

DAVI CASTRO SILVA

A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O BEM JURÍDICO PENAL
Análise da vinculação da teoria do bem jurídico penal à Constituição com fundamento
na dogmática dos direitos fundamentais

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de mestre em direito público pelo
Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade
Federal da Bahia

Orientador: Prof. Dr. Sebastian Borges Albuquerque de
Mello

SALVADOR

2011

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Sebástian Mello, meu orientador-salvador, por toda solicitude e disponibilidade que apresentou quando se dispôs a socorrer-me. E, também, pela paciência com meus ataques de ansiedade e afobação.

Ao Capitão Rodolfo Pamplona, por aturar minha teimosia acadêmica, continuando sempre disposto a pacientemente ajudar.

A João Glicério Filho, por sua sincera verdadeira amizade, que tão intensamente se manifestou a amparar-me naquela fatídica semana.

Aos membros do CAIA, Rodolfo, Bernardo, Claudinha, Rafa-Pink, Nanda-Baqueiro, Vicente-Riso e Tagore, por tornarem o curso de mestrado ainda mais interessante com sua amizade que a ele transcendeu.

A Aline (criatura), Danilão e Fabrição, pelo incentivo e ajuda na revisão.

A Mateus e Marco, por terem suportado a coexistência com meu mau-humor.

A Elise, meu amor, que mesmo trocada durante 45 dias por estas linhas que se seguirão, ainda continua me amando tão docemente.

RESUMO

A presente investigação destina-se a fundamentação da teoria do bem jurídico penal na teoria dos direitos fundamentais. A doutrina penal já converge há certo tempo para a compreensão de que há uma necessária relação entre bem jurídico penal e Constituição, divergindo somente quanto o caráter positivo e/ou negativa das limitações por ela impostas. Uma análise crítica de qualquer uma destas linhas, conclui pela insuficiência das fundamentações e as explicações até então desenvolvidas por déficit de argumentativo, em especial de cariz da teoria constitucional. Propõe-se teoria dos direitos fundamentais como fonte e ferramenta devida para construção desta relação, mais do que justificada pelo fato de as normas penais incriminadoras serem normas restritivas de direitos fundamentais. Desta maneira, se mostram vitais conceitos-chave da dogmática dos direitos fundamentais, principalmente a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. A partir deles se faz possível conceber um a relação bem jurídico penal e Constituição como decorrente da estrutura normativa dos princípios constitucionais (mandamentos de otimização). Esta constatação implica em conceber que o Direito Penal somente pode tutelar bens jurídicos previstos por princípios constitucionais e sempre através das determinações da máxima da proporcionalidade. Bem jurídico penal possui como estrutura fundamental bem jurídico previsto por princípio constitucional + proporcionalidade. A existência de um bem jurídico penal somente pode ser determinado a partir de um caso concreto por meio da avaliação da proporcionalidade da intervenção penal incriminadora. Consta-se, inclusive, que muitas das diretrizes da tutela de bens jurídicos que a doutrina penal concebia sob a alcunha de princípios (proteção de bens jurídicos, intervenção mínima, fragmentariedade insignificância) são questões tratadas e instrumentalizadas pela proporcionalidade, o que leva a concebê-las como inerentes ao bem jurídico penal e derivadas dos princípios constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: bem jurídico; direitos fundamentais; teoria dos princípios; proporcionalidade; princípios de direito penal.

RESUMEN

La presente investigación se destina a la fundamentación de la teoría del bien jurídico penal en la teoría de los derechos fundamentales. La doctrina penal ya converge mucho para la comprensión de que hay una necesaria relación entre bien jurídico penal y Constitución, divergiendo sólo cuanto el carácter positivo y/o negativo de las limitaciones por ella impuestas. Un análisis crítico de cualquier de estas líneas, concluye por la insuficiencia de las fundamentaciones y de las explicaciones hasta ahora desarrolladas por déficit argumentativo. Se propone la teoría de los derechos fundamentales como fuente y herramienta debida para construcción de esta relación, más de lo que justificada por el hecho de que las normas penales incriminadoras son normas restrictivas de derechos fundamentales. Así, se muestran vitales conceptos-clave de la dogmática de los derechos fundamentales, principalmente la teoría de los principios y la máxima de proporcionalidad. A partir de ellos es posible concebir una relación bien jurídico penal y Constitución como decurrente de la estructura normativa de los principios constitucionales (mandamientos de optimización). Esta constatación implica en concebir que el Derecho Penal sólo puede tutelar bienes jurídicos previstos por principios constitucionales y siempre a través de las determinaciones de la máxima de proporcionalidad. Bien jurídico penal posee como estructura fundamental bien jurídico previsto por principio constitucional + proporcionalidad. La existencia de un bien jurídico penal sólo es determinada a partir de un caso concreto por medio de la evaluación de la proporcionalidad de la intervención penal incriminadora. Se constata, inclusive, que muchas de las directrices de la tutela de bienes jurídicos que la doctrina penal concibe sub la denominación de principios (protección de bienes jurídicos, intervención mínima, fragmentariedad, insignificancia) son cuestiones tratadas e instrumentalizadas por la proporcionalidad, lo que lleva a concebirlas como inherentes al bien jurídico penal y derivadas de los principios constitucionales.

PALABRAS-CLAVE: bien jurídico, derechos fundamentales; teoría de los principios; proporcionalidad; principios de derecho penal.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	TEORIA DO BEM JURIDICO PENAL	10
2.1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA	12
2.1.1	Os passos iniciais dados por Feuerbach	12
2.1.2	Birnbaum e o nascimento do conceito bem jurídico	15
2.1.3	Binding e a versão positivista normativa do bem jurídico.....	18
2.1.4	Von Liszt: o bem jurídico como um interesse da realidade social	20
2.1.5	O neokantismo e o esvaziamento do conceito de bem jurídico.....	24
2.1.6	As atuais teorias pessoais e a moderna visão do bem jurídico	27
2.2	PROPOSIÇÕES CRÍTICAS À TEORIA DO BEM JURÍDICO PENAL.....	29
2.2.1	A Escola de Kiel e a erradicação	30
2.2.2	O finalismo de Welzel e a relegação a segundo plano.	32
2.2.3	Amelung e a substituição pela danosidade social	35
2.2.4	Jakobs e a vigência da norma como objeto do Direito Penal	37
2.2.5	Zaffaroni e o papel unicamente limitativo do bem jurídico	39
2.3	FUNÇÕES DO BEM JURÍDICO NO DIREITO PENAL	41
2.3.1	Função dogmática.....	42
2.3.2	Função interpretativa ou exegética	43
2.3.3	Função sistemática ou classificatória.....	43
2.3.4	Função de garantia ou crítica	44
2.4	BEM JURÍDICO PENAL E CONSTITUIÇÃO	47
2.4.1	Teoria flexível ou aberta: a Constituição como limite negativo	48
2.4.2	Teoria rígida ou estrita: a Constituição como limite positivo.....	50
2.4.3	Análise crítica e delineamento do problema	51
3	TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	53
3.1	BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO	55
3.2	TERMINOLOGIA.....	57
3.3	DEFINIÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL	57
3.4	FUNDAMENTALIDADE.....	61
3.5	DIMENSÕES OBJETIVA E SUBJETIVA.....	63
3.6	ESTRUTURA NORMATIVA: A TEORIA DOS PRINCÍPIOS	65
3.6.1	Distinção entre regras e princípios.....	66
3.6.2	Conflito normativo	70
3.6.3	Teoria dos princípios e normas de direitos fundamentais	73
3.7	RESTRINGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	75
3.8	TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E BEM JURÍDICO PENAL	81
3.8.1	O Direito Penal é restrição a direitos fundamentais	82
3.8.2	Fundamentação do princípio de proteção de bens jurídicos	86
3.8.3	Restrição da tutela penal a bens jurídicos derivados da Constituição	88
3.8.4	Não-restrição da tutela penal à relevância constitucional e à natureza de direito fundamental	89
3.8.5	Inexistência de um catálogo fechado de bens jurídicos.....	91
3.8.6	Princípio da intervenção mínima como decorrência da estrutura normativa dos princípios	93
4	A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE	97
4.1	FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.....	99
4.2	PROPORCIONALIDADE E A TEORIA DOS PRINCÍPIOS	102
4.3	PROPORCIONALIDADE: REGRA OU PRINCÍPIO?.....	103
4.4	ELEMENTOS DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE	106

4.4.1	Adequação	107
4.4.1.1	Realização e fomento de um objetivo	108
4.4.1.2	Delimitação dos objetivos passíveis de avaliação da adequação	109
4.4.1.3	Aplicação prática	112
4.4.2	Necessidade	114
4.4.2.1	Exame de igualdade de adequação	115
4.4.2.2	Exame comparativo da restrição a direito fundamental	118
4.4.2.3	Aplicação prática	121
4.4.3	Proporcionalidade em sentido estrito	124
4.4.3.1	Procedimento de aplicação	126
4.4.3.2	Críticas à proporcionalidade em sentido estrito	129
4.4.3.3	Aplicação prática	132
4.5	CRÍTICA A APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NO BRASIL	134
4.5.1	Quiproquó entre proporcionalidade e razoabilidade	135
4.5.2	A aplicação jurisprudencial displicente ou sobre a teoria da katchanga	136
4.5.3	A compreensão inadequada em meio à doutrina penal	138
4.6	MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E BEM JURÍDICO PENAL	140
4.6.1	Adequação	141
4.6.1.1	Bens jurídicos previstos por princípios constitucionais	142
4.6.1.2	Realização da proteção	143
4.6.1.3	Fomento da proteção	143
4.6.1.4	Exemplos de criminalizações inadequadas.....	144
4.6.2	Necessidade	146
4.6.2.1	Existência de normas não-penais suficientemente adequadas.....	147
4.6.2.2	Exemplo de criminalização desnecessária.....	148
4.6.3	Proporcionalidade em sentido estrito	149
4.6.3.1	Condições de precedência <i>prima facie</i>	150
4.6.3.2	Exemplo de criminalização desproporcional em sentido estrito	152
4.6.4	A máxima da proporcionalidade e a tipicidade penal	154
4.6.4.1	Condutas de inexpressiva lesividade	157
4.6.4.2	Condutas que são o exercício de um direito fundamental	159
5	CONCLUSÃO	162
	REFERÊNCIAS	166

1 INTRODUÇÃO

Uma teoria constitucional do bem jurídico penal. Esta tem sido a trilha percorrida pela doutrina penal no estudo do bem jurídico.

Continua ela aficionada pela construção de um conceito de bem jurídico que consiga reduzir ao máximo a imprecisão que é a ele inerente ampliando em igual medida o seu potencial de estabelecer limites ao legislador penal. A Constituição tem sido referencial para inserção de elementos no conceito de bem jurídico, como, por exemplo, a necessária repercussão para o indivíduo, como nas teorias pessoais do bem jurídico.

Todavia, cada vez mais toma consciência de que mais relevante do que tentar fundar limites decorrentes do enriquecimento do conceito em si, é mais rentável identificar e desenvolver limitações instrumentalizadas pelo bem jurídico.

Aqui, a Constituição tem sido, igualmente, um grande referencial, seja na justificação (negativa ou positiva) da legitimidade para tutela penal de um bem jurídico, seja no estabelecimento de critérios que orientem a escolha do legislador dentro deste rol de bens jurídicos legitimamente tuteláveis. Critérios que muitas vezes são elevados a diretrizes superiores do Direito Penal, como princípios.

Assim, de uma maneira e/ou de outra, tem se dedicado a doutrina penal a uma missão que pode ser consigna na seguinte pergunta: *de que forma a Constituição se relaciona com o bem jurídico penal de maneira a lhe conferir uma função limitadora da atividade do legislador penal?*

Este é o ponto de partida desta investigação. Para devidamente contextualizá-lo e demonstrá-lo, dedica-se o primeiro capítulo de desenvolvimento (capítulo 2) em trazer os postulados essenciais da teoria do bem jurídico penal.

