Constituição	61
3.4. A efetivação da dignidade da pessoa humana nos princípios constitucionais penais	64
4. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	69
5. O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	85
5.1. Concepções da culpabilidade	90
5.2. Elementos componentes da culpabilidade	93
5.2.1. Imputabilidade	93
5.2.2. Potencial consciência da ilicitude	102
5.2.3. Exigibilidade de conduta diversa	104
5.3. Culpabilidade pelo fato singular e pela conduta de vida	104
5.4. Culpabilidade pela personalidade do réu e pela capacidade de delinquir	105
5.5. Culpabilidade e periculosidade	106
6. O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	108
6.1. Direito Penal mínimo e seus princípios informadores	108
6.1.1. Subsidiariedade	109
6.1.2. Fragmentariedade	111
6.1.3. Ofensividade	113

6.1.4. Necessidade de tutela penal	115
6.1.5. Merecimento ou dignidade de tutela penal	116
7. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	119
7.1. A proporcionalidade como meio de controle de penalização	121
7.1.1. O subprincípio da adequação	125
7.1.2. O subprincípio da necessidade	126
7.1.3. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito	127
CONCLUSÕES	130
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	132

INTRODUÇÃO

O propósito deste trabalho consiste em discorrer acerca da efetividade da tutela penal de direitos fundamentais. Historicamente, estes têm sido objeto de violações ora sistemáticas, ora esporádicas, sobretudo por parte da instituição que deveria protegê-los, o Estado. Numa perspectiva temporal dilatada, nota-se que o conceito de dignidade humana deu origem a sucessivas gerações de direitos fundamentais destinadas, cada uma ao seu modo, a assegurar as liberdades públicas, as condições mínimas de subsistência da população, os direitos coletivos e difusos da humanidade. Todavia, observa-se que essa evolução sempre registrou evidente descompasso entre a teoria e a prática em cada uma de suas etapas: se a liberdade de expressão foi qualificada como direito fundamental já em fins do século XVIII, somente no século seguinte ela passou a constar na maioria dos ordenamentos jurídicos vigentes no Ocidente e, apenas em fins do século XX – com o crepúsculo dos regimes militares na América Latina – ela tem sido realmente respeitada na maior parte do globo – em que pese a subsistência residual de governos de exceção. O mesmo se passa com os direitos sociais (igualmente importantes para a promoção da dignidade humana), que, inobstante positivados em inúmeras Constituições, só abarcam vastas parcelas da população em poucos países desenvolvidos. O mais trágico desse fenômeno, onde a realidade está sempre um passo atrás – ou vários – das leis, é que em diversos contextos o Direito Penal – sabidamente destinado a proteger os bens jurídicos mais relevantes contra as lesões mais graves – foi instrumentalizado para violar a dignidade humana em suas expressões mais primárias, quando deveria ser seu último escudo. Em vista do exposto, o presente trabalho será subdividido em sete capítulos, cada um dos quais voltado para a dissecação do tema em seus diversos aspectos.

O primeiro capítulo terá como escopo analisar o surgimento e o conteúdo das três sucessivas gerações de direitos fundamentais – os direitos civis e políticos, os direitos sociais e os direitos difusos e coletivos –, com particular ênfase para a positivação dos mesmos no

ordenamento jurídico brasileiro e posição da jurisprudência dominante. Sem a pretensão de esgotar os debates ensejados por situações de conflito entre direitos fundamentais, será feita a caracterização das mesmas e, na seqüência, listados os métodos recomendados pela doutrina para a superação de tais impasses, tendo sempre como meta a obtenção de uma solução de compromisso que, fazendo prevalecer o direito fundamental de uma parte, não lesione o da outra além do estritamente necessário e aceitável.

O segundo capítulo destina-se a abordar a faceta mais teórica – porém, nem por isso menos importante – da dignidade humana, qual seja, sua essência enquanto princípio. Para tanto, com fundamento nos ensinamentos de Dworkin, Alexy, Canotilho, Virgílio Afonso do Silva e outros doutrinadores, proceder-se-á à distinção entre princípios e regras, a relação de hierarquia entre estas e aqueles, as características peculiares de cada um destes institutos e a importância dos princípios como pilares constitucionais, dentre os quais se sobressai a dignidade humana, origem dos direitos fundamentais.

O terceiro capítulo será voltado para a análise da idéia de dignidade humana e sua evolução ao longo da História, sobretudo no tocante à sua progressiva aceitação pelos ordenamentos jurídicos e, concomitantemente, a resistência que encontrou na efetivação da tutela penal. Tal tarefa comporta a dissecação dos três principais paradigmas de convivência social – individualismo, transpersonalismo e personalismo –, bem como a descrição do princípio da dignidade humana enquanto fonte primária dos direitos fundamentais e, por conseguinte, valor supremo da Constituição.

O quarto capítulo destinar-se-á à análise da relação existente entre o princípio da legalidade e o princípio da dignidade humana, na medida em que o primeiro, ao estabelecer os imperativos do devido processo legal e da reserva legal, assegura condições mínimas de isonomia e previsibilidade ao ordenamento jurídico, impedindo que qualquer cidadão seja

privado de direitos sem a chance de expor sua defesa ou processado com base em atos não tipificados, leis vagas e disposições posteriores ao delito.

O quinto capítulo será dedicado à discussão da relação existente entre o princípio da dignidade humana e o princípio da culpabilidade, igualmente essencial para a proteção dos direitos fundamentais, pois veda a imputação de culpa, ainda que o fato seja típico, ao agente que procedeu ilicitamente sem consciência do caráter criminoso de sua ação ou constrangido por circunstâncias que vedaram-lhe o exercício de conduta diversa.

O sexto capítulo, por sua vez, focalizará suas lentes sobre a intersecção entre o princípio da dignidade humana e o princípio da intervenção mínima, pois este último, por meio dos subprincípios que o compõem – a subsidiariedade, a fragmentariedade e a ofensividade –, afigura-se de fundamental importância para proteger a dignidade do homem, tanto no processo de elaboração das leis como por ocasião da aplicação das mesmas. Se a subsidiariedade condiciona a aplicação da tutela penal à exaustão das outras formas de proteção, a fragmentariedade acrescenta que a mesma só poderá ser acionada para proteger bens jurídicos importantes – ligados aos direitos fundamentais – contra ameaças e ofensas graves, ao passo que a ofensividade determina que só serão punidas as condutas que redundarem em dano relevante ao bem jurídico protegido, excluindo da alçada do Judiciário os delitos insignificantes – ainda que típicos.

O sétimo capítulo consistirá em examinar a relação entre o princípio da dignidade humana e o princípio da proporcionalidade, posto que o segundo, através de seus três subprincípios – a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito –, ao mesmo tempo em que assegura a eficácia das leis e das sanções, impede a aplicação de penas excessivas e desproporcionais ao delito cometido.

Ao longo de toda a exposição, buscar-se-á relacionar cada um destes tópicos à jurisprudência dominante acerca da matéria nos Tribunais de Justiça, no Superior Tribunal de

Justiça e no Supremo Tribunal Federal. Da mesma forma, a Constituição e o Código Penal serão citados sempre que se julgar necessário ou pertinente, posto que se está diante de um valor protegido por ambos os textos, cada um dos quais à sua maneira específica. Isto porque a consecução do objetivo último deste trabalho – discorrer acerca da efetividade da tutela penal de direitos fundamentais – demandará o constante cruzamento dos enunciados e juízos de valor emitidos pela doutrina com a aplicação do Direito na prática, o que só pode ser obtido com o exame de casos concretos. Sem esta comparação, a dissertação ora apresentada consistiria ou em um mero rebuscamento teórico ou tão somente em um ementário de jurisprudências desconexas entre si.

1. EVOLUÇÃO E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1. Direitos fundamentais

Os direitos fundamentais se distinguem de outras categorias de direitos porque diretamente derivados dos princípios protegidos pela Constituição. A conceituação dos direitos fundamentais costuma ser objeto de certa confusão, sobretudo porque os mesmos guardam uma zona de intersecção com os chamados direitos humanos, que, embora semelhantes, são de origem diversa, conforme elucida Jairo Gilberto Schäfer:

A expressão direitos fundamentais deve ser reservada para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional, enquanto o termo direitos humanos guarda relação com os documentos de direito internacional, por se referir àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, aspirando, dessa forma, à validade universal, para todos os povos e tempos, revelando um inquestionável caráter supranacional.¹

Assim, enquanto os direitos humanos surgiram no âmbito do Direito Internacional a partir do pós-guerra, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e os dispositivos análogos que se lhe seguiram – tal como a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 –, os direitos fundamentais surgiram no bojo do Direito Constitucional e têm seus precedentes mais remotos na Magna Carta Inglesa (1215) e no *Bill of Rights* (1689). O uso do termo “precedentes” afigura-se mais preciso porque os direitos fundamentais só lograram efetivo reconhecimento e implementação com o advento das revoluções liberais do século XVIII, antes do que só se pode falar de uma “gestação”. Nesse sentido, cumpre lançar mão do ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet, que divide a evolução dos direitos fundamentais em três fases: (1) a pré-história, anterior ao século XVI; (2) a etapa intermediária, correspondente à confecção da doutrina jusnaturalista; e (3) a

¹ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais: proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 26.

constitucionalização dos direitos fundamentais, inaugurada em 1776, com a independência dos Estados Unidos.²

Inobstante os direitos fundamentais terem se consolidado progressivamente desde então, amadurecendo em sucessivas gerações, subsiste o debate conceitual quanto à relação de causalidade existente entre os mesmos e a sua constitucionalização. Em outras palavras, se os direitos fundamentais o são porque protegidos pela Constituição ou se esta os protege porque são fundamentais e lhe antecedem. A resposta variará conforme a corrente doutrinária que se adotar. Jairo Schäfer, deixando transparecer sua posição jusnaturalista, defende a tese da imutabilidade e perenidade dos direitos fundamentais, que conservariam sua natureza mesmo quando repelidos pela ordem constitucional vigente:

Os direitos fundamentais em sentido formal podem ser identificados como aquelas posições jurídicas da pessoa humana – em suas diversas dimensões: individual, coletiva ou social –, que, por decisão expressa do legislador constituinte, foram consagrados no catálogo dos direitos fundamentais. Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.³

Norberto Bobbio, por sua vez, postula que os direitos do homem são uma categoria cambiante, de sorte que se modificam conforme mudam as condições históricas determinantes. Assim, Bobbio afirma inexistir direitos fundamentais por natureza.⁴ Nesta direção converge José Afonso da Silva, que acredita serem os direitos fundamentais:

[...] históricos como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas.⁵

² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 43.

³ SCHÄFER, Jairo Gilberto. op. cit., p. 33-34.

⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 19.

⁵ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 179.

Além da historicidade, José Afonso da Silva atribui outras três características aos direitos fundamentais, quais sejam: a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade. Seriam inalienáveis porque inegociáveis, dado seu caráter não-patrimonial e constitucionalmente indisponível; imprescritíveis porque em relação a eles inexistia período de não-exercício que redunde na sua prescrição; e irrenunciáveis porque personalíssimos.⁶

Exposta a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, bem como a caracterização destes últimos, convém avançar na análise diferenciando direitos e garantias fundamentais, categorias freqüentemente confundidas por serem vistas, na maioria das vezes, anexas entre si no texto da lei, conforme salienta Alexandre de Moraes:

Diversos doutrinadores diferenciam direitos de garantias fundamentais. A distinção entre direitos e garantias fundamentais, no Direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito.⁷

Importante também expor a evolução dos direitos fundamentais ao longo da Idade Contemporânea, processo este que costuma ser subdividido, para fins didáticos, em gerações: direitos fundamentais de primeira geração, de segunda geração etc. Essa classificação deve ser considerada didática porque o uso da expressão “gerações” pode transmitir a idéia de que as categorias de direitos fundamentais sucederam umas às outras, quando, em verdade, trata-se de um fenômeno cumulativo.

1.1.1. Direitos fundamentais de primeira geração

A primeira geração de direitos fundamentais surgiu no século XVIII, com o advento das revoluções liberais. Alguns autores adotam como marco a Declaração de Direitos do Bom

⁶ Id., *ibid.*, p. 179-180.

⁷ MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 82-83.

Povo da Virgínia (1776), oficializada por ocasião da independência dos Estados Unidos, enquanto outros preferem adotam como ponto de partida a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), promulgada na esteira da Revolução Francesa. Outros, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, preferem apontar o *Bill of Rights* (1689), ensejado pela Revolução Inglesa, como o início da primeira geração de direitos fundamentais:

Na verdade, o que aparece no final do século XVII não constitui senão a primeira geração dos direitos fundamentais: as liberdades públicas. A segunda virá logo após a I Guerra Mundial, com o fito de complementá-las: são os direitos sociais. A terceira, ainda não plenamente reconhecida, é a dos direitos de solidariedade.⁸

De toda forma, independentemente de tais ilações cronológicas, os doutrinadores convergem em caracterizar os direitos fundamentais de primeira geração como essencialmente negativos. Nascidos que foram da luta contra o Absolutismo, eles destinam-se a proteger a esfera de autonomia do indivíduo contra a tirania do Estado, impondo a este último obrigações de não fazer, para usar uma expressão recorrente do Direito Civil. Marcelo Antonio Theodoro ressalta:

Historicamente podem também os direitos fundamentais ser classificados quanto à sua dimensão ou geração. Trata-se dos direitos fundamentais de primeira geração aqueles decorrentes das revoluções, burguesas, marcadas pelo individualismo. São os chamados direitos de cunho negativo, ou seja, de abstenção dos poderes públicos [...]. São direitos de notória inspiração jusnaturalista, como o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei (igualdade formal). Complementam-se esses direitos pelas chamadas liberdades (de expressão, de imprensa, reunião, associação) e pelos direitos de participação política, como o direito a voto e a capacidade eleitoral.⁹

Dentre todas as gerações, a primeira é aquela mais umbilicalmente ligada ao princípio da dignidade humana, na medida em que esta era cronicamente vilipendiada pelos regimes absolutistas europeus, sobretudo no âmbito do Direito Penal, o qual criminalizava manifestações básicas dos chamados direitos naturais do homem. Situações freqüentemente

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 6.

⁹ THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos fundamentais e sua concretização**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 28-29.

ensejadas por essa ausência de garantias eram as prisões sem mandado, o cerceamento da ampla defesa e do contraditório, o confisco arbitrário de propriedades, o emprego de torturas, a censura à imprensa etc. A primeira geração de direitos fundamentais, portanto, institucionalizou – o que não significa que efetivou na prática – as liberdades civis e políticas e, com elas, os componentes primários da cidadania.

No Brasil, os direitos fundamentais de primeira geração sempre constaram, invariavelmente, no texto das Constituições que se seguiram à independência do país. Todavia, sua real efetivação sempre esteve sujeita às contingências políticas de cada momento. Prova eloqüente disso reside na constatação de que o direito à liberdade de expressão encontrava-se positivado nas Cartas Magnas de 1937 e 1969, mas foi intensamente violado à sombra das mesmas, cujas disposições dobravam-se à vontade dos caudilhos e generais de plantão. Tal fenômeno, caracterizado por uma nítida discrepância entre palavras e atos, é próprio de países de Terceiro Mundo, sobretudo latino-americanos, que, durante longos períodos, embora buscassem replicar as instituições existentes no Velho Mundo, não conseguiam revesti-las de solidez e estabilidade, por força das peculiaridades de sua formação política. O Brasil não foi exceção e só recentemente tem logrado avançar – lenta, mas decididamente – na sedimentação do Estado de Direito. Reflexo desse avanço reside no empenho do Poder Judiciário em impor às forças policiais do Estado o devido respeito à dignidade humana, tal como se observa na sentença abaixo:

PRESIDIÁRIO. INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL. RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA. GARANTIA INDIVIDUAL.

É princípio fundante do Estado Democrático de Direito o respeito à dignidade da pessoa humana. Constitui garantia individual que ninguém será submetido a tortura ou tratamento degradante, inclusive preso na sua integridade física e moral, devendo a lei punir as práticas atentatórias aos direitos fundamentais, direitos que se opõem ao Estado, de forma auto-aplicável, sem prejuízo dos vários tratados de que somos signatários,

recentemente compilados pelo Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, que instrumentalizam proteção de direitos humanos.¹⁰

1.1.2. Direitos fundamentais de segunda geração

A segunda geração de direitos fundamentais é igualmente sujeita a divergências no tocante ao seu marco cronológico. Embora alguns indiquem o sistema de seguridade social instituído por Bismarck na Alemanha Imperial em 1889 como marco inicial, a maioria dos autores aponta a Constituição da República de Weimar (1919) como o divisor de águas a ser adotado. Todavia, qualquer que seja o marco referencial vislumbrado, o conteúdo da segunda geração de direitos fundamentais afigura-se doutrinariamente incontroverso. Sem prejuízo das conquistas obtidas pela sua antecessora, esta categoria possui cunho eminentemente positivo, pois reclama do Estado a prestação de serviços públicos destinados a diminuir os efeitos da distribuição desigual de riquezas e assegurar a todos condições minimamente dignas de subsistência. Para melhor aclarar o tema, convém recorrer novamente às palavras de Marcelo Antonio Theodoro:

Os direitos de segunda geração são reflexo inicialmente da crise do liberalismo, acompanhada das doutrinas socialistas emergentes que, ante os graves problemas sociais e econômicos do século XIX, requisitaram a intervenção estatal para garantir as liberdades, agora através do Estado. São aqueles decorrentes da necessidade de prestações positivas do Estado em relação ao cidadão. Elencam-se aí o direito à saúde, educação, trabalho, assistência social, etc.¹¹

Por conseguinte, a segunda geração de direitos fundamentais amplia o rol destes últimos e exige do Estado uma postura pró-ativa, impondo-lhe o dispêndio de verbas públicas e conseqüente modificação de seu perfil econômico, de uma orientação liberal para uma orientação intervencionista com tinturas social-democratas. Se as liberdades civis e políticas revestem-se de nítida conotação individualista, os direitos sociais visam sobretudo assegurar o

¹⁰ BRASIL. Vara da Comarca de Altinópolis-SP. Ação Indenizatória. Processo n.º 323/97. Relator. Juiz Evandro Renato Pereira.

¹¹ THEODORO, Marcelo Antonio, op. cit., p. 29.

bem-estar coletivo. No caso brasileiro, pode-se afirmar que a segunda geração de direitos fundamentais aportou em território pátrio quando da promulgação da Constituição de 1937, que instituiu o ensino primário obrigatório.

Os direitos a prestações, destaca Sarlet, obtiveram grande receptividade no constitucionalismo brasileiro, de forma que nossa Carta Magna abriga um capítulo especialmente dedicado à inclusão dos direitos sociais no rol dos direitos e garantias fundamentais. Além disso, outros trechos da Constituição relacionam extensa lista de direitos a prestações, como os incisos XXXV e LXXIV do art. 5º (acesso à Justiça e assistência jurídica integral e gratuita).¹² Acompanhando o espírito da Constituição, o Poder Judiciário tem se orientado em fazer prevalecer, quando cabível, os direitos sociais sobre os patrimoniais, conforme se observa na jurisprudência abaixo:

REINTEGRAÇÃO DE POSSE. REFORMA AGRÁRIA. OPOSIÇÃO ENTRE DIREITOS PATRIMONIAIS E FUNDAMENTAIS.

Boa parte de graves conflitos sociais, entre eles o êxodo rural, a reforma agrária, que não se realiza, que deveriam ser resolvidos nas outras duas esferas do Poder Público, especialmente no âmbito do Executivo, têm sua solução deliberadamente protelada por opção ideológica e política, eis que a maioria dos recursos não são aplicados na área social.

Em suma, para decidir, ter-se-á, obrigatoriamente, de optar entre duas alternativas: 1ª o prejuízo patrimonial que a invasão certamente causará (ou até já está causando) à empresa arrendatária das terras ocupadas; 2ª a ofensa aos direitos fundamentais (ou a negativa do mínimo social) das 600 famílias dos "sem terra" que, sendo retirados de lá, literalmente não têm para onde ir.

Os doutrinadores afirmam que, havendo necessidade de sacrificar o direito de uma das partes, sacrifica-se o patrimonial, garantindo os direitos fundamentais, se a outra opção for esta. Não bastando a doutrina apontar esta solução, o bom senso impõe tal direcionamento.¹³

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 186.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n.º 598.360.402. Órgão Julgador: 19ª Câmara Cível – maioria de votos. Relator: Desembargador Carlos Rafael dos Santos Jr. Rio Grande do Sul, 6 de outubro de 1998.

Mais incisiva foi a postura da juíza Márcia Andrade Gomes Bosso, da Vara Cível da Comarca de Paranacity, que, diante de ação reivindicatória apresentada pelos proprietários de um terreno favelizado por cerca de noventa famílias, sentenciou em favor destas últimas, alegando que:

Colocando na balança da justiça, de um lado os interesses de três casais, para os quais a área em litígio representa muito, mas não é fundamental, e de outro, os de noventa ou mais famílias, para as quais essa mesma área é condição de vida digna, parece não ser difícil determinar para que lado pende a balança. O Judiciário, por ser um Poder, não pode ficar apenas na posição subalterna de obediência a comandos emitidos pelos demais Poderes. Deve colaborar com o Legislativo e o Executivo na solução dos problemas sociais, especialmente quando se apresentam hipóteses que não se prestam à edição de normas abstratas, exigindo solução concreta, osso a osso. (grifos do autor)

Não pode o Judiciário ser injusto, aguardando que sobrevenha lei justa, *maxime* quando o legislador se omite, temeroso das conseqüências que possam advir da emissão de norma geral, perigo que o Judiciário pode enfrentar, porque suas decisões não são leis, valendo apenas para o caso. *Opus justitiae pax*. É, então, de se perguntar qual a solução mais consentânea com a paz social. E a resposta, mais uma vez, pende para os réus, especialmente se levada em conta a crise econômica que ora atravessamos, com leva de trabalhadores sem emprego, sem casa, sem comida.¹⁴

A segunda geração de direitos fundamentais encontra-se igualmente vinculada ao princípio da dignidade humana, agora focalizando as condições materiais de existência dos cidadãos, estando a segurança dos mesmos protegida pela geração anterior.

1.1.3. Direitos fundamentais de terceira geração

A terceira geração de direitos fundamentais não encontra marco cronológico preciso de seu surgimento, mas é certo que sua gestação começou após a Segunda Guerra Mundial, com a fundação da ONU (Organização das Nações Unidas) e as sucessivas conferências intergovernamentais destinadas a reduzir as assimetrias existentes entre os países desenvolvidos e os países do Terceiro Mundo, assegurando a estes últimos os mecanismos de

¹⁴ BRASIL. Vara Cível da Comarca de Paranacity. Processo n.º 351/96. Relatora: Juíza Márcia Andrade Gomes Bosso.

assistência econômica internacional, bem como a proteção de suas culturas. Seu avanço tem sido, portanto, no sentido de constitucionalizar, mediante a adesão das nações signatárias dos tratados e acordos correlatos, o compromisso dos Estados com a paz, a proteção do meio ambiente, o combate à pobreza nas regiões mais atrasadas do globo etc. Discorrendo sobre a titularidade desses direitos, Marcelo Antonio Theodoro observa:

Os direitos de solidariedade e fraternidade da terceira geração desprendem-se da figura do homem-indivíduo para destinar-se à proteção de grupos humanos (família, nação, povo) e, conseqüentemente, pode-se dizer que atendem à proteção de titularidade difusa ou coletiva. São eles o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio histórico e cultural. A titularidade dos direitos de terceira dimensão pode ser, muitas vezes, coletiva ou mesmo desconhecida. Vem galgando o reconhecimento nas constituições de forma gradual, no entanto, em ritmo acelerado no que concerne ao Direito Internacional.¹⁵

Ao comentar os direitos fundamentais de terceira geração, explica Paulo Bonavides:

Um novo pólo jurídico de alforria se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta (...) Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.¹⁶

A evolução de tais direitos, segundo Etienne-R MBaya, é expressa em três princípios:

- a) O dever de todo Estado particular de levar em conta, nos seus atos, os interesses de outros Estados (ou de seus súditos);
- b) Ajuda recíproca bilateral ou multilateral, de caráter financeiro ou de outra natureza para a superação das dificuldades econômicas (inclusive com auxílio técnico aos países

¹⁵ THEODORO, Marcelo Antonio, op. cit., p. 29-30.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 569.

subdesenvolvidos e estabelecimento de preferências de comércio em favor desses países, a fim de liquidar déficits);

c) Uma coordenação sistemática de política econômica.¹⁷

Convém salientar que a terceira geração de direitos fundamentais é amplamente reconhecida pela jurisprudência, consoante acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal:

MEIO AMBIENTE. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA GERAÇÃO. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. REFORMA AGRÁRIA. IMÓVEL SITUADO NO PANTANAL MATO-GROSSENSE.

O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos Direitos Humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.¹⁸

Retomando a questão da titularidade abordada por Marcelo Antonio Theodoro, cumpre ressaltar que a zona de indefinição aí existente dificulta o estabelecimento de critérios capazes de discriminar a legitimidade *ad causam*, ao que se soma a inexistência ou fragilidade dos foros internacionais competentes para julgar as lides correlatas. Esses impasses estão ligados ao caráter relativamente recente da terceira geração de direitos fundamentais.

¹⁷ MBAYA, Etienne-R. **Menschenrecht im Nord-Süd Verhältnis** apud BONAVIDES, Paulo, op.cit., p. 523-524.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno MS n.º 22164/SP. Relator: Min. Celso de Mello. **Diário da Justiça**, Seção I, p. 39-206, 17 nov. 1995.

1.1.4. Direitos fundamentais de quarta geração

A existência ainda incipiente de uma quarta geração de direitos fundamentais foi diagnosticada por Paulo Bonavides, ao afirmar que os direitos fundamentais de primeira geração são aqueles destinados a resguardar o indivíduo contra os abusos do poder estatal. Já os de segunda geração possuem caráter positivo, posto que encarregam o Estado de prestar serviços básicos ao cidadão para assegurar a justiça social. Os direitos fundamentais de terceira geração possuem titularidade difusa, uma vez que têm como destinatários as coletividades e visam promover a paz internacional, a autodeterminação dos povos etc. Por fim, os direitos fundamentais de quarta geração ainda se encontram em estágio de incipiente gestação, pois correspondem à institucionalização do Estado social em nível supranacional.¹⁹

Postura diversa é defendida por Sarlet, que classifica a nova categoria instituída por Bonavides como um juízo de valor e não um juízo de fato:

Contudo, também a dimensão da globalização dos direitos fundamentais, como formulada pelo Prof. Bonavides, longe está de obter o devido reconhecimento no direito positivo interno e internacional, não passando, por ora, de justa e saudável esperança com relação a um futuro melhor para a humanidade, revelando, de tal sorte, sua dimensão (ainda) eminentemente profética, embora não necessariamente utópica, o que, aliás, se depreende das palavras do próprio autor citado, para quem, os direitos de quarta dimensão ‘compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política.’²⁰

Independentemente da posição que se adote na controvérsia doutrinária acima descrita, cumpre esclarecer que esta categoria de direitos emerge como contraponto ao enfraquecimento dos Estados nacionais provocado pela globalização econômica dita neoliberal. Para Paulo Bonavides, o remédio capaz de atenuar esse quadro consiste em

¹⁹ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 516-531.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 53.

universalizar o acesso à informação e viabilizar a democracia direta por meio dos avanços tecnológicos hoje disponíveis.²¹

1.2. Conflito entre direitos fundamentais

Em que pese sua inviolabilidade, por vezes ocorre que os direitos fundamentais encontrem limites de aplicabilidade em direitos da mesma categoria (os chamados *hard cases* descritos por Dworkin), situação diante da qual o intérprete, ante a impossibilidade de sacrificar inteiramente um dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos, se vê compelido a ponderá-los, fazendo prevalecer um deles com o mínimo de lesão ao outro.