A primeira e elementar questão que deveria ser trazida neste momento seria o conceito de bem jurídico penal, objeto-chave da investigação. Todavia, até então, a doutrina penal não chegou a um consenso sobre dito conceito, ou, ao menos, suas linhas essenciais. Desta maneira, o caminho que se apresentou apto a fornecer a compreensão de bem jurídico penal foi realizar um apanhado histórico de sua evolução como conceito e elemento central da tutela penal.

Sucessivamente são apresentadas as funções desempenhadas pelo bem jurídico no Direito Penal, dando-se ênfase à função crítica ou de garantia, que representa o papel

limitador a atuação do legislador penal. Uma vez delineada e com críticas devidamente apresentadas, se torna ela ponte para se chegar a necessária relação entre o bem jurídico penal e a Constituição, principalmente para o rendimento de dita função.

São expostas as duas linhas básicas que norteiam a compreensão da relação entre bem jurídico penal e Constituição: a teoria flexível/aberta e a teoria rígida/estreita. A primeira propugnando que a Carta Magna apenas funcione como limite negativo. A segunda entendendo que também desempenha um limite positivo, vinculando o legislador à realização de seus conteúdos.

Ambas as teorias realizam uma significativa contribuição em destacar e fomentar um vínculo entre a teoria do bem jurídico penal e a Constituição, todavia, revelam déficits de fundamentação e insuficiente exploração deste fértil campo para o enriquecimento da compreensão do bem jurídico penal.

Desta maneira, a pergunta inicial detém respostas, mas insatisfatórias e incompletas. Tal fato levou a convertê-la em problema da investigação, cuja hipótese que se estabelece é que a teoria dos direitos fundamentais é o caminho através do qual se extrairá fundamentações devidas e que oportunizará uma devida compreensão da relação bem jurídico penal e Constituição.

Abriu-se, assim, um segundo capítulo de desenvolvimento (capítulo 3) para se estudar as contribuições que a teoria dos direitos fundamentais pode fornecer a teoria do bem jurídico penal.

A teoria dos direitos fundamentais deixou há muito de ser um mero capítulo de manuais para se converter, no Estado Democrático de Direito, em um rico espaço de reflexões, repleto de pujantes conteúdos. Desta maneira, se optou apenas por delinear as proposições essenciais para a análise da relação do bem jurídico penal com a Constituição, em especial, a teoria dos princípios e a compreensão de restrição de direitos fundamentais nela fundada.

Consolidados estes pressupostos teóricos, parte-se, finalmente, para a análise do bem jurídico penal com fundamento na teoria dos direitos fundamentais. Estabeleceu-se a compreensão do bem jurídico penal a partir da premissa de que o direito penal é um instrumento de restrição de direitos fundamentais.

Tal premissa acarreta na concepção da fundamentação e compreensão dos bens jurídicos penais com base na estrutura normativa dos princípios. O que, por sua vez, desemboca em novas visões sobre antigas questões como a teoria rígida/estrita à

Constituição, o princípio de proteção dos bens jurídicos e o princípio da intervenção mínima.

A revisão do princípio da intervenção mínima com base na teoria dos direitos fundamentais leva a conceber a máxima da proporcionalidade como um elemento inerente à compreensão do bem jurídico penal e, assim, determinante do que deve ser protegido através das criminalizações.

Adentrou-se em uma nova fronteira na investigação, passando-se a avaliar a relação e impactos da máxima da proporcionalidade na teoria do bem jurídico penal. A proporcionalidade é um dos capítulos da teoria dos direitos fundamentais, todavia, devido ao amplo interesse doutrinário e jurisprudencial a ela direcionada, demanda-se um capítulo de desenvolvimento para o seu estudo (capítulo 4).

Desenvolveu-se os postulados essenciais da máxima da proporcionalidade. Como a proporcionalidade é composta por exames/testes realizados através de suas três máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). conferiu-se maior foco nos elementos que norteiam a sua aplicação prática, com a preocupação de se trazer exemplos de aplicação para melhor compreendê-los.

Cumprida esta tarefa, finalmente se partiu para a relação travada entre a proporcionalidade e o bem jurídico penal, configurando-se aquela pressuposto determinante deste. Apontou-se as nuances adquiridas pelas máximas parciais da proporcionalidade quando utilizadas para avaliar intervenções penais incriminadoras e, assim, determinar se há um bem jurídico penal ou não.

Tal análise foi realizada tanto em relação a intervenções legislativas quanto intervenções judiciais, buscando-se sempre oferecer exemplos nos quais criminalizações são consideradas desproporcionais

Cumprida a investigação das relações travadas pela teoria dos direitos fundamentais – e sua máxima de proporcionalidade – com o bem jurídico penal, pôde-se, com os conhecimentos angariados, retomar a pergunta-problema delineada oferecendo-se-lhe as devidas conclusões gerais e específicas sobre a forma que a Constituição se relaciona com o bem jurídico penal.

2 TEORIA DO BEM JURIDICO PENAL

O bem jurídico certamente é a categoria fundamental no seio da dogmática penal. Amplo e dominante setor doutrinário aponta que o princípio da proteção de bens jurídicos é o pilar do Direito Penal, uma vez que se trata de sua função precípua. Desta maneira, o estudo da categoria bem jurídico desponta como missão de máxima relevância: entender e descobrir os contornos essenciais do bem jurídico é a chave para compreender sobre quais limites o Direito Penal é construído.

Consequentemente, desde o surgimento desta categoria no Direito Penal, inúmeros e significativos aportes foram realizados buscando delinear-la¹. A busca incessante pelo conceito de bem jurídico se tornou a grande cruzada penal em busca do seu Santo Graal.

Vã cruzada, aparentemente.

Segundo a doutrina penal majoritária, a conceituação de bem jurídico tem se mostrado uma tarefa árdua, senão, para alguns, impossível². Inclusive aqueles que defendem o princípio da proteção de bens jurídicos se filiam a esta conclusão, tornando o bem jurídico uma estrutura extremamente enigmática: ao mesmo tempo em que se sustenta o seu caráter essencial ao sistema penal, admite-se a falta de sua devida compreensão.

A suposta incapacidade de construção de um conceito de bem jurídico-penal soma-se a outros dois fatores desabonadores, levando, nos últimos anos, a aparecer várias fissuras em meio à teoria do bem jurídico-penal.³ O primeiro deles é o surgimento de teorias alternativas que em menor ou maior medida negam o princípio de proteção de bens

¹ Cf. item 2.2.

² “Lograr uma determinação do conteúdo do bem jurídico a prova de inferências, o que faria desnecessária a ulterior reflexão sobre a configuração material do tipo penal, parece impossível”. HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. IN: HEFENDEHL, Roland (coord.). **La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 179.

³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Presentación. IN: HEFENDEHL, Roland (coord.). **La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 11.

jurídicos⁴. O segundo é que os teóricos do bem jurídico-penal assumem que em alguns tipos excepcionais é difícil determinar qual o bem jurídico tutelado⁵.

Diante deste contexto de críticas e supostas insuficiências, chega-se a afirmar que “desde há muito tempo, se está arrastando o conceito de bem jurídico ao seu leito de morte, exigindo-se-lhe prestações que simplesmente o sobrepujam”⁶. Todavia, a constante reiteração pelos teóricos do estado de moribundo é o sinal de que a teoria do bem jurídico ainda vive, e talvez mais: a grande insistência e empenho em sepultá-la demonstra a sua força e significância. Não é por menos que Bernd Schünemann chega a “profetizar, todavia, um grande futuro a ideia de proteção de bens jurídicos como fundamento e limite do Direito Penal, em vista da polifonia e solidez com as quais, precisamente nos últimos anos, se há declarando-lhe (outra vez) morta”⁷.

A teoria do bem jurídico sobrevive, felizmente, com plena saúde. Sinais não faltam. Schünemann destaca a impossibilidade de renunciar a categoria do bem jurídico na interpretação dos tipos penais - admitida inclusive pelos mais severos críticos -, bem como a mostra de fertilidade e caráter imprescindível que a ideia de bem jurídico vem mostrando nas monografias mais modernas sobre a estrutura do delito.⁸ Além do mais, é notável a crescente de obras ligadas a temática que não só a vem mantendo acesa como a vem intensificando ainda mais.⁹

Doravante, dedicar-se-á algumas linhas a abordagem dos elementos essenciais da teoria do bem jurídico, procurando, principalmente reconstruir a evolução histórica da sua compreensão e apresentar as reflexões sobre o papel que desempenha em meio à dogmática penal, mas não descuidando de outras questões como suas classificações e funções.

⁴ Em especial a de Günther Jakobs e seus discípulos, sustentando a função do Direito Penal como proteção da vigência da norma, e, por conseguinte, a concepção do delito como lesão a um dever. Cf. item 2.3.4.

⁵ GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal. **Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso**. Cuiabá, ano 2, nº 3, jul/dez 2007, pp. 258-259.

⁶ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. IN: HEFENDEHL, Roland (coord.). **La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p.179

⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. IN: HEFENDEHL, Roland (coord.). **La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 197.

⁸ *Ibidem*, p. 198.

⁹ Destaque para a obra coletiva, já citada, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, fruto das jornadas realizadas em Moritzburg em 2002, na qual a temática do bem jurídico-penal foi debatida por renomados juristas europeus.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A teoria do bem jurídico e sua real significação para o desenvolvimento do Direito Penal só podem ser efetivamente compreendidas através de uma revisão histórica do caminho percorrido por esta categoria jurídica. Neste intuito, parece essencial a este trabalho destacar as principais vertentes teóricas elaboradas pela dogmática penal na reiterada tentativa de delimitar conceitualmente o bem jurídico e seu conteúdo ou substrato material.

2.1.1 Os passos iniciais dados por Feuerbach

A doutrina penal atribui a Johann Birnbaum a paternidade do conceito de bem jurídico em meio ao Direito Penal¹⁰, todavia, uma abordagem sobre a evolução histórica da compreensão do bem jurídico, sem sombra de dúvidas, deve começar por um teórico anterior: o notável jusfilósofo alemão Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach.

Feuerbach é sempre mencionado nos estudos de dogmática penal em virtude da sua visão da pena como um instrumento de coação psicológica¹¹, modernamente denominada de teoria da prevenção geral negativa. Segundo sustenta, a sanção penal – tanto abstratamente prevista quanto concretamente aplicada e executada –, representa a ameaça de um mal a potenciais delinquentes, inibindo-os a praticar de delitos.

As suas reflexões, todavia, não se resumem ao caráter intimidatório da pena. Construiu ele uma profunda e inovadora teoria sobre o Direito Penal como um todo, da qual é possível se extrair ideais basilares de um Direito Penal instrumento de proteção dos

¹⁰ Cf. item 2.1.2

¹¹ “Todas as contravenções têm sua causa psicológica na sensualidade, na medida em que a concupiscência dos homens é que os impulsiona, pelo prazer, a cometer a ação. Este impulso sensual pode ser cancelado à condição de que cada um saiba *que a seu ato há de seguir, inevitavelmente, um mal que será maior que o desgosto emergente da insatisfação do seu impulso ao ato*” (FEUERBACH, Paul Johann A. R. von. **Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 60, §13.

cidadãos contra os abusos estatais¹² e de um dos seus principais estandartes, a teoria do bem jurídico.

Sua linha de pensamento está inquestionavelmente inserida no movimento iluminista – notadamente próxima do contratualismo de John Locke¹³ –, constituindo-se uma das mais significativas concretizações teóricas no saber penal dos ideais de racionalidade, proteção da liberdade e, conseqüentemente, do homem.