Gomes Canotilho ensina que a composição de lides que envolvam conflitos entre bens jurídicos constitucionais, mediante balanceamento entre eles, pressupõe a existência de ao menos dois bens ou direitos cujos sustentáculos fáticos e jurídicos sejam parcialmente ou totalmente excludentes entre si quando cruzados na situação em foco. Para Canotilho, o magistrado se depara com um choque entre dois ou mais direitos fundamentais, o que impossibilita a convivência dos mesmos no tocante à sua realização. O segundo pressuposto de necessidade de ponderação, prossegue ainda Canotilho, é a inexistência de uma norma abstrata que prescreva a prioridade de um dos direitos em conflito.²² Jairo Schäfer caracteriza de forma similar os pressupostos de existência de um conflito entre direitos fundamentais, ao afirmar que:

A colisão de direitos fundamentais, existente quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular, somente alcança adequada solução teórica a partir do profundo conhecimento, pelo intérprete, do âmbito de proteção das normas conflituosas. Deve-se, inicialmente, verificar a existência de uma limitação expressa na Constituição ou se esta expressamente autoriza que a lei ordinária assim o faça (reserva de lei restritiva). Uma vez superada essa operação lógica (sem a identificação de qualquer espécie de restrição expressa) é que surge efetivamente uma

²¹ BONAVIDES, Paulo, op. cit.,(p. 206-208.

²² CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Lisboa: Almedina, 1999, p. 1112.

colisão de direitos fundamentais, impondo-se a limitação de uma das posições jurídicas em benefício de outra.²³

Em síntese, há colisão entre direitos fundamentais quando dois ou mais direitos prestam-se à proteção de uma conduta, caso em que esta preenche os “pressupostos fáticos” de ambos.²⁴

1.2.1. Métodos para resolução

O problema mais espinhoso da ponderação consiste em justificá-la, pois, conforme observa Suzana Toledo de Barros, o intérprete estabelece uma relação de precedência entre os direitos fundamentais colidentes, atribuindo peso maior a um deles. Uma vez que o magistrado esclareça como chegou a determinado resultado, elimina-se o subjetivismo, em lugar do qual impera a argumentação objetiva.²⁵ Rodrigo Bornholdt esclarece:

A ponderação nada mais significa do que uma declaração de intenções. Todos os direitos devem ser levados em consideração, sem que, contudo, haja um método, capaz de fazer com que sua utilização supere o puro decisionismo, próprio para as decisões dos casos difíceis, segundo o positivismo.²⁶

A necessidade de uso da ponderação deriva de dois problemas estruturais: (1) o legislador cria a norma influenciado pelas necessidades de um dado momento; e (2) não é capaz de prever todas as situações concretas possíveis abarcadas pela lei. Por conseguinte, diante dos *hard cases*, ao intérprete não cabe criar a norma, mas aplicá-la recriando-a.

Luís Roberto Barroso lista uma série de princípios destinados a otimizar o processo de ponderação²⁷:

²³ SCHÄFER, Jairo Gilberto, op. cit., p. 76-77.

²⁴ BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2005, p. 160.

²⁵ BARROS, Suzana Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 169.

²⁶ BORNHOLDT, Rodrigo Meyer, op. cit., p. 105.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 151.

a) Princípio da supremacia da Constituição: a interpretação constitucional se assenta na superioridade jurídica da Carta Maior sobre as demais normas do ordenamento, sejam elas princípios ou regras;

b) Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público: em virtude da vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, presume-se como constitucionais os atos provenientes dos três Poderes, bem como as leis aprovadas pelo Legislativo. Por isso, “nenhum Poder, nem mesmo o Judiciário, pode intervir em esfera reservada ao outro para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade”²⁸;

c) Princípio da interpretação conforme a Constituição: a leitura de uma norma constitucional não pode fugir à análise de um todo. Barroso²⁹ decompõe este princípio em quatro constatações: 1) trata-se de uma escolha interpretativa diante de outras possibilidades de interpretação admitidas pela norma; 2) tal interpretação busca encontrar um sentido normativo distinto daquele expressado pelo enunciado da norma; 3) a escolha de uma interpretação significa a rejeição de outras linhas interpretativas que gerariam um resultado conflitante com a Constituição; 4) este princípio não é tão somente regra de hermenêutica, mas, sobretudo, mecanismo de controle de constitucionalidade. Depura-se como propriedade maior do princípio o encontro de um significado que dê legitimação à norma tida como suspeita. Mas importa salientar que tal interpretação deve circunscrever-se no limite de uma ponderação razoável, pois não se pode dar à lei sentido adverso àquele para qual à mesma foi instituída;

d) Princípio da unidade da Constituição: embora a Carta Magna seja um conjunto indiviso, a qual expressa a vontade única do legislador, cumpre recordar que esta vontade única é sobretudo uma síntese possível de diversos interesses conflitantes. Assim, a

²⁸ Id., *ibid.*, p. 174.

²⁹ Id., *ibid.*, p. 189.

interpretação das normas constitucionais deve ser sempre sistemática, jamais individualizada, e sempre focada no núcleo principal da Constituição formado pelos direitos fundamentais. Mais ainda, não deve ser orientada apenas dentro da Carta, mas também fora dela, o que significa estimar quais as implicações sociais concretas da linha de interpretação escolhida³⁰;

e) Princípio da razoabilidade-proporcionalidade: trata-se de “um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”.³¹ Para que não haja margem para subjetivismo na aplicação desse princípio, cumpre elucidar que a razoabilidade de uma norma está ligada aos motivos de sua criação, às suas finalidades, aos instrumentos mediante os quais se fará executar, bem como aos valores consagrados na organização do Estado. O princípio da razoabilidade consiste na verificação de uma adequação da norma, tanto da perspectiva interna de sua *ratio legis*, instrumentos e finalidades, quanto do ponto de vista externo, de coerência com o conjunto da Constituição.

Os princípios elencados por Barroso constituem um guia geral de grande valia para a orientação do processo de balanceamento entre direitos fundamentais, o qual todavia, ainda carece de estudos mais aprofundados capazes de revesti-lo do grau de segurança idealizado por Dworkin na figura do juiz Hércules. Como bem nos ressalta Gilmar Ferreira Mendes:

No processo de ponderação desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação”.³²

Exemplo de caso concreto em que se viu o Poder Judiciário ponderar direitos fundamentais consistiu na ação cível movida pela atriz Maria Zilda Bethelm contra a Editora

³⁰ Id., *ibid.*, p. 201.

³¹ Id., *ibid.*, p. 224.

³² MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 96.

Abril S.A., ensejada por uma matéria veiculada na revista *Veja* em cujo conteúdo constava que a querelante costumava faltar às gravações da novela “Olho por Olho” ou chegar alcoolizada. Contra a alegada violação do direito à intimidade (inviolabilidade da vida privada), a editora argüiu em sua defesa que a publicação da reportagem encontrava guarida na constitucionalmente protegida liberdade de informação, de sorte que não incorrera em ilícito, pois informara seus leitores acerca de um fato de interesse público. Todavia, o desembargador relator entendeu que “a revelação de verdades da vida privada capazes de causar transtornos só se justifica se isso for essencial para se entender um fenômeno histórico. Se não, vira artifício sensacionalista, o que é eticamente condenável e politicamente perigoso”. A ementa do acórdão, conseqüentemente, recebeu a seguinte redação:

RESPONSABILIDADE CIVIL DE EMPRESA JORNALÍSTICA. PUBLICAÇÃO OFENSIVA. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO VERSUS INVIOABILIDADE DA VIDA PRIVADA. PRINCÍPIO DA UNIDADE CONSTITUCIONAL.

Na temática atinente aos direitos e garantias fundamentais, dois princípios constitucionais se confrontam e devem ser conciliados. De um lado, a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, de outro lado, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Sempre que princípios aparentam colidir, deve o intérprete procurar as recíprocas implicações existentes entre eles até chegar a uma inteligência harmoniosa, porquanto, em face do princípio da lealdade constitucional, a Constituição não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém. Assim, se ao direito à livre expressão da atividade intelectual e de comunicação contrapõe-se o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, segue-se como conseqüência lógica que este último condiciona o exercício do primeiro, atuando como limite estabelecido pela própria Lei Maior para impedir excessos e abusos.³³

Assim sendo, sopesando os dois princípios colidentes no caso concreto, entendeu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que o princípio da inviolabilidade da vida privada deveria receber preeminência, examinadas as circunstâncias do impasse, embora constasse em

³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 760/96 – RJ. 2ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Sérgio Cavalieri Filho.

diversos trechos do acórdão que deve buscar sempre a conciliação dos princípios. Uma vez que isso não seria mais possível no caso julgado, tendo em vista que a reportagem já fora veiculada, condenou-se a Editora Abril S.A. a indenizar a atriz pela violação de sua vida privada.

Outro exemplo recente de ponderação de direitos fundamentais, desta vez no âmbito da nossa Corte Maior, consistiu no julgamento do pedido de Intervenção Federal nº 918-9/SP, do qual foi relator o Ministro Marco Aurélio Mello, tendo o Ministro Gilmar Ferreira Mendes apresentado voto em separado. Na ocasião, entendeu o STF que, inobstante os créditos alimentícios gozem de proteção constitucional, uma intervenção federal, além de inadequada para promover o pagamento dos mesmos, comprometeria recursos destinados à manutenção de serviços públicos igualmente fundamentais:

INTERVENÇÃO FEDERAL. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido.

[...]

O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo dos atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um 'limite do limite' ou uma 'proibição do excesso' na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de Alexy, coincide igualmente com o chamada núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo não tal como o defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental.

A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do

conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais [...].

[...]

Portanto, não resta configurada uma atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com a finalidade de não pagamento dos precatórios alimentares. No caso em exame, a par de um quadro de impossibilidade financeira quanto ao pagamento integral e imediato dos precatórios relativos a créditos de natureza alimentícia, verifica-se a conduta inequívoca da unidade no sentido de honrar tais dívidas. É evidente a obrigação constitucional quanto aos precatórios relativos a créditos alimentícios, assim como o regime de exceção de tais créditos, conforme a disciplina do art. 78 do ADCT. Mas também é inegável, tal como demonstrado, que o Estado encontra-se sujeito a um quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Nesse quadro de conflito, assegurar, de modo irrestrito e imediato, a eficácia da norma contida no art. 78 do ADCT pode representar negativa de eficácia a outras normas constitucionais.

1.3. Efeitos horizontais dos direitos fundamentais

Os chamados efeitos horizontais dos direitos fundamentais são as implicações destes para as relações entre particulares, diversamente dos efeitos verticais, que afetam a relação cidadão-Estado. Trata-se de entendimento relativamente recente, pois a doutrina tradicional postula que os direitos fundamentais destinam-se a proteger o indivíduo apenas contra ações e omissões do Estado.

A vinculação de entes privados aos direitos fundamentais contém dois aspectos distintos: a “eficácia externa dos direitos fundamentais” e a “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”. Se a primeira reside tão somente no respeito dos particulares aos direitos alheios, a segunda significaria algo mais, pois vincula aos direitos fundamentais as relações estabelecidas entre os particulares, limitando-lhes a autonomia privada e a respectiva liberdade negocial.

Essa orientação provoca problemas de difícil equacionamento, pois o campo do Direito Privado está permeado por conflitos de interesses com implicações no âmbito dos direitos fundamentais. Em linhas gerais, o impasse em questão pode ser formulado da seguinte forma: as normas constitucionais instituidoras de direitos, liberdades e garantias fundamentais devem ou não ser respeitadas e cumpridas pelos particulares quando estabelecem relações jurídicas com outros particulares?

Mais do que uma discussão jurídica, trata-se de um debate permeado por ideologia. Os mais inclinados ao liberalismo tendem a rejeitar os efeitos horizontais, qualificando-os como violação estatal indevida contra a propriedade privada e a autonomia de celebrar contratos. Nesta perspectiva, uma empresa poderia, por exemplo, contratar funcionários sob a condição de monitorar suas conversas telefônicas no escritório, o que consistiria em violação do direito à privacidade. Já os doutrinadores perfilados mais à esquerda vêem os efeitos horizontais como necessários à realização plena dos direitos fundamentais, pois a assimetria de forças não marca tão somente a relação indivíduo-Estado, mas também as relações deste com outros particulares, sobretudo no campo econômico.³⁴ Ana Prata, discorrendo sobre a necessidade de proteger os direitos fundamentais também contra poderes particulares, toca no ponto nevrálgico da questão ao afirmar que, embora cada ordenamento jurídico indique as limitações da autonomia privada, inexistente “previsão constitucional expressa e específica da autonomia privada como liberdade negocial”, acrescentando que:

O pôr em causa destes dois pressupostos da concepção da liberdade implica o necessário rejeitar da liberdade negocial como aspecto intrínseco e prioritário da liberdade humana jurídica. O conceito constitucional de liberdade não supõe, nem admite uma indiscriminada liberdade, jurídico-econômica: quer nos seus fundamentos, quer nas suas manifestações, a liberdade como instrumento de defesa contra o Estado e de realização integral e igualitária do homem na sociedade civil está posta em causa. Se ela não deixa de revestir uma dimensão defensiva do cidadão contra os poderes públicos, por um lado, tal dimensão não tem como seu campo

³⁴ ARCE Y FLÓREZ, Valdés Joaquín. **Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional**. Madri: Civita, 1990, p. 149.

privilegiado o setor econômico, e por, outro, ela está longe de esgotar o seu total significado, supondo-se antes, em larga medida, a necessidade da intervenção pública para que se realize em dois dos seus elementos essenciais: como liberdade da necessidade e como liberdade face aos poderes privados [...]. Não se pode, pois, pensar-se a autonomia privada como um dado inerente à tutela constitucional da liberdade, como antes há que desta tutela retirar importantes elementos num sentido ou restritivo da liberdade negocial, ou reordenar desta em tais termos que o seu significado clássico surge completamente alterado.³⁵

Com esse diagnóstico converge Janáina Conceição Paschoal ao assinalar:

[...] o Estado não deve apenas se abster de interferir nos direitos dos indivíduos e fornecer-lhes condições materiais para gozarem tais direitos, estando também obrigado a proteger referidos direitos dos demais indivíduos. Assim, não basta que o Estado não viole as liberdades individuais em geral, fazendo-se necessário que garanta que os outros indivíduos não as violem.³⁶

Semelhante leitura não deriva apenas de um posicionamento político, mas da constatação inequívoca de que a crescente complexidade das relações sociais, ensejada pelo advento da Revolução Industrial, gerou situações que demandam o alargamento do campo abarcado pelos direitos fundamentais e sua defesa. Nesse sentido, salienta Maria Conceição Ferreira da Cunha:

[...] superado o Estado liberal (com sua contraposição Estado/sociedade), os direitos fundamentais passaram inequivocamente a ser vistos não apenas como direitos de defesa face ao Estado, mas também como princípios objetivos e direitos de defesa face a ataques de particulares. O potencial agressor da vida, da integridade física, da liberdade (...), em relação ao qual a Constituição confere (promete) proteção, não é apenas o Estado, mas também os próprios cidadãos, devendo o Estado agir no sentido de tornar eficaz essa proteção constitucional.³⁷

A jurisprudência pátria, sobretudo no âmbito da Justiça do Trabalho, tem convergido com a doutrina no sentido de proteger os direitos fundamentais dos particulares contra eventuais ofensas de seus concidadãos:

³⁵ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

³⁶ PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003, p. 137.

³⁷ CUNHA, Maria Conceição Ferreira. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 125.

TRABALHADOR. PORTADOR DE HIV. DESPEDIDA. ARBITRARIEDADE. REINTEGRAÇÃO.

Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao empregado portador da síndrome da imunodeficiência adquirida, ao magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais do Direito, da analogia e dos costumes para solucionar os conflitos ou lides a ele submetidos. A simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao afetado o direito de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e arbitrária que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o princípio da isonomia insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil. Revista conhecida e provida.³⁸

1.4. Eficácia dos direitos fundamentais

Jorge Miranda ressalta que somente recebendo efetiva proteção do Estado os direitos fundamentais “valerão como direitos, ainda que em termos e graus diversos consoante sejam direitos, liberdades e garantias ou direitos econômicos, sociais e culturais”.³⁹ Preocupação semelhante é externada por Bobbio, para quem a proteção constitucional dos direitos fundamentais tem se afigurado, via de regra, muito teórica e pouco prática.⁴⁰

O descompasso entre o reconhecimento formal e a efetivação dos direitos fundamentais tem sido um problema recorrente em diferentes países e épocas. Nesse contexto transparece de forma mais nítida a fragilidade das leis ante as contingências da política, cujas turbulências derivam a maior parte das violações aos direitos fundamentais. Não é preciso ir longe para buscar exemplos. No Brasil, a liberdade de expressão e o direito à vida foram consagrados por todas as Constituições do período 1930-1980, durante o qual, paradoxalmente, vicejaram e cresceram dois regimes ditatoriais de longa duração – ditadura Vargas e ditadura militar -, com prisões arbitrárias, perseguições políticas etc. Como que repetindo a História, o Direito Penal foi instrumentalizado para atropelar garantias e lesar o

³⁸ BRASIL. TST-RR. n.º 217.791-PR. v.u. 14.5.97. Relator: Ministro Valdir Righetto. DJU, 6 jun. 1997, p. 25.270.

³⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV-Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 232.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto, **A Era dos Direitos**, p. 25.

princípio da dignidade humana. Num espectro mais amplo, se o mundo, no século XX, presenciou o surgimento de ao menos três gerações de direitos fundamentais, presenciou também, com as duas Grandes Guerras Mundiais, violações em escala que fariam corar os monarcas absolutistas do século XVIII.

Há razões conjunturais e estruturais para este paradoxo. Dentre as primeiras, a principal reside no incipiente grau de consolidação democrática existente na maioria dos países do Terceiro Mundo, cujas instituições, embora inspiradas em paradigmas ocidentais de legalismo, ainda padecem de enorme fragilidade. Já a principal razão estrutural reside no fato de que o Estado, a quem cabe a proteção dos direitos fundamentais de primeira geração, costuma ser seu principal violador.

No tocante à efetivação dos direitos fundamentais de segunda geração, o principal obstáculo à efetivação dos mesmos consiste, ao menos nos países em desenvolvimento, na escassez – quando não na malversação ou má aplicação – de recursos públicos em monta suficiente para assegurar a todos os cidadãos as prestações sociais previstas pela Constituição. O caso brasileiro é emblemático, pois um estrangeiro desinformado que examinasse a Carta Magna aqui vigente suporia que a população deste país figura entre as mais bem assistidas do mundo.

Os direitos fundamentais de terceira geração padecem de uma fragilidade ainda maior diante da realidade dos fatos, sobretudo porque – inobstante a institucionalização da ONU, da OEA e da OMC –, ainda vige no âmbito das relações internacionais o paradigma hobbesiano segundo o qual cada Estado é independente para defender seus interesses nacionais por todos os meios possíveis. Deste, por assim dizer, “darwinismo interestatal” decorre que, estando as grandes potências em posição de força, são elas livres, em última instância, para violar o Direito Internacional e eventuais compromissos multilaterais como bem entenderem, ao passo que ficam os países do Terceiro Mundo sujeitos às mais variadas formas de ingerência, desde

as formas mais veladas – operações de inteligência, lobbies, desnacionalização econômica – até as mais ostensivas – sanções comerciais, intervenções militares etc.

Voltando ao âmbito brasileiro, o maior problema que se verifica, quanto à eficácia dos direitos fundamentais, não é a violação por ação, mas por omissão. Prevendo tais situações, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu dois instrumentos: o mandado de injunção⁴¹ e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁴², destinando-se o primeiro, diversamente do segundo, a sanar descumprimento por omissão de direito subjetivo.

Todavia, o mandado de injunção foi inviabilizado por conta da atuação do Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar o Mandado de Injunção n. 107-DF,⁴³ entendeu que sua obrigatoriedade não poderia ser mais do que mera recomendação. Assim, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão passaram a servir à mesma finalidade recomendatória, de forma que, paradoxalmente, o ordenamento pátrio possui dois mecanismos de recomendação para sanar omissão normativa, mas nenhum para preencher lacuna de lei. Resta ao magistrado a possibilidade de preencher as lacunas da lei a partir da interpretação do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.⁴⁴ O importante é que

⁴¹ Cf. 88. Art. 5º, LXXI – “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

⁴² Cf. 88. Art. 103, § 2º - “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

⁴³ Mandado de Injunção 107-3-DF. Relator: Min. Moreira Alves: “É ele (o MI)... ação que se propõe contra o Poder, órgão, entidade ou autoridade omissos quanto à norma regulamentadora necessária à viabilização do exercício dos direitos, garantias e prerrogativas a que alude o art. 5º, LXXI, da Constituição, e que se destina a obter sentença que declare a ocorrência da omissão constitucional, com a finalidade de que se dê ciência ao omissor dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da Carta Magna), com a determinação, se for o caso, da suspensão de processos judiciais ou administrativos, se se tratar de direito constitucional oponível ao Estado, mas cujo exercício está inviabilizado por omissão deste”. (RDA, 184:226, 1991, MI 107-3-DF, Rel. Min. Moreira Alves). Sucessivamente, o STF, ao julgar o MS 168-5-RS, Relator Min. Sepúlveda Pertence, reiterou a decisão anterior, nos seguintes termos: “O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado”. In: DJU, 20 abr. 1990, p. 3047.

⁴⁴ LICC. Decreto n.º 4.657/42, Art. 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

o intérprete tenha presente que as normas constitucionais, sobretudo as que versam sobre os direitos e garantias fundamentais, devem dispor da maior eficácia possível, daí porque deverá envidar todos os esforços para garantir-lhes aplicabilidade imediata.

2. CONSIDERAÇÕES RELATIVAS AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

2.1. Os princípios

Os princípios, tais como as regras, são uma categoria do conceito norma e se distinguem daquelas por seu caráter abrangente, valorativo e geral: os primeiros enunciam preceitos invioláveis, enquanto as segundas emitem procedimentos destinados a sanar situações específicas previstas em lei. A própria origem etimológica da palavra princípio (do latim *principium*) traz consigo a idéia de início, de origem. Por conseguinte, os princípios desposados pelo ordenamento jurídico emolduram o contexto no qual as regras adquirem coerência e sentido geral.

Na acepção de Walter Rothenburg, princípios são

[...] verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Muitas vezes, também se denominam princípios certas proposições que, embora não sejam evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes de validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.⁴⁵

No mesmo sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que princípio é a orientação central e alicerce de um sistema, de sorte que espraia sua influência determinante sobre as regras do ordenamento jurídico e dita o sentido interpretativo que se deve dar às mesmas.⁴⁶ Diagnóstico semelhante é sustentado por Roque Carraza, para quem o princípio, por sua abrangência, abarca de modo tentacular as leis que lhe são conexas, vinculando a aplicação das mesmas ao seu enunciado.⁴⁷

⁴⁵ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 14-15.

⁴⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 545.

⁴⁷ CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 30.

Assim, os princípios podem ser definidos como dogmas ordenadores do arcabouço jurídico e, como tais, destinados a inspirar a correta compreensão das leis, aclarando sua *ratio legis*. Em razão disso, cumpre então elucidar a diferença entre princípios e regras. As regras possuem menor grau de abstração e, por outro lado, são mais restritas, uma vez que discorrem acerca de fenômenos jurídicos específicos. No intento de esboçar uma metodologia adequada para o trato do tema, Gomes Canotilho elaborou diversos critérios para discriminar corretamente os princípios das regras, dentre os quais cabe mencionar: grau de abstração (que nas regras afigura-se bastante reduzido); grau de determinabilidade na aplicação ao caso concreto (os princípios só são aplicados por intermédio das regras concretas); e fundamentalidade enquanto fonte do Direito (as regras não são fundamentais para a estruturação do sistema jurídico, de sorte que podem ser modificadas sem prejuízo do mesmo).⁴⁸

Aos critérios acima elencados, Canotilho acrescenta que os princípios podem coexistir pacificamente no ordenamento jurídico sem que haja incompatibilidade que implique na exclusão de um ou de outro, enquanto as regras, se conflitantes, tornam necessária a aplicação de uma delas em detrimento da outra. Conseqüência disso é que os princípios, por sua generalidade, admitem diversos graus de concretização conforme o caso concreto, enquanto as regras devem ser cumpridas na sua integridade.⁴⁹ Nesta mesma linha de argumentação, a opinião de Eros Grau converge com o entendimento de Canotilho:

As regras jurídicas não comportam exceções. Isso é afirmado no seguinte sentido; se há circunstâncias que excepcionem uma regra jurídica, a enunciação dela, sem que todas essas exceções sejam também enunciadas, será inexata e incompleta. No nível teórico, ao menos, não há nenhuma razão que impeça a enunciação da totalidade dessas exceções e quanto mais

⁴⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 1087.

⁴⁹ Id., *ibid.*, p. 1087-1088.

extensa seja essa mesma enunciação (de exceções), mais completo será o enunciado da regra.⁵⁰

Com muita lucidez, Karl Larenz observa que os princípios jurídicos, enquanto ideais, não são suscetíveis de aplicação em seu estado puro, de forma que, para tanto, precisam ser convertidos em regras e às mesmas subjazer.⁵¹

Portanto, diante dos supracitados posicionamentos doutrinários, convém sintetizar algumas conclusões parciais: (1) os princípios são pautas de valores, preceitos centrais do ordenamento jurídico e, como tais, direcionam a aplicação das leis; (2) eles podem ser tanto expressos como implícitos, enquanto as regras só podem ser expressas; (3) estas não admitem exceções, mas os princípios sim; (4) as regras, se conflitantes, excluem-se mutuamente, enquanto os princípios não, pois o eventual confronto entre dois princípios num caso concreto deverá ser sanado mediante o balanceamento de valores, de sorte a harmonizar sua convivência no âmbito do sistema; e (5) as regras, quando aplicadas, devem espelhar os princípios que as inspiram, pois estes pairam acima daquelas.

2.2. Teoria dos princípios

Ainda que a distinção entre princípios e regras seja antiga, afigura-se inequívoco que o debate em torno dela sobressaiu-se no meio acadêmico com as obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Ambos são representantes da tese da separação qualitativa entre regras e princípios, segundo a qual a diferença entre ambas as espécies de normas é de caráter lógico. Uma alternativa a essa tese é aquela para a qual a distinção entre ambas é de grau, seja de grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade.⁵²

⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 89-90.

⁵¹ LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del Derecho**. Barcelona: Agira, 1980 apud EROS GRAU, op.cit., p. 101.

⁵² SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1, p. 609, jan.-jun. 2003.

2.2.1. Classificação de Ronald Dworkin

Na concepção de Dworkin, o direito deve ser visto como um complexo de normas cuja peculiaridade reside na aptidão para oferecer soluções jurídicas a quaisquer impasses, ainda que estes aparentem ser carentes de regulamentação pelo ordenamento jurídico. Segue-se que a doutrina dworkiana atribui ao direito um atributo antes ignorado, qual seja, a completude do sistema jurídico.

Nesse sentido, Dworkin, ao trabalhar essa perspectiva inovadora⁵³, vale-se dos preceitos pós-positivistas acerca daquilo que se entende por normas jurídicas, que têm como categorias as regras e os princípios, visando fundamentar o seu ideal de integridade do direito.

Embora Alexy⁵⁴ tenha se aprofundado ainda mais nas conclusões obtidas por Dworkin, foi este que, através de sua sistematização conceitual, estabeleceu uma modificação mais profunda no estudo das normas jurídicas, inclusive promovendo um ataque geral ao positivismo. Consoante as suas propostas, as regras deveriam ter aplicação no modo tudo-ou-nada (*all-or-nothing*), de sorte que numa situação de eventual conflito entre regras a determinarem comportamentos diversos, ter-se-ia que decidir pela validade de uma delas, rejeitando a outra. Em outras palavras, ou a regra era válida e, portanto, aplicável, ou era inválida e afastado estaria seu cumprimento. Em contrapartida, os princípios não se invalidariam, mas, inversamente, deveriam ser ponderados a fim de se verificar qual deveria prevalecer. É nesse sentido que Dworkin afirma que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira

⁵³ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 271.

⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 81-172.

tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão [...]. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se entrecruzam, aquele que resolverá o conflito tem que levar em conta a força relativa de cada um.⁵⁵

Observe-se, contudo, que é justamente aqui, a partir de sua posição acerca dos princípios jurídicos, que Dworkin passa a sustentar a sua teoria concernente à integridade do direito, pois os princípios, por força de sua dimensão de peso e de seu profundo conteúdo axiológico, possibilitariam a composição de quaisquer situações das quais não se pudesse visualizar *prima facie* uma solução jurídica. Daí a sua referência aos casos difíceis (*hard cases*), diante dos quais um juiz hipotético, por ele chamado de Hércules, obteria soluções. Cada lide, afirma Dworkin, possuiria uma única sentença correta, posto que extraída de um modelo forjado por Hércules que incluiria interpretação constitucional, precedentes jurisprudenciais e seria capaz de justificar suas decisões.

Para Dworkin, a teoria da Constituição a ser construída por Hércules envolveria tanto princípios como políticas. Tratando da força gravitacional dos precedentes, Dworkin afirma que Hércules somente deve levar em conta argumentos de princípio, assinalando a cada um dos precedentes algum esquema de princípios que o justifique. A força gravitacional dos precedentes provém da idéia de que a equidade exige a imposição congruente de direitos, de sorte que Hércules deveria descobrir princípios adequados não somente àquelas decisões apresentadas, mas a todos os impasses sob sua jurisdição, e inclusive também às leis, na medida em que estas devem ser vistas como geradas por princípios e não por políticas.

Discorrendo sobre o tema, o autor diferencia teorias fortes e fracas em relação aos princípios. A variante mais fraca seria constituída por uma relação completa dos princípios de um sistema jurídico, que não preconizaria nada sobre a ordem de prioridade entre eles. No outro extremo, uma teoria forte conteria todas as relações possíveis de prioridade e,

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39-42.

conseqüentemente, determinaria univocamente a decisão em cada um dos casos. A construção da teoria dos princípios nesses moldes tornaria acertada a tese da única resposta correta defendida por Dworkin.⁵⁶

2.2.2. Classificação de Robert Alexy

A concepção sobre o caráter normativo dos princípios gerais foi consolidada por Dworkin, mas foi Robert Alexy quem prosseguiu na senda aberta pelo primeiro ao aprofundar a discussão do tema e elaborar uma teoria que enfrentou a questão da colisão dos princípios.

Embora a distinção entre princípios e regras seja antiga, ela permanecia confusa antes que Alexy trouxesse sua contribuição, demarcando conceitos, trazendo nova terminologia e reunindo os grandes teóricos sobre o assunto. Ele observa que o critério mais utilizado é o de generalidade, ou seja, aquele que considera os princípios como normas cujo grau de generalidade é relativamente alto e as regras como normas de abrangência relativamente baixa. Assim, o grau de generalização ou abstração seria o vetor que os diferenciaria. Alexy, ao refutar esse critério por inadequado, propõe que se abandone a quantificação da generalização em favor de um critério mais qualitativo, mais preciso e mais correto:

El punto decisivo para la distinción entre reglas e 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. Si una regla es válida, entonces de hacerce exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.⁵⁷

⁵⁶ CEZNE, Andrea Nárriman. A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronal Dworkin e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 52, p. 64, jul.-set. 2005.

⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**, p. 86-87.

Conforme observa Marcelo Medina em instigante artigo sobre o tema, o principal complemento acrescentado por Alexy à teoria de Dworkin consiste na conceituação dos princípios e das regras respectivamente como mandamentos de otimização e mandamentos definitivos. Em outras palavras, os princípios seriam normas que determinariam que algo fosse realizado no maior grau possível, segundo as possibilidades materiais e jurídicas existentes, enquanto as regras somente poderiam ser ou não cumpridas.⁵⁸ Essa distinção estrutural, salienta Thomas Bustamante, repercute no aspecto metodológico, pois para cada um dos dois tipos de normas há modos de aplicação e mecanismos de solução de conflitos diferentes. De um lado, as regras aplicam-se pela subsunção, sendo que os conflitos entre elas só podem ser superados através da invalidação de uma delas ou estabelecimento de uma exceção em uma das normas. De outro lado, os princípios entram, a todo momento, em colisão uns com os outros, sendo que tais colisões só podem ser resolvidas por meio da técnica da ponderação.⁵⁹

Ao tratar da colisão de princípios nos chamados casos difíceis aludidos por Dworkin, Alexy esclarece que somente é possível saber qual princípio deverá predominar se este for analisado em um conjunto de complementos e limitações recíprocas:

Los principios no rigen sin excepción, y pueden entrar en oposición o contradicción; no contienen una pretensión de exclusividad; sólo despliegan su contenido significativo propio en un juego conjunto de complemento y limitación recíprocos, y necesitan para su realización de concreción a través de principios subordinados y valorizaciones particulares con contenido material independiente.⁶⁰

Alexy estabelece, pois, uma lei de ponderação a ser seguida em tais circunstâncias. Para o autor, “quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto

⁵⁸ MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. Esboço de uma teoria da ponderação independente da teoria dos princípios. **Revista de Direito Administrativo**, n. 238, p. 46, out.-dez. 2004.

⁵⁹ BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 54, p. 81, jan.-mar. 2006.

⁶⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 26.

maior deve ser a importância da satisfação do outro”.⁶¹ Essa ponderação, interpreta Bustamante, ocorre em três planos sucessivos: no primeiro plano, há de se definir a intensidade da intervenção; no segundo, é necessário saber a importância dos fundamentos justificadores dessa intervenção; no terceiro, realiza-se a ponderação em sentido específico e estrito. Nesse último estágio, trata-se de uma valoração dos pesos relativos dos princípios jurídicos em tela, a fim de se estabelecer a relação de precedência condicionada entre eles.⁶² Para Maria Manzato, o meio escolhido deverá ser adequado para atingir o resultado almejado, revelando conformidade e utilidade do fim estabelecido. Na comprovação da exigibilidade do meio busca-se o “mais suave” dentre os diversos disponíveis, ou seja, aquele menos agressivo dos bens e valores constitucionais protegidos, que estejam em rota de colisão. Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, mister analisar-se o meio a ser empregado, com a constatação de que ele se mostra o mais vantajoso, no sentido de promover certos valores com o mínimo de desrespeito a outros que a eles se contrapõem, inclusive com a observância da não violação do “mínimo” em que todos devem ser respeitados.⁶³

O método a ser aplicado neste processo trifásico, segundo Alexy, reside na argumentação jusfundamental. Esta distingue-se da argumentação jurídica corriqueira por não estar condicionada pela lei ordinária. Em seu lugar emergem disposições jusfundamentais, as quais são muito mais abstratas, abertas e ideologizadas. Ao invés da sujeição à lei, há a sujeição ao texto das disposições jusfundamentais e à vontade do legislador constitucional. Há sujeição, também, aos precedentes, que formam uma rede relativamente ampla e densa de regras *prima facie*, pelo princípio da universalidade, sendo que, para não aplicá-los, há que se livrar da carga de argumentação. A terceira base da argumentação jus fundamental é a

⁶¹ ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, ano 22, n. 66, p. 31, 2002.

⁶² BUSTAMANTE, Thomas, op. cit., p. 92.

⁶³ MANZATO, Maria Cristina Biazão. A Constituição como sistema de princípios e regras. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 52, p. 177, jul.-set. 2005.

dogmática, sendo que Alexy considera as teorias materiais, que são as teorias gerais, como dotadas de um grau relativamente alto de abstração. São fundamentadas fazendo referências às disposições jusfundamentais e aos precedentes. Não são apoiadas pela autoridade, mas pela argumentação. Em síntese, pode-se dizer que Alexy de certa forma sofisticada e amplia a teoria de Dworkin, oferecendo respostas e caminhos ao julgador inexistentes na primeira teoria, bem como um procedimento formal e racional a este na aplicação dos princípios.⁶⁴

Antes de concluir este item, há que se ressaltar dois aspectos. Um deles reside no freqüente equívoco em que se incorre, segundo salienta Virgílio Afonso da Silva, ao se elaborar uma “tipologia dos princípios constitucionais nos moldes de Alexy”, pois:

Muito do que as classificações tradicionais chamam de princípio, deveria ser, se seguirmos a forma de distinção proposta por Alexy, chamado de regra. Assim, falar em princípio do *nulla poena sine lege*, em princípio da legalidade, em princípio da anterioridade, entre outros, só faz sentido para as teorias tradicionais. Se se adotam os critérios propostos por Alexy, *essas normas são regras, não princípios*. Todavia, mesmo quando se diz adotar a concepção de Alexy, ninguém ousa deixar esses ‘mandamentos fundamentais’ de fora das classificações dos princípios para incluí-los na categoria das regras [...]. Essas são, sem dúvida, duas normas fundamentais em qualquer Estado de Direito.

Caso, no entanto, se prefira usar os critérios estabelecidos por Alexy [...], é preciso cuidado ao se fazer uma ‘tipologia de princípios’ – se é que uma tal tipologia faz algum sentido quando se distinguem princípios e regras por aqueles critérios – e, mais importante, é preciso deixar de fora dessa tipologia aquelas normas tradicionalmente chamadas de princípios - legalidade, etc. -, visto que elas, a despeito de sua fundamentalidade, não poderiam mais ser consideradas como princípios, devendo ser incluídas na categoria das regras.

Como se percebe, o conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito *axiologicamente neutro* e seu uso não expressa nenhuma opção por esta ou aquela disposição fundamental, nem por este ou aquele tipo de Constituição.⁶⁵

O segundo aspecto a destacar é a divergência entre Dworkin e Alexy no tocante à tese da “única solução correta” adotada pelo primeiro e exposta no item anterior. Para Alexy,

⁶⁴ CEZNE, Andrea Nárriman, op. cit., p. 67.

⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, p. 613-615.

somente seria possível uma ordem “fraca”, que consistiria em três elementos: (1) um sistema de condições de prioridade; (2) um sistema de estrutura de ponderação; e (3) um sistema de prioridades *prima facie*.

Em relação às condições de prioridade, a solução de colisão apresentada para o caso concreto não significa que somente seja significativa para esse caso – pode-se estabelecer através dessa decisão relações de prioridade que serão importantes para a composição de novos casos. Essas condições proporcionam informação sobre o peso relativo dos princípios, o que não significa edificar através delas uma teoria que determine para cada caso uma decisão, mas abrir um procedimento de argumentação que não se daria sem elas, devendo este procedimento ser incluído em uma teoria completa da argumentação jurídica.⁶⁶

2.3. Princípios constitucionais

Os princípios constitucionais são, para Luís Roberto Barroso, “a síntese dos valores principais consagrados pela ordem jurídica”.⁶⁷ Isto porque a Constituição não é formada por um simples amálgama de leis justapostas ou superpostas, mas por um sistema. A coerência deste sistema, afirma o autor, reside na integração das suas partes, harmônicas entre si porque uniformemente obedientes a determinados valores superiores e diretrizes. Ou seja, os princípios constitucionais enfeixam os postulados básicos da ordem jurídica e, por conseguinte, indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.⁶⁸

Avançando ao âmago do tema, o autor observa que os princípios constitucionais, enquanto valores oficialmente agasalhados pela Lei Magna, espelham a ideologia implícita ou

⁶⁶ CEZNE, Andrea Nárriman, op. cit., p. 65.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 285.

⁶⁸ Id., ibid.

explícita no ordenamento jurídico, no Estado, e, conseqüentemente, constituem fenômeno nitidamente político, eleitos que foram pelo legislador para reger a vida social.⁶⁹

Assim, os princípios constitucionais são, tal como dogmas, o critério com o qual se afere a admissibilidade da legislação ordinária frente ao ordenamento jurídico pátrio, ao qual é vedado acolher leis incompatíveis com os primeiros. Disso se segue que não são os princípios constitucionais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que se move no âmbito dos princípios. Em outras palavras, o princípio é a melodia que inspira a dança do intérprete, que deve estar sempre “afinado” com a música. A letra pode mudar. O compositor, também. E até o ritmo pode sofrer alterações. Mas a melodia sempre será a mesma, e o intérprete, em sua dança hermenêutica, deverá acompanhá-la custe o que custar.

Uma vez que a Constituição é gerada pelo consenso da sociedade em torno de valores básicos, os princípios nela consagrados possuem caráter normológico, ou seja, geram as regras. Por isso são alcunhados, na feliz expressão de Paulo Bonavides, como “fonte das fontes” do Direito.⁷⁰ Pelo mesmo motivo, a ofensa a um princípio é deveras mais grave do que a transgressão de uma lei infraconstitucional, pois danifica toda a ordem jurídica nele assentada.

Em última análise, nenhuma disposição legal, de qualquer hierarquia, pode ignorar as orientações guardadas no bojo da Constituição Federal, sob pena de gerar violações das piores ordens para o organismo estatal e a sociedade. As leis, em sua totalidade, são desdobramentos dos princípios constitucionais, os quais perpassam o arcabouço jurídico desde a Carta Magna às disposições mais corriqueiras, dando coerência ao sistema.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 141.

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 358.

2.4. Classificação de Gomes Canotilho

Gomes Canotilho ensina que a Constituição designa o conjunto de normas jurídicas positivas (regras e princípios) geralmente plasmadas num documento escrito e que apresentam relativamente às outras normas do ordenamento jurídico caráter fundacional e primazia normativa.⁷¹ Nessa moldura, classifica os princípios constitucionais em duas categorias: político-constitucionais e jurídico-constitucionais, descritos nos itens a seguir.

2.4.1. Princípios político-constitucionais

Os princípios político-constitucionais têm a função precípua de definir e caracterizar o Estado, elencando suas principais orientações e propósitos. Os artigos da Lei Maior pertencentes à essa categoria são a fonte dos demais dispositivos constitucionais, formando o “cerne da Constituição”.⁷² Tais princípios também são denominados pelo autor como princípios constitucionais fundamentais e seriam sintetizados pelas decisões políticas primárias materializadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo:

Nestes princípios se condensam as opções políticas nucleares e se reflete a ideologia inspiradora da Constituição. Expressando as concepções políticas triunfantes ou dominantes numa assembleia constituinte, os princípios político-constitucionais são o cerne político de uma constituição política.⁷³

Seriam normas-princípio, isto é, normas essenciais das quais derivam logicamente as normas particulares destinadas a regular relações específicas da vida social. Manifestar-se-iam como princípios constitucionais fundamentais, positivados em normas-princípio que expressariam as opções políticas vitais conformadas na Constituição. Seriam esses princípios fundamentais que constituiriam a matéria dos arts. 1º a 4º da CF/88, dentre eles a dignidade da pessoa humana. Seriam os princípios que, segundo Canotilho, definiriam a forma de

⁷¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 1021.

⁷² CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 71.

⁷³ Id., *ibid.*, p. 73

Estado, bem como sua estrutura, o regime político, a forma de governo e a organização política em geral.

2.4.2. Princípios jurídico-constitucionais

Os princípios jurídico-constitucionais seriam princípios gerais informadores da ordem jurídica nacional. Decorreriam de certas normas constitucionais e, freqüentemente, constituiriam desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais, como o princípio da supremacia da Constituição e o conseqüente princípio da constitucionalidade, o princípio da legalidade, o princípio da isonomia, o princípio da segurança jurídica, o princípio da certeza do direito, entre outros que *mutatis mutandis* figurariam nos incisos XXXVIII a LX do art. 5º da nossa Lei Fundamental.

2.5. Princípios constitucionais fundamentais

Os princípios fundamentais emoldurados numa Constituição representariam determinados valores transcendentais ao ordenamento jurídico-positivo do Estado. Em outras palavras, eles seriam elementos meta-jurídicos e reguladores do direito positivo, mas que não precisam estar diretamente expressos na Constituição escrita.

Todo ordenamento constitucional revela, implícita e explicitamente, a existência de princípios observáveis como fundamentais, e que, em razão desta natureza, devem ser vistos como fatores modelantes de uma certa concepção valorativa do constitucionalismo. Por meio deles, Constituições escritas são reconhecidas como uma espécie de moralidade jurídica. E, além disso, tais princípios são reguladores da criação de normas legislativas e, em sentido amplo, do processo geral de criação do direito positivo. Estes princípios não precisariam sequer estar expressamente relacionados ao texto constitucional, mas devem se apresentar como ponderação moral do ordenamento jurídico, em termos de se configurar em imperativos de eticidade básica relacionados à legitimação da Constituição.

Podemos metaforicamente avaliar que os princípios fundamentais são como luzes irradiantes para a interpretação constitucional, pois eles provêm o magistrado de critérios para uma razoável interpretação e, assim sendo, desenvolvem uma lógica sistêmica ao ordenamento constitucional.⁷⁴ Independentemente do grau de abstração peculiar ao ordenamento constitucional, cada princípio possui uma capacidade de enquadramento valorativo de regras jurídicas do ordenamento constitucional, servindo a adequação de regras aos casos concretos. Deste modo, a interpretação constitucional encontra-se operacionalizada por princípios que então procedem à justificação valorativa das regras do direito positivo.

2.6. Princípios constitucionais fundamentais como fonte de direitos fundamentais

Se princípios constitucionais são intrínsecos a todo e qualquer ordenamento constitucional, provendo-lhe um sentido valorativo, modernas democracias se deparam com problemas preliminares relativos aos direitos fundamentais. Nestes termos, alguns princípios seriam pertinentes ao Estado de Direito, em virtude desta expressão denotar um tipo de legalidade demandada por sociedades abertas e democráticas. Por conseguinte, o constitucionalismo democrático precisa definir um esquema jurídico politicamente protetor dos direitos da pessoa humana. Constituições democráticas objetivariam a limitação de potencialidades opressivas do poder político, estabelecendo certos princípios que são impositivos em relação à autoridade governamental, e que, portanto, se situam acima daquela.

Os direitos fundamentais seriam de tal maneira importantes que nem mesmo uma Assembléia Constituinte, mediante ampla maioria, poderia retirá-los do cidadão. Por conseguinte, o mandato e a competência do legislador estão de antemão circunscritos pela inviolabilidade destas normas jusfundamentais.⁷⁵ Estas normas são constituídas por todos os

⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 117.

⁷⁵ CEZNE, Andrea Nárriman, op. cit., p. 59.

princípios constitucionais destinados a assegurar os direitos fundamentais, protegendo o *status* jurídico-material aos cidadãos.⁷⁶

Os direitos fundamentais são, nesta dimensão, inerentes à qualidade humana dos seus titulares, e constituem o núcleo restrito que se faz sentir em qualquer ordem jurídica, impondo-se, desta forma, não apenas contra o Estado, mas também aos particulares.

A constitucionalização dos direitos fundamentais significa a sua positivação e incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados "naturais" e "inalienáveis" do indivíduo. Essa positivação dos direitos fundamentais os protege sob a forma de normas (regras e princípios) do direito constitucional.

⁷⁶ MANZATO, Maria Cristina Biazão, op. cit., p. 166.

3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO PENAL

3.1. Evolução histórica do conceito de dignidade da pessoa humana

O conceito de dignidade humana, cambiante conforme a época e as regiões, constitui uma idéia-força consensualmente desposada na civilização ocidental, formando a base dos textos fundamentais que versam sobre direitos humanos. Proclama-se no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948:

Os direitos humanos são a expressão direta da dignidade da pessoa humana, a obrigação dos Estados de assegurarem o respeito que decorre do próprio reconhecimento dessa dignidade.⁷⁷

A idéia de dignidade humana tem suas origens na filosofia grega. Inobstante a História demonstre que nem sempre ela foi respeitada ou mesmo protegida pela lei e pelos costumes, a filosofia ocidental sempre se preocupou com essa questão. Infelizmente, somente após a 2ª Guerra Mundial houve conscientização geral que redundou na proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Flávia Piovesan observa:

A Declaração Universal de 1948, ao introduzir a concepção contemporânea de direitos humanos, acolhe a dignidade humana como valor a iluminar o universo de direitos [...]. A condição humana é requisito único e exclusivo, reitera-se, para a titularidade de direitos. Isto porque todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano. O valor da dignidade humana se projeta, assim, por todo o sistema internacional de proteção. Todos os tratados internacionais, ainda que assumam a roupagem do positivismo jurídico, incorporam o valor da dignidade humana.⁷⁸

Todavia, a efetivação dos direitos fundamentais está longe de ser uma questão satisfatoriamente equacionada. Mesmo nos países ocidentais ditos desenvolvidos, assevera Rogério Gesta Leal, os direitos humanos adquiriram escopo mais amplo em razão dos

⁷⁷ LENOIR, Noelle; MATHIEU, Bertrand. **Les normes internationales de la bioéthique**. Paris: PUF, 1998, p. 100.

⁷⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: o princípio da dignidade humana e a constituição brasileira de 1988. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, v. 833, p. 41-53, mar. 2005.

problemas provocados pelo alvorecer do capitalismo industrial. A concentração de riqueza e dos meios de produção tornou gritante a estratificação da sociedade, explicitando que a maior parte dela se via desamparada por um Estado omissivo, erigido que foi numa perspectiva de *laissez-faire*.⁷⁹ Em uma perspectiva mais ampla, José Augusto Lindgren Alves destaca que a tais problemas somam-se obstáculos de ordem cultural ao reconhecimento da dignidade humana:

Mais prudentes e mais construtivas têm sido as variadas tentativas de compatibilização entre o particularismo das culturas diversas e o que há de efetivamente universal na idéia dos direitos fundamentais. Essa tarefa intelectual é complexa, na medida em que a própria noção de direitos, assim como a de indivíduo, é oriunda do Ocidente. As culturas não-ocidentais, como é sabido, sempre acentuaram os deveres, privilegiando o coletivo sobre o pessoal, fosse em prol da “harmonia” social, fosse em defesa da ordem e da autoridade, religiosa ou secular, não importando sua arbitrariedade ou o grau de sofrimento exigido na vida de cada um.⁸⁰

A História, desde a Antigüidade clássica até a Idade Contemporânea, atesta que o primado do ser humano foi antes exceção do que regra. Desde a escravidão, vigente nas civilizações orientais, clássicas e européias, até as arbitrariedades da Inquisição, a discriminação social foi notória e naturalmente aceita pelos filósofos. Já Aristóteles (384-322 a. C.) e S. Agostinho (354- 430) se haviam debruçado sobre a diferenciação entre objetos, animais e pessoas. Deve-se a Immanuel Kant (1724-1804), por meio dos seus estudos sobre as possibilidades do conhecimento, na *Crítica da Razão Pura*, na *Crítica da Razão Prática* e na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, uma das contribuições mais importantes para a noção de dignidade humana.

No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se, em vez dela, qualquer outra coisa como

⁷⁹ LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 39.

⁸⁰ ALVES, José Augusto Lindgren. A Declaração dos Direitos Humanos na pós-modernidade. **Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 51-52, p. 71, jan.-dez. 1999.

equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade.⁸¹

Conforme Kant reconheceu, as respostas para as perguntas apresentadas dependiam do nosso conhecimento da natureza do próprio homem. O que se pode conhecer, fazer ou esperar, depende, primordialmente, da própria condição humana. Daí porque o prescreve Kant que se deve agir de forma a tratar a humanidade, tanto na própria pessoa como na do semelhante, como um fim e nunca como um meio.

Para o pensador germânico, o homem é um valor absoluto, fim em si mesmo, porque dotado de razão. A sua autonomia, porque ser racional, é fonte da dignidade, pois é ela que torna o homem um fim em si mesmo.

Atualmente, é pacífica a sua titulação por todos os homens. Examinando a longa evolução percorrida pela humanidade, vê-se que nem sempre foi assim. A escravidão, naturalmente aceita pelos gregos e romanos, implicava no confisco do estado de liberdade do indivíduo, sendo qualificada como a *capitis deminutio* máxima.

Coube ao pensamento cristão, assentado na fraternidade, modificar a mentalidade vigente em direção à igualdade dos homens. Essa tarefa, que iniciou-se ainda no ocaso do Império Romano, com a proibição de crueldades aos escravos, decretada pelo Imperador Constantino, prosseguiu com o ressurgimento da escravidão, ensejado pelas navegações, de sorte que recebeu censura do Papa Paulo III, através da bula *Sublimis Deus*, de 1537, somente extinguindo-se com o triunfo dos movimentos abolicionistas do século XIX.

⁸¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martins Claret, 2003, p. 77.

3.1.1. Individualismo

Recorrendo à terminologia utilizada por Miguel Reale, verifica-se, historicamente, a existência de três concepções da dignidade da pessoa humana: individualismo, transpersonalismo e personalismo.⁸²

O individualismo desposa o entendimento de que cada homem, zelando pelos próprios interesses, protege e realiza, indiretamente, os interesses da comunidade. Seu pressuposto básico é, portanto, o indivíduo.

Semelhante concepção da dignidade humana, demasiadamente limitada, é característico do liberalismo clássico,⁸³ “*dista de ser una respetable reliquia de la arqueologia cultural*”⁸⁴, compreende uma maneira de se entender os direitos fundamentais. Estes, na tese individualista, são direitos inatos e precedem o Estado no tempo, impondo limites às suas atividades, que devem afetar o mínimo possível a vida social. São direitos contra a autoridade estatal, “como esferas de autonomia a preservar da intervenção do Estado”.⁸⁵

O individualismo implica, como observa Reale, numa dada compreensão e interpretação do Direito e, conseqüentemente, da Constituição.⁸⁶ Nesse caso, a lei será interpretada com a finalidade de proteger a autonomia do indivíduo, preservando-o das ingerências do Poder Público. Assim, num conflito que oponha o indivíduo ao Estado, dá-se primazia ao primeiro.

⁸² REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 277.

⁸³ FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos**. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 47.

⁸⁴ SANCHIS, Luis Prieto. **Estúdios sobre Derechos Fundamentales**. Madrid: Debate, p. 26.

⁸⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Coimbra, p. 73.

⁸⁶ REALE, Miguel, op. cit., p. 278.

3.1.2. Transpersonalismo

O transpersonalismo, por sua vez, postula o contrário: somente realizando o bem coletivo é possível salvaguardar os interesses individuais; havendo colisão entre o bem do indivíduo e o bem da comunidade, devem prevalecer, sempre, os valores coletivos. Tal concepção nega, portanto, a pessoa humana como valor supremo.⁸⁷ A dignidade desta é atingida no âmbito coletivo.

Partidárias desta escola são as teses socialistas e coletivistas, das quais a mais difundida é a marxista. Para Karl Marx, os direitos fundamentais postulados pelo liberalismo limitam-se ao “egoísmo do homem, como membro da sociedade burguesa, isto é, do indivíduo voltado para si mesmo, para seu interesse particular, em sua arbitrariedade privada e dissociado da comunidade”.⁸⁸

Desta linha de pensamento deriva uma propensão a interpretar o Direito de forma a restringir a liberdade em favor da igualdade⁸⁹, identificando os interesses individuais com os da sociedade e privilegiando estes em detrimento daqueles.

3.1.3. Personalismo

O personalismo rejeita tanto a tese individualista como a coletivista, refutando tanto a existência de compatibilidade natural entre indivíduo e sociedade como a subordinação daquele à segunda. Marcante nesta teoria, na qual se busca, sobretudo, a compatibilização, a inter-relação entre os valores individuais e coletivos, é a distinção entre pessoa e indivíduo. Se a primeira escola exalta o individualismo, o homem abstrato, típico do liberalismo-burguês, aqui sublinha-se que ele não é apenas uma parte. Como uma pedra de edifício no todo, ele

⁸⁷ REALE, Miguel, op. cit., p. 277.

⁸⁸ MARX, Karl. **A questão judaica**. São Paulo: Centauro, p. 44.

⁸⁹ REALE, Miguel, op. cit., p. 278.

constitui, inobstante, a forma do mais acabado gênero, uma pessoa, em sentido amplo – o que uma unidade coletiva jamais pode ser.