A liberdade é a fonte essencial de suas proposições. Esta é prévia ao contrato social, independentemente dele para ser reconhecida. A liberdade é reconhecida pela razão humana no estado de natureza, persistindo diante de qualquer conjectura que o ser humano se encontre¹⁴; mesmo que se encontre impossibilitado coativamente de exercê-la, como no caso de um escravo, o indivíduo não perde o direito a ser livre diante da razão.¹⁵

Importante destacar que liberdade na abordagem de Feuerbach não se resume ao sentido de independência ou autonomia. Em verdade, liberdade é um conjunto de direitos do indivíduo reconhecidos pela razão, que deveriam ser entendidos em sentido subjetivo. Ou seja, falar de liberdade é falar de um direito subjetivo à vida, por exemplo.

A liberdade é o pilar de sua concepção de Estado e Direito. Não há dúvidas que, para Feuerbach, o Estado deveria ser encarado como um meio para garantir direitos, sendo totalmente sem sentido quando não realiza este fim. Ou seja, muito antes do nascimento do Estado Democrático de Direito, já entendia que o homem não deveria ser meio senão fim de toda atividade estatal.¹⁶

Sendo fim precípua do Estado, mais do que natural que a garantia dos direitos subjetivos conglobados na liberdade dos indivíduos se faça o fundamento da existência da

¹² Compreensão de Direito Penal hoje comumente denominada de Direito Penal garantista, possuindo como grande expoente o jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli. Segundo o mencionado autor, garantista “é o sistema penal em que a pena, excluindo a incerteza e a imprevisibilidade de sua intervenção, ou seja, que se prende a um ideal de racionalidade, condicionado exclusivamente na direção do máximo grau de tutela da liberdade do cidadão contra o arbítrio” (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995, p. 81)

¹³ Neste sentido, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 280.

¹⁴ “No estado de natureza sou livre ante a razão, tanto como sou na situação da sociedade civil” FEUERBACH, Paul Johann A. R. von. *apud* ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 280.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La legitimación del control penal de los “extraños”. **Cuadernos del Inadi**: Buenos Aires, número 1, pp. 1-15, abr-2010. Disponível em: < www.cuadernos.inadi.gob.ar>. Acesso em 12/12/2010, p. 10.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ensayo Preliminar. IN: FEUERBACH, Paul Johann A. R. von. **Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, pp. 20 e 21. Zaffaroni destaca, ainda, que Feuerbach se contrapõe a Kant, uma vez que, para este último, os Direitos são dependentes da existência do Estado e não o contrário, afinal “o Estado feuerbachiano é inútil e desprezível quando não garante os direitos; o Estado kantiano deve ser respeitado, ainda quando não os garanta, porque somente dentro dele tem lugar os direitos” (*ibidem*, p.21).

ordem jurídica¹⁷ e, conseqüentemente, da ordem jurídica penal¹⁸. A relevância desta missão é tamanha que produz reflexos na construção de sua dogmática penal, em especial no conceito de crime.

Para Feuerbach, crime é a lesão da “liberdade garantida pelo contrato social e assegurada mediante as leis penais”. “Em sentido amplo, crime é, assim, a ofensa sancionada por uma lei penal, uma ação que contraria o direito de outrem”.¹⁹ E complementa: “independentemente do exercício de um ato do Governo ou da declaração do Estado, há direitos – dos cidadãos e do Estado. São estes direitos, tutelados pelas leis penais que servem de fundamento ao conceito de *crime em sentido estrito*”²⁰.

A compreensão, em síntese, do crime como a violação de um direito subjetivo do indivíduo ou do próprio Estado sancionado por uma lei penal, consagra o prelúdio de Feuerbach à teoria do bem jurídico, uma vez que concebe um o Direito Penal atrelado a objetos de tutela, punindo condutas não somente porque são proibidas – ou seja, pela violação de um dever –, mas também, e fundamentalmente, por lesionar um objeto jurídico-penalmente protegido.

Esse conceito, marcadamente material, contribui também em lançar o esboço de duas questões específicas que são espinha dorsal da moderna teoria do bem jurídico: **a)** o fato de a existência dos objetos de tutela ser anterior ao Direito Penal; e **b)** o papel do objeto da tutela penal na configuração do crime.

No que tange à primeira, como possui uma visão de viés jusnaturalista, na qual os direitos subjetivos tem existência independente da ordem jurídica, é mais do que lógica a *conclusão de que o interesse tutelado não é criado pelo Direito Penal, mas com existência a ele externa e prévia.*

Já em relação à segunda, é importante destacar que Feuerbach não vinculou somente o conceito de crime aos direitos subjetivos, atrelando-lhe também a configuração e a interpretação de institutos da teoria do delito. O consentimento do ofendido é um

¹⁷ “Nesta linha e acentuando o vínculo entre o direito e a liberdade [, Feuerbach afirma que]: «A razão jurídica sanciona, para efeitos de lei, uma esfera de acções, isto é, declara-as invioláveis por serem condição para a realização do fim supremo e permite ao respectivo sujeito afirma-las – se necessário recorrendo à força – contra tudo, mesmo contra um ser racional que se lhe oponha»” (ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 45

¹⁸ Neste sentido, entende como “o princípio supremo do direito penal: toda a pena legalmente cominada e aplicada pelo Estado é a consequência jurídica duma lei fundada na necessidade de preservação dos direitos alheios e que ameaça a violação de um direito com um mal sensível” (FEUERBACH, Paul Johann A. R. von. **Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 63).

¹⁹ *Ibidem*, p. 64, §21.

²⁰ *Ibidem*, p. 64, §22

exemplo bem ilustrativo, pois entende que renunciado o direito subjetivo, não há direito a ser lesionado, logo não há crime:

dado que uma pessoa pode renunciar direitos mediante um ato voluntário, a permissão para a realização do fato, concedido pelo lesionado, exclui o conceito de crime: *volenti non fit injuria*. A ação adequada à permissão somente deve dirigir-se contra o direito que se acha submetido à possível disposição do lesionado.

Assim, sem sombra de dúvidas, das concepções de Direito e do Estado desenvolvidas por Feuerbach é possível se extrair premissas essenciais do Direito Penal moderno e da abordagem do bem jurídico.²¹ Em que pese não ter cunhado a expressão “bem jurídico”, não resta dúvidas que o pioneirismo no seu estudo deve ser atribuído ao “fundador da moderna ciência do Direito punitivo”²².

2.1.2 Birnbaum e o nascimento do conceito bem jurídico

A doutrina dos direitos subjetivos feuerbachiana apresentou de forma pujante conteúdos relevantes da teoria do bem jurídico, mas o marco formal do nascimento do conceito de bem jurídico somente veio a ocorrer décadas depois com a publicação, em 1834, de um artigo de Johann Michael Franz Birnbaum²³.

Neste trabalho, Birnbaum não chega a cunhar expressamente o termo “bem jurídico”, mas estabelece uma série de proposições – como, por exemplo, “conceito de um bem a ser definido pela lei”²⁴ –, permitindo à doutrina extrair a ideia de um bem tutelado jurídico-penalmente. Segundo o autor, a tutela penal estabelecida em um crime se fundaria em “um bem material garantido pelo poder do Estado, que poderia corresponder ao

²¹ No mesmo sentido, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ensayo Preliminar. IN: FEUERBACH, Paul Johann A. R. von. **Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 22.

²² MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 34.

²³ Intitulado *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*.

²⁴ *Apud* ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2004

indivíduo ou à comunidade, e que foi concebido como algo suscetível de ser lesionado em um sentido natural”²⁵.

Paira certa divergência doutrinária sobre a relação travada pela construção realizada por Birnbaum e a doutrina dos direitos subjetivos, capitaneada por Feuerbach. Assim, segundo Angioni, é possível encontrar posicionamentos que sustentam seu elo como “emanação direta ou pelo menos uma continuação da doutrina iluminista” bem como aqueles que defendem uma “fractura irreparável entre as duas teorias”²⁶.

Assim, na primeira linha, há autores²⁷ que sustentam uma relação de continuidade doutrinária entre as duas teorias, uma vez que “o conceito de bem jurídico era real e inequivocamente uma continuação da vertente sistemática e liberal do movimento filosófico-iluminístico no sentido da determinação de um conceito material de crime”²⁸.

Aqueles que se filiam ao entendimento oposto²⁹ interpretam as proposições de Birnbaum como uma ruptura com os ideais iluministas, assumindo um novo paradigma marcado pela influência do positivismo, do historicismo e de preocupações de cunho sistêmico-social. Chegam inclusive a sustentar que a sua teoria nasceu “em manifesta oposição àquela concepção de crime como violação de direito subjectivo por outro mais lato – o de bem jurídico, capaz de legitimar «os crimes contra a religião»”³⁰⁻³¹.

A despeito desta celeuma, é certo que Birnbaum se mostrou refratário à ideia do delito como lesão de um direito subjetivo, asseverando que “um direito não pode ser diminuído ou subtraído, o que pode ocorrer apenas com relação ao que é objeto desse direito, ou seja, ‘um bem que juridicamente nos pertence’”^{32, 33}.

²⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal – Parte General**. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 274.

²⁶ *Apud* CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 42

²⁷ Frank, Schaffstein e Sina (ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 54)

²⁸ SINA, Peter *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. Nova Lei dos Crimes Contra a Economia (Dec. Lei 26/84 de 20 de janeiro) à Luz do Conceito de «Bem Jurídico». IN: **Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários: volume I - problemas gerais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 77 e 78.

²⁹ Segundo Costa Andrade, Amelung e Honig (*ibidem*, p. 54), aos quais podemos acrescentar Gonzalo D. Fernandez (**Bien Jurídico y Sistema del Delito**. Montevideo - Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 15-16.

³⁰ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 43.

³¹ Como Feuerbach sustentava que os direitos subjetivos eram reconhecidos pela razão humana independentemente de qualquer ordem social, também se faziam desvinculados da ordem moral. Assim, se fazia crítico dos crimes contra religião por tutelarem deveres morais e não direitos subjetivos.

³² SILVA, Tadeu Antonio Dix. **Liberdade de expressão e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: IBCCRIM, 2000, pp. 314-315

³³ Não se trata de ideia inovadora, uma vez que, “em *Genesis del derecho penal*, Giandomenico Romagnosi assevera que o delito não elimina nem diminui os direitos alheios, ofendendo apenas seu

Esta compreensão apresenta uma mudança na natureza do objeto tutelado pelo Direito Penal. Garantindo-se direitos subjetivos, a tutela penal centrar-se-ia nas relações intersubjetivas, dotadas de carácter essencialmente abstrato. Já protegendo bens, o Direito Penal estaria ancorado na tutela de coisas do mundo exterior, de natureza concreta e objetiva³⁴. Desta maneira, com nítida influência do positivista, a “invocação do bem jurídico correspondeu à «intervenção de um momento empírico-naturalístico», contraposto ao «momento espiritual», até então predominante”³⁵.

Quanto à procedência destes bens, a então novel teoria do bem jurídico não era antagónica ao iluminismo e à teoria dos direitos subjetivos, já que transaciona entre o jusnaturalismo característico destas últimas e o historicismo que ganhava força naquele momento. Birnbaum entende serem “os bens (...) em parte dados já o homem dado pela *natureza* e, noutra parte, o resultado do seu desenvolvimento social”³⁶. Assim, há bens protegidos pelo direito que são inatos, bem como bens que são fruto do desenvolvimento histórico da sociedade – e assim sujeitos a mutabilidade temporal –, a partir do qual estabelece uma dicotomia entre delitos naturais e delitos sociais.

Outro fato digno de nota é o desenvolvimento da classificação dos bens jurídicos de acordo com a titularidade do bem. Destaca Schünemann que ele “diferencia com bastante precisão os delitos contra bens individuais daqueles contra bens coletivos”³⁷, inclusive, “entre estes últimos avultam, v.g., os valores relacionados com a religião ou a moral, cuja elevação à categoria de bens jurídicos permite a Birnbaum, além do mais, oferecer uma legitimação à incriminação das condutas pertinentes”³⁸

objeto. Para ilustrar sua tese, Romagnosi aponta que um furto é capaz de privar alguém da posse de uma coisa, mas jamais do direito de propriedade, pois aquele que furta está obrigado a restituir a coisa e a vítima do furto tem direito a recuperá-la” (PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 29)

³⁴ “No entanto, já aqui se pode ver aquela ambivalência, e, por vezes mesmo contradição de sua doutrina. É que, por um lado, pretende acentuar o carácter concreto, palpável, dos objetos carecidos de tutela penal (visão naturalista dos bens), mas por outro, faz referência a bens imateriais como a honra, e, até, aos «bons costumes» e «valores religiosos»” (CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 47)

³⁵ SINA, Peter *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 52

³⁶ *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 53.

³⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. IN: HEFENDEHL, Roland (coord.). **La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 206.

³⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 53

Por fim, é importante saber que a construção teórica do bem jurídico em Birnbaum foi acompanhada de preocupações sobre o “fundamento jurídico e do fim do próprio Estado”, entendendo que “pertence à essência do poder do Estado, garantir, por igual, a fruição de certos bens a todos os homens que nele vivem”.³⁹

É certo que a teoria de Birnbaum vai além de um simples estudo analítico sobre o bem jurídico, com o desenvolvimento de conceito e classificações, estando permeada por uma verdadeira postura crítica⁴⁰. Por mais que tenha buscado direcionar sua doutrina para uma vertente positivista – chega a dizer que sua teoria seria “mais virada para a aplicação da lei do que para a respectiva produção legiferante”⁴¹ –, é notável a influência das preocupações transistemáticas e político-criminais, característica do iluminismo.

2.1.3 Binding e a versão positivista normativa do bem jurídico

Em que pese a propriedade dos argumentos levantados por Birnbaum, a teoria do bem jurídico teve a sua afirmação retardada em algumas décadas devido ao aparecimento da escola hegeliana no Direito Penal⁴². A influência do idealismo hegeliano acarretou na difusão de uma visão do crime como a lesão do próprio Direito – e conseqüentemente da vontade de geral –, o que eclipsou a ideia do crime como lesão a um bem.

A retomada e definitiva consagração da teoria do bem jurídico só veio a ocorrer em 1872 com Karl Binding e a publicação do primeiro volume de *Die Normen* (Da norma), na qual finalmente cunhou-se o termo “bem jurídico” (*Rechtsgut*). Doravante, não tardou muito para o conceito de bem jurídico penetrar com profundidade na teoria e prática alemã, conforme assinala o próprio autor na segunda edição de sua histórica obra. Não é por menos que Armin Kaufmann confere a Binding o mérito de ter outorgado a carta de cidadania para o conceito de bem jurídico na dogmática penal.⁴³

³⁹ *Apud Ibidem*, p. 53

⁴⁰ Neste sentido, SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 54.

⁴¹ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 53.

⁴² SINA, Perter *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 56.

⁴³ ESER, Albin. **Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima**. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 1998, p. 21 (texto e nota 40).

Importante destacar que Binding foi o maior representante do positivismo legalista no Direito Penal alemão, o que trouxe sérios impactos na sua aceção de bem jurídico, em especial, consagrando um completo abandono da vertente liberal que, até então, lhe era marcante.

Esta ruptura era inevitável, afinal o positivismo buscou exportar o método das ciências naturais ao terreno das ciências sociais e, desde uma perspectiva acrítica, despida de enfoques valorativos, aceita os fenômenos como realidades – sem questioná-los –, limitando-se a explicá-los.

Para Binding, o jurista deveria isentar-se de preocupações transistemáticas e críticas, nunca lhe competindo a busca por fundamentos e justificativas ao Direito. Agindo diferente, “o jurista humilha indignamente o direito quando considera que a sua existência carece de outra justificação para além da que logra a vontade geral de regulamentação da vida comunitária, assente no reconhecimento livre da respectiva necessidade”⁴⁴

Este pano de fundo é essencial para se compreender sua opção por identificar o bem jurídico com aquilo que como tal for considerado pelo legislador. Em sua palavras, bem jurídico é “tudo que, aos olhos do legislador, tem valor como condição para uma vida sã da comunidade jurídica”, “tentando este proteger, através de suas normas, perante as lesões ou perigos indesejados”.⁴⁵

Assim, é a lei que detém competência para criar os bens jurídicos e identificar que condutas merecem a atenção do Direito Penal. Deixa o bem jurídico de ser considerado prévio ao direito, mas sim dele emanado. Não há de se cogitar mais direitos inatos ao indivíduo, mas, somente, direitos que lhe são conferidos pela lei. Perde o bem jurídico “qualquer pretensão de legitimação material, de limite à liberdade criminalizadora/descriminalizadora do legislador, qualquer função orientadora e crítica, uma vez que passa a ser um conceito imanente o sistema”⁴⁶.

Norma e bem jurídico passam a mediar uma “relação de congruência absoluta: fundamento e medida da existência do bem jurídico, a norma consome sem resíduos a valência jurídica e mesmo político-criminal deste último”⁴⁷. Cada norma carrega consigo

⁴⁴ BINDING, Karl *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 66.

⁴⁵ BINDING, Karl *apud* SCHIAVO, Nicolás. **El aporte marginal de la teoria del bien jurídico**. Buenos Aires: Fabian J. Di Plácido Editor, 2008, p. 35

⁴⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 51

⁴⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 67

seu próprio bem jurídico, produto da decisão política do Estado. O bem jurídico seria assim um “bem do direito”.⁴⁸

Em uma análise mais apurada, é possível perceber que a subjugação do bem jurídico pela norma acarreta na sua primazia também como referencial de tutela do Direito Penal. Somente com desobediência à norma é que se pode falar em lesão ao bem jurídico nela contido.⁴⁹ Segundo Niño, “Binding avançou até sustentar que a negação da obediência é pois, sempre, negação do querer da autoridade, concluindo que a lesão deste direito subjetivo de submissão é a única lesão jurídica essencial comum a todos os delitos”⁵⁰.

Diante deste fato, Franz von Liszt, grande opositor de Binding, teceu ferrenhas críticas a esta postura, afirmando que “Binding fez, de um modo inteiramente parcial e arbitrário, do conceito de norma o eixo (*Angelpunkte*) de todo o sistema jurídico penal, sem prestar nenhuma atenção ao bem jurídico, ao qual está conclamada a norma para servir a proteção”⁵¹.

A concepção de Binding, por mais que tenha o mérito de consagrar dogmaticamente a categoria do bem jurídico, representa um retrocesso na vital função de garantia desempenhada pelo bem jurídico de limitação e condicionamento da atuação do Estado. Pelo contrário, confere um cheque em branco ao legislador, criando um sistema autoritário no qual o indivíduo se encontra “sozinho e isolado frente ao Estado”⁵².

2.1.4 Von Liszt: o bem jurídico como um interesse da realidade social

A influência do positivismo no Direito Penal não deu ensejo somente a um viés normativista, com um enfoque intrassistêmico. Franz von Liszt desenvolveu uma postura

⁴⁸ É curioso notar que a criação do termo *Rechtsgut* tem impactos teóricos. “Como facilmente se intui, a expressão – que se adequa a obra de Binding em que o *bem jurídico* figura, em rigor, como um *bem-do-direito* – representa um certo retrocesso face a conceitos anteriormente utilizados [*rechtliche Gut*], esses sim precisamente traduzíveis por *bem jurídico* ou *bem juridicamente protegido*” (*ibidem*, pp. 64-45, nota 73)

⁴⁹ “Em suma: para Binding toda norma encerra em si um bem jurídico e, portanto, toda desobediência à norma é uma lesão ao bem jurídico que ela contém”. (FERNANDEZ, Gonzalo D. **Bien Jurídico y Sistema del Delito**. Montevideo - Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 19)

⁵⁰ NIÑO, Luis Fernando. **El bien jurídico como referencia garantista**. Buenos Aires: Del Puerto, 2008, pp. 9-10.

⁵¹ LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II. 4. ed. Madrid: Editorial Reus, 1999, p. 7

⁵² BUSTOS RAMIREZ, Juan. **Introducción al Derecho Penal**. Bogotá: Temis, 1986, p. 130.

positivista, todavia marcada por uma metodologia diversa⁵³, voltada para a realidade sociológica e para a vida real dos homens, denominada positivismo naturalista-sociológico. Tal proposta surge como uma alternativa de tendência transistemática e crítica, conhecida pela conjugação do saber penal com aqueles oriundos da criminologia e da política criminal, que originou o surgimento da *Ciência Conjunta do Direito Penal*⁵⁴.

O pensamento naturalista, sua matriz filosófica, insere em suas proposições a demanda por “objetivação do substrato do delito, o qual deve transpor do mundo espiritual para o mundo real e, portanto, isto determina ao direito penal a proteção de coisas concretas, objetos do mundo exterior”⁵⁵. Por conseguinte, diferentemente de Binding, Liszt fundará a sua conceituação de bens jurídicos fora do plano normativo, no mundo dos fatos.⁵⁶

Neste sentido, define bem jurídico como “interesse juridicamente protegido. Todos bens jurídicos são interesses vitais do indivíduo ou da comunidade”. E, expressamente consignando o seu caráter independente ao Direito, afirma que “a ordem jurídica não cria os interesses, os cria a vida”; “resultam os interesses vitais das *relações da vida* entre os indivíduos mesmo ou entre os particulares e a sociedade organizada em Estado, e vice-versa”.⁵⁷

⁵³ O próprio Liszt declara que seu “ponto de vista a respeito da teoria geral do Direito é, portanto, o mesmo que o de Binding. Porém, em seguida, separamos nossos caminhos” (**Tratado de Derecho Penal**. Tomo II. 4. ed. Madrid: Editorial Reus, 1999, pp. 7-8, nota 2).

⁵⁴ “Foi mérito de von Liszt ter criado, na base das *especiais* relações intercedentes entre estes vários pensamentos do crime (...), o modelo *tripartido* do que chamou a **ciência conjunta (total ou global) do direito penal**: a *gesamte Strafrechtswissenschaft*. Uma ciência conjunta, esta, que compreenderia como ciências autónomas: a ciência estrita do direito penal (ou *dogmática jurídico-penal*), concebida, ao sabor do tempo, como o conjunto de princípios que subjazem ao ordenamento jurídico-penal e devem ser explicitados dogmática e sistematicamente; a *criminologia*, como ciência das causas do crime e da criminalidade; e a *política criminal*, como ‘conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos da pena, segundo os quais o Estado deve levar a cabo a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com esta relacionadas’. (...) O modelo da ‘ciência conjunta’ tinha como ponto essencial dar a compreender que qualquer uma das suas três vertentes seria em último termo relevante para a tarefa de aplicação do *direito* penal e, por aí, para a tarefa sócio-política de controlo do fenómeno do crime”. (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral**. Tomo I. Coimbra-São Paulo: Coimbra Editora – Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 20)

⁵⁵ FERNANDEZ, Gonzalo D. **Bien Jurídico y Sistema del Delito**. Montevideo - Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 21.

⁵⁶ “Diferentemente do que sucede com Binding, o discurso de Liszt confronta o direito penal com a complexidade da vida e das coisas, processos, instituições, etc. que a integram e nela se movimentam”. ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 69)

⁵⁷ LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II. 4. ed. Madrid: Editorial Reus, 1999, p. 6

O bem jurídico “constitui, antes de tudo, uma realidade válida em si mesma”⁵⁸. O legislador não gera o seu conteúdo axiológico; somente o colhe na realidade social, e conferindo a “proteção do Direito eleva o interesse vital à bem jurídico”⁵⁹. Não o substantiva, e sim o adjetiva. Assim, segundo o próprio Liszt, “um bem jurídico não é um *bem do direito* (como Binding e outros supõem), senão um *bem dos homens*, reconhecido e protegido pelo Direito”⁶⁰.