Portanto, enquanto o indivíduo é uma “*unità chiusa in se stessa*”, a pessoa é uma “*unità aperta*”. Conseqüentemente, não se pode falar, aprioristicamente, em predomínio do indivíduo ou predomínio do conjunto. A solução deve ser procurada caso a caso, segundo as circunstâncias, podendo desembocar no ajustamento equilibrado entre os referidos valores, por meio de “uma ponderação na qual se avaliará o que toca ao indivíduo e o que cabe ao todo”⁹⁰ ou, inversamente, na preponderância de um sobre o outro.

Neste sentido, o personalismo postula que a pessoa humana, enquanto valor supremo, há de predominar sempre sobre qualquer outro bem.

3.2. A dignidade da pessoa humana como núcleo essencial dos direitos fundamentais

O reconhecimento do valor distinto da pessoa humana gerou como conseqüência a afirmação de direitos inerentes a cada homem. A dignidade da pessoa humana é, portanto, a pedra angular dos direitos fundamentais, a “fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais”⁹¹, a fonte ética, que confere unidade de orientação, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais⁹², o “valor que atrai a realização dos direitos fundamentais”⁹³. Em síntese, recorrendo às lições de Ingo Wolfgang Sarlet:

Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade.⁹⁴

⁹⁰ FARIAS, Edilson Pereira de, op. cit., p. 48.

⁹¹ Id., ibid., p. 54.

⁹² MIRANDA, Jorge, op cit, p. 166-167.

⁹³ SILVA, José Afonso. **Anais da XV Conferência Nacional da OAB**, p. 549.

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 87.

Assim, não existem apenas pontos de contato entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, pois, em verdade, trata-se de íntima ligação entre eles, sobretudo em três aspectos.⁹⁵ Num primeiro aspecto, a dignidade da pessoa humana pode ser abordada como unidade de valor de uma ordem constitucional e, sobretudo, como unidade de valor para os direitos fundamentais.⁹⁶ Assim, a dignidade da pessoa humana assumiria seu caráter axiológico-constitucional, exercendo o papel de paradigma das liberdades constitucionais e dos direitos fundamentais, e como referência de integração e hierarquização hermenêutico-sistemática de todo o ordenamento jurídico. Em um segundo aspecto, como elementos de habilitação de um sistema positivo dos direitos fundamentais, a proteção e a promoção da dignidade do homem embasam e atestam legitimidade a um Estado e a uma comunidade que tenham na pessoa humana seu fim e fundamento máximos. Assim, a dignidade seria um critério para aferição do sentido de uma ordem estabelecida, o qual não pode ser outro que não aquele baseado na unidade de valor mencionada.⁹⁷ Num terceiro aspecto ao qual se denominaria pragmático-constitucional, a relação entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana seria uma dinâmica de *praxis* no conteúdo teórico do ordenamento constitucional. Nesse caso, os direitos fundamentais seriam a efetivação da diretriz da dignidade da pessoa humana em nível constitucional, diretriz essa orientadora de todo o ordenamento jurídico. Em verdade, trata-se de um processo de derivação, mediante o qual todos os direitos constitucionais nascem da semente original da dignidade da pessoa humana.⁹⁸

⁹⁵ Id., *ibid.*, p. 80.

⁹⁶ MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p.166-176.

⁹⁷ “A dignidade do ser humano, fonte e medida de todos os valores, está sempre acima da lei, vale dizer, de todo direito positivo.” Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 30.

⁹⁸ A expressão *direitos constitucionais* é aqui empregada no seu sentido amplo com a intenção de que compreenda todos os direitos de liberdade, de igualdade e de fraternidade (ou solidariedade) garantidos constitucionalmente.

Desses três aspectos decorrem outros dois. Um é a utilidade do conceito de dignidade da pessoa humana como instrumento de dedução de direitos fundamentais implícitos, consoante a concepção de que a mesma seria um direito fundamental na medida em que se manifestasse *stricto sensu*. Outro aspecto residiria no papel da dignidade da pessoa humana como limite e função do Estado e da sociedade, no sentido de que ambos devem respeitar (limite ou função negativa) e promover a dignidade (função positiva ou prestacional).

Em síntese, a dignidade da pessoa humana é tanto o fundamento quanto o fim dos direitos fundamentais, para os quais atua como paradigma e por meio dos quais aflora concretamente.

3.3. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da Constituição

Qualquer atividade do Estado deve ser avaliada, sob pena de ser dada como inconstitucional e afrontosa à dignidade humana, considerando se cada cidadão é tomado como fim em si mesmo ou como instrumento, como meio para outros objetivos. A dignidade humana é, assim, referencial avaliativo de cada ação da autoridade pública e “um dos elementos imprescindíveis de atuação do Estado brasileiro”.⁹⁹

Todavia, considerar o homem como fim em si mesmo e postular que o Estado deve servi-lo não nos conduz a uma concepção individualista da dignidade da pessoa humana, ou seja, que num conflito que oponha o cidadão ao Estado, dê-se preeminência sempre àquele. A concepção aqui adotada, denominada personalista, procura compatibilizar os valores individuais e coletivos; assim, inexiste, aprioristicamente, uma preponderância seja do indivíduo, seja do todo. A solução há de ser buscada em cada caso, segundo as circunstâncias, podendo pender tanto para a compatibilização como, também, para a preeminência de um ou outro valor.

⁹⁹ FARIAS, Edilson Pereira de, op. cit., p. 51.

Pérez Luño salienta que a dignidade da pessoa humana possui duas dimensões que lhe são constitutivas: uma negativa e outra positiva.¹⁰⁰ A primeira determina que a pessoa não seja objeto de ofensas ou humilhações. Não por acaso, a nossa Carta Magna prescreve que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III, CF). Com efeito, a dignidade — ensina Jorge Miranda — pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.¹⁰¹

Impõe-se, portanto, a defesa da integridade física e espiritual do homem como dimensão inalienável da sua individualidade autonomamente responsável; a garantia da identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade. Nesse sentido, alerta Luiz Antonio Rizzato Nunes:

Está mais do que na hora de o operador do Direito passar a gerir sua atuação social pautado no princípio fundamental estampado no Texto Constitucional. 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. O esforço é necessário porque sempre haverá aqueles que pretendem dizer ou supor que Dignidade é uma espécie de enfeite, um valor abstrato de difícil captação. Só que é bem ao contrário: não só esse princípio é vivo, real, pleno e está em vigor como deve ser levado em conta sempre, em qualquer situação.¹⁰²

Atualmente, os ordenamentos têm sido pautados pelo reconhecimento do ser humano como o centro e o fim do Direito. Essa tendência, reforçada após a Segunda Guerra Mundial, encontra-se permeada pela adoção, à guisa de valor supremo do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana.

¹⁰⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitucion**. Madrid: Tecnos, 1990, p. 318.

¹⁰¹ MIRANDA, Jorge, op. cit., p. 168-169.

¹⁰² NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 51.

A Constituição Federal de 1988 mostrou-se receptiva aos anseios coletivos de abertura política e conformação democrática, abrigando em seu texto diversos princípios que consubstanciam essa tendência.

Após breve interregno de instabilidade que a precedeu, a Carta Magna, com uma orientação nitidamente democrática, reafirmou os dispositivos de organização e limitação do poder político, além de desposar a defesa da cidadania, ao comprometer-se com o controle do poder econômico, a promoção da justiça social e, sobretudo, com a preservação da dignidade da pessoa humana, segundo leciona Edilson Pereira de Farias:

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: o de fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais. Aquele princípio é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais. Desta arte, o extenso rol de direitos e garantias fundamentais consagrados pelo título II da Constituição Federal de 1988 traduz uma especificação e densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).¹⁰³

Esses mencionados propósitos seriam os denominados escopos constitucionais, os quais representariam aquela vontade da Constituição aludida por Konrad Hesse¹⁰⁴ e possuiriam caráter imperativo e vinculante, em razão da força normativa das Constituições.

Conforme visto, encontra-se dentre esses escopos da Constituição de 1988 a preservação da dignidade da pessoa humana erigida como um princípio estruturante do atual Estado brasileiro (art. 1º, III, CF), princípio este sob que se deve realizar materialmente esse Estado Constitucional de aspiração social e democrática, conforme descreve Sarlet:

A qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídica-positiva dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto, a condição de valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar, nesse contexto, que, na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade

¹⁰³ FARIAS, Edilson Pereira de, op. cit., p. 395.

¹⁰⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 19.

humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infra-constitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.¹⁰⁵

Assim, caracterizada como princípio político-constitucional, a defesa da dignidade da pessoa humana ultrapassa as generalidades teóricas e projeta-se sobre o campo jurídico-político-pragmático de realização, assumindo tanto – nesse plano geral – seu papel de formatação política *lato sensu*, quanto – num plano específico – seu papel casuístico na promoção de justiça e na proteção do cidadão.

3.4. A efetivação da dignidade da pessoa humana nos princípios constitucionais penais

O princípio constitucional da defesa e da promoção da dignidade da pessoa humana deve influenciar o sistema penal para que este opere com respeito aos direitos humanos fundamentais e se assente, precipuamente, no paradigma humanitário.

O ordenamento penal – enquanto fruto de uma orientação político-criminal nascida de um modelo jurídico-político de Estado baseado na dignidade como valor máximo – torna-se um dos *loci* de concretização da axiologia constitucional e, especificamente, de realização desse valor da dignidade humana.

Assim, por conta deste processo de concretização constitucional¹⁰⁶, o ordenamento penal – entendido como toda a estrutura arquitetada para o exercício do *ius puniendi* – deve demonstrar em sua operacionalização a necessária influência axiológico-normativa

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 72.

¹⁰⁶ Esse processo complexo seria uma espécie de *praxis* e compreenderia instrumentos políticos, jurídicos e filosóficos, dentre os quais é possível destacar: a participação política, os grupos democráticos de pressão, o exercício constitucional do poder político, o processo legislativo constitucional, a formação de uma consciência constitucional, a interpretação/aplicação conforme a Constituição, a tutela constitucional do processo judicial e administrativo, a tutela constitucional da atividade de todos os órgãos do Estado, a jurisdição constitucional (controle de constitucionalidade e remédios constitucionais), o magistério constitucional, entre outros.

determinada pela Constituição, evidenciando que tem os valores constitucionais – dentre eles, principalmente, a dignidade do homem – como um limite, uma referência e uma finalidade.

O sistema penal não deve ser tão somente um dos cenários de concretização, mas também o produto de uma alquimia sistemática com origens constitucionais. Por isso, não é apenas a Constituição que se projeta sobre o ordenamento penal (vetor Constituição-sistema penal), mas este também se fundamenta na Constituição (vetor sistema penal-Constituição).

No tocante a esta fundamentação, o sistema penal deve incorporar em si os valores constitucionais e com base neles forjar sua estrutura específica, a qual deixará transparecer as feições da ideologia constitucional que lhe inspirou.

Dentre os valores penalmente fundamentais¹⁰⁷ encontram-se os princípios estruturantes do Estado constitucional (arts. 1º a 4º), os princípios constitucionais penais expressos e os implícitos (vários incisos do art. 5º), bem como todas as normas constitucionais (princípios e regras) que determinam a política criminal e a dogmática penal.

Com efeito, erigida como um dos princípios estruturantes (art. 1º, III), a dignidade humana é o fundamento máximo constitucional em matéria penal e, quando da elaboração do ordenamento penal, deixa de ser apenas um imperativo axiológico-normativo-constitucional para se tornar também um imperativo axiológico-normativo-penal.

Assim, o ideal humanitário constitui-se não somente em um fundamento, mas converte-se também em uma unidade axiológico-penal, atuando como referencial e diretriz na dinâmica do ordenamento penal, desde a elaboração da política criminal até a execução das sanções correspondentes ao delito, passando pelo processo legislativo penal e por todos os elementos pertinentes à aplicação da ordem penal.

¹⁰⁷ PALAZZO, Francesco. **Valores constitucionais e direito penal**. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 22-26.

Além disso, tanto o princípio da dignidade humana quanto o imperativo da preservação dos direitos humanos tornam-se elementos de hermenêutica penal e critérios de habilitação do sistema punitivo, além de exercerem as funções de limites do *ius puniendi* e de finalidades prestacionais do Estado, efetivadas através da atividade punitiva.

O sistema penal pode ser conceituado como a complexa organização punitiva existente em uma dada comunidade oriunda de um modelo jurídico-político de Estado que, em âmbito penal, manifesta-se por meio de uma opção de política criminal.

A política criminal, entendida como o feixe de ditames que regem, no plano objetivo e específico, as atividades de reprovação e prevenção aos delitos penais, deve ser concebida e efetivada tendo presente a realidade humana vigente na sociedade, em consonância com os valores constitucionais e, portanto, igualmente em conformidade com o reconhecimento da condição humana dos indivíduos atingidos por essa política.¹⁰⁸

A dinâmica do ordenamento penal abrange todos os seus elementos constitutivos, cujo funcionamento está internamente concatenado e externamente vinculado aos princípios constitucionais que o fundamentam.¹⁰⁹ Esses elementos consistem em todas as atividades e instituições destinadas a assegurar os propósitos penais do Estado.¹¹⁰ Portanto, esta categoria abarca desde a teoria criminal até a atividade carcerária, passando pela elaboração, interpretação e aplicação das leis penais, pelas estruturas penais burocráticas e administrativas, pelas operações policiais e pela atividade judiciária.

¹⁰⁸ DOTTI, René Ariel. A crise do sistema penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 88, v. 768, p. 424, 1999.

¹⁰⁹ PALAZZO, Francesco, op. cit., p. 30.

¹¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – Parte geral**. São Paulo: RT, 1997, p.70.

O ordenamento penal reveste-se de caráter instrumental na medida em que atua como um mecanismo de defesa de bens jurídicos essenciais e de garantia da obediência a um modelo de política criminal adotado.

Nessa perspectiva instrumental, o sistema penal se encarrega de dupla função. A primeira seria a de proteger os bens jurídicos mais relevantes contra os agentes violadores. A segunda seria a de assegurar que tanto essa proteção quanto a consequente aplicação da sanção penal ocorram sob a égide do paradigma político-criminal do Estado.

A primeira função – protetiva - manifesta um propósito de conservar os bens jurídicos essenciais contra sua degradação pelo delito. Ela se efetiva através da reprovação ao ato lesivo e da prevenção contra o crime e, após a aplicação da pena, deve viabilizar a estabilização do ordenamento violado, a disciplina penal pedagógica pelo Estado, a dissuasão do potencial agente e o desestímulo à prática delituosa. Assevere-se que esse caráter preventivo e dissuasório da tutela penal não é de menor importância, consoante destaca Flávio Luís Oliveira:

A tutela do ser humano não se satisfaz com a tutela ressarcitória, exigindo, ao contrário, uma tutela eminentemente preventiva, de forma a ser instrumentalizada diante da ameaça de ofensa aos direitos fundamentais dos cidadãos, ou uma tutela reintegratória que permita a remoção do ilícito, sobretudo no que tange aos direitos de conteúdo não patrimonial, à luz da dignidade da pessoa humana.¹¹¹

A segunda função - garantista - corresponde à compatibilização entre o exercício da função protetiva e o padrão de política criminal, tanto na aplicação da lei penal em defesa dos cidadãos quanto na preservação da dignidade do agente do delito com o objetivo de ressocializá-lo.

¹¹¹ OLIVEIRA, Flávio Luís. A tutela jurisdicional na perspectiva dos direitos fundamentais. In: PAULA, Alexandre Sturion (Coord.). **Ensaio constitucionais de direitos fundamentais**. Campinas: Servanda, 2006, p. 284.

Assim sendo, a inclusão social torna-se um dos objetivos primordiais do ordenamento penal. Perseguir esse propósito também é promover a dignidade humana. Deriva do princípio estruturante da dignidade da pessoa humana uma série de outros princípios importantes para o campo penal.¹¹² Esses princípios derivados tanto indicam o conteúdo material e específico do ditame geral da dignidade humana quanto demonstram a trajetória dos princípios constitucionais estruturantes rumo à informação do sistema penal por meio da realização dos direitos e garantias fundamentais. Assim, no plano principiológico, provêm da norma constitucional da dignidade humana diversos outros princípios que nela se fundamentam, os quais ou são intrinsecamente penais ou apenas desfrutam de relevância penal. Dentre esses princípios, expressos e implícitos no art. 5º da nossa Constituição Federal, é possível elencar o princípio da legalidade penal (inc. XXXIX), dos quais decorrem os princípios da reserva legal, da taxatividade e o da retroatividade da lei penal mais benigna e irretroatividade da mais gravosa (inc. XL), bem como encontramos o princípio do devido processo legal (incs. LIII, LIV, LVI), o princípio processual do contraditório e da ampla defesa (incs. LV e XXXVIII) e o princípio da presunção de inocência do acusado (inc. LVII). Além desses, observamos também os princípios constitucionais penais implícitos da proporcionalidade, da insignificância e da intervenção mínima, deduzidos da interpretação sistemática do texto constitucional, e que compreendem as características da fragmentariedade e da subsidiariedade penal, bem como observamos os princípios da responsabilidade pessoal (inc. XLV), da individualização da pena (inc. XLVI), e o da humanidade, derivado este último por excelência da dignidade humana (incs. III, XLVII, XLIX, L). Todavia, a exteriorização efetiva da dignidade humana no campo penal não se limita tão somente à teoria dessa derivação principiológica, pois todo esse arcabouço diretivo gera relevantes efeitos práticos para o funcionamento do ordenamento penal.

¹¹² LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 9.

4. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Tanto no Ocidente como nos países orientais, o advento da democracia trouxe repercussões profundas para o Direito Penal, fazendo com que sua eficácia seja assegurada, dentre outros fundamentos, pelo princípio da legalidade. A finalidade deste princípio consiste em impedir que o *ius puniendi* seja exercido de maneira tirânica, circunscrevendo-o aos limites da lei.

O princípio da legalidade, desde a Revolução Francesa, teve papel crucial na progressiva humanização do Direito Penal ao restringir o poder do Estado com o propósito de assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos, prescrevendo que ninguém poderá ser acusado de crime sem que haja lei anterior que o defina e estabeleça a sanção correspondente. Sua relação com o princípio da dignidade humana, portanto, é umbilical. Damásio de Jesus ressalta:

O Princípio da Legalidade (ou de reserva legal) tem significado político, no sentido de ser uma garantia constitucional dos direitos do homem. Constitui a garantia fundamental da liberdade civil, que não consiste em fazer tudo o que se quer, mas somente aquilo que a lei permite. À lei e somente a ela compete fixar as limitações que destacam a atividade criminosa da atividade legítima. Esta é a condição de segurança e liberdade individual. Não haveria, com efeito, segurança ou liberdade se a lei atingisse, para os punir, condutas lícitas quando praticadas, e se os juízes pudessem punir os fatos ainda não incriminados pelo legislador.¹¹³

O conceito de administração pública, tal como hoje é concebido, encontra-se estreitamente ligado à idéia de Estado moderno. Este, porém, só atingiu a sua forma democrática quando adveio a tripartição das suas funções precípua – a legislativa, a executiva e a jurisdicional –, pré-condição para que o princípio da legalidade pudesse se manifestar e permear as relações entre a autoridade estatal e os particulares. Antes disso, sob o signo do Estado absolutista, a administração pública não encontrava óbices legais de qualquer

¹¹³ JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 51.

natureza para os seus atos, posto que se entendia a vontade do monarca emanada de Deus. O rei era, nesta condição, simultaneamente legislador, executor e julgador, de sorte que lhe era facultado inclusive decidir em desacordo com a lei por ele própria instituída:

Nos desmandos que assinalavam outrora a repressão penal, em épocas em que o magistrado podia aplicar a lei quase sem nenhum controle, e as penas eram marcadamente cruéis, o arbítrio ligava-se à ausência de espírito humanitário. Entretanto, os costumes foram-se suavizando, e o consenso geral reclamou a moderação dos castigos. Enquanto permaneciam em vigor aquelas leis bárbaras antigas, os próprios magistrados foram sentindo a necessidade de atenuar-lhes a severidade, servindo-se dos seus ilimitados poderes. Se, por um lado, se mostrava eqüitativa a amenização de textos evitados de anacrônica implacabilidade, tal método prestava-se a intencionais desvios da atividade judicante, em prol dos mais favorecidos pela fortuna e pela posição social. Assim o princípio da legalidade dos delitos e das penas apareceu como uma conquista contra o arbítrio judicial em todas as suas manifestações.¹¹⁴

Tamanha concentração de poderes não ensejava um sistema penal dos mais edificantes. Aquele que, culpado ou inocente, caísse nas malhas da justiça criminal, tinha poucas chances de defesa ao seu dispor, ao que se somava a insegurança jurídica decorrente da imprecisão das leis, não raro codificadas em latim, o que inviabilizava o amplo acesso popular ao seu conteúdo. O emprego generalizado de torturas para extrair do acusado sua confissão, bem como a aplicação de penas cruéis e degradantes, configurava um contexto no qual o Estado dispunha da dignidade humana como bem entendesse. A manifestação mais veemente dos iluministas contra tais arbitrariedades partiu de Cesare Beccaria. Em seu corajoso libelo, intitulado *Dos delitos e das penas*, o marquês italiano insurgiu-se contra a pena de morte, asseverando:

Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado a essa verdade inflexível que só é uma virtude no juiz quando as leis são brandas. A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade.¹¹⁵

¹¹⁴ GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. São Paulo: Max Limonad, 1983, p. 138.

¹¹⁵ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1976, p. 95.

Essa situação foi progressivamente atenuada, primeiro, com o processo de despersonalização do poder, através do qual o monarca passou a ser considerado administrador do reino, mas com este não se confundia. Posteriormente, sobreveio a despatrimonialização do poder, que consistiu na separação entre as finanças públicas e o patrimônio do rei, que daquelas não podia dispor como bem entendesse.¹¹⁶

O Estado absolutista consistiu, segundo Jorge Miranda, numa etapa intermediária entre o feudalismo e o Estado de Direito.¹¹⁷ A distinção entre ambos reside na modificação de conteúdo sofrida pelo princípio da legalidade, que atingiu plena maturação ao sujeitar a administração pública aos ditames da lei.

As finalidades precípua do princípio da legalidade consistem em assegurar a igualdade e a segurança jurídica. Afirma-se que busca a igualdade na medida em que impõe tratamento isonômico a todos os cidadãos. E não poderia ser de outra maneira, dadas as peculiaridades da lei: generalidade e abstração. Tais características impedem a potencial proliferação de casuísmos, origem costumeira das perseguições e favoritismos. Ocorrendo tais situações, constituem elas verdadeiras perturbações do Estado Democrático de Direito, posto que incompatíveis com o mesmo, gerando uma corrosão da credibilidade e legitimidade das instituições, podendo resultar na dissolução do Estado por força do descontentamento popular e da instabilidade jurisdicional.

De maneira análoga, a segurança jurídica também é objetivo do princípio da legalidade, na medida em que apenas a norma elaborada pelo Poder Legislativo, no qual encontram-se representados diversos segmentos da sociedade, está apta a abarcar os valores tidos como mínimos denominadores comuns e, de acordo com eles, determinar a validade e

¹¹⁶ PIETRO, Maria Silvy Zanela. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 11-13. WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Brasília: UnB, 1991, p. 155.

¹¹⁷ MIRANDA, Jorge, op. cit., p. 80.

conveniência das condutas humanas, sem o que se veria a desordem e a discórdia civil instaurarem-se na comunidade.

O princípio da legalidade também oferece garantias importantíssimas, cuja relevância cresce à medida que aumenta a interferência do Estado nas mais diversas esferas privadas. Diante desta ingerência, emerge como essencial assegurar que haverá um mínimo de previsibilidade nas mudanças no ordenamento jurídico, conforme assevera Adilson de Abreu Dallari: “O sistema jurídico está estruturado para evitar que os cidadãos, destinatários da norma, sejam surpreendidos por medidas tomadas repentinamente, sem qualquer previsão.”¹¹⁸

Por sua vez, Bobbio profere inflamada defesa do princípio da legalidade ao salientar que:

O governo das leis celebra hoje o próprio triunfo na democracia. E o que é a democracia se não um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue? E em que consiste o bom governo democrático se não, acima de tudo, no rigoroso respeito a estas regras? Pessoalmente não tenho dúvidas sobre a resposta a estas questões. E exatamente por não ter dúvidas, posso concluir tranqüilamente que a democracia é o governo das leis por excelência. No momento mesmo em que um regime democrático perde de vista este seu princípio inspirador, degenera rapidamente em seu contrário, numa das tantas formas de governo autocrático de que estão repletas as narrações dos historiadores e as reflexões dos escritores políticos.¹¹⁹

A existência de leis e a obediência às mesmas, tanto por parte dos particulares como por parte do Estado, não é suficiente para caracterizar um regime como democrático, mas é condição inicial e indispensável para que se caminhe com segurança nesta direção, como recorda Lúcia Valle Figueiredo:

Todavia, a sujeição à lei é insuficiente para caracterizar o Estado de Direito materialmente; há necessidade da existência de determinadas outras características absolutamente essenciais, tais sejam, a separação de poderes para a existência dos ‘freios e

¹¹⁸ DALLARI, Adilson Abreu. Lei Orçamentária – Processo Legislativo: Peculiaridades e Decorrências. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 19, p. 57.

¹¹⁹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**. São Paulo: Paz e Terra, p. 171.

contrapesos’, do juiz natural ou em outras palavras de juiz não de exceção ou *post factum*, e, além disso, certamente, de juiz imparcial, dotado de prerrogativas da magistratura independente.¹²⁰

Duas são as expressões fundamentais do princípio da legalidade: o devido processo legal e a reserva legal.

O devido processo legal determina que apenas mediante uma seqüência de procedimentos formais previamente positivados em lei o cidadão poderá ter um direito subjetivo restringido como forma de sanção por haver incorrido em ato ilícito. Igualmente, o devido processo legal vincula os legisladores, que devem ater-se ao rito formal ao modificar e criar leis, respeitando o conjunto de garantias asseguradas pela Constituição. Inobstante o devido processo legal esteja agasalhado na Carta Magna de 1988, subsiste ainda em nosso ordenamento jurídico um resquício de tirania estatal, tacitamente chancelado pelo Poder Judiciário. Trata-se da chamada desapropriação indireta, que se configura, na descrição de Petrônio Braz, “quando o Poder Público se apossa, de forma ilícita, de um bem particular, nela realizando obras ou serviços, e incorporando-o, sem obediência às formalidades legais, ao patrimônio público”.¹²¹ Diante de arbitrariedades como esta, os magistrados têm firmado jurisprudência no sentido de ignorar o devido processo legal e converter ações possessórias em ações indenizatórias quando o governo dá destinação pública à propriedade esbulhada, inspirados nas chamadas razões de Estado. Não é outra a orientação constante nos acórdãos a seguir, proferidos, respectivamente, pelo Tribunal de Justiça do Sergipe e pelo Superior Tribunal de Justiça:

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. CARACTERIZAÇÃO. DESTINAÇÃO PÚBLICA A IMÓVEL PARTICULAR DESAPROPRIADO IRREGULARMENTE. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPÕE A

¹²⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e Devido Processo Legal. **Revista Diálogo Jurídico**, n° 13, p. 7, abr.-maio 2002.

¹²¹ BRAZ, Petrônio. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: LED, 1999, p. 540.

TRANSFORMAÇÃO DA AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE EM AÇÃO INDENIZATÓRIA.

Ementa da Redação: Havendo destinação pública ao imóvel particular expropriado irregularmente, opera-se a desapropriação indireta, razão pela qual transforma-se o pedido de reintegração de posse em ação indenizatória.

[...] O Poder Público, é sabido, utiliza de diversos expedientes escusos por conta de seu mister. Administradores, desconhecedores da lei e das normas de boa conduta, propiciam, por vezes, situações vexatórias, humilhantes, decorrentes das ilegalidades praticadas por quem é titular do Poder. Ao administrado só resta recorrer ao Judiciário para impedir tais desmandos.

Foi isto que fizeram os agravantes.

Se socorreram do interdito possessório.

Não obstante o deferimento liminar, o Poder Público insistiu e continuou seu ato de ilegalidade para, só depois, juntar o decreto expropriatório. Tal decreto recebeu ataques dos agravantes em vista de que constou como proprietário pessoa diversa.

Ora, pouco importa a regularidade ou irregularidade do processo administrativo de desapropriação, porque a desapropriação indireta se qualifica, justamente, por ser irregular [...].

O direito pretoriano criou a expressão desapropriação indireta para caracterizar um estado de fato, decorrente de apossamento administrativo, no qual, por força da afetação do bem ao domínio público, só resta ao proprietário a indenização que receberia se o imóvel houvesse sido desapropriado segundo processo regular: a ação cabível, neste caso, é a ação ordinária de indenização, substitutiva da ação de reivindicação – corretamente articulada na espécie [...].

No caso presente, a discussão só se opera em torno da destinação do bem. Se houve destinação pública, a desapropriação indireta se operou e o interdito se transforma em pedido indenizatório.¹²²

PROCESSO CIVIL. CONVERSÃO DE AÇÃO DE REIVINDICAÇÃO EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. NÃO OCORRÊNCIA.

Ementa da Redação: A sentença que, em face da impossibilidade da devolução do imóvel ao proprietário, converte a ação de reivindicação em ação de indenização pela perda da propriedade, não contraria os arts. 128 e 140 do CPC; construção pretoriana, já antiga destinada a reparar os danos da desapropriação indireta. Recurso especial não conhecido.¹²³

¹²² BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe. Agravo de Instrumento n.º 169/99. Órgão Julgador: Grupo III da Câmara Cível. Relator: Desembargador José Antonio de Andrade Góes. Data de Julgamento: 20 de setembro de 1999.

¹²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 114.464/BA. Órgão Julgador: 2ª Turma Relator: Ministro Ari Pargendler. Data de Julgamento: 01 setembro de 1997.

Em outras palavras, se o devido processo legal recomendaria, em tese, o restabelecimento do *status quo ante*, a jurisprudência tem se orientado no sentido de aquiescer diante do fato consumado e converter a ação possessória em perdas e danos.

Desde que se concebeu o princípio da legalidade, vislumbrou-se o devido processo legal, de sorte que a trajetória deste acompanha a história daquele. Maria Garcia ensina:

A garantia do devido processo legal tem uma longa e fascinante história, percorrendo o tempo e as civilizações. Gora assinala o ano de 1215 Magna Charta Libertatum a data em que os nobres ingleses obtiveram do rei John o compromisso de que não os privaria da vida, liberdade ou propriedade, exceto em cumprimento à 'lei da terra' (the law of the land): 'nestas poucas palavras', refere, 'estão contidas as bases do que viemos a conhecer como o devido processo legal!' Ressalta, ainda, que o conceito do devido processo legal veio a abranger, com o passar dos séculos, certos direitos específicos, procedimentos e garantias, desde 1344, nos conflitos entre o parlamento e Edward III, aparecendo a expressão como tal, três séculos mais tarde, a frase due process of law veio a tornar-se sinônimo de by the law of the land.¹²⁴

A Constituição Federal de 1988 não tardou em acolher esse princípio, prevendo-o expressamente no artigo 5º, inciso LIV. Esta disposição veda ao Estado o ato de privar alguém da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. O texto é bastante abrangente, no que se mostrou prudente o constituinte, posto que todas as garantias contra a tirania devem ser fornecidas de modo que possam ser invocadas nas mais variadas situações possíveis.

O escopo do devido processo legal atualmente vai além da garantia de direitos individuais, alcançando o direito coletivo a uma prestação jurisdicional eficaz. Afirma-se, freqüentemente, que esse princípio tutela o próprio processo, abstratamente considerado. Neste sentido é que Celso Ribeiro Bastos se pronuncia:

Finalmente há de consignar-se aqui a lição dos tratadistas mais modernos, que timbram em ver no 'devido processo legal' mais do que uma garantia subjetiva do indivíduo, uma tutela do próprio processo. Com efeito, cada

¹²⁴ GARCIA, Maria. O Devido Processo Legal e o Direito de Permanecer Calado: a Tortura. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 20, p. 103.

vez se consolida mais a idéia de que sobre os interesses unilaterais das partes, respeitáveis sem dúvida, sobrepairá no entanto um de maior amplitude, que é o da tutela do próprio processo. A lição vem muito bem exposta por Ada Pellegrini Grinover, no seguinte excerto de sua obra *Processo Constitucional em Marcha*, p.8, item 2, que de resto se presta à conclusão deste parágrafo: ‘Desse modo, as garantias constitucionais do devido processo legal convertem-se, de garantias exclusivas das partes, em garantias da jurisdição e transformam o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperatória, em que a garantia da imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre as partes e o juiz. A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material.’¹²⁵

Em seus primórdios, o princípio do devido processo legal destinava-se sobretudo a proteger o indivíduo mediante uma restrição prévia imposta ao Poder Público, mas progressivamente a ciência jurídica aumentou seu escopo e converteu-o em verdadeira cláusula aberta, um princípio de alcance amplo, de modo que dele defluem vários outros princípios que o Direito vai reconhecendo e positivando.

Por ser um princípio que torna ilegais atividades de certos ramos do governo, consiste no principal instrumento do Judiciário para se manifestar no plano político, evitando a imagem costumeira de que é um órgão distante da realidade, pois através do controle da legalidade e do devido processo legal estará defendendo os fundamentos da democracia, podendo impedir diversos atos incompatíveis com as garantias individuais e com a noção de coisa pública.

Por outro lado, o devido processo legal está adstrito à defesa da formalidade, atingindo também a substância do direito que o Estado intenta restringir, pois impede-o de limitar o usufruto do direito subjetivo de forma arbitrária ou desarrazoada.

¹²⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. II. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 264.

Muitas vezes é necessário que o Estado prive um cidadão de sua liberdade ou de seus bens. O primeiro caso é o das infrações penais, o segundo o da desapropriação, da penhora para garantia de dívidas etc. Nada impede que tal se suceda, mas exige-se que ao indivíduo seja facultado apresentar sua defesa, expondo fatos que comprovem que o Estado não tem esse direito.

Caso o Estado pretenda exercer o *ius puniendi* contra aquele a quem se impute ato delituoso, apenas poderá fazê-lo mediante processo regular, no qual o réu possa defender-se de forma plena. Seria inconcebível que um cidadão tivesse de se socorrer das próprias armas para impedir que o Estado o levasse acorrentado, pois é exatamente isso que se combateu por séculos, e que não pode ser esquecido, principalmente pelos que assumem o compromisso de defender a Constituição. Em razão disso, erigiu-se o princípio da legalidade, sendo que através do devido processo legal reside o único expediente lícito mediante o qual o Estado pode privar o cidadão de sua liberdade ou propriedade legítima. No Estado Democrático de Direito, a composição desse litígio será pleiteada junto ao órgão que detém a prerrogativa de dizer o Direito no caso concreto, ou seja, o Poder Judiciário. Quando ocorre a infração penal, o Estado toma a iniciativa de punir o cidadão, mas só poderá fazê-lo por intermédio do Poder Judiciário (Estado-Juiz). Tão somente por essa senda o Estado pode exigir que o interesse do agente em conservar sua liberdade subordine-se ao seu, que é o de restringir o *ius libertatis* com a aplicação da pena.

Outro princípio derivado do princípio da legalidade é o da reserva legal. Sua importância é fundamental, sobretudo no âmbito do Direito Penal, ramo em que se reveste de sua forma extrema, a da tipicidade. Isto porque o Direito Penal afeta sobremaneira a vida do cidadão que por ele é atingido, avançando sobre a liberdade individual. Neste caso, o princípio da legalidade assume peculiar rigidez com o fito de preservar as garantias individuais e restringir o poder estatal sobre o cidadão.

A reserva legal impõe que certas matérias só podem ser tratadas através de lei, sendo proibido o emprego de qualquer outra espécie normativa, ou seja, certas matérias estão adstritas à competência do Parlamento. A reserva legal abrange, ainda, pormenores que permitem identificar duas grandes categorias: a reserva legal pode ser formal ou material e absoluta ou relativa.

Configura-se reserva legal formal quando certa matéria só pode ser apreciada pelo Poder Legislativo, seguindo os ritos peculiares, de modo que a observância destes é essencial para a validade dos atos. A Carta Magna enumera, de outra parte, atos normativos que, inobstante provenientes de outras instâncias que não o Parlamento, têm força de lei e, portanto, possuem o condão de inovar na ordem jurídica – medidas provisórias e leis delegadas. Quando se permite a regulação por tais atos, a reserva de lei será meramente material.

Por outro lado, a reserva legal será absoluta quando for imposto ao legislador que esgote o tratamento da matéria no texto da norma, sem deixar espaço remanescente para a atuação discricionária dos agentes públicos que a aplicarão. Configurar-se-á relativa a reserva legal quando for admitida a integração da norma pelo aplicador com fito de efetivá-la. Neste caso, a generalidade da lei impede a listagem de todas as situações possíveis no texto:

A reserva relativa de lei formal possibilita uma certa partilha de competência legislativa, para inovar o direito vigente, entre a lei e o regulamento. Se a reserva é absoluta, inexistente a partilha de competência, sendo a lei a única fonte, que se estrutura no Poder Legislativo, podendo legitimamente constituir direito novo.¹²⁶

No aprimoramento teórico do princípio da reserva legal sobressaem-se diversos estudiosos que, com suas reflexões, extraem deste princípio diversos corolários, cabendo aqui destacar duas escolas. Uma delas, tendo como expoente o jurista italiano Ferrando

¹²⁶ OLIVEIRA, Yonne Dolacio de Oliveira. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Cejup, 2004, p. 144.

Mantovani¹²⁷, afirma derivarem do princípio da legalidade, no campo do Direito Penal, três postulados: a) a reserva legal pertinente às fontes das normas penais incriminadoras; b) a determinação taxativa referente à enunciação dessas normas; e c) a irretroatividade da lei penal concernente à validade das disposições penais no tempo. Com esta escola perfilou-se, na própria Itália, Francesco Palazzo¹²⁸ e, entre nós, Luiz Luisi.¹²⁹

A origem da reserva legal afigura-se ainda controversa. Alguns a situam na Magna Carta Inglesa de 1215, ao passo que outros atribuem sua paternidade ao Direito Romano. Independentemente da teoria na qual se acredite, o fato é que o postulado da reserva legal assegura previamente ao cidadão uma faixa predeterminada de ação dentro da qual pode atuar desimpedido, sem temer que, por conta da eventual instabilidade jurisdicional, lhe sejam imputados delitos desconhecidos do ordenamento jurídico. A determinação taxativa, por sua vez, prescreve que as leis penais sejam precisas e objetivas na tipificação dos delitos e das sanções, sem ambigüidades em seu enunciado. Esse postulado destina-se a complementar a reserva legal, pois, conforme esclarece Luiz Luisi:

De nada vale a anterioridade da lei, se esta não estiver dotada da clareza e da certeza necessárias, e indispensáveis para evitar formas diferenciadas, e, pois, arbitrárias na sua aplicação, ou seja, para reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei.¹³⁰

Importa sublinhar a postura da Corte Maior, que tem não apenas velado pela observância deste postulado em território pátrio, mas também marcado posição no sentido de não compactuar com a sua violação no estrangeiro, conforme se infere do acórdão proferido em resposta ao pedido de extradição feito pela República Popular da China, no qual figurava como paciente Qian Hong. Entendeu o Supremo Tribunal Federal que este, se extraditado, correria o risco de ser sentenciado à morte em seu país, dadas as peculiaridades do ordenamento jurídico lá vigente:

EXTRADIÇÃO. REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. CRIME DE ESTELIONATO PUNÍVEL COM A PENA DE MORTE. TIPIIFICAÇÃO PENAL PRECÁRIA E INSUFICIENTE QUE INVIABILIZA O EXAME

¹²⁷ MANTOVANI, Ferrando. **Diritto Penale – Parte Generale**. Torino: UTT, 1961.

¹²⁸ PALAZZO, Francesco, op. cit.

¹²⁹ LUISI, Luiz, op. cit., p. 17.

¹³⁰ LUISI, Luiz, op. cit., p. 24.

DO REQUISITO CONCERNENTE À DUPLA INCRIMINAÇÃO. PEDIDO INDEFERIDO.

O ato de tipificação penal impõe ao Estado o dever de identificar, com clareza e precisão, os elementos definidores da conduta delituosa. As normas de incriminação que desatendem essa exigência de objetivo – além de descumprirem a função de garantia que é inerente ao tipo penal – qualificam-se como expressão de um discurso normativo absolutamente incompatível com a essência mesma dos princípios que estruturam o sistema penal no contexto dos regimes democráticos.

O reconhecimento da possibilidade de instituição de estruturas típicas flexíveis não confere ao Estado o poder de construir figuras penais com utilização, pelo legislador, de expressões ambíguas, vagas, imprecisas e indefinidas. É que o regime de indeterminação do tipo penal implica, em última análise, a própria subversão do postulado constitucional da reserva de lei, daí resultando, como efeito consequencial imediato, o gravíssimo comprometimento do sistema das liberdades públicas.

A cláusula de tipificação penal, cujo conteúdo descritivo se revela precário e insuficiente, não permite que se observe o princípio da dupla incriminação, inviabilizando, em consequência, o acolhimento do pedido extradicional.¹³¹

O terceiro postulado, por fim, veda que a lei retroaja no tempo, exceto para beneficiar o réu, de forma que a situação jurídica deste se vê salvaguardada contra o eventual endurecimento do ordenamento penal.

Outra escola, liderada por Reinhart Maurach¹³², ensina que o princípio da legalidade se decompõe em quatro postulados: a) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*; b) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*; c) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*; e d) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*. No Brasil, este pensamento foi adotado por Francisco de Assis Toledo¹³³. Nessa perspectiva, o princípio da legalidade possui quatro corolários ou garantias de sua inviolabilidade, decompondo-se, assim, nas seguintes funções assecuratórias: (1) *lex praevia* ou lei anterior; (2) *lex scripta* ou lei escrita; (3) *lex stricta* ou lei estrita; e (4) *lex certa* ou lei certa.

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação n.º 633-9. Relator: Ministro Celso de Mello. Plenário do STF. Data de Julgamento: 28 de agosto de 1996.

¹³² MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. Barcelona: Ariel, 1962.

¹³³ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 21-22.

A lei anterior projeta-se em duas frentes, pois determina que a lei incriminadora anteceda ao fato típico no tempo, vedando sua retroatividade e a criação de quaisquer figuras ou tipos que agravem a situação jurídica do réu. A função assecuratória da lei escrita circunscreve ao direito positivo a tipificação dos delitos penais, inexistentes se não inclusos no texto legal. A lei estrita também possui duplo efeito, pois restringe a criação de tipos penais e a cominação de sanções apenas à lei, considerada em seu sentido mais estrito, e veda o uso da analogia para estender. Por fim, o postulado da lei certa impõe que a lei penal seja límpida, acessível ao entendimento dos cidadãos e, sobretudo, de abrangência limitada, de sorte que não se converta em instrumento de incriminação generalizada.

Dentre os quatro postulados acima mencionados, o da lei estrita sobressai-se como expressão da reserva legal no Direito Penal, implícita que está no instituto da tipicidade. Assim sendo, somente haverá crime quando ocorrer um fato descrito em lei como tal. Tipicidade “é a correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto, e a descrição contida na lei”.¹³⁴ A palavra provém de tipo, o caráter metálico das rotativas das gráficas, pelo que se vislumbra bem a *ratio legis* deste instituto, tal como define José Frederico Marques: “Apenas na lei formal podem as normas penais encontrar a sua obrigatoriedade e existência.”¹³⁵ De maneira análoga, Roberto Lyra interpreta que “não há crime, nem contravenção, sem tipicidade, isto é, sem exata correspondência entre o fato e a definição legal”.¹³⁶

Do até aqui exposto já é possível depreender a relevância do princípio da legalidade do ponto de vista constitucional. A organização do Estado Democrático de Direito, como se sabe, é dada pela Constituição Federal, texto fundamental para disciplinar as relações sociais e regulamentar os dispositivos de natureza penal, que devem estar a ela atrelados. Alice

¹³⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 116.

¹³⁵ MARQUES, José Frederico. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 128.

¹³⁶ LYRA, Roberto. **Expressão mais simples do Direito Penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1975, p. 59.

Bianchini assinala que “a criminalização da conduta deve pautar-se, neste quadro, por processo metódico e que jamais pode deixar de contemplar direitos e garantias inscritos na Constituição”.¹³⁷ Em termos análogos, porém mais precisos, Márcia Dometila Lima de Carvalho sublinha que a Constituição atua como paradigma para que se determine:

[...] os critérios que fundamentam o estabelecimento dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal. Isto porque não é livre o legislador para estabelecer tipos penais e penas, e das exigências fundamentais inseridas na Constituição inferem-se os limites traçados por ela para o Direito Penal.¹³⁸

Dentro desse enfoque ganham normatividade os princípios constitucionais em matéria penal, isso porque se definem:

[...] como meio e condição de resguardar um determinado conjunto de valores sociais, individuais, éticos e humanistas, postos a salvo das questões meramente circunstanciais e temporais, como forma de eleição de um modelo de sistema de proteção aos interesses humanos fundamentais nas duas pontas de atuação do Direito Penal: a orientação criminalizadora e a orientação de salvaguarda da liberdade.¹³⁹

A Constituição Federal de 1988 assegura as garantias fundamentais abarcadas pela reserva legal em seu art. 5º, inciso XXXIX, onde proclama: “Não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” No inciso II desse mesmo artigo, o princípio da legalidade é consagrado nestes termos: “Ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Igualmente, por força do art. 37, *caput*, todos os procedimentos administrativos estão vinculados à legalidade.

Há que se ressaltar que este princípio aplica-se de maneira diversa aos particulares e ao Estado, pois confere aos primeiros a liberdade de agir e todas as restrições, de fazer e não fazer, devem ser estar positivadas em lei. Inversamente, em se tratando de agentes públicos, a

¹³⁷ BIANCHINI, Alice. Considerações críticas ao modelo de política criminal paleorepressiva. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 772, p. 458, fev. 2000.

¹³⁸ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 44.

¹³⁹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Direito Penal, Estado e Constituição**. São Paulo: IBCCrim, 1997, p. 80-81.

estes só é facultado fazer o que a lei lhes permite expressamente, não podendo o silêncio do ordenamento jurídico ser interpretado como consentimento tácito.

Dada sua natureza constitucional, o princípio da legalidade não restringe seus efeitos ao Direito Penal, mas espalha-se por todo o ordenamento jurídico, possuindo “no campo penal – em face dos valores fundamentais da pessoa humana postos em disputa pela sanção criminal – o ápice de sua projeção doutrinária, histórica e o cume da relevância dos seus efeitos concretos”.¹⁴⁰ Dessa forma, embora esteja revestido de maior visibilidade quando relacionado à defesa do indivíduo contra os ânimos da política criminal implementada pelo Estado, o princípio da legalidade deve ser classificado entre os princípios constitucionais pertinentes à matéria penal e não entre os princípios de direito penal constitucional. Estes últimos, segundo Francesco Palazzo:

[...] apresentam um conteúdo típico e propriamente penalístico e, sem dúvida, delineiam a ‘feição constitucional’ de um determinado sistema penal, a prescindir, eventualmente, do reconhecimento formal num texto constitucional. Tais princípios, que fazem parte, diretamente, do sistema penal, em razão do próprio conteúdo, têm, ademais, características substancialmente constitucionais, enquanto se circunscrevem dentro dos limites do poder punitivo que situam a posição da pessoa humana no âmago do sistema penal; em seguida, vinculam os termos essenciais da relação entre indivíduo e Estado no setor delicado do direito penal.¹⁴¹

Na legislação infraconstitucional de natureza penal o princípio da legalidade irradia, pela via própria, a sua influência. O art. 1º do Código Penal define e agasalha o princípio da legalidade ao proclamar que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia coação legal”. A esse respeito, convém destacar as duas ementas a seguir:

Ação Penal. Ilegalidade patente e evidenciada pela mera exposição dos fatos, demonstrando ausência de qualquer indício que sustente a acusação. Trancamento por falta de justa causa. Possibilidade: É possível o trancamento da ação penal por falta de justa causa, quando a ilegalidade é

¹⁴⁰ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Legalidade Penal. Projeções Contemporâneas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 21.

¹⁴¹ PALAZZO, Francesco, op. cit., p. 23.

patente e evidenciada pela mera exposição dos fatos, demonstrando ausência de qualquer indício que sustente a acusação.¹⁴²

A prestação de serviços à comunidade por estar expressamente prevista em Lei como forma de condicionar o sursis não ofende o Princípio da Reserva Legal. – A opção, que não incide no pecado denominado bis in idem, encontra respaldo no art. 78, § 1º do Código Penal sendo diferente da pena prevista e cominada ao delito. – Recurso defensivo a que se nega provimento.¹⁴³

¹⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus** n.º 378586/5, da 7ª Câmara. Votação: MV. Relator: Souza Nery, 15 de fevereiro de 2001.

¹⁴³ BRASIL. Apelação. Processo n.º 1075747/8, da 11ª Câmara. Votação: VU. Relator: Juiz Fernandes de Oliveira, 30 de janeiro de 1998.

5. O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ao discorrer sobre os elementos constitutivos do crime, Bettiol associa o princípio da culpabilidade ao brocardo latino *nullum crimen sine culpa*, observando que a caracterização de um fato como delito penal não se esgota na sua materialização enquanto ato lesivo a um bem juridicamente protegido. Mais do que isso, é necessário que o agente “o tenha realizado também culpavelmente. Em outras palavras, não há crime sem culpabilidade”.¹⁴⁴

Para Bettiol, na culpabilidade reside o principal dos elementos constitutivos do crime, pois nela se assenta a noção e consciência do delito. Ocorre, todavia, que nem sempre se levou em conta essa premissa, pois outrora, em tempos não muito remotos, os magistrados exerciam o *ius puniendi* analisando tão somente o nexu objetivo de causalidade, ou seja, averiguando apenas a existência de relação causa-efeito entre ação do acusado e o fato antijurídico. Não se atribuía importância, para a estipulação da pena, à existência ou inexistência de ânimo delituoso por parte do agente. Luiz Luisi explica que “não se indagava se o dano fora ou não querido por seu autor, ou seja, produto da sua vontade”.¹⁴⁵

Tratava-se, em suma, da aplicação da responsabilidade penal objetiva, em cujo equacionamento não eram levadas em conta as condições psicológicas da atuação do agente. Essa forma de aplicação do Direito era muito usual entre os povos germânicos, para os quais a pena possuía acentuado caráter vingativo.

Posteriormente, com a influência do Direito Romano e do Direito Canônico¹⁴⁶, o conceito de culpabilidade sobrepôs-se às teorias da imputação objetiva, sobretudo por conta

¹⁴⁴ BACIGALUPO, Enrique. **A personalidade e a culpabilidade na medida da pena**. Rio de Janeiro: RDPen, 1974, p. 41.

¹⁴⁵ LUISI, Luiz, op.cit., p. 32.

¹⁴⁶ O direito penal canônico formou-se através de várias fontes tratando de sintetizar o conceito público de pena dos romanos e o privado dos germânicos. Aparece recompilado, no século XV, no *Codex Juris Canonici*. Sua principal virtude foi a de reivindicar o elemento subjetivo do delito. Seu conceito penitencial inclinava-o a ver no delito e no pecado a escravidão, e na pena a liberação. Daí que a pena se incline a um sentido tutelar que, extremado, desemboca no procedimento inquisitorial. Os perigos do exagero da tutela revelam-se aqui em toda

das idéias cristãs de pecado, perdão e arrependimento. Essa evolução ensejou o desenvolvimento de noções como caso fortuito, força maior, consciência de ilicitude e, em última análise, de dolo e culpa, cuja avaliação no caso concreto permitia que a aplicação da pena fosse atenuada ou mesmo inadmitida. Bettiol ressalta:

O legislador percebeu que era errado colocar, no mesmo plano, o dano ocasionado pelo raio ou pelo animal e o produzido pela ação do homem. Enquanto os dois primeiros devem ser considerados *inevitáveis*, o último, pelo contrário, é *evitável* porque o homem pode prever as conseqüências do seu atuar e abster-se assim de agir em face delas.¹⁴⁷

A valorização do instituto da culpabilidade é importante para a preservação da dignidade humana, pois com ela a penalização do autor de um ato ilícito passou a exigir o preenchimento de três requisitos básicos: “capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta – que consistem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade”.¹⁴⁸ A inexistência de qualquer desses elementos impede a aplicação de uma sanção penal.

Uma vez cumpridos estes três requisitos, a legitimação do *ius puniendi* requer que a pena seja estipulada de maneira proporcional ao grau de culpabilidade do réu, de sorte a evitar a aplicação de castigos excessivos, cruéis e, em última análise, situados além do próprio limite da culpabilidade. Assim, ao examinar as circunstâncias que envolvem o fato ilícito, o juiz, antes de mais nada, verificará a intensidade da culpabilidade do réu e a utilizará como critério para determinar a pena a ser imposta. O magistrado se aterá aos limites ditados pelo princípio

sua magnitude e nos previnem sobre as legislações penais que seguem esta seara. Teve o mérito de introduzir a prisão mediante a reclusão em celas monásticas, e da “penitenciária”, usado até hoje. O direito penal canônico pôs limite à vingança do sangue dos germânicos, mediante o instituto do asilo nos templos. Mostrou-se igualmente contrário aos meios processuais mágicos – ordálias –, particularmente à ordália do combate ou desafio individual; distinguiu entre delitos eclesiásticos, para os quais tinha competência exclusiva, delitos seculares e delitos mistos, que afetavam tanto o poder divino como o humano. Levando em conta essa distinção, alguns autores afirmam que o direito penal canônico distinguiu nitidamente o delito do pecado, enquanto outros negam esta distinção, afirmando que contribuiu para confundir ambos os conceitos.

¹⁴⁷ BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. v. II. São Paulo: RT, 1971, p. 3.

¹⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 14.

da culpabilidade, graduando a reprovabilidade da conduta em função das características do delito e do agente, a partir do qual dosará o rigor da sanção.

As circunstâncias agravantes, em obediência ao princípio da legalidade e no intento de preservar a segurança jurídica, possuem rol taxativo expresso em lei, ao passo que as circunstâncias atenuantes permitem a diminuição da pena em outras situações relevantes, ainda que não previstas pela lei, como prescreve o art. 66 do Código Penal. Dessa forma, as circunstâncias atenuantes têm a faculdade de reduzir a pena justamente por ser menor a culpabilidade do agente.

Em síntese, esclarece Jorge de Figueiredo Dias:

A verdadeira função da culpabilidade no sistema punitivo reside efetivamente numa incondicional proibição de excesso; a culpabilidade não é o fundamento da pena, mas constitui o seu limite inultrapassável: o limite inultrapassável de todas e quaisquer considerações ou exigências preventivas – sejam de prevenção geral positiva de integração ou antes negativa de intimidação, sejam de prevenção especial positiva de socialização ou antes negativa de segurança ou de neutralização. A função da culpabilidade, deste modo inscrita na vertente liberal do Estado de Direito, é, por outra palavras, a de estabelecer o máximo de pena ainda compatível com as exigências de preservação da dignidade da pessoa e de garantia do livre desenvolvimento da sua personalidade nos quadros próprios de um Estado de Direito democrático.¹⁴⁹

Com o advento do princípio da culpabilidade, surgiram as concepções liberal e antiliberal a respeito da mesma. A primeira, afirma Bettioli, condiciona a atuação estatal à efetiva consumação do delito, enquanto a segunda considera suficiente, para a aferição de culpabilidade e exercício do *ius puniendi*, a mera manifestação da vontade delituosa.¹⁵⁰ Tanto uma como outra concepção, salienta ainda Bettioli, afiguram-se equivocadas, pois:

O melhor caminho é o intermediário, que foi escolhido por nossa legislação. Nem de um lado a presença de um só evento lesivo independente da voluntariedade do próprio evento pode ser suficiente para estabelecer a

¹⁴⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 62.