Tanto no conceito de bem jurídico quanto na sua compreensão do fenômeno jurídico e normativo, é marcante a influência do pensamento de Rudolf von Ihering, quem havia dado ênfase ao conceito de interesse⁶¹ e a ideia de fim como determinante da criação do direito – a proteção das condições vitais da sociedade é a finalidade do Direito Penal, cuja lesão é o fundamento da ilicitude penal.⁶²

Assim, com uma proposta atrelada a preocupações sobre a finalidade do Direito Penal, Liszt ingressa no campo da problematização da legitimidade da norma penal, interrogação

“cuja resposta só poderá, segundo o autor, encontrar-se a partir da dimensão teleológica da norma, do seu *fin*, isto é, numa sede exterior à própria norma. Uma resposta que, para além disso, terá de estar sempre em consonância com o postulado segundo o qual «todo o direito existe por causa do homem»”⁶³⁻⁶⁴

Na antípoda de Binding, inverte a relação de primazia entre norma e bem jurídico, tornando aquela submissa a esse último. O Direito possui existência servil ao homem,

⁵⁸ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 35.

⁵⁹ LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II. 4. ed. Madrid: Editorial Reus, 1999, p. 6

⁶⁰ LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II. 4. ed. Madrid: Editorial Reus, 1999, p. 6, nota 1.

⁶¹ “Segundo Ihering, o interesse corresponde à relação de valor que medeia entre o *sujeito* (individual ou colectivo) *de fins* e um *bem*, isto é: uma coisa capaz de satisfazer uma necessidade ou de servir à realização de um fim” (ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2004, pp. 63-64)

⁶² “Segundo Ihering, as normas, ao estarem referidas ao mundo social, devem interpretar-se desde o fim que buscam: tão logo, o assegurar as condições da vida social. Em consequência, Ihering propõem uma definição pré-positiva do delito, tomando-o como a colocação em perigo da vida social”. (FERNANDEZ, Gonzalo D. **Bien Jurídico y Sistema del Delito**. Montevideo - Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 21)

⁶³ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2004, pp. 66-67.

⁶⁴ “Com a entrada do pensamento ‘do fim’ na ciência jurídico-penal encontra a concepção lógico-formal seu fim” (LISZT, Franz von *apud* SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 62, nota 46)

natureza esta que lhe impõe como objeto a defesa dos interesses da vida humana, de maneira que “a proteção jurídica que presta a ordem do Direito aos interesses da vida é a *proteção pelas normas (Normenschutz)*”. “As normas da ordem jurídica (...) são a muralha de defesa dos bens jurídicos”⁶⁵.

Para Liszt, a vinculação da norma ao bem jurídico vem conferir a este último um *status* de um *conceito limite* da abstrata lógica jurídica⁶⁶, estreitando o vínculo entre o Direito Penal e a Política-Criminal. O bem jurídico constitui-se, então, um condicionante da intervenção penal, que impõe a justificação da tutela penal com base na vida e na realidade social.

A vinculação do Direito Penal à finalidade de proteção de bens jurídicos se consagra, inclusive, nos seus esquemas de teoria do delito e de teoria da pena. Na primeira, fundou, a partir de proposições de Ihering, o conceito de ilicitude material, categoria que agregou o requisito da nocividade social para configuração do delito⁶⁷. Na segunda, expressamente declara que “a pena se põe a serviço da proteção dos bens jurídicos”, somente recorrendo-se a ela quando necessária a proteção daqueles e somente na forma e grau necessários para esse fim.⁶⁸

Assim, em que pese as formulações anteriores, foi Franz von Liszt quem construiu a primeira compreensão do Direito Penal teleologicamente fundada na proteção de bens jurídicos, que exerce um papel legitimador e limitador da atuação do poder punitivo, consagrando um verdadeiro instrumento de garantia dos indivíduos perante o Estado.

⁶⁵ LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II. 4. ed. Madrid: Editorial Reus, 1999, p. 7.

⁶⁶ “Entendo por conceito-limite um conceito que se traslada do campo de uma ciência para outra; um conceito ao qual se remete à primeira, sem que ela possa determiná-lo ou fundamentá-lo, já que não lhe é mais pertencente, senão a outro campo do saber; mas um conceito que ao mesmo tempo e justamente por isso estabelece a união entre aquelas ambos ramos do saber, mostra suas profundas conexões, garante sua recíproca fecundação” (LISZT, Franz von *apud* SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 61, nota 44)

⁶⁷ “Uma vez que os interesses a proteger penalmente s susceptíveis de ser atingidos pelo crime existem antes e independentemente da lei, também o conteúdo e a dimensão da danosidade social terão de aferir-se à margem do direito positivo”. (ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 67)

⁶⁸ LISZT, Franz von. **La idea del fin en el derecho penal**. Bogotá: Temis, 1998, p. 38.

2.1.5 O neokantismo e o esvaziamento do conceito de bem jurídico

O paradigma positivista dominou a ciência jurídica, em especial no âmbito do Direito Privado, durante toda a metade do século XX, somente começando a perder força a partir do fim da Segunda Guerra Mundial. A mudança de metodologia, por sua vez, não se deu uniformemente em toda ciência jurídica, de maneira que esta ruptura ocorreu antecipadamente nos estudos de Direito Penal, que já na década de vinte sofreu a introdução do pensamento neokantista⁶⁹.

Para Santiago Mir Puig, provavelmente esse precoce abandono foi favorecido pelo fato de que grandes baluartes da filosofia do direito de vertente neokantiana, como Radbruch e Sauer, eram também penalistas.⁷⁰ Todavia, decisivas, em sua opinião, foram demandas por elementos valorativos nas construções da dogmática penal, como, por exemplo, a omissão, que não podia ser compreendida naturalisticamente, senão normativamente.⁷¹

Desta maneira, o neokantismo surgiu no Direito Penal como uma reação antipositivista, como uma reação ante a “cientificidade” e aversão filosófica imposta pelo positivismo, que a partir de Liszt trabalha sob o paradigma de que os conceitos científicos são comprováveis empiricamente, transpondo o método experimental das ciências naturais à observação dos fenômenos sociais e dos próprios fenômenos jurídicos.⁷²

⁶⁹ “Windelband quebra o dogma positivista e sustenta que as ciências do espírito se regem pelo princípio da *normatividade*, enquanto Rickert, o outro grande filósofo neokantiano, expressa que as ciências culturais – em cuja categoria se inclui o direito –, se explicam por sua referência ao valor; são ciências dotadas de intencionalidade valorativa (*wertbeziehend*), com profunda estrutura axiológica. Do mesmo modo, Emil Lask inclui o direito entre as ciências culturais, igual ao que logo fariam Meyer e Sauer, caracterizando a ciência jurídica como uma ‘*ciência de valores*’ ou ‘*ciência normativa*’, contraposta à ciência natural ou ‘*ciência de modelos*’” (FERNANDEZ, Gonzalo D. **Bien Jurídico y Sistema del Delito**. Montevideo - Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 25)

⁷⁰ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del Derecho Penal**. 2ª ed. Montevideo - Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p. 207.

⁷¹ “As três categorias centrais da teoria do delito – ação, antijuridicidade e culpabilidade – encontravam insatisfatória explicação com fundamentação na metodologia positivista. Entendida a *ação* naturalisticamente no esquema de Von Liszt e Beling como movimento corporal ou modificação causal do mundo exterior perceptível pelos sentidos, não podia albergar, nem sequer minimamente, à omissão. Esta não é pura negação da ação, o não atuar: quase sempre a omissão tem lugar mediante um fazer algo positivo (por exemplo: fugir ante um acidente de trânsito que causou). A essência da omissão não é *negativo-naturalística*, senão *negativo-normativa*. Consiste a omissão em não realizar a conduta ‘esperada’ pela norma, como se costuma dizer, ou, mais precisamente, a conduta ‘devida’” (MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del Derecho Penal**. 2ª ed. Montevideo - Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p. 207).

⁷² FERNANDEZ, Gonzalo D. **Bien Jurídico y Sistema del Delito**. Montevideo - Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, pp. 24-25

Abandona-se a ideia de conceitos expressivos da realidade dos objetos, passando-se a preponderar o fim teleológico dos mesmos. Com isto, se “pretende retirar o Direito do mundo naturalista do ‘ser’ para, como ‘ciência do espírito’, situá-lo numa zona intermediária entre aquele mundo e o do puro ‘dever-ser’, mais rigorosamente, num campo referencial, no mundo das referências do ser e do dever ser e, logo por aí, no mundo dos sentidos e dos valores”⁷³.

A proposta neokantista é, em síntese, que os conceitos não deveriam mais ser descobertos, mas, em verdade, construídos de forma orientada a valores e ideais do sistema. Assim, a teoria do conhecimento permitiria a construção de conceitos adequados ao Direito Penal, ainda que dissociada correspondência com a realidade ou com o mundo.

74

Na teoria do bem jurídico, a influência dessa metodologia não trouxe consequências salutares. Com o nítido escopo de dissociá-lo do “abominável” elemento naturalístico que representava a realidade social, operou-se uma “formalização do conceito de bem jurídico, expurgando-lhe toda referencia a um substrato material, em um processo de ‘espirtualização’ que o conduziu à dimensão de mero princípio de interpretação, ligado ao fim da norma”⁷⁵. Transmuta-se o bem jurídico em um valor abstrato, resumido à *ratio legis* da norma.⁷⁶

O primeiro teórico a contribuir para esse esvaziamento do conteúdo do bem jurídico foi Richard Honig. Em um estudo sobre o consentimento do ofendido publicado em 1919, sustenta a incapacidade do objeto protegido pelo Direito Penal ser determinado materialmente, o que acarretou, inclusive, o fracasso de todas as tentativas de delimitação do conceito material de crime.⁷⁷

Para Honig, não existiriam concretamente bem jurídicos; seriam eles uma mera função que ajuda na interpretação e que define como uma mera “síntese categorial, através

⁷³ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa *apud* SANTANA, Selma Pereira de. **A culpa temerária: contributo para uma construção no direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 31.

⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 403.

⁷⁵ NIÑO, Luis Fernando. **El bien jurídico como referencia garantista**. Buenos Aires: Del Puerto, 2008, p. 15.

⁷⁶ Neste sentido, CARNEIRO, Yuri Coelho. **Bem Jurídico-Penal**. Belo horizonte: Mandamentos, 2003, p. 56. Esta obra é, inclusive, fruto da investigação de mestrado do autor neste mesmo programa de pós-graduação.

⁷⁷ HORMAZABAL MALAREE, Hernán. **Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho: el objeto protegido por la norma penal**. 2ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur, 1992, p. 63.

da qual o pensamento jurídico se esforça para compreender em fórmulas mais curtas o sentido e o fim dos diversos preceitos penais”. Ele é “o fim reconhecido pelo legislador nas prescrições penais na sua formulação mais breve”.⁷⁸

Conceito que fada o bem jurídico a não ter existência independente das prescrições penais, deixando ao total arbítrio do Estado o que deve ser colocado sob a proteção do Direito Penal, afinal, o bem jurídico é “um produto da reflexão especificamente jurídica. Isto é: os objectos da tutela não existem enquanto tais, só ganham vida no momento em que nós consideramos os valores da comunidade como objecto do escopo das disposições”⁷⁹.

Desprestigiado a uma “fórmula sintética” – que posteriormente será identificada por Erich Schwinge⁸⁰ com a *ratio legis*⁸¹ –, o “bem jurídico termina desaparecendo, convertido na finalidade perseguida pelo legislador, que serve de guia ao intérprete. O conceito se esvazia até restar oco e desintegrar-se”.⁸² “Volatiza-se dentro do complexo normativo, sem que possa cumprir sua função essencial de crítica ou de restrição ao poder de legislar”.⁸³

As consequências deste processo de despolitização do bem jurídico seriam apreciadas prontamente, quando com o trunfo do nacional socialismo as escolas de Direito Penal autoritário se encontraram com o caminho livre de obstáculos para fundamentar ideologicamente o desenvolvimento de uma política penal ao serviço exclusivo dos interesses do Estado nazista.⁸⁴⁻⁸⁵

⁷⁸ Apud CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 65.