¹⁵⁰ BETTIOLI, Giuseppe, op. cit., p. 4.

responsabilidade penal, nem, de outro, a vontade que não seja exteriorizada num ato idôneo (tentativa) pode ser objeto de reprodução penal.¹⁵¹

O caminho preconizado por Bettiol e difundido nas legislações do Brasil e da Itália resulta de uma combinação do delito consumado com o delito tentado. Ao discorrer sobre a essência da culpabilidade, Sauer destaca sua função como elemento apto a servir de critério para a agravação ou atenuação da pena, enquanto os pressupostos desta residem nas características do delito, podendo residir, de forma única e exclusiva, na culpabilidade.

Na teoria de Sauer, a culpabilidade possui sua função e desenvolvimento pautada no seguinte pressuposto:

El concepto de culpabilidad sirve, ante todo, a dar la *profundidad y sentido más hondo* del Derecho Penal y especialmente a los pressupuestos de la pena. Bajo el tema ‘Desvio del Derecho Penal de resultado y vuelta al mero *Derecho Penal de voluntad*’ estaba la última reforma (1939), que en parte se inclinaba, sin duda, al fin, mientras nosotros recomendamos un ‘Derecho Penal de peligro’, más moderado, pero apoyado en la idea de la culpabilidad (...). Es necesaria entonces, ante todo, una configuración del concepto material de la culpabilidad. Éste conduce a una ‘*etización del Derecho Penal*’ ya anteriormente anhelada por la escuela clásica alemana, por otros motivos; así la excitación criminal tiene también una función ético-social.¹⁵²

Battaglini interpreta o conceito de culpabilidade como imprescindível elemento constitutivo do delito, consistindo numa relação psíquica entre o agente e o fato, com a seguinte classificação:

Analisando-se o fato considerado pela lei penal, verifica-se ser o mesmo constituído pela ação e pelo evento, que é o produto da ação. Se o agente tiver vontade consciente tanto da ação quanto do evento, haverá *dolo*; se, pelo contrário, o agente quiser apenas a ação, haverá *culpa em sentido estrito*. Dolo e culpa constituem as duas espécies fundamentais da culpabilidade.¹⁵³

Battaglini expressa a necessidade de se examinar cuidadosamente a tipicidade antes de discutir a culpabilidade. Além disso, assinala que o estudo da culpabilidade não deve se

¹⁵¹ Id., *ibid.*

¹⁵² BATTAGLINI, Giulio. **Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1964, p. 232.

¹⁵³ Id., *ibid.*, p. 217.

circunscrever ao exame da causalidade material, mas sobretudo das causas psíquicas e morais, não considerando a culpa como atributo do agente, pois ela estaria, na verdade, relacionada com o fato. A qualidade do agente seria a imputabilidade e não a culpa. Consoante leciona Battaglini, culpabilidade:

É a relação psíquica entre o agente reconhecido (enquanto capaz de entender e de querer) como válido destinatário da norma abstrata de conduta, e o fato por ele praticado em concreto. Sabemos que o fato típico do delito é formado pela ação e pelo evento. Ora, a culpabilidade resulta exatamente de dois elementos: um relativo à ação; outro, ao evento.¹⁵⁴

Wessels inicia seu estudo acerca da culpabilidade associando-a à censurabilidade pessoal, apontando o conceito legal de culpabilidade e identificando seus pressupostos e elementos constitutivos, bem como as causas de exclusão de culpabilidade. Dada a distinção entre injusto e culpabilidade feita pelo Código Penal alemão, Wessels afirma que:

[...] enquanto que no campo do injusto a ação punível é investigada em sua conformidade com as normas do dever da ordem jurídica, isto é, em sua 'antijuridicidade', no campo da culpabilidade trata-se da questão de se o fato antijurídico deve ser censurado pessoalmente ao autor. Conclui que culpabilidade é censurabilidade da formação e da manifestação da vontade.¹⁵⁵

Assentado na Lei Fundamental que lhe deu origem, o Direito Penal germânico condiciona a aplicação da pena à existência da culpabilidade e responsabilidade. O acréscimo deste último elemento não é de menor importância, pois condiciona o exercício do ius puniendi não só à consciência de ilicitude por parte do agente quando da consumação ou tentativa do delito, mas também à exigibilidade de conduta diversa, o que significa indagar se o réu tinha liberdade de decidir:

O fundamento do princípio da culpabilidade e responsabilidade é constituído pela capacidade do homem de se decidir livre e corretamente

¹⁵⁴ Id., *ibid.*, p. 251.

¹⁵⁵ WESSELS, Johannes. **Direito Penal – Parte Geral: aspectos fundamentais**. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 82.

entre o Direito e o Injusto. Só quando exista esta *liberdade de decisão* é que terá sentido se impor uma censura de culpabilidade contra o agente.¹⁵⁶

5.1. Concepções da culpabilidade

A doutrina produziu, sucessivamente, três concepções acerca da culpabilidade: psicológica, psicológico-normativa e normativa pura, tendo sido a primeira predominante no Direito Penal durante longo período.

A concepção psicológica surgiu quando a doutrina passou a estudar o campo subjetivo das ciências criminais, analisando de forma dúplice o dolo e a culpa. Trata-se de relacionar o evento ao agente verificando se o resultado da ação era previsto ou desejado, ou ainda, se era não desejado ou previsível, apresentando como desejado apenas a ação do agente. Acerca da concepção psicológica, Bettiol preleciona:

[...] se Fulano previu e quis a morte de Beltrano como conseqüência da própria ação ou omissão, afirma-se que há dolo; ao passo que se Fulano quis apenas a conduta da qual derivou a morte de Beltrano, prevista ou previsível, diz-se que há culpa. Portanto, o liame psicológico que une um evento ao sujeito agente pode ser doloso ou culposo: doloso quando foi previsto e querido; culposo quando o evento, não querido, é previsto ou ao menos era previsível. A concepção psicológica da culpabilidade fundamenta-se, pois, sobre um vínculo de caráter subjetivo que relaciona o fato ao seu autor, nos limites respectivos do dolo ou da culpa.¹⁵⁷

A concepção psicológica defende que o juízo de reprovação está na relação psíquica do agente com a sua conduta; a culpabilidade seria o nexó psicológico existente entre o autor e o evento, sendo o dolo e a culpa categorias da culpabilidade. Entretanto, a doutrina é unânime ao apontar as deficiências dessa teoria, cujo equívoco principal consiste em reunir o dolo e a culpa *stricto sensu* como formas da culpabilidade. Damásio de Jesus alerta que “se o dolo é caracterizado pelo querer e a culpa pelo não querer, conceitos positivo e negativo, não podem ser espécies de um mesmo denominador comum, qual seja a culpabilidade”.¹⁵⁸

¹⁵⁶ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. Santiago: Jurídica de Chile, 1976.

¹⁵⁷ BETTIOL, Giuseppe, op. cit., p. 6.

¹⁵⁸ JESUS, Damásio Evangelista. **Direito penal** .v. 1. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 458.

Afigura-se incorreto o juízo segundo o qual o ponto de identidade entre o dolo e a culpa consista na relação psíquica entre agente e resultado, pois na culpa inconsciente¹⁵⁹ inexistente tal previsão de resultado por parte do agente e, por conseguinte, não há qualquer vínculo psicológico entre ele e o fato antijurídico.

A culpa é exclusivamente normativa e lastreia-se na fundamentação do juiz sobre a possibilidade de previsão do resultado, de sorte que um conceito normativo - culpa - e um conceito psíquico – dolo – não podem ser classificados como categorias da mesma espécie. Em razão destas falhas, a teoria psicológica foi rejeitada pelos penalistas e relegada ao museu dos equívocos jurídicos.

Posteriormente, surgiu a concepção psicológico-normativa da culpabilidade, que visa enriquecer a análise da culpabilidade levando em conta outros elementos, sem descartar o vínculo psicológico. Este continua a existir, mas sua valoração será determinada pela legislação, em consonância com a hierarquia nela presente. Assim, a concepção psicológico-normativa conceitua a culpabilidade como um juízo de reprovação gerado pela antítese existente entre o ânimo do agente e as prescrições da lei penal:

Ela é o resultado da filosofia dos valores no campo do direito penal, daquela filosofia que, contrapondo o fato ao valor, não podia, numa ciência valorativa como a jurídico-penal, manter-se, a propósito da culpabilidade, atada a uma concepção psicológica e, portanto, naturalística. Não é o nexo psicológico como tal, mas a valoração deste nexo em relação às exigências de uma norma, que dá significado à doutrina da culpabilidade.¹⁶⁰

Bettioli assevera que, enquanto juízo de reprovação, a culpabilidade se baseia na “capacidade de entender e de querer, na voluntariedade do fato nos limites respectivos do dolo e da culpa e na possibilidade de uma motivação normal da vontade”.¹⁶¹ Por sua vez, Wessels

¹⁵⁹ Na culpa inconsciente o resultado não é previsto pelo agente, embora previsível. É a culpa comum que se manifesta pela imprudência, negligência ou imperícia.

¹⁶⁰ BETTIOLI, Giuseppe, op. cit., p. 13.

¹⁶¹ BETTIOLI, Giuseppe, op. cit., p. 17.

busca aprimorar o conceito de culpabilidade caracterizando-a como um juízo de reprovação jurídica, determinado pela lei, e não pela moral, pois:

[...] decisivas para a censura de culpabilidade são apenas as representações de valor da *ordem jurídica* [...] A *teoria normativa*, fundada por Frank, vê a essência da culpabilidade na *censurabilidade da formação da vontade*, portanto, na valoração normativa de uma relação de fato psíquica.¹⁶²

Ao examinar o Código Penal alemão, Wessels constatou a existência de condutas dolosas não culpáveis.¹⁶³ Aquele que mata em legítima defesa, por exemplo, age dolosamente, mas, diante da inexigibilidade de conduta diversa, seu comportamento não é considerado reprovável. Assim, tanto em crimes dolosos como nas situações em que o agente age com culpa, uma das características da culpabilidade reside na reprovabilidade. Nesse sentido, Heleno Cláudio Fragoso ensina:

A essência da culpabilidade está na reprovação que se faz ao agente por sua motivação contrária ao dever. O juízo de reprovabilidade já não teria por fulcro apenas a vontade, em seu sentido puramente naturalístico, como a teoria psicológica acreditava, mas sim a vontade reprovável, ou seja, a vontade que não deveria ser.¹⁶⁴

O dolo e a culpa *stricto sensu*, enquanto vínculos psicológicos entre o autor e o evento, devem ser avaliados normativamente na forma de um juízo de censura sobre a conduta, que só será ilícita se, nas circunstâncias do fato, fosse possível ao autor conduzir-se de acordo com o direito.

Inobstante esta teoria tenha recebido maior aceitação entre os penalistas e represente um avanço em relação à anterior, ela preservou desta última alguns defeitos, sendo que o principal deles é a caracterização do dolo como elemento da culpabilidade. Conforme observado anteriormente, o dolo é um elemento psicológico a ser submetido a um juízo de valoração, sendo, portanto, inadmissível que o mesmo esteja presente como componente da

¹⁶² WESSELS, Johannes, op. cit., p. 84.

¹⁶³ Sobre o assunto, cf. JESUS, Damásio Evangelista, op. cit., p. 458.

¹⁶⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 196.

culpabilidade. Esta, como fenômeno normativo, deve possuir elementos também normativos, e não psicológicos.

Além disso, conforme sublinha Damásio de Jesus ao citar um provérbio alemão, “a culpabilidade não está na cabeça do réu, mas na do juiz; o dolo, pelo contrário, está cabeça do réu”.¹⁶⁵ Ou seja, o dolo não pode externar um juízo de valoração; ele é objeto desse juízo.

Com base na constatação acima, a teoria normativa pura contestou a escola psicológico-normativa, retirando os elementos anímicos subjetivos - dolo e culpa stricto sensu - dos elementos do juízo de reprovação, ao associá-los à conduta, ficando a culpabilidade composta pelos seguintes elementos: a) imputabilidade; b) exigibilidade de conduta diversa; e c) potencial consciência da ilicitude.

5.2. Elementos componentes da culpabilidade

5.2.1. Imputabilidade

Para que uma conduta seja qualificada como reprovável, é necessário que o agente esteja em condições de atuar segundo prescreve o Direito. Dentre estas condições, sobressai-se a capacidade psíquica de compreender os ditames da lei e as sanções decorrentes de seu descumprimento. Tal capacidade corresponde ao que se designa por imputabilidade.

Inexiste no ordenamento jurídico pátrio definição precisa da mesma, de sorte que a doutrina se encarrega de conceituá-la. Heleno Fragoso ensina que a “imputabilidade é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar segundo esse entendimento”.¹⁶⁶ No mesmo sentido, Damásio de Jesus preleciona que “imputabilidade penal é o conjunto de

¹⁶⁵ JESUS, Damásio Evangelista, op. cit., p. 458.

¹⁶⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio, op. cit., p. 197.

condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível”.¹⁶⁷

Dessa forma, o indivíduo incapaz de entender a natureza ilícita do fato por conta de alguma enfermidade mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ou mesmo em razão de embriaguez completa decorrente de caso fortuito ou motivo de força maior, não deve responder pela sua conduta, ou seja, não é culpável, devendo ser considerado inimputável nos termos do Código Penal brasileiro.¹⁶⁸

No Direito Penal pátrio, a imputabilidade reside na aptidão para entender e querer. Apenas a soma da maturidade à sanidade mental confere ao homem a imputabilidade penal. A admissão desta está condicionada à capacidade para saber da ilicitude do fato e conduzir-se segundo esse entendimento.

Convém salientar que a capacidade de compreender a natureza delituosa do fato não se confunde com a exigência de que o agente saiba que sua conduta está tipificada em lei como infração. Imputável, ensina Damásio de Jesus, “é o sujeito mentalmente são e desenvolvido que possui a capacidade de saber que sua conduta contraria os mandamentos da ordem jurídica”.¹⁶⁹

Esta capacidade, entretanto, pode estar ausente, seja porque o agente, em virtude de sua idade, ainda não atingiu nível satisfatório de maturidade, seja porque há qualquer outra circunstância que a exclui, o que caracteriza a inimputabilidade.

Diversos são os critérios empregados para aferir a inimputabilidade. O primeiro deles é o denominado biológico ou etiológico, segundo o qual quem apresenta qualquer anomalia

¹⁶⁷ JESUS, Damásio Evangelista, op. cit., p. 467.

¹⁶⁸ Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

¹⁶⁹ JESUS, Damásio Evangelista, op. cit., p. 469.

psíquica é sempre inimputável. Havendo perturbação transitória do juízo, enfermidade mental, desenvolvimento incompleto ou retardado, o agente é sempre considerado inimputável. Esse critério é falho, pois deixa impune aquele que possui discernimento para distinguir entre o certo e o errado, ainda que portador de tais deficiências.

O segundo critério é o psicológico, que leva em conta tão somente o estado psíquico do agente durante a conduta ilícita, sem atribuir importância à existência de moléstias ou distúrbios mentais. Para Mirabete¹⁷⁰ e Noronha¹⁷¹, tal critério carece de métodos precisos de aferição, de modo que tende a ampliar a abrangência da imputabilidade.

O terceiro critério, conhecido como biopsicológico, é o adotado pelo ordenamento jurídico nacional, e consiste numa síntese dos dois critérios anteriores. O critério biopsicológico prescreve que, em primeiro lugar, se proceda a um exame destinado a verificar se o agente padece de qualquer moléstia mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado. Se inexistente qualquer destas condições, o autor é imputável. Todavia, se existente qualquer uma delas, deve-se verificar se a capacidade de compreender o caráter ilícito da conduta é afetada pela perturbação mental ou desenvolvimento incompleto/retardado, sendo o sujeito inimputável em caso positivo.

O Código Penal lista, no seu art. 26, *caput*, e 28, § 1º, quatro razões excludentes de imputabilidade: a) doença mental; b) desenvolvimento mental incompleto; c) desenvolvimento mental retardado; d) embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior. Convém ressaltar que as três primeiras excludentes de imputabilidade acima elencadas, por serem habitualmente confundidas entre si ou tomadas como uma coisa só, merecem ser descritas com maior detalhamento.

¹⁷⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 211.

¹⁷¹ NORONHA, E. de Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 165.

Pela legislação penal brasileira, a doença mental consiste em qualquer perturbação psíquica ou mental capaz de prejudicar ou eliminar a capacidade de compreender a natureza ilícita do ato ou de autodeterminar-se segundo essa compreensão.¹⁷² Mirabete, porém, acredita que o texto correlato constante no Código Penal é sobremaneira abrangente e carente de rigor científico. Assim, Mirabete conceitua doença mental como qualquer moléstia que cause alteração mórbida na saúde mental.¹⁷³ A questão nevrálgica desta controvérsia reside em atestar se a doença mental de que padece o agente tem o condão de afetar-lhe o juízo valorativo e a vontade. Em caso negativo, a imputabilidade certamente será mantida.

Flávio Augusto Monteiro de Barros acrescenta que a doença mental pode ser estrutural ou transitória. Neste último caso, o pré-requisito para que a imputabilidade seja excluída é que a doença subsista por ocasião da conduta delituosa, podendo, como é freqüente, provir do uso de drogas.¹⁷⁴ Neste caso particular, cumpre recordar que a dependência patológica de psicotrópicos era classificada como doença mental no art. 19 da recentemente revogada Lei nº 6.368/76 sempre que comprometesse o juízo e a vontade do paciente.¹⁷⁵

O desenvolvimento mental incompleto, por sua vez, é algo bastante distinto de doença mental, pois se caracteriza pela imaturidade mental e emocional decorrente da tenra idade do agente ou de sua escassa convivência em sociedade, de forma que sua capacidade de julgamento ainda não se encontra plenamente desenvolvida.¹⁷⁶ Este é o caso dos menores de idade e dos silvícolas ainda não integrados à civilização.

¹⁷² CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. vol.1. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 282.

¹⁷³ MIRABETE, Júlio Fabbrini, op. cit., p. 211.

¹⁷⁴ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 330.

¹⁷⁵ Art.19. É isento de pena o agente que, em razão de dependência, ou sob efeito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

¹⁷⁶ CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 283.

O art. 228 da Constituição Federal dispõe que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. Tal dispositivo constitucional é reforçado pelo art. 26 do CP, que inclui implicitamente os menores entre aqueles de desenvolvimento mental incompleto.

Todavia, para Fragoso, tais dispositivos não geram ausência de culpa, mas tão somente excluem os menores do campo do Direito Penal ao impedi-los de serem caracterizados como agentes de fato tipificado como crime, em lugar do que se adota a expressão “ato infracional”.¹⁷⁷ A *ratio legis* de tal disposição reside no fato de que o Código Penal adotou o já aludido critério biológico, desposando uma presunção absoluta de que menores de 18 anos não têm capacidade de autodeterminar-se. Flávio Augusto Monteiro de Barros observa que se trata de um marco arbitrário convertido em lei por conta da inviabilidade de se verificar com precisão, caso a caso, quando se deu a transição do desenvolvimento mental incompleto para a maturidade plena.¹⁷⁸

Também se encontram agasalhados pela categoria “desenvolvimento mental incompleto” os silvícolas não integrados à civilização, pois aqueles que já tiverem assimilado os costumes nacionais serão julgados normalmente.

Avançando mais nesta questão, Damásio de Jesus afirma que a inimputabilidade do índio é questionável, pois, ainda que este não esteja integrado à sociedade, as noções de certo e errado são inerentes a quaisquer civilizações.¹⁷⁹ Flávio Augusto Monteiro de Barros sustenta entendimento diverso, para quem há situações em que o silvícola padece de desenvolvimento

¹⁷⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio, op. cit., p. 197.

¹⁷⁸ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de, op. cit., p. 329.

¹⁷⁹ JESUS, Damásio Evangelista, op. cit., p. 501.

mental incompleto, de modo que se deve observar, no critério adotado pelo legislador, quais situações são essas.¹⁸⁰

Quanto ao desenvolvimento mental retardado, este difere da doença mental por ser “incompatível com o estágio de vida em que se encontra a pessoa, estando, portanto, abaixo do desenvolvimento normal para idade cronológica”.¹⁸¹ Assim sendo, tal situação distingue-se igualmente do desenvolvimento mental incompleto, pois este último afigura-se compatível com a evolução esperada de indivíduos de determinada faixa etária. Além disso, o desenvolvimento mental retardado prende o paciente a certo limite de evolução, de modo que o agente jamais atingirá a plena maturidade.

Em razão de sua reduzida capacidade intelectual, tais indivíduos estão inaptos para formar juízos de valor adequados acerca das circunstâncias que os cercam, não possuindo, portanto, condições de entender o delito que eventualmente cometam.

O surdo-mudo, de acordo com as circunstâncias, pode ser classificado como portador de desenvolvimento mental retardado, pois o isolamento que tal deficiência lhe impõe cerceia sua capacidade de entendimento intelectual e moral, ainda que não haja qualquer doença mental. Todavia, trata-se de uma inimputabilidade seletiva, de sorte que cabe aos peritos competentes aferir o grau de comprometimento sensorial do agente surdo-mudo. Há três hipóteses possíveis¹⁸²:

a) o surdo-mudo, quando cometeu o delito, não era capaz de autodeterminar-se, situação em que é considerado deficiente mental, equiparando-se aos oligofrênicos (art.26, *caput*, do Código Penal);

¹⁸⁰ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de, op. cit., p. 331.

¹⁸¹ CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 283.

¹⁸² FRANCA, Genival Veloso. **Medicina legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1995, p. 78.

b) o surdo-mudo, ao cometer o delito, estava com a capacidade de autodeterminação diminuída, caso em que será classificado como semi-imputável,¹⁸³ estando incurso no parágrafo único do art. 26 do Código Penal;

c) o surdo-mudo, ao tempo do crime, reunia plena capacidade de autodeterminação, devendo, portanto, ser considerado imputável.

Importante salientar que tais condições biológicas não têm, por si só, o condão de excluir a imputabilidade do agente, sendo necessário, para tanto, a presença de determinado estado psicológico. Nesse sentido, o art. 26, *caput*, do Código Penal é límpido em afirmar que só é inimputável o indivíduo que durante a conduta típica era inteiramente incapaz de discernir a natureza ilícita do ato e de autodeterminar-se segundo esse entendimento. Este é um ponto importante porque o agente pode perfeitamente, por ocasião do delito, apresentar um dos estados mórbidos anteriormente analisados e, simultaneamente, estar apto a entender o caráter ilegal do ato. As características elencadas pelo texto legal - doença mental, desenvolvimento retardado etc - são condições necessárias, mas não suficientes, para excluïrem a imputabilidade do autor.

A exclusão de imputabilidade em virtude de estado de embriaguez contraído por conta de caso fortuito ou motivo de força maior também merece análise mais detida. Fernando Capez assinala que a embriaguez é uma “causa capaz de levar à exclusão da capacidade de entendimento e vontade do agente, em virtude de uma intoxicação aguda e transitória causada por álcool ou qualquer substância de efeitos psicotrópicos, sejam eles entorpecentes (morfina, ópio etc.), estimulantes (cocaína) ou alucinógenos (ácido lisérgico)”.¹⁸⁴ A doutrina subdivide a embriaguez em três estágios: (1) a embriaguez incompleta, caracterizada por uma fase

¹⁸³ Indivíduo que apresenta perda de parte da capacidade de entendimento e autodeterminação em razão de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

¹⁸⁴ CAPEZ, Fernando, *op. cit.*, p. 285.

inicial de euforia provocada pela perda da autocensura, onde o agente tem sua visão e equilíbrio afetados, tornando-se sobremaneira extrovertido (“fase do macaco”);¹⁸⁵ (2) Após a alegria inicial, o ébrio passa à segunda fase, caracterizada pela irritabilidade e agressividade (“fase do leão”); (3) Na terceira e última fase, alcunhada por Mirabete como embriaguez comatosa¹⁸⁶, o ébrio é abatido por dormência profunda, perdendo o controle sobre suas funções fisiológicas (“fase do porco”).

Além da divisão do estado de embriaguez em fases, há a classificação das espécies de embriaguez, tendo em conta a origem e a intensidade deste estado. Em outras palavras, tal classificação leva em conta como o agente se embriagou e até que ponto tal estado afeta seu discernimento. Assim, para fins de determinação da imputabilidade, a doutrina admite duas espécies de embriaguez: a acidental e não acidental.

A embriaguez não acidental abarca as situações em que o agente ingere bebida alcoólica sem ser a isso impelido por caso fortuito ou motivo de força maior. Essa espécie de embriaguez divide-se em dolosa e culposa. No primeiro tipo, o autor bebe com o propósito de embriagar-se, intentando de antemão alterar-se psicicamente, ao passo que no segundo torna-se ébrio sem planejá-lo, mas sim por conta da imprudência de ingerir doses excessivas. Tanto a forma dolosa como a culposa são classificadas segundo o grau de influência que a bebida exerce sobre o organismo do agente, de sorte que se fala em embriaguez completa – a qual priva inteiramente o agente de seu discernimento – e incompleta, que deixa ao sujeito um resíduo de aptidão para entender o que sucede à sua volta e conduzir-se conforme o Direito.

Existe ainda a chamada embriaguez preordenada¹⁸⁷, na qual o agente embriaga-se propositalmente para delinquir, previamente consciente de que a bebida o estimulará a prática

¹⁸⁵ FRANCA, Genival Veloso, op. cit., p. 102.

¹⁸⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini, op. cit., p. 220.

¹⁸⁷ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de, op. cit., p. 338.

criminosa. Neste caso, o estado alcoólico é considerado agravante genérica.¹⁸⁸ Convém salientar que a embriaguez não accidental, dolosa ou culposa, não exclui a imputabilidade do agente, ainda que este estivesse inteiramente privado de seu juízo ao cometer o fato típico. Isto porque, ao ingerir a bebida, o indivíduo era livre para decidir se o faria ou não. Desta forma, ainda que a conduta tenha ocorrido à sombra do estado alcoólico, teve sua origem em um ato plenamente consciente do autor, que escolheu embriagar-se. Trata-se da teoria da *actio libera in causa*.

Esta teoria aplica-se sem qualquer controvérsia nos casos de embriaguez preordenada, mas suscita polêmica quando utilizada diante de situações em que o agente embriagou-se, dolosamente ou culposamente, sem a intenção de delinquir, mas incorreu em conduta ilícita porque encontrava-se privado de seu discernimento. Isto porque há quem afirme que a aplicação desta teoria, nessa última hipótese, constitui-se em resquício da responsabilidade objetiva no Direito Penal brasileiro.

Damásio de Jesus sustenta que a adoção da *actio libera in causa* constitui exemplo inequívoco de responsabilização penal objetiva.¹⁸⁹ Embora sua aplicação tenha sido implicitamente vedada com o advento da Constituição de 1988, que no inciso LVII do art. 5º positivou o princípio do estado de inocência, “ainda existem casos em que se mantêm resquícios de responsabilidade objetiva em nosso sistema penal, quando imprescindível para a proteção do bem jurídico”.¹⁹⁰ Ou seja, para que a ilicitude não reste impune e o bem jurídico fique indefeso, leva-se em conta o momento em que o agente optou livremente entre embriagar-se ou não.

¹⁸⁸ Circunstância agravante genérica é todo componente não essencial da figura típica situado ao seu redor com a finalidade de lhe conferir características meramente acessórias, que levam a pena a ficar mais gravosa.

¹⁸⁹ JESUS, Damásio Evangelista, op. cit., p. 513.

¹⁹⁰ CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 288.

No outro extremo, há a chamada embriaguez acidental, contraída em razão de caso fortuito ou motivo de força maior, considerado como excludente de imputabilidade pelo Código Penal (art. 28, § 1º).¹⁹¹

Fernando Capez esclarece que a embriaguez decorrente de caso fortuito ocorre quando o agente ingeriu a bebida desconhecendo seu conteúdo alcoólico ou seus efeitos ebriantes.¹⁹² Já a embriaguez derivada de força maior seria aquela provocada por um constrangimento alheio à vontade do agente, que foi, em razão de coação física ou moral irresistível, obrigado a ingerir bebida e perdeu em seguida o autodomínio. Tanto em um como em outro caso, a imputabilidade só é excluída se a embriaguez era completa durante o cometimento da conduta ilícita, impedindo o autor de conduzir-se conforme o Direito. Se, distintamente, a capacidade de entendimento foi apenas parcialmente afetada, a pena será reduzida de um a dois terços, em consonância com a prescrição do art. 28, § 2º, do Código Penal, configurando estado de semi-imputabilidade.