⁷⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. Nova Lei dos Crimes Contra a Economia (Dec. Lei 26/84 de 20 de janeiro) à Luz do Conceito de «Bem Jurídico». IN: **Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários: volume I - problemas gerais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 106.

⁸⁰ “Já o ulterior desenvolvimento desta concepção (com Schwinge e Grünht) encaminha-se no sentido do progressivo esvaziamento do conceito de bem jurídico, de tal forma que ele vai perdendo toda a autonomia face à própria norma e, assim, qualquer potencialidade dogmática. O bem jurídico passa a ser completamente identificado com a «*ratio legis*», desempenhando unicamente uma função interpretativa” (CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 66).

⁸¹ Entendida como “a soma de motivos e fins que presidiram directa ou indirectamente à sua elaboração [do tipo legal de crime]” (Schwinge-Zimmerl *apud ibidem*, p. 67)

⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal: parte general**. Tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 249.

⁸³ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

⁸⁴ HORMAZABAL MALAREE, Hernán. **Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho: el objeto protegido por la norma penal**. 2ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur, 1992, p. 64.

⁸⁵ Sobre o Direito Penal do nacional-socialismo, conferir o item 2.3.1 sobre a Escola de Kiel, sua principal expoente.

2.1.6 As atuais teorias pessoais e a moderna visão do bem jurídico

O trauma infligido pelos governos totalitários e ditatoriais levou aos juristas não só a se refugiarem em preceitos do direito natural e na natureza das coisas, como fez Welzel em seu finalismo⁸⁶. O fim destes regimes autoritários ensejou o ressurgimento do “constitucionalismo”⁸⁷ e a fundação do paradigma jurídico-político do Estado Constitucional de Direito ou Estado Material de Direito ou Estado Social e Democrático de Direito ou simplesmente Estado Democrático de Direito. Independente da nomenclatura, quer compreender-se com a denominação:

Todo o Estado democrático e social que mantém intocada a sua ligação ao direito, e mesmo a um esquema rígido de legalidade, e se preocupa por isso antes de tudo com a consistência dos direitos, das liberdades e garantias da pessoa; mas que, por essa razão mesma, se deixa mover, dentro daquele esquema, por considerações de justiça na promoção e na realização de todas as condições – políticas, sociais, culturais, económicas – do desenvolvimento mais livre possível da personalidade ética de cada um.⁸⁸

O Estado Democrático de Direito⁸⁹ outorga privilegiada hierarquia à ideia de dignidade humana – no Brasil, inclusive expressa desde já no art. 1º, III, da CF –, ao respeito à dignidade da pessoa; princípio que passa a ser o fundamento antropológico, mas, também, o eixo central da tutela jurídica e, por conseguinte, o limite irrefutável de toda coação estatal.

O Estado volta a ser colocado a serviço dos indivíduos, devendo nortear as suas escolhas e atuações, diante dos problemas que lhe são apresentados, não somente nos comandos legais – elementos formais –, mas também na consagração dos valores

⁸⁶ Cf. item. 2.3.2.

⁸⁷ Este fenômeno se deu em momentos distintos nos países de tradição continental europeia. Na Itália e Alemanha, foi onde se deu de forma inicial, afinal os regimes totalitários sofreram sua derrocada na Segunda Guerra, já surgindo suas Constituições democráticas em 1946 e 1949, respectivamente. No Brasil, só se fez possível com a redemocratização do país pós-ditadura militar com a Constituição cidadã de 1988.

⁸⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral**. Tomo I. Coimbra-São Paulo: Coimbra Editora – Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 26-27.

⁸⁹ Seguir-se-á com esta nomenclatura devido a sua utilização pela CF/88 no *caput* de ser art. 1º: Art. 1º “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:”

essenciais ao indivíduo e sua existência social⁹⁰. Doravante, sobre o jurista, “recai a indeclinável responsabilidade de procurar e encontra – se bem que de modo jurídico-formalmente válido – a solução mais justa para cada um daqueles problemas”⁹¹.

A flexibilização do formalismo jurídico, abrindo-se espaço para reflexões de ordem material e valorativas reverberou na relação travada entre a Ciência do Direito Penal e a Política Criminal. Surge uma aproximação entre as duas disciplinas até então nunca vista, introduzindo a Política Criminal – e suas diretrizes de finalidade do Direito Penal – como o grande elemento valorativo dentro do âmbito da questão penal, tendente a moderar e racionalizar o poder punitivo do Estado.⁹²

A inflexão da dogmática penal a uma orientação jurídico-constitucional e politico-criminal, abarca, certamente, a teoria do bem jurídico, a qual também se adequa ao novo paradigma. O bem jurídico passa a orbitar, portanto, no âmbito da Carta Fundamental e com escopo de racionalizar e limitar a intervenção penal, condicionando a atuação do legislador⁹³.

Dentro desta moderna visão do bem jurídico, ganha destaque o denominado *conceito pessoal de bem jurídico*, fundamentado, nas palavras de Bernd Schünemann, partidário desta compreensão, da seguinte forma:

O atrelamento no conceito de contrato social e a ideia reitora de que o Estado deve assegurar a possibilidade do livre desenvolvimento do indivíduo proporcionam algumas coordenadas do que o Estado pode proteger por meio do Direito Penal e do que não: em primeiro lugar, os bens que o indivíduo necessita para seu livre desenvolvimento, porém não os bens usurpados sacrificando o desenvolvimento dos demais; e, depois, bens compartilhados por todos necessários para uma próspera vida em comum, diferentemente das formas de vida patrocinadas por uma determinada religião ou concepção moral, que não podem ser dirigidas

⁹⁰ Ou, nas palavras de Mir Puig, “Deve acrescentar novas funções que vão mais além do âmbito das garantias puramente formais e assegurem um serviço *real* a todos os cidadãos” (MIR PUIG, Santiago. **El Derecho Penal en el Estado social y democratico de Derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 37.

⁹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral**. Tomo I. Coimbra-São Paulo: Coimbra Editora – Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 27

⁹² Claus Roxin e seu discípulo, Jorge de Figueiredo Dias, chegam a atribuir uma relação de subordinação da Ciência do Direito Penal à Política Criminal, que implica em conceber o Direito Penal de uma forma funcionalista teleologicamente orientado pela política criminal. CF. ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**. Madrid: Civitas, 1997, pp.216-231 e DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral**. Tomo I. Coimbra-São Paulo: Coimbra Editora – Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 33-37.

⁹³ ‘O ponto de partida correto consiste em reconhecer que a única restrição previamente dada para o legislador se encontra nos princípios da Constituição. Por tanto, um conceito de bem jurídico vinculante politico-criminalmente somente pode derivar dos objetivos, materializados na Lei Fundamental, do nosso Estado de Direito baseado na liberdade do indivíduo’. (ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**. Madrid: Civitas, 1997, p. 55)

pelo Estado e, portanto, tampouco ser garantidas como tais, senão somente asseguradas as possibilidades de sua escolha e exercício individuais⁹⁴

O conceito pessoal de bem jurídico é sustentado por distintos penalistas como Rudolphi⁹⁵, Roxin⁹⁶ e Hassemer⁹⁷, possuindo receptividade entre os penalistas brasileiros estudiosos da teoria do bem jurídico, Juarez Tavares⁹⁸. O núcleo comum que une estas teorias sob uma mesma alcunha é a filiação à tradição liberal, que inverte o prisma político jurídico. Se antes eram os interesses do Estado que recebiam prioridade sujeitando-se a eles os indivíduos, com o pensamento ilustrado e o jusracionalismo, passa o indivíduo a ser o centro das preocupações devendo o Estado e a política legislativa serem orientadas para a satisfação e desenvolvimento dos cidadãos.

2.2 PROPOSIÇÕES CRÍTICAS À TEORIA DO BEM JURÍDICO PENAL

Como se pode ver, o bem jurídico foi alvo de amplos e significativos estudos que possibilitaram destacar o seu papel crucial nas reflexões político-criminais sobre a função

⁹⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. IN: HEFENDEHL, Roland (coord.). **La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 208.

⁹⁵ “No geral, podem descrever-se os bens jurídicos como funções importantes para a vida social no âmbito da Constituição. Ou dito de outra maneira, se trata de unidades funcionais valiosas para nossa sociedade regida constitucionalmente, e, por tanto, também para a posição e a liberdade dos cidadãos individualmente considerados” (RUDOLPHI, Hans Joachim. Diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. **Nuevo pensamiento penal**. Buenos Aires, ano 4, nº 5-8, 1975, p. 344).

⁹⁶ “*se podem definir* os bens jurídicos *como* realidades ou fins que são necessários para uma vida social livre e segura que garanta os direitos humanos e fundamentais do indivíduo, ou para o funcionamento do sistema estatal erigido para a consecução de tal fim” (ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal? IN: HEFENDEHL, Roland (coord.). **La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 448). Em sentido semelhante, ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**. Madrid: Civitas, 1997, p. 56.

⁹⁷ “... a concepção pessoal insiste em um conceito de bem jurídico que se pronuncia claramente no campo de tensão entre indivíduo, sociedade e Estado; os bens jurídicos são interesses humanos que requerem proteção penal. Isto indica, antes de tudo, que a proteção penal das instituições somente podem chegar ao ponto em que são condição da possibilidade de proteção da pessoa”. (HASSEMER, Winfried. Teoría personal del bien jurídico. **Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias criminales**. Buenos Aires, ano 12, nº 45-48, 1989, p. 282).

⁹⁸ “Só poderá ser reconhecido como bem jurídico o que possa ser reduzido a um ente próprio da pessoa humana, quer dizer, para ser tomado como bem jurídico, será preciso que determinado valor possa implicar, direta ou indiretamente, um interesse individual, independentemente de se esse interesse individual corresponde a uma pessoa determinada ou a um grupo de pessoas” (TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 217)

desempenhada pelo Direito Penal e seus objetos de tutela – chegando vários autores a se filiarem a existência do princípio penal da exclusiva proteção de bens jurídicos⁹⁹ –, bem como a relevância do bem jurídico em meio a dogmática penal, em especial para a concepção material de crime vinculada a afetação de bens jurídicos¹⁰⁰.

Essa trajetória não foi isenta de críticas. A natural – e salutar – divergência que acompanha toda construção teórica significativa, em relação à teoria do bem jurídico, foi oportunizada, basicamente, pela “impressão de extrema liquidez e mimetismo do conceito, capaz de assumir os conteúdos e desempenhar os papéis aparentemente mais irreconciliáveis e antinômicos”¹⁰¹. Surgem, assim, teorias que relativizam o papel do bem jurídico na teoria penal. Algumas, inclusive, chegam a construir propostas alternativas à teoria do bem jurídico, atacando, principalmente, o seu papel de protagonista da tutela penal.

2.2.1 A Escola de Kiel e a erradicação

A ascensão do nacional-socialismo na Alemanha representa a flagrante ruptura do Estado de Direito e a construção de um Estado autoritário e ditatorial. A sua chegada ao poder significou o abandono total do que restava do racionalismo iluminista primitivo e, por conseguinte, a negação de todos os seus valores liberais. Estes foram substituídos pela “irracionalidade expressada na exaltação da nacionalidade e o patrimônio, a superioridade de uma raça e a suposta atribuição de um destino histórico ao povo alemão”¹⁰².

Se para o iluminismo o centro das preocupações é o indivíduo, para a ideologia nacional-socialista é o povo, porém não entendido como a soma dos indivíduos que vivem em comunidade, senão com um ser com identidade própria acima dos indivíduos. O

⁹⁹ Expressamente, na doutrina estrangeira, Santiago Mir Puig (**Derecho Penal: parte general**. 7. ed. Buenos Aires-Motenvideo: Editorial B de F, 2005, pp. 128-130) e, na doutrina pátria, Luiz Flávio Gomes (**Direito Penal**. Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 377-382) e Luiz Regis Prado (**Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. I. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 136-138).