5.2.2. Potencial consciência da ilicitude

Ainda que o requisito de imputabilidade seja preenchido, a atribuição de culpabilidade ao agente exige que este possa entender o caráter ilícito do ato praticado, pois afigura-se inconcebível a culpabilidade quando carente de potencial consciência da ilicitude.

A mesma razão que retira a culpabilidade dos ombros dos inimputáveis deve depor em favor daqueles que, inobstante sejam imputáveis, agem sem que lhes seja possível compreenderem a natureza delituosa do fato, ou seja, sem a consciência da ilicitude, ainda que em razão de deficiências momentâneas e circunstanciais, mas inevitáveis.

¹⁹¹ Art.28, §1º: É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

¹⁹² CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 288.

Assim, para que o agente seja realmente tido como culpável, cumpre investigar se ele poderia estruturar, em lugar da vontade antijurídica da ação praticada, outra obediente ao direito. Inexistindo esta possibilidade, o juízo de reprovação estará excluído e, por conseguinte, o agente não responderá pelo ilícito praticado.

Damásio de Jesus ressalta a existência de três teorias que buscam precisar o papel da potencial consciência da ilicitude na estrutura do delito: teoria extremada do dolo, teoria limitada do dolo e teoria extremada da culpabilidade.¹⁹³

A teoria extremada do dolo considera o dolo como elemento da culpabilidade e a consciência de ilicitude como parte do mesmo, devendo o agente conhecer plenamente o caráter ilícito do ato, não sendo possível, para fins de confirmação da culpabilidade, a mera possibilidade de conhecimento do injusto. A ignorância da lei, portanto, excluiria o dolo, convertendo o crime em culposo. Em seguida, sobreveio a teoria limitada do dolo que, aprimorando a anterior, considerava tão somente a potencial consciência de ilicitude suficiente para atribuir culpabilidade ao agente, pois do contrário correr-se-ia o risco de proferir absolvições infundadas. Por fim, a teoria extremada da culpabilidade considera o dolo e a consciência da ilicitude institutos inteiramente distintos, com diferentes funções dogmáticas, não devendo o segundo integrar o primeiro. Sendo o dolo um elemento psicológico, deve integrar o tipo penal, ao passo que a consciência da ilicitude, por não possuir componentes psicológicos, mas sim natureza normativa, deve fazer parte da culpabilidade. Assim, se o juiz concluir que era impossível ao agente saber do caráter ilícito do fato, deve absolvê-lo não por ausência de dolo, mas porque inexistente a reprovabilidade da conduta. Damásio de Jesus observa ainda que essa teoria “está apta a chegar sempre a

¹⁹³ JESUS, Damásio Evangelista, op. cit., p. 513.

resultados justos, sem extremar-se em severidade quanto ao delinqüente. Mas, sobretudo, evita os vazios que por força de coisas resultam quando se aceita a teoria do dolo”.¹⁹⁴

5.2.3. Exigibilidade de conduta diversa

A imputabilidade e a potencial consciência da ilicitude não esgotam o rol de elementos demandados pela atribuição de culpabilidade ao agente. É necessário, além disso, que a conduta ilícita ocorra em circunstâncias normais, de modo que o agente pudesse realmente optar entre agir ou não de acordo com o Direito, ou seja, é preciso que haja exigibilidade de conduta diversa no contexto do fato.

Fernando Capez assinala que este componente da culpabilidade consiste “na expectativa social de um comportamento diferente daquele que foi adotado pelo agente. Somente haverá exigibilidade de conduta diversa quando a coletividade podia esperar do sujeito que tivesse atuado de outra forma”.¹⁹⁵ Portanto, a inexigibilidade de conduta diversa exclui a culpabilidade.

É indiscutível que o indivíduo deve caminhar na seara dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, mas estes limites foram estabelecidos na presunção de uma situação normal. O descumprimento da lei, quando ocorrido em circunstâncias que não deixam outra opção, exclui a culpabilidade.

5.3. Culpabilidade pelo fato singular e pela conduta de vida

A doutrina ainda não é pacífica quanto à necessidade de se considerar a vida pregressa do agente quando da avaliação da culpabilidade. Há quem afirme que é o ato do réu, e não o réu, que deve ser julgado, e extrapolaria sua competência o magistrado que levasse em conta, para a estipulação da pena, os antecedentes do acusado. Bettioli ensina:

¹⁹⁴ JESUS, Damásio Evangelista, op. cit., p. 475.

¹⁹⁵ CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 298.

É um fragmento, um segmento da vida de um homem que é objeto de censura [...] um acontecimento singular da vida, uma ação instantânea – talvez de todo excepcional no teor de vida mantido até então pelo agente – torna-o culpável e somente por isto torna-o penalmente responsável, não pelo seu caráter, não pelo seu temperamento permanente, não pela sua conduta antecedente ou subsequente à ação.¹⁹⁶

Isso não reduz a aferição de culpabilidade ao fato nem o separa de seu autor. Significa que possuem maior importância os elementos pertinentes ao delito imputado ao agente. Nesse sentido, Wessels adverte que:

[...] o ponto de referência para o juízo de culpabilidade é constituído pela ação do injusto. A culpabilidade do Direito Penal é culpabilidade do fato isolado, não ‘culpabilidade de caráter’ e só indiretamente ‘culpabilidade pela conduta de vida.’¹⁹⁷

Mezger, por sua vez, preconiza que se ponha em evidência a análise do agente e de sua vida pregressa na aferição da culpabilidade.¹⁹⁸ Já Sauer, seguidor de orientação mais progressista, distingue vários tipos de culpabilidade por tendência, sem reconhecer, no entanto, a culpabilidade pela conduta de vida. Sauer salienta:

Estructura de la culpabilidad crónica de tendencia, de inclinación, de dirección de la voluntad, o de actitud de vida (o em todo caso culpabilidad de hábito de vida); todas expresiones apropiadas, mientras es facilmente equívoco hablar de culpabilidad de carácter y de disposición de ánimo; las potencias solas no bastan; a ellas deben añadirse aún las tendencias (activas).¹⁹⁹

5.4. Culpabilidade pela personalidade do réu e pela capacidade de delinquir

A aferição da culpabilidade no caso concreto torna-se complexa quando se chega ao exame da personalidade do réu. Via de regra, ocorre uma confusão entre a verificação da culpa e a apuração do perfil delinqüente do acusado, sobretudo porque trata-se de questões interdependentes. Sobre essa questão, Bettiol destaca:

¹⁹⁶ BETTIOL, Giuseppe, op. cit., p. 20.

¹⁹⁷ WESSELS, Johannes, op. cit., p. 84.

¹⁹⁸ BETTIOL, Giuseppe, op. cit., p. 24.

¹⁹⁹ SAUER, Guillermo. **Derecho Penal – Parte Geral**. Barcelona: Bosch, 1956, p. 22.

As finalidades das duas questões são diversas: na primeira, a personalidade é considerada enquanto objeto de censura, na segunda, é sempre a ação que é objeto da reprovação; mas a culpabilidade pela ação é compreendida apenas com referência à personalidade do réu.²⁰⁰

Outro aspecto a ser considerado na aferição da culpabilidade reside na verificação da capacidade de delinquir, a qual deve ser analisada à luz da correlação existente entre culpabilidade e personalidade do réu. Para Néelson Hungria, “a maior ou menor capacidade de delinquir, do mesmo modo que a maior ou menor culpabilidade, serve de ponto de referência no cálculo proporcionado da pena, segundo a justiça do caso concreto”.²⁰¹ Em seguida, arremata o ilustre jurista:

A capacidade de delinquir, gravitando no sistema da repressão do crime, funciona, mediante o arbitrium regulatum do juiz, na medida da pena, como critério de individualização, que não pode deixar de ter em conta o crime como expressão, em si mesmo, de maior ou menor maldade ou perversão do agente.²⁰²

Nesse sentido, o art. 59 do CP preconiza diversos instrumentos a serem empregados pelo intérprete para identificar a chamada capacidade de delinquir.

5.5. Culpabilidade e periculosidade

Um segundo problema derivado da questão apresentada por Bettiol reside na contradição existente entre os conceitos de culpabilidade normativa e periculosidade, pois esta última vincula as características criminológicas do agente à possibilidade de que ele venha a incorrer em novos delitos. Dessa forma, a culpabilidade serve de critério para a fixação da pena a ser aplicada em razão de um fato que já ocorreu, enquanto a periculosidade serve de critério para a estipulação de medidas destinadas a evitar crimes que possam vir a ocorrer, com maior ou menor grau de probabilidade, conforme a personalidade do agente.²⁰³

²⁰⁰ BETTIOL, Giuseppe, op. cit., p. 27.

²⁰¹ HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**. v. I. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 482.

²⁰² Id., ibid., p. 483.

²⁰³ BETTIOL, Giuseppe, op. cit., p. 38.

Das medidas de natureza preventiva ensejadas pelo conceito de periculosidade emerge o debate em torno da sua possibilidade, pois a inexistência de delito, e portanto de culpabilidade, interdita ao Estado que exerça o *ius puniendi* em razão da mera probabilidade da prática futura de um delito. Todavia, conforme esclarece Bettioli, “tudo que é predisposto por medidas de caráter preventivo não pode ser suscetível de um juízo de antijuridicidade, porque esta reivindica necessariamente a idéia de reação peculiar a qual medida repressiva”.²⁰⁴

²⁰⁴ Id., *ibid.*, p. 39.

6. O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

6.1. Direito Penal mínimo e seus princípios informadores

O Direito Penal mínimo tem sua origem na evolução histórica que circunscreveu a aplicação do *ius puniendi* estatal aos limites estritamente necessários, processo durante o qual a doutrina sempre avançou mais rapidamente do que as instituições. Se na Antiguidade o Direito Penal era aplicada contra os cidadãos endividados, e durante a vigência do absolutismo perseguia os opositores políticos do Estado, o advento do constitucionalismo foi o primeiro passo destinado a banir a hipertrofia e limitar o alcance das sanções de natureza criminal, ao que se seguiu o surgimento das primeiras teorias penais, ainda que conservadoras, em oposição às quais surgiu o abolicionismo penal, estando o Direito Penal mínimo situado entre estes dois extremos. Seu princípio basilar é a intervenção mínima, o qual preconiza a aplicação seletiva - fragmentariedade - e complementar - subsidiária - da legislação penal:

A fragmentariedade e a subsidiariedade são duas características do Direito Penal que decorrem do princípio da intervenção mínima e que, de igual sorte, também são erigidos à categoria de princípios.²⁰⁵

Parte-se, pois, do pressuposto de que o Direito Penal é um “mal necessário” e, em tal condição, deve ser a *ultima ratio*. Nesse sentido, afigurou-se de grande valia o advento do conceito de “bem jurídico-penal”, o qual passou a servir de critério primário para afastar da competência criminal questões políticas, religiosas, morais, etc, delimitando-a à proteção dos valores mais relevantes na perspectiva da nossa Constituição Federal.

²⁰⁵ ROBERTI, Maura. **A intervenção mínima como princípio no Direito Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 102.

6.1.1. Subsidiariedade

O Direito Penal distingue-se dos demais ramos do ordenamento legal por prescrever em seus dispositivos sanções privativas de liberdade, constituindo, portanto, um meio de controle social drástico, cuja aplicação só pode ser justificada pelo imperativo de se proteger bens jurídicos de relevante valor contra violações graves. O Direito Penal é subsidiário em relação aos demais ramos do ordenamento jurídico, na medida em que se destina a complementá-los onde se fizer estritamente necessário, pela insuficiência comprovada dos mesmos como meio de proteção de determinados bens jurídicos. O emprego do Direito Penal, portanto, está condicionado ao insucesso dos outros meios de controle social na tarefa de dissuadir e punir o cometimento de determinados ilícitos. Nesse sentido, preleciona Paulo de Souza Queiroz:

Essa subsidiariedade decorre, primeiro, da unidade lógica do Direito; segundo, de imposição político-criminal, pois, sendo o Direito Penal a mais enérgica manifestação da ordem jurídica estabelecida, segue-se que a sua intervenção somente deve ter lugar nas hipóteses de singular afronta a bens jurídicos fundamentais e para cuja repressão não bastem as sanções do ordenamento jurídico ‘ordinário-principal’, demandando, enfim, um *plus* de gravidade proporcional à gravidade da lesão e à significação social dos danos causados, o que se concretiza pela intervenção, ‘extraordinária-subsidiária’, do direito criminal.²⁰⁶

Assim sendo, o Direito Penal, enquanto instrumento subsidiário de defesa, não dispõe de exclusividade, ou seja, inexistem bens jurídicos intrinsecamente tutelados pela legislação penal e protegidos tão somente por ela, mas sim bens jurídicos de origem civil – e sobretudo constitucional – sobre os quais recai o escudo adicional das sanções privativas de liberdade. Logo, a descriminalização de uma determinada conduta não significa que a mesma deixará de constituir ato ilícito, mas somente que deixará de ser apreciada na esfera da justiça penal.

²⁰⁶ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 57-58.

O caráter subsidiário que delimita a atuação do Direito Penal decorre, dentre outras exigências, da necessidade de se preservar a dignidade da pessoa humana, fundamento maior da Carta Magna e que tem como um de seus elementos a preservação da liberdade. Uma vez que as sanções de natureza penal atingem especificamente a liberdade do réu – e, portanto, sua dignidade –, a aplicação generalizada e precipitada de tais sanções lesaria frontalmente os fundamentos da Constituição.

A liberdade deve ser a regra e a prisão a exceção. Em razão disso, as penas privativas de liberdade só são toleráveis quando se destinarem a preservar valores igualmente importantes, nos termos em que recomenda Janaina Conceição Paschoal:

[...] se a liberdade é um bem constitucional relevante, o bem cujo ferimento pode ensejar a privação da liberdade, necessariamente, há de ter relevância constitucional, ou, como se vem asseverando pela doutrina, o bem há de merecer tutela penal ou ser digno dela.²⁰⁷

Diante de qualquer conflito em que seja legalmente cabível a ativação dos instrumentos próprios da tutela penal, inicialmente deve-se dar preferência a remédios mais educativos e tendentes a sanar a lide em sua origem, e não nas suas manifestações, tal como prescreve Paulo de Souza Queiroz:

A intervenção penal, em conseqüência, somente se justifica para composição de conflitos [...] quando a superação dessa conflitividade já não se possa confiar, exclusiva ou alternativamente, às próprias pessoas diretamente envolvidas, à família ou à comunidade, a exigir uma interferência exterior e extremada; quando esse mesmo conflito, por sua transcendência, não possa ser suficientemente reprimido pela força da censura das convenções sociais, da opinião pública, da moral, da religião ou, conforme o caso, pelas normas públicas disciplinadoras do esporte, do trabalho, da escola, dos grêmios, dos condomínios, etc; ou que melhor possam ser prevenidos pela ciência, pela informação, pela assistência social ou, nos casos mais graves, pela execução de sanções extrapenais, do Direito Civil, do Direito Comercial, do Direito Trabalhista, do Direito Tributário, do Direito Administrativo, etc.²⁰⁸

²⁰⁷ PASCHOAL, Janaina Conceição, op. cit., p. 50.

²⁰⁸ QUEIROZ, Paulo de Souza, op. cit., p. 65-66.

6.1.2. Fragmentariedade

Da subsidiariedade do Direito Penal decorre a sua fragmentariedade, o que significa que a proteção excepcional por ele conferida não cobrirá todo o ordenamento jurídico, pois abrigará sob sua tutela apenas os bens jurídicos considerados valiosos contra violações e ameaças graves. Observe-se que o condicionamento é duplo: não basta que o bem jurídico seja tido como essencial, sendo necessário também que a lesão ou ameaça seja sobremaneira agressiva, tal como ensina Francisco de Assis Toledo ao afirmar que a tutela penal recai sobre “certos bens jurídicos e, ainda assim, contra determinadas formas de agressão; não todos os bens jurídicos contra todos os modos de agressão”.²⁰⁹ Essa relação meio-fim é explicada por Paulo de Souza Queiroz:

Assim, ao prescrever, por exemplo, que *o direito à vida é inviolável*, a Constituição (art. 5º) necessariamente cria um ilícito, originária e genericamente, consistente na violação do bem jurídico ‘vida’, cuja proteção infraconstitucional culminará na previsão do ‘crime de homicídio’ (CP, art. 121). Semelhantemente, quando estabelece a *inviolabilidade do direito à propriedade* (art. 5º), ao tempo em que cria o bem jurídico de natureza patrimonial (a propriedade), autoriza que se definam (em que circunstâncias, grau e extensão), em nível infraconstitucional, os ilícitos, no sentido da sua efetiva proteção (do bem jurídico), tal como já o faz o Código Civil, através, por exemplo, da previsão do esbulho possessório, da responsabilização civil por danos à propriedade, etc; e o Código Penal, coroando esse processo de proteção do interesse e especificação do ilícito, ao definir como delituoso o ‘furto’, o ‘roubo’, o ‘estelionato’, etc, que nada mais são, por assim dizer, que modos qualificados de esbulho.²¹⁰

A incidência fragmentada e seletiva do Direito Penal sobre o conjunto do ordenamento legal conduz à discussão de quais são os critérios utilizados para definir os bens jurídicos merecedores de sua tutela. A doutrina mostra-se incontroversa em afirmar que os mesmos devem ser buscados, inicialmente, no texto da Constituição, tal como preconiza Alberto Silva Franco:

²⁰⁹ TOLEDO, Francisco de Assis, op. cit., p. 17.

²¹⁰ QUEIROZ, Paulo de Souza, op. cit., p. 59-60.

Afirma-se, em princípio, que a Constituição de um país define esses bens, revelando-os como expressão consensual da vontade dos membros de uma comunidade, como expressão hierarquizada daqueles interesses que se consideram essenciais para o funcionamento do sistema social.²¹¹

Todavia, subsistem divergências teóricas no tocante ao papel da Constituição na enumeração desses bens. Nesse sentido, há os estudiosos que tomam a Carta Magna como limite negativo e os que a adotam como limite positivo.

Os doutrinadores da primeira categoria postulam que o legislador pode conferir proteção penal a quaisquer bens jurídicos, inclusive aqueles não listados pela Lei Fundamental, desde que a criminalização não lese valores constitucionais, em respeito ao princípio da hierarquia das normas. Asseveram os partidários desta tese – dentre os quais pode-se citar Nilo Batista, Maria Conceição Ferreira da Cunha e Ferrando Mantovani – que a Carta Magna não esgota todos os interesses passíveis de tutela penal, os quais tornam-se mais numerosos conforme evolui a realidade sócio-econômica do país, em cujo âmbito as modificações ocorrem de forma sabidamente mais célere do que no texto constitucional, este último em demasia estático para servir de referência na discriminação dos bens jurídico-penais, sobretudo porque a outorga de proteção penal a determinado bem pode revestir-se de urgência incompatível com as contingências políticas inerentes a uma reforma constitucional.²¹²

Entendimento diverso é sustentado por autores como Gomes Canotilho e Maurício Antonio Ribeiro Lopes, para quem o Direito Penal deve se limitar a defender os bens jurídicos expressamente constantes da Carta Magna, pois do contrário se ensejaria o alargamento desmedido do *ius puniendi* do Estado, entregando a criminalização de condutas ao sabor de cambiantes maiorias legislativas. Na mesma seara doutrinária, há autores, como Jorge de

²¹¹ FRANCO, Alberto Silva. Do princípio penal da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, n. 6, 1996, p. 176-177.

²¹² CUNHA, Maria Conceição Ferreira, op. cit., p. 208.

Figueiredo Dias, que, restringindo ainda mais o âmbito de incidência do Direito Penal, circunscrevem sua função à salvaguarda dos direitos fundamentais, excluindo de sua competência até mesmo os demais bens abrigados na Constituição:

Os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal se devem considerar concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais.²¹³

Essa concepção mais restritiva deverá estar assentada nos efeitos horizontais dos direitos fundamentais, em seu sentido mais amplo possível, pois do contrário estar-se-ia facultando aos particulares a possibilidade de violar a integridade alheia, proibindo-se condutas criminosas apenas ao Estado.

6.1.3. Ofensividade

O princípio da ofensividade, considerado informador do princípio da insignificância, estabelece mais um requisito para a ativação da tutela penal, tanto na formulação da lei como na sua interpretação, determinando ao magistrado que apenas lesões efetivamente graves ao bem jurídico redundem em condenação. Se for mínimo o dano, o réu deve ser absolvido, ainda que formalmente incurso na conduta típica. Igualmente, no processo de elaboração das leis, esse princípio determina ao legislador que tipifique apenas as condutas realmente lesivas à preservação dos bens jurídicos considerados penalmente relevantes. Atento a essa dúplice atuação - frente ao intérprete e ao legislador -, Luís Flávio Gomes observa que o princípio da ofensividade:

[...] constitui, ademais, um instrumento exegético ou hermenêutico que permite não só dotar o ilícito penal (o injusto penal) de um sentido material garantista, senão também eliminar do âmbito do punível condutas que só formalmente são típicas, porém sem a conseqüente ofensa ao bem tutelado.²¹⁴

²¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo, **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**, p. 67.

²¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. **O Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 70 e 72.

Em reforço à sua tese, Luís Flávio Gomes cita Francesco Palazzo, que também descreve a dupla orientação do referido princípio:

(a) função político-criminal (momento em que se decide pela criminalização da conduta) e (b) função interpretativa ou dogmática (instante em que se interpreta e se aplica concretamente o Direito Penal). A primeira função do princípio da ofensividade constitui um limite ao direito de punir do Estado (*ao ius puniendi*). Está dirigida ao legislador. A segunda configura um limite ao Direito Penal (*ao ius poenale*). Está dirigida ao intérprete e ao juiz (ao aplicador da lei penal). De qualquer modo, impõe-se enfatizar que não são duas funções estanques (e incommunicáveis). Ao contrário, são complementares. Tanto assim que, quando o legislador não cumpre seu papel de criminalizar a conduta em termos ofensivos a um bem jurídico, essa tarefa se transfere (improrrogavelmente) ao intérprete e ao juiz.²¹⁵

Interessante destacar que a jurisprudência dos nossos tribunais tem procurado descaracterizar a tipicidade de delitos de pequena monta, conforme se observa no posicionamento adotado em recente acórdão do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESTES POSTULADOS CRIMINAIS. CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL. DELITO DE FURTO. CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE. RES FURTIVA NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO). DOCTRINA. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – QUE DEVE SER ANALISADO EM CONEXÃO COM OS POSTULADOS DA FRAGMENTARIEDADE E DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO EM MATÉRIA PENAL – TEM O SENTIDO DE EXCLUIR OU DE AFASTAR A PRÓPRIA TIPICIDADE PENAL, EXAMINADA NA PERSPECTIVA DE SEU CARÁTER MATERIAL. DOCTRINA.

Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O postulado da insignificância e a função do direito penal: "de minimis, non curat praetor".

²¹⁵ PALAZZO, Francesco. **Valores constitucionais e direito penal**. Porto Alegre: Fabris, 1989 apud GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 28.

O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade.

O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

(Habeas Corpus 84412 - SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Data do Julgamento: 19.10.2004. Órgão Julgador: 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Data da Publicação: 19.11.2004)

O princípio da ofensividade, porém, não abre caminho ao agente para que reitere pequenos delitos e nele se escude sucessivamente para esquivar-se das malhas da lei, tal como se infere do acórdão transcrito a seguir, no qual o Tribunal Regional Federal da 4ª Região manteve a condenação do juiz monocrático observando que o apelante, embora tenha lesado a Fazenda Pública em pequena quantia, houvera incorrido em descaminho noutras ocasiões:

EMENTA: PENAL. DESCAMINHO. ART. 334, §1º, "D", DO CP. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO DE CONDUTA. NÃO-RECONHECIDO. MANTIDA A CONDENAÇÃO.

1. A Quarta Seção deste Regional firmou posicionamento das Turmas Criminais, fixando como parâmetro máximo para o reconhecimento do princípio da insignificância o valor de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) em tributos iludidos. 2. A reiteração de conduta impede o reconhecimento do princípio da insignificância, ainda que o valor dos tributos iludidos seja inferior ao limite máximo fixado. 3. A aplicação pura e simples de critério objetivo (valor dos tributos iludidos) incentivaria a prática fracionada de delitos desta espécie.

(Apelação Criminal nº 2003.72.00.003407-8 – SC. Relatora: Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Data do Julgamento: 25.04.2006. Órgão Julgador: Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Data da Publicação: 17.05.2006)

6.1.4. Necessidade de tutela penal

Mariângela G. M. Gomes salienta que a intervenção do Direito Penal está condicionada à real necessidade e ao esgotamento de outros meios para a composição da lide,

bem como ao relevante valor social do bem a ser tutelado.²¹⁶ O princípio da necessidade da tutela penal seria, assim, resultado da síntese entre o princípio da ofensividade e o princípio da intervenção mínima – o qual abriga em seu bojo os corolários da subsidiariedade e da fragmentariedade.

O princípio da necessidade de tutela penal rediscute a questão sobre quais bens jurídicos dependem da correspondente tutela penal e quais, em razão das modificações na realidade social, podem dela prescindir a partir de determinado momento, hipótese em que se procederá à descriminalização de certas condutas.

Sobre o princípio da necessidade de tutela penal, esclarecedor o posicionamento de Janaina Conceição Paschoal:

[...] dignos ou merecedores de tutela penal são aqueles bens que integram a ordem constitucional por terem sido reconhecidos em uma dada sociedade como relevantes para sua conservação, observando-se que essa dignidade não é suficiente para justificar a criminalização, fazendo-se ainda mister verificar, no caso concreto, se existe necessidade da tutela de natureza penal.²¹⁷

No mesmo sentido, observa Luis Régis Prado:

Os bens dignos ou merecedores de tutela penal são, em princípio, os de indicação constitucional específica e aqueles que se encontrem em harmonia com a noção de Estado Democrático de Direito, ressalvada a liberdade seletiva do legislador quanto à necessidade.²¹⁸

6.1.5. Merecimento ou dignidade de tutela penal

O conceito de dignidade penal encontra-se umbilicalmente associado à teoria do bem jurídico, pois tem como postulado a imputação de pena a um ato danoso à sociedade. Embora

²¹⁶ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 83.

²¹⁷ PASCHOAL, Janaina Conceição, op. cit., p. 51.

²¹⁸ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 69.

a origem deste conceito remonte ao século XIX, sua aplicação pioneira é atribuída a Gallas e Sauer.²¹⁹

Para Luzón Peña, a dignidade penal “expressa um juízo de valor sobre o ato na forma de reprovação intensa por este configurar um injusto culpável particularmente grave (injusto penal) que deve acarretar um castigo”²²⁰ (tradução livre do autor), salientando, ainda, a sua complementação pela necessidade de pena, pressuposta pela insuficiência de meios menos intrusivos para defender o bem jurídico.

Contextualizando-se a dignidade penal na moldura dos princípios já elencados e recordando que sua aplicabilidade advém de um conceito de bem jurídico, infere-se que os valores morais não são tuteláveis penalmente. A dignidade penal não tem por função positivar qualquer ideário moralista, mas assegurar os valores mais representativos da sociedade, oriundos do mínimo denominador comum nela existente.²²¹ Ela consiste, na acepção de Manuel da Costa Andrade, na “expressão de um juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade”.²²² Assim, apenas o conjunto de valores associados à promoção da dignidade da pessoa humana, cuja lesão gera graves repercussões sociais, é merecedor de proteção penal.

Assim sendo, a dignidade penal serve de critério para limitar a atuação do Estado no âmbito criminal. Todavia, sua aplicação deve ser complementada por um segundo aspecto, qual seja, o da verificação da efetiva necessidade de tutela penal. De certa forma, a dignidade penal está para a fragmentariedade assim como a necessidade de tutela penal está para a subsidiariedade, pois a dignidade penal estabelece uma hierarquia de valores, ao passo que a

²¹⁹ PEÑA, Diego Manuel-Luzón. La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Tomo XLVI, fasc. I, p. 22, 1993.