¹⁰⁰ As denominadas função crítica e função dogmática do bem jurídico. Cf. item 2.4.4 e 2.4.1 respectivamente.

¹⁰¹ ANDRADE, Manuel da Costa. Nova Lei dos Crimes Contra a Economia (Dec. Lei 26/84 de 20 de janeiro) à Luz do Conceito de «Bem Jurídico». IN: **Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários: volume I - problemas gerais**. Coimbra : Coimbra Editora, 1998, p. 76.

¹⁰² HORMAZABAL MALAREE, Hernán. **Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho: el objeto protegido por la norma penal**. 2ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur, 1992, p. 68

elemento de coesão é a fidelidade e não a iluminista persecução dos interesses da comunidade.¹⁰³

No que toca ao Direito Penal, o irracionalismo nazista se organiza em volta da denominada Escola de Kiel, cujos maiores representantes foram Georg Dahm e Friedrich. Ela abdicava da tradição dogmática conceitualista¹⁰⁴, postulando como instrumento metodológico os procedimentos intuitivos, acordes com uma visão do Direito como expressão do sentimento do povo¹⁰⁵. “O programa era ambicioso, porém, na realidade, ocultava uma única finalidade: dotar de cientificidade as desdenháveis ideias penais do Estado de Hitler”¹⁰⁶.

Neste contexto, o delito equivalia a um contraste com o direito emanado do povo alemão e quem o cometesse era taxado de traidor, uma vez que praticara uma ação que lesionava o dever de fidelidade do indivíduo com seu povo.¹⁰⁷ A punição dos “traidores” sobrepujava até o princípio da legalidade, consignando-se no art. 2º do Código Penal Alemão a analogia *in malam partem* com o fim de punir condutas no interesse do “são sentimento do povo”¹⁰⁸.

Conforma-se um modelo de Direito Penal voluntarista, no qual a ideia de bem jurídico – em especial a de viés pré-jurídico – pode representar um possível obstáculo contra a expansão do terror penal nazista, fundamentando-se uma cruzada em seu desfavor por parte dos doutrinadores penais do nacional-socialismo.

Schaffstein afirma que o dogma do bem jurídico é insustentável no direito penal, porque a essência do delito provém da “contrariedade subjetiva ao dever jurídico”. Na mesma orientação, Dahm fundamenta

¹⁰³ HORMAZABAL MALAREE, Hernán. **Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho: el objeto protegido por la norma penal**. 2ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur, 1992, p. 68

¹⁰⁴ Justificada, naquele momento, por Carl Schmitt por “já não aparecem hoje como uma classificação conceitual ou como uma garantia de maior segurança jurídica e precisão, senão, a inversa, como uma abstração artificial e absurda, desconectada das relações vitais naturais e realmente dadas” (*apud* FERNANDEZ, Gonzalo D. **Bien Jurídico y Sistema del Delito**. Montevideo - Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 31)

¹⁰⁵ FERNANDEZ, Gonzalo D. **Bien Jurídico y Sistema del Delito**. Montevideo - Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 32.

¹⁰⁶ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del Derecho Penal**. 2ª ed. Montevideo - Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p. 238

¹⁰⁷ NIÑO, Luis Fernando. **El bien jurídico como referencia garantista**. Buenos Aires: Del Puerto, 2008, p. 17

¹⁰⁸ “Na Alemanha nazista, uma lei de 28 de junho de 1935 substituiu o velho art. 2º do Código Penal de 1871, que enunciava o princípio de legalidade penal, pela seguinte norma: ‘será punido quem pratique um fato que lei declare punível ou que seja merecedor de punição, segundo o conceito fundamental de uma lei e segundo o são sentimento do povo alemão. Se, opondo-se ao fato, não houver qualquer lei penal de imediata aplicabilidade, o fato punir-se-á sobre a base daquela lei penal cujo conceito fundamental melhor se ajuste a ele’” (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995, 384)

que a essência do ilícito não está conformada pela lesão de bens jurídicos, senão pela “rebelião subjetiva contra a comunidade e a lei interna desta”, de sorte que o injusto se conforma como uma contrariedade pessoal ao dever, que expressa a hostilidade espiritual do autor contra a comunidade.¹⁰⁹

Desta maneira, nos postulados teóricos da Escola de Kiel, o conceito de bem jurídico seria erradicado – junto com todo seu conteúdo garantista – “porque contraria aos mais altos valores do nacional-socialismo, aos princípios do povo e da raça”¹¹⁰. Deveria ele ceder em prol da noção de “lesão ao dever”, de nítido cunho autoritário, porém mais condizente com o suposto “são sentimento do povo alemão”, que deveria prevalecer a todo e qualquer custo.

2.2.2 O finalismo de Welzel e a relegação a segundo plano.

O pensamento finalista ganha seus primeiros esboços no Direito Penal antes mesmo da Escola de Kiel, em 1930 com a publicação de um artigo de Hans Welzel, seu expoente máximo, sobre a causalidade e a ação (*Kausalität und Handlung*), todavia, só com o fim da Segunda Guerra Mundial, e conseqüente derrocada do nefasto paradigma de Direito Penal nazista, é que encontrou espaço para desenvolver os seus postulados, conformando-se como uma das mais relevantes vertentes do Direito Penal, com um grande rol de partidários pelo mundo. O finalismo é, inclusive, o paradigma atualmente dominante no Brasil¹¹¹.

¹⁰⁹ FERNANDEZ, Gonzalo D. **Bien Jurídico y Sistema del Delito**. Montevideo - Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 32.

¹¹⁰ HORMAZABAL MALAREE, Hernán. **Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho: el objeto protegido por la norma penal**. 2ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur, 1992, p. 70.

¹¹¹ No Brasil, seu maior representante é Luiz Regis Prado, discípulo de Jose Cerezo Mir, que foi por sua vez discípulo de Welzel, além de tradutor de obras de Welzel ao português. Há uma gama de autores brasileiros adeptos ou próximos ao conceito final de ação, destacando-se: Heleno Cláudio Fragoso (**Lições de Direito Penal**. Vol. I. 16. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 181), Damásio Evangelista de Jesus (**Direito Penal**. Vol. I. 25. ed. São Paulo : Saraiva, 2002, p. 237) , Júlio Fabbrini Mirabete (**Manual de Direito Penal**. Vol. I. 24. ed. São Paulo : Atlas, 2007, p. 91), Miguel Reale Jr. (**Instituições de Direito Penal**. Vol. I. Rio de Janeiro : Forense, 2002, pp. 128-132), Juarez Cirino dos Santos (**Direito Penal : parte geral**. 2ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007, pp. 100-101), Cezar Roberto Bitencourt (**Tratado de Direito Penal**. Vol. I. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 242), Cláudio Brandão (**Teoria Jurídica do Crime**. 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 30) e Rogério Greco (**Curso de Direito Penal**. Vol. I. 6. ed. Rio de Janeiro : Impetus, 2006, p. 158). Além destes, aponta Regis Prado: João Mestieri, Luiz Luisi, Alberto Silva Franco, Heitor Costa Jr., Francisco de

O finalismo surge em um momento de domínio do neokantismo¹¹², o qual, fundando na sua aversão ao apego dos positivistas à realidade empírica, desenvolveu uma metodologia subjetivista, na qual o essencial na construção do conhecimento não é o objeto em si – “a realidade fenomênica desordenada e amorfa [que] constitui a ‘matéria’ de todo conhecimento científico” –, mas no método, que é o que diferenciaria as diversas ciências. “A consequência é que os *valores* não residem no objeto mesmo, senão que constituem o resultado da aplicação a ele das categorias *a priori* do sujeito: os valores não provêm do objeto, senão do método, e, o que é mais importante, não são objetivos, senão subjetivos”¹¹³

O ponto de partida teórico do finalismo se encontra justamente na crítica desse subjetivismo e conseqüente relativismo valorativo. Como contraproposta, Welzel desenvolve uma filosofia jurídica com base em um objetivismo metodológico: os valores residem na coisa em si, não no sujeito; o objeto é que condiciona o método, não o contrário.¹¹⁴ Postura que não representa, ao contrário do que possa parecer, um retorno ao positivismo, uma vez que, ao contrário desta, não ignora o papel do valor, realizando “uma mescla de percepções ontológicas e axiológicas (de realidade e de valor)”¹¹⁵.

Daí irá propor a substituição do relativismo valorativo no Direito Penal pela afirmação de “verdades eternas” e de “estruturas lógico-objetivas”, que se tratam de “constantes antropológicas, que existem de modo prévio ao Direito, sem poder ser modificadas por este, e que, por isso, devem ser necessariamente observadas também pelo legislador”¹¹⁶.

Assis Toledo, Nilo Batista, José Henrique Pierangeli e Luiz Flávio Gomes (PRADO, Luiz Regis. Prefácio. IN: WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 9).

¹¹² Cf. item 2.2.5

¹¹³ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del Derecho Penal**. 2ª ed. Montevideo - Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p. 226.

¹¹⁴ “Com isso se vem a rechaçar a tese da ‘função do método de configuração da matéria’. *Não há de determinar-se o objeto segundo o método, senão o método segundo o objeto*. Certamente, há distintos métodos, porém não ‘configuram’ um mesmo ‘material’ amorfo, senão que se referem a distintos ‘aspectos’ do objeto. Em nenhum caso nos é dado algo ‘amorfo’ que requeira ser configurado ulteriormente, senão que é nosso saber do objeto o que primeiro é ‘amorfo’ e paulatinamente se ‘configura’”. (WELZEL, Hans *apud* MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del Derecho Penal**. 2ª ed. Montevideo - Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p. 231.

¹¹⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1991, p. 54

¹¹⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1991, p. 54. Ou em um conceito mais técnico elaborado pelo próprio Welzel: “Estruturas lógico-objetivas (*sachlogische Strukturen*) são estruturas da matéria de regulação jurídica destacadas pela lógica concreta (*Sachlogik*), que se orienta diretamente na realidade, objeto do conhecimento” (**O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 14, nota 2).

A visão ontológica de um Direito Penal fundado em estruturas lógico-objetivas¹¹⁷ forneceu um campo fértil para o retorno do bem jurídico à dogmática penal. Reconhece Welzel a relevância do bem jurídico como condição da determinando para a existência do poder punitivo, pois “o Direito Penal busca, em primeiro lugar, amparar determinados bens vitais da comunidade (valores materiais), como, por exemplo, a integridade do Estado, a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc. (os chamados bens jurídicos)”¹¹⁸.

O reconhecimento da tutela penal de bens jurídicos não significa que a sua proteção seja a sua finalidade. Para Welzel, antes mesmo de proteger os bens jurídicos, o Direito Penal visa, precipuamente, “assegurar a vigência dos valores *positivos* ético-sociais de atos, tais como o respeito à vida alheia, à saúde, à liberdade, à propriedade, etc.”¹¹⁹, de maneira que “forma o juízo ético-social dos cidadãos e fortalece seu sentimento de permanente fidelidade ao direito”.¹²⁰ Elucidativamente, explica Cerezo Mir, discípulo espanhol de Welzel:

A função do Direito Penal consiste essencialmente no fomento do respeito aos bens jurídicos. Para fomentar o respeito aos bens jurídicos, o Direito penal há de tratar de obrigar aos cidadãos em sua consciência, por seu conteúdo valioso, de habituá-los ao seu cumprimento (mediante sua continuidade) e de apelar, inclusive, a seus interesses egoístas por meio da coação¹²¹

¹¹⁷ “O ordenamento jurídico determina por si mesmo quais elementos ontológicos quer valorar e lhes vincular consequências jurídicas. Mas não pode modificá-los (os elementos em si), se os configura nos tipos. Pode designá-los através de palavras, assinalar seus caracteres, mas eles próprios constituem o elemento individual, material, que é a base de toda valoração jurídica possível. Os tipos podem apenas *refletir* esse material ontológico, previamente dado, descrevê-lo lingüística e conceitualmente, mas o conteúdo dos *reflexos* lingüísticos e conceituais só pode ser manifestado mediante uma profunda compreensão da estrutura essencial, ontológica, do elemento material em si mesmo. Daí se conclui, para a metodologia, que a Ciência do Direito Penal deve partir sempre, sem dúvida, do tipo..., mas deve em seguida transcendê-lo e descer à esfera ontológica, previamente dada, para compreender o conteúdo das definições e para (...) compreender também corretamente as valorações jurídicas” (WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 13-14).