²²⁰ Id., *ibid.*, p. 22.

²²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 405.

²²² Id., *ibid.*, p. 406.

necessidade de tutela penal determina a aplicação do Direito Penal uma vez observado o insucesso dos demais meios de controle social.²²³

²²³ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *op. cit.*, p. 221.

7. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Norma imprescindível em todo o ordenamento jurídico, e não apenas no campo penal, o princípio da proporcionalidade encontra múltiplas formas de aplicação, tanto pelo legislador como pelo intérprete. No tocante às atribuições deste último, o princípio da proporcionalidade atua como importante critério de ponderação de valores, e destina-se a solucionar casos concretos em que ocorre uma colisão de princípios, viabilizando uma “solução de compromisso” capaz de fazer preponderar um deles com o mínimo de lesões aos direitos eventualmente preteridos visando, em última análise, conservar-lhes o núcleo essencial, onde se encontra abrigado o valor supremo da dignidade humana. Em se tratando das competências do legislador, o princípio da proporcionalidade serve de guia à hierarquização dos bens jurídicos a serem resguardados, de sorte que se confira proteção penal tão somente àqueles considerados fundamentais para a defesa e promoção da dignidade humana.

É de se notar que o princípio da proporcionalidade, embora ocupe posição proeminente no âmbito constitucional, não consta explicitamente da nossa Carta Magna, ao contrário do que se verifica na Constituição Portuguesa, cujo art. 18, inciso II, assevera:

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.

Em que pese essa aparente lacuna em nossa Lei Maior quanto à efetiva positivação do princípio da proporcionalidade, este pode ser inferido do disposto no § 2º do art. 5º, onde se lê: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.”

Além disso, importa notar que o referido princípio subjaz à *ratio legis* inúmeros dispositivos constitucionais, dentre os quais pode-se citar o inciso V do art. 5º, que assegura direito de resposta proporcional à ofensa. O mesmo pode ser afirmado do inciso XLVI do

mesmo artigo, caput, que garante, no âmbito do Direito Penal, penas proporcionais ao delitos. No mesmo sentido, o art. 7º, em seus incisos IV e V, prescreve que o valor do salário mínimo seja compatível com as necessidades básicas do trabalhador, ao passo que o piso de cada categoria deve ser proporcional ao tipo de atividade exercida. Igualmente, o art. 137 condiciona a decretação de estado de sítio à configuração de grave ameaça à segurança nacional, enquanto o art. 71, inciso III, determina a estipulação de multa proporcional ao dano causado ao erário em caso de irregularidade nas contas públicas, sem prejuízo de outras sanções. No campo do Direito Tributário, convém recordar que a nossa Lei Fundamental consagra o princípio da proporcionalidade ao disciplinar o sistema tributário, quando proíbe a tributação que redunde em confisco (art.150, IV), pois o tributo não pode onerar uma atividade a ponto de inviabilizá-la, devendo as alíquotas serem proporcionais à capacidade econômica do contribuinte (art. 145, §1º.).

A partir do conjunto acima elencado pode-se inferir que o princípio da proporcionalidade, tal como ensina Paulo Bonavides, abrange:

[...] a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.²²⁴

O princípio da proporcionalidade pode ser dividido em três subprincípios, quais sejam, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, o subprincípio da adequação e o subprincípio da necessidade. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito prescreve que haja simetria entre a finalidade de uma norma e o meio utilizado para assegurar seu cumprimento, que deve ser juridicamente o melhor possível, de sorte que as desvantagens impostas a um dos pólos da lide sejam compensadas pelas vantagens outorgadas ao outro pólo

²²⁴ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 396.

quando da prolação da sentença ou de qualquer decisão interlocutória. O subprincípio da adequação determina que o caminho trilhado seja compatível com o seu propósito e tão eficaz quanto possível, ao passo que o subprincípio da necessidade condiciona a escolha de determinado meio à insuficiência e ineficácia de todos os outros meios menos incisivos passíveis de serem adotados para proteger um direito.

7.1. A proporcionalidade como meio de controle de penalização

Em razão do Direito Penal se constituir no meio de controle social mais drástico do ordenamento jurídico, ele necessita ser regulado por critérios aptos a dosar os mecanismos sancionadores que o caracterizam. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade impõe limites ao *ius puniendi* estatal, tanto na tipificação dos delitos como no estabelecimento das penas correspondentes, de sorte a proteger os direitos fundamentais, sobretudo a liberdade, de restrições abusivas ou desnecessárias.

Assim, impõe-se que haja equilíbrio na proporção entre a severidade da pena aplicada e a gravidade do delito em que incorreu o agente. Cabe observar que o princípio atua como fator limitador em duas etapas da criminalização: na atividade legislativa, onde se afere a proporcionalidade abstrata, e na atividade jurisdicional, onde se afere a proporcionalidade concreta.

Na determinação da proporcionalidade abstrata, deve o legislador verificar se o bem jurídico demanda tutela penal e se a ofensa é grave a ponto de exigí-la. Ambas as operações têm a proporcionalidade como critério, pois em uma delas o legislador estima o valor do bem jurídico com base em uma escala hierarquizada de valores, ao passo que em outra verifica se a ofensa que se intenta penalizar está situada dentre as lesões mais gravosas. Uma vez atestados estes requisitos iniciais, o legislador estabelecerá as penas mínima e máxima de cada tipo penal em termos proporcionais à lesividade da conduta, estipulando em seguida as hipóteses

de aumento ou diminuição da pena. Toda essa atividade laborativa do legislador deve ter a proporcionalidade como critério ponderador.

O princípio da proporcionalidade condiciona a função legiferante através do exame da adequação, da necessidade, e da proporcionalidade em sentido estrito. O meio escolhido pelo legislador penal é adequado se for compatível com a promoção de sua finalidade; é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais; e é proporcional em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. Observados esses requisitos, evita-se que a pena traga consigo cargas punitivas e efeitos colaterais excessivos em relação aos resultados obtidos.

Em que pese o reconhecimento explícito conferido pela doutrina e jurisprudência nacionais ao princípio da proporcionalidade, este nem sempre é devidamente respeitado pelo legislador, pois, seja por descuido ou de maneira consciente, o ordenamento penal pátrio abriga várias incoerências merecedoras de registro, das quais destaco duas delas:

(a) O art. 303 da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) prescreve que a lesão corporal culposa cometida na direção de veículo automotor seja punida com detenção de 6 meses a 2 anos, acompanhada da suspensão ou proibição da permissão ou a habilitação. Simultaneamente, o *caput* do art. 129 do Código Penal prevê detenção de 3 meses a 1 ano para o autor de lesão corporal dolosa simples. Assim, paradoxalmente, determina-se a aplicação de sanção mais branda para uma lesão corporal dolosa em relação a uma lesão corporal culposa, quando esta última tenha sido cometida na direção de veículo automotor;

(b) A pena imposta ao autor de extorsão mediante seqüestro, descrito no *caput* do art. 159 do CP, varia entre 8 a 15 anos de reclusão, ao passo que a sanção aplicada para o homicídio doloso simples, tal como previsto no *caput* do art. 121, consiste em reclusão, de 6 a

20 anos. Em outras palavras, a pena mínima cominada para quem seqüestra uma pessoa visando obter vantagem indevida é superior à pena mínima cominada para quem mata dolosamente alguém.

Diante desses paradoxos, além de outros existentes, convém ressaltar que, sempre que o legislador penal violar os limites que lhe são determinados pela Constituição Federal, ferindo desproporcionalmente direitos fundamentais, o Poder Judiciário tem o dever de atuar - no exercício da proporcionalidade concreta - para restabelecer o equilíbrio rompido. O princípio da proporcionalidade atua, dessa forma, como critério de ponderação ao magistrado, de forma a sanar criminalizações e sanções desproporcionais e injustas.

A determinação da proporcionalidade concreta, tarefa do magistrado, está intimamente ligada à individualização da pena, que consiste em precisar, dentro da faixa de variação existente entre a pena mínima e a pena máxima, qual sanção será aplicada, operação na qual serão utilizadas como medidas de proporção não apenas as eventuais qualificadoras e agravantes em que o agente incorreu, mas também seu perfil criminológico – se reincidente ou primário, por exemplo –, de forma a, simultaneamente, compensar a lesão ao bem jurídico, dissuadir potenciais delinqüentes e oferecer possibilidades de ressocialização ao agente. Nesse sentido, observa Luis Vicente Cernicchiaro:

Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Causas distintas de relações jurídicas e delinqüentes diferentes impõem soluções diferentes. A individualização da pena leva em consideração o fato global, ou seja, o fato infração penal com seus protagonistas (sujeito ativo e passivo), com revisão de vida de ambos e projeção de futura conduta do delinqüente. A lei ordinária estabelece os critérios da individualização. A Constituição se restringe a registrar o princípio remetendo a lei à respectiva disciplina.²²⁵

Em termos mais abrangentes, esclarece Luiz Luisi:

O processo de individualização da pena se desenvolve em três momentos complementares: o legislativo, o judicial, e o executório ou administrativo

²²⁵ CERNICCHIARO, Luis Vicente. **Direito Penal na Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 134-135.

[...]. Tendo presente as nuances da espécie concreta e uma variedade de fatores que são especificamente previstos pela lei penal, o juiz vai fixar qual das penas é aplicável, se previstas alternativamente, e acertar o seu quantitativo entre o máximo e o mínimo fixado para o tipo realizado, e inclusive determinar o modo de sua execução (...). Aplicada a sanção penal pela individualização judiciária, a mesma vai ser efetivamente concretizada com sua execução (...). Esta fase da individualização da pena tem sido chamada individualização administrativa. Outros preferem chamá-la de individualização executória. Esta denominação parece mais adequada, pois se trata de matéria regida pelo princípio da legalidade e de competência da autoridade judiciária, e que implica inclusive o exercício de funções marcadamente jurisdicionais (...). Relevantes, todavia, no tratamento penitenciário em que consiste a individualização da sanção penal, são os objetivos que com ela se pretendem alcançar. Diferente será este tratamento se ao invés de se enfatizar os aspectos retributivos e aflitivos da pena e sua função intimidatória, se por como finalidade principal da sanção penal o seu aspecto de ressocialização. E, vice-versa (...). De outro lado se revela atuante o subjetivismo criminológico, posto que na individualização judiciária, e na executória, o concreto da pessoa do delinqüente tem importância fundamental na sanção efetivamente aplicada e no seu modo de execução.²²⁶

Não apenas a doutrina, mas também a jurisprudência nacional prescreve a correta aplicação do princípio da proporcionalidade no processo de individualização da pena, de forma que esta não se configure sobremaneira onerosa para o agente. Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Ofende o princípio da proporcionalidade entre a agravante e a pena aplicada, bem assim o critério trifásico previsto no art. 68 do Código Penal, a sentença que na primeira etapa da individualização da pena fixa o seu 'quantum' no limite máximo previsto para o tipo penal.²²⁷

O princípio da proporcionalidade tem duas importantes tarefas na concretização do Direito Penal: 1) orientar o legislador quando da tipificação das condutas e previsão das sanções; 2) funcionar como critério de hermenêutica dirigido ao juiz quando da aplicação das sanções.

Portanto, afigura-se inadmissível que, no Estado Democrático de Direito, o legislador criminalize condutas que não exigem repressão do Direito Penal, ou comine uma pena

²²⁶ LUISI, Luiz, op. cit., p. 37-40

²²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus** n.º 75889. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. DJ, p. 2, 19.jun. 1998

flagrantemente desproporcional à gravidade do fato. A lei não deve onerar o indivíduo com mais intensidade que o imprescindível para resguardar o interesse público.

7.1.1. O subprincípio da adequação

O subprincípio da adequação destina-se a assegurar os efeitos práticos da atividade legislativa – quando da determinação da pena – e da decisão judicial – quando da prolação da sentença. Isso significa que tanto o legislador quanto o magistrado deverão indagar, no cumprimento de seus misteres, se a medida adotada terá os resultados desejados, quais sejam: compensação do dano, dissuasão da prática de novos delitos e ressocialização do réu.

Sobre o subprincípio da adequação, ensina Gomes Canotilho:

O princípio da conformidade ou adequação impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou dos fins a ele subjacentes. Conseqüentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o ato do poder público é apto para e conforme os fins justificativos da sua adoção. Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim. Este controle, há muito debatido relativamente ao poder discricionário e ao poder vinculado da administração, oferece maiores dificuldades quando se trata de um controle do fim das leis dada a liberdade de conformação do legislador.²²⁸

Há que se ressaltar, todavia, que a adequação não é uma exigência absoluta, mas adstrita ao faticamente possível, pois nem sempre será possível atingir simultaneamente todas as finalidades do apenamento, situação em que deverá o juiz priorizar uma delas em detrimento das demais. Em razão disso, a adequação poderá ser total ou parcial, sendo que, neste último caso, cumpre aproximá-la do ideal.

A adequação parcial da sentença mostra-se particularmente freqüente quando se depara o magistrado com a necessidade de punir réu reincidente, pois dificilmente lograr-se-á ressocializá-lo, o que constrange o magistrado, muitas vezes, a relegar tal propósito a um

²²⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 264.

segundo plano, em favor da reparação do dano e da prevenção geral. Esse entendimento não é unânime, conforme se infere do ensinamento de Winfried Hassemer:

O êxito da socialização é a melhor segurança para a sociedade diante do antigo delinqüente; através de uma execução penal ressocializadora intensa, nos custos e no aspecto pessoal, a sociedade pagaria uma parte da culpa que tem carregado consigo pela socialização defeituosa desses indivíduos.²²⁹

Winfried Hassemer acrescenta ser contraproducente privilegiar a dissuasão de potenciais delinqüentes em desfavor da reeducação do agente, sobretudo porque a questão encontra-se cercada por dados imprecisos:

Difícilmente se pode oferecer um conhecimento fidedigno sobre o êxito da ressocialização. O argumento predileto das cifras de reincidência que (...) desautorizam a idéia de ressocialização, em uma análise mais profunda, é inutilizável. Por um lado, através de tais estatísticas só se conhece a criminalidade manifesta, investigada e condenada. A cifra negra continua obscura, sobre a criminalidade “real” só se podem fazer suposições. O fato de que a idéia de ressocialização não pode apresentar resultados mensurados é um encargo muito grande. Em uma cultura jurídica orientada *output*, um instituto que descreve justamente os efeitos empíricos comprováveis em sua bandeira fica em apuros se não pode impor de modo perfeitamente metódico esses efeitos.²³⁰

7.1.2. O subprincípio da necessidade

Uma vez determinados os resultados que se pretende produzir com o apenamento do réu, cumpre elencar quais os meios capazes de produzi-los, em obediência ao subprincípio da adequação. Feita esta triagem preliminar, deve o magistrado, agora em consonância com o subprincípio da necessidade, escolher a menos gravosa das opções, de forma a não sujeitar o réu a privações desnecessárias. Isto porque seria inconcebível, por exemplo, impor ao agente pena privativa de liberdade quando a retribuição do dano e dissuasão para o cometimento de futuros delitos poderiam ser obtidos mediante aplicação de multa ou pena de prestação de serviços à comunidade. O subprincípio da necessidade exige que a sanção imposta não seja fungível, quantos aos seus efeitos, relativamente a outra mais branda, pois caso contrário

²²⁹ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Fabris, 2005, p. 374.

²³⁰ Id., *ibid.*, p. 377-378.

estar-se-ia infligindo ao réu uma violência adicional gratuita e, portanto, violando-lhe a dignidade humana. Mais uma vez esclarecedora as palavras de Gomes Canotilho:

O princípio da exigibilidade, também conhecido como princípio da necessidade ou da menor ingerência possível, coloca a tônica na idéia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adotar outro meio menos oneroso para o cidadão. Dada a natural relatividade do princípio, a doutrina tenta acrescentar outros elementos conducentes a uma maior operacionalidade prática: (a) a exigibilidade material, pois o meio deve ser o mais poupado possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; (b) a exigibilidade espacial aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; (c) a exigibilidade temporal pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coativa do poder público; (d) a exigibilidade pessoal significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados. O princípio da exigibilidade não põe em crise, na maior parte dos casos, a adoção da medida (necessidade absoluta), mas sim a necessidade relativa, ou seja, se o legislador ou magistrado poderia ter adotado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos.²³¹

7.1.3. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito determina o estabelecimento de um equilíbrio sempre que for necessário restringir um direito em favor de outro. A primeira pré-condição para isso é que o bem jurídico protegido tenha valor igual ou superior ao bem jurídico ferido pela decisão. Seria inconcebível lesar, ainda que superficialmente, um direito fundamental em nome da preservação de um direito não tutelado pela Constituição. Em termos mais claros, o sacrifício decorrente da adoção da medida deve resultar de uma relação ponderada com a finalidade perseguida. Cumpre, então, proceder a uma ponderação entre os interesses protegidos pela medida a ser aplicada e os bens jurídicos que sofrerão restrições com a adoção da mesma, de sorte que o ônus pela medida imposta seja inferior ao benefício por ela trazido.

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito é assim tratado por Gomes Canotilho:

²³¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 264-265.

Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coativa do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma. Está aqui em causa o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, entendido como princípio da justa medida. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.²³²

A aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito mostra-se particularmente importante quando o magistrado possa ver-se tentado a endurecer desmedidamente a pena, em razão do clamor social ou do imperativo de intimidar potenciais criminosos, sacrificando, em nome de hipotéticas vantagens coletivas, a liberdade individual e as perspectivas de ressocialização do agente.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores caminha no sentido de reformar sentenças penais monocráticas nitidamente lesivas ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, tal como se infere dos exemplos abaixo, extraídos do Superior Tribunal de Justiça:

ROUBO. EMPREGO DE ARMA DE BRINQUEDO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO INCISO I, § 2º, DO ART. 157, DO CP. INDEVIDO. SÚMULA 174/STJ. CANCELAMENTO.

O aumento especial de pena no crime de roubo em razão do emprego de arma de brinquedo (consagrado na Súmula 174/STJ) viola vários princípios basilares do Direito Penal, tais como o da legalidade, do *ne bis in idem* e o da proporcionalidade da pena. A Súmula 174/STJ perdeu sentido com o advento da Lei 9.437/97, que em seu artigo 10, § 1º, inciso II, criminalizou a utilização de arma de brinquedo para o fim de cometer crimes. Cancelamento da Súmula 174/STJ. Recurso provido.²³³

PENAL. CONDENAÇÃO. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. CONCURSO MATERIAL. FIXAÇÃO DIFERENCIADA DE PENAS-BASE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. CP, ARTS. 16 E 59. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO.

- Em sede de condenação pela prática de crimes em concurso material, se examinadas as circunstâncias judiciais num só contexto, impõe-se a fixação

²³² CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 265.

²³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, da 5ª Turma. RESP 442075/RS. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Decisão: 22 de abril de 2003. DJ, 19 maio 2003.

da pena-base na mesma linha quantitativa, pois a aplicação diferenciada afasta-se do princípio da proporcionalidade, relevante no processo de individualização da pena.

- A causa especial de diminuição de pena prevista no art. 16 impõe a redução da sanção prisional de um a dois terços, configurando erro material a fixação da minorante no percentual de um quarto.
- Transcorrido prazo superior a 8 (oito) anos entre a data do recebimento da denúncia e o dia do julgamento em que foi imposta a condenação há 2 anos e oito meses, ocorre a extinção da punibilidade pela superveniência da prescrição da pretensão punitiva.
- Recurso especial conhecido para reduzir a condenação. Prescrição da pretensão punitiva decretada.²³⁴

Em síntese, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito constitui, no âmbito da prestação jurisdicional, a última etapa da aplicação do princípio da proporcionalidade, pois, à listagem dos meios adequados, se segue a seleção do meio necessário por menos severo, o qual, por fim, é aplicado de forma a restringir tão pouco quanto possível os direitos eventualmente preteridos, em cumprimento à proteção penal dos direitos fundamentais.

²³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, da 6ª Turma. RESP 264042/PR Relator: Ministro Vicente Leal, Decisão: 10 de setembro de 2002. DJ, 07 out. 2002.

CONCLUSÕES

1. Os princípios constitucionais são fonte dos direitos fundamentais, e figuram no ápice superior de todas as normas jurídicas. A proteção dos direitos fundamentais decorre da dúplice função exercida pelos princípios constitucionais, quais sejam as de reconhecer tais direitos fundamentais e dimensionar os padrões e limites de atuação do Estado Democrático de Direito, inclusive no âmbito penal, delineando os contornos constitucionais do *ius puniendi* estatal.

2. Os direitos fundamentais são os reflexos da dignidade da pessoa humana, uma vez que cada um dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente representam uma projeção parcial do conteúdo valorativo da dignidade da pessoa humana, supraprincípio constitucional e fundamento da República Federativa do Brasil. A dignidade da pessoa humana exige o reconhecimento e tutela dos direitos fundamentais em todas as suas gerações.

3. A presença da dignidade da pessoa humana em matéria penal se faz presente por meio dos princípios constitucionais, tanto os especificamente penais como também os apenas pertinentes ao Direito Penal, dentre os quais destacam-se, sem demérito da importância dos demais, os princípios da culpabilidade, intervenção mínima, legalidade dos delitos e das penas e o da proporcionalidade, princípios estes limitadores constitucionais do poder punitivo do Estado.

4. O princípio constitucional da legalidade penal, por meio dos seus postulados da reserva legal, determinação taxativa e da irretroatividade da lei penal, é, sem dúvida, o princípio mais importante do Direito Penal, pois sua existência e efetividade são inerentes à manutenção do próprio Estado Democrático de Direito, além de constituir-se em pressuposto lógico de validade e eficácia dos demais princípios constitucionais.

5. O princípio constitucional da culpabilidade possui três sentidos essenciais na tutela penal dos direitos fundamentais, ao atuar, simultaneamente, como elemento integrante do conceito analítico de crime, princípio medidor da pena e como princípio impedor da responsabilidade penal objetiva, encontrando seu fundamento de aplicação na dignidade da pessoa humana.

6. O princípio constitucional da intervenção mínima, tendo como corolários a fragmentariedade e a subsidiariedade do Direito Penal, orienta e limita o poder punitivo do Estado, ao determinar que a tipificação penal de uma conduta somente terá legitimidade se for estipulada com o intuito de proteger os bens jurídicos mais importantes para o convívio em sociedade, desde que os demais meios de controle social tenham comprovadamente se mostrado ineficazes de assegurar a proteção de tais bens jurídicos.

7. O princípio constitucional da proporcionalidade no Direito Penal - por meio do exame dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – possui duas vertentes, a proporcionalidade em abstrato e a proporcionalidade em concreto.

8. A proporcionalidade em abstrato dirige-se ao legislador e o impede de estabelecer cominações legais que não possuam relação valorativa com a conduta praticada pelo agente. A proporcionalidade em concreto dirige-se ao magistrado e o impede de aplicar sanções penais sem estabelecer um critério de ponderação entre a pena cominada no tipo penal e a conduta efetivamente praticada pelo agente, com todas as suas circunstâncias.

9. A dignidade da pessoa humana estende seu conteúdo valorativo a todos os princípios constitucionais penais, cada um dos quais impõe aos membros dos três poderes da República o dever de reconhecer e respeitar, quando atuarem no exercício do poder punitivo do Estado, os limites traçados por esses princípios constitucionais na tutela penal dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. **Teoria de la argumentacion juridica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

_____. Epílogo a la teoria de los derechos fundamentales. **Revista Espanhola de Derecho Constitucional**, ano 22, n. 66, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, 2002.

ALVES, José Augusto Lindgren. A Declaração dos Direitos Humanos na pós-modernidade. **Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo**, n. 51-52, jan.-dez.1999.

ARCE Y FLÓREZ, Valdés Joaquín. **Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional**. Madri: Civitas, 1990.

BACIGALUPO, Enrique. **A personalidade e a culpabilidade na medida da pena**. Rio de Janeiro: RDPen, 1974.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BARROS, Suzana Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2003.

- BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. II São Paulo: Saraiva, 2002.
- BATTAGLINI, Giulio. **Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1964.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1976.
- BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. v. II, São Paulo: RT, 1971.
- BIANCHINI, Alice. Considerações críticas ao modelo de política criminal paleorepressiva. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 772, fev.2000.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2005.
- BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 54, jan.-mar. 2006.
- CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Lisboa: Almedina, 1999.
- CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal.**

Porto Alegre: Fabris, 1992.

CERNICCHIARO, Luis Vicente. **Direito Penal na Constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CEZNE, Andrea Nárriman. A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronal Dworkin e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 52, jul.-set. 2005.

CUNHA, Maria Conceição Ferreira. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização.** Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões de Direito Penal revisitadas.** São Paulo: RT, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena.** Coimbra: Coimbra, 1992.

DOTTI, René Ariel. A crise do sistema penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 88, v. 768, 1999.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos.** Porto Alegre: Fabris, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e Devido Processo Legal. **Revista Diálogo Jurídico**, n. 13, abr.-maio 2002.

FRANCA, Genival Veloso. **Medicina legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1995.

FRANCO, Alberto Silva. Do princípio penal da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, n. 6, 1996.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. São Paulo: Max Lomonad, 1983.

GOMES, Luiz Flávio. **O Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: RT, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: RT, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Malheiros, 1998.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Fabris, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. v. I. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1991.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos**. São Paulo: Martins Claret, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia de la Ciencia Del Derecho**. Barcelona: Agira, 1980.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LENOIR, Noelle; MATHIEU, Bertrand. **Les normes internationales de la bioéthique**. Paris: PUF, 1998.

LYRA, Roberto. **Expressão mais simples do Direito Penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1975.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro Lopes. **Direito Penal, Estado e Constituição**. São Paulo: IBCCrim, 1997.

_____. **Princípio da Legalidade Penal: projeções contemporâneas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. (Série Princípios Fundamentais do Direito Penal Moderno).

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto Penale – Parte Generale**. Torino: UTT, 1961.

MANZATO, Maria Cristina Biazão. A Constituição como sistema de princípios e regras. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 52, jul.-set. 2005.

MARQUES, José Frederico. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MARX, Karl. **A questão judaica**. São Paulo: Centauro, 1988.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. Barcelona: Ariel, 1962.

MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. Esboço de uma teoria da ponderação independente da teoria dos princípios. **Revista de Direito Administrativo**, n. 238, out.-dez. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 1988.

- MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000.
- NORONHA, E. de Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Coimbra, 2001.
- OLIVEIRA, Flavio Luís. A tutela jurisdicional na perspectiva dos direitos fundamentais. In: PAULA, Alexandre Sturion (Coord.). **Ensaio constitucionais de direitos fundamentais**. Campinas: Servanda, 2006.
- OLIVEIRA, Yonne Dolacio de Oliveira. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Cejup, 2004.
- PALAZZO, Francesco. **Valores constitucionais e direito penal**. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1989.
- PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003.
- PEÑA, Diego Manuel-Luzón. La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Tomo XLVI, fasc. I, 1993.
- PÉREZ LUÑO, Antonio. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 1990.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, vol. 833, mar. 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Manual da monografia jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROBERTI, Maura. **A intervenção mínima como princípio no Direito Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Fabris, 2001.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 1999.

SANCHIS, Luis Prieto. **Estúdios sobre Derechos Fundamentales**. Madrid: Debate, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SAUER, Guillermo. **Derecho Penal – Parte Geral**. Barcelona: Bosch, 1956.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais: proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Anais da XV Conferência Nacional da OAB.**

SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1, jan.-jun. 2003.

_____. **Interpretação constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005.

THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos fundamentais e sua concretização.** Curitiba: Juruá, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 1994.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva.** Brasília: Editora UnB, 1991.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general.** Santiago: Jurídica de Chile, 1976.

WESSELS, Johannes. **Direito Penal – Parte Geral: aspectos fundamentais.** Porto Alegre: Fabris, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – Parte geral.** São Paulo: RT, 1997.