¹¹⁸ WELZEL, Hans. **Derecho Penal: parte general**. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 2. Mais a frente reitera em outras palavras: “a missão central do direito penal reside, então, em assegurar a validade inviolável destes valores, mediante a ameaça e a aplicação de pena para as ações que se afastam de modo realmente ostensivo desses valores fundamentais do atuar humano” (*ibidem*, p. 3)

¹¹⁹ WELZEL, Hans. **Derecho Penal: parte general**. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p.2

¹²⁰ WELZEL, Hans. **Derecho Penal: parte general**. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, pp. 2-3

¹²¹ CEREZO MIR, José. **Curso de Derecho Penal Español: parte general**. Vol. I. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1998, p. 15.

Assim, conferindo ao Direito Penal uma denominada função ético-social¹²², Welzel coloca o bem jurídico em um papel secundário¹²³ nas intervenções penais, sendo protegido unicamente de forma mediata (p.ex., fomentando o respeito à vida, reflexamente se protege a vida em si). Afinal, segundo suas próprias palavras, “somente sobre o asseguramento dos valores elementares ético-sociais da ação, pode lograr-se um amparo amplo e durador dos bens jurídicos”¹²⁴.

2.2.3 Amelung e a substituição pela danosidade social

A aproximação de alguns juspenalistas à sociologia, em especial as teorias sistêmicas de Talcott Parsons e Niklas Luhmann¹²⁵, oportunizou o nascimento de uma compreensão diferenciada sobre o Direito Penal¹²⁶, de cunho funcionalista. No que concerne aos bens jurídicos, tendem a visualizar-se como “situações” ou “estados” de particular valor social, aos quais se mostra imprescindível tutelar penalmente. O bem jurídico passa a ser apreciado desde uma ótica funcional, se “desmaterializa”¹²⁷ e já não se confunde o objeto coisificado do Direito, senão com uma situação fática positivamente valorizada.¹²⁸

Dentro desta linha, Knut Amelung, com sua investigação publicada em 1972¹²⁹, opõe ferrenha crítica à teoria do bem jurídico como objeto de proteção do Direito Penal,

¹²² Denominação da doutrina ao papel do Direito Penal de configuração dos valores do indivíduo. Sobre a função ético-social do Direito Penal, cf. GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal**. Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 227-231.

¹²³ Welzel chega até mesmo admitir excepcionalmente a possibilidade de criminalizações desvinculadas de bens jurídicos, representando “meras condutas impuras desde o ponto de vista ético-social” (*apud* HORMAZABAL MALAREE, Hernán. **Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho: el objeto protegido por la norma penal**. 2ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur, 1992, p. 86)

¹²⁴ WELZEL, Hans. **Derecho Penal: parte general**. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 5.

¹²⁵ Para uma introdução ao pensamento sistêmico, TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2003, pp. 59-64.

¹²⁶ Sobre esta aproximação dada, em especial, por influência do Estado de Bem Estar Social, cf. HORMAZABAL MALAREE, Hernán. **Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho: el objeto protegido por la norma penal**. 2ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur, 1992, pp. 93-106.

¹²⁷ Para um panorama desta questão, conferir o artigo MÜSSIG, Bernd. **Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal: sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema**. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2001.

¹²⁸ FERNANDEZ, Gonzalo D. **Bien Jurídico y Sistema del Delito**. Montevideo - Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 56

¹²⁹ Intitulada *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*

sustentando que o elemento de referencia da tutela penal é a danosidade social. Com uma nítida compreensão funcional-sistêmica, afirma que “socialmente danoso é, neste sentido, uma manifestação de disfuncionalidade; um fenômeno social que impede ou dificulta a superação pelo sistema social dos problemas da sua sobrevivência e manutenção”¹³⁰.

Não se chega a descartar por completo a ideia de bem jurídico, afinal, admite “que sua tese não se propõe a substituir pura e simplesmente o princípio do bem jurídico pelo dogma da *danosidade social* e que estes conceitos, apesar de diferenciados, seriam complementares entre si”¹³¹. A impropriedade do bem jurídico se restringe ao campo da legitimidade do poder de punir. Para Amelung, a teoria do bem jurídico, ao contrário do que sustentam muitos de seus partidários, veio “abrir porta a um direito penal irracional e restauracionista, à margem de todo «controle sociológico»”¹³².

Desta maneira, sustenta que o pensamento iluminista era fundado no dogma da danosidade social, sendo eclipsado e desvirtuado pelo desenvolvimento das compreensões de bem jurídico:

Enquanto a doutrina iluminista da *danosidade social* se orienta para uma reflexão, em última instância sociológica, sobre as condições da convivência humana, a doutrina da proteção de bens jurídicos rompe de forma decisionística com tal reflexão. O decisivo para a constituição do bem jurídico é um momento volitivo. Os bens jurídicos nascem de um ato de valoração cujo objeto é estabelecido pelo legislador (...). Ora, se os bens jurídicos dimanam de uma decisão de valor do legislador, então a legitimação do direito penal a partir da protecção de bens jurídicos mais não significa do que a legitimação do direito penal por ele próprio¹³³

Manuel da Costa Andrade critica a exposição teórica de Amelung por se fazer contraditória ao que se propõe, já que no final das contas acaba por afirmar o dogma do bem jurídico. Assim, inexitosa em sua missão, condena-a ao estigma da “profecia-que-a-si-mesma-se-destrói”¹³⁴.

¹³⁰ Apud ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 97.

¹³¹ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 107.

¹³² Apud ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 96

¹³³ AMELUNG, Kunt Apud ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 96

¹³⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2004, pp. 102-104. “Ora, bastará ter presentes as duas páginas que fecham a volumosa investigação de Amelung, de que extraímos as nossas últimas citações, para se concluir pela distância que separa o ponto de chegada das metas à partida anunciadas. Em termos tais que não deverá levar-se à conta de

2.2.4 Jakobs e a vigência da norma como objeto do Direito Penal

Influenciado pela teoria dos sistemas de Niklas Luhmann e por ideais da filosofia de Hegel, Günther Jakobs vem desenvolvendo uma perspectiva Direito Penal bastante peculiar, o *funcionalismo sistêmico*.

Este possui como norte a ideia de um Direito Penal como instrumento para a estabilização social através da autoconfirmação da vigência da norma¹³⁵ (e, conseqüentemente, afirmação da identidade social¹³⁶), desencadeando uma *prevenção geral positiva*, que diferentemente daquela chamada de *negativa*, não age de forma intimidatória sobre os futuros autores de delitos, mas sim de maneira a reforçar a confiança de todos os indivíduos – *vítimas potenciais* da infração da norma¹³⁷ – no cumprimento, em meio aos contatos sociais, das expectativas de comportamento normativizadas (ou seja, *exercitar a confiança na norma*)¹³⁸. Resumindo em suas próprias palavras: a “*Missão da pena [ou seja, também do Direito Penal] é a manutenção da norma como modelo de orientação para os contatos sociais. Conteúdo da pena é uma réplica, que tem lugar a custa do infrator, frente ao questionamento da norma*”¹³⁹.

exagero o reparo de um autor segundo o qual, as «inesperadas» conclusões de Amelung «realizam precisamente aquilo que ele se propunha esconjurar: um *retorno a Binding* e à definição do bem jurídico como tudo o que, do *ponto de vista do legislador*, constitui condição de uma vida sã da comunidade». Amelung não só mantém o conceito de *bem jurídico* como se reporta a um bem jurídico cuja conformação definitiva comete, em exclusivo, ao legislador. O que equivale a uma como que capitulação face ao positivismo, abrindo-se além disso mão dos potenciais de crítica e liberalismo com que, esforços entretanto desenvolvidos – por autores como Jäger, Rudolphi, Sax ou Roxin – tinham procurado armar o conceito de bem jurídico” (*Ibidem*, pp. 102-103)

¹³⁵ Em ideia semelhante a de Hegel, Jakobs defende que a sanção imposta à infração da norma surge para reafirmar sua vigência. “Em *Hegel* a teoria absoluta recebe uma configuração que em pouco se diferencia da prevenção geral positiva aqui representada” (**Derecho Penal: Parte General**. 2ª ed. Madrid : Marcial Pons, 1997, pp. 22-23)

¹³⁶ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 1996, p. 11.

¹³⁷ PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Un nuevo sistema de Derecho Penal. Consideraciones sobre la Teoría de la Imputación de Günther Jakobs**. Buenos Aires : AD-HOC, 1999, pp. 24-25.

¹³⁸ Em seu Tratado, Jakobs também cita como aspectos da prevenção geral positiva, oriundos das conseqüências custosas da pena, o *exercício da fidelidade ao Direito* e o *exercício da aceitação das conseqüências*. Todavia, segundo apontam Peñaranda Ramos; Suárez González; Cancio Meliá, Jakobs os relegou a efeitos secundários da pena, assim como já apontava que seriam efeitos intimidatórios, dando prevalência ao caráter de *autoconfirmação da norma* (**Un nuevo sistema de Derecho Penal. Consideraciones sobre la Teoría de la Imputación de Günther Jakobs**. Buenos Aires : AD-HOC, 1999, pp. 25-26).

¹³⁹ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte General**. 2ª ed. Madrid : Marcial Pons, 1997, p. 14.

Jakobs, assim como Roxin¹⁴⁰, relega a dogmática penal ontologista, característica de seu preceptor Welzel, trabalhando conceitos de molde orientado aos fins do Direito Penal (*prevenção geral positiva*). Assim, “se se parte da missão do Direito penal e não da essência (ou das estruturas) dos objetos da Dogmática penal, isso conduz a uma (re)normativização dos seus conceitos”¹⁴¹. Partindo deste paradigma normativista¹⁴², passa-se a reformatar várias formulações penais, atribuindo-lhes sentido jurídico. O autor do delito passa a ser visto não como o ser humano capaz de ocasionar ou impedir sucessos, mas sim como aquele que pode ser responsável por estes sucessos (*pessoa*¹⁴³).

No funcionalismo sistêmico de Jakobs, o Direito Penal passa a ser encarado como uma engrenagem do sistema social, contribuindo para a manutenção da configuração social e estatal. Devido a esse escopo social, Jakobs reformula a função do Direito Penal, lhe atribuindo a missão de garantia das normas. Deixa assim, de serem objeto central da tutela penal os interesses sociais para o desenvolvimento de uma proposta no qual a norma é erigida a objeto da tutela penal.

Jakobs chega a igualar, terminologicamente, norma e bem jurídicos, sendo tratados como sinônimos, como se pode inferir da sua própria definição de bem jurídico:

Por isso – ainda contradizendo a linguagem usual – se deve definir como o bem a proteger a firmeza das expectativas normativas essencial frente à decepção, firmeza frente às decepções que têm o mesmo âmbito que a vigência da norma posta em prática; este bem se denominará a partir de agora *bem jurídico-penal*¹⁴⁴

¹⁴⁰ “Aproximadamente desde 1970 se tem efetuado tentativas muito discutidas de desenvolver um sistema ‘racional-final (ou teleológico)’ ou ‘funcional’ de Direito Penal. Os defensores desta orientação está de acordo – com muitas diferenças no demais – em rechaçar o ponto de partida do sistema finalista e partam da hipótese de que a formação do sistema jurídico-penal não pode vincular-se a realidades ontológicas prévias (ação, causalidade, estruturas lógico-reais etc.), senão que única e exclusivamente pode guiar-se pelas finalidades do Direito penal” (ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**. Madrid: Civitas, 1997, p. 203)

¹⁴¹ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte General**. 2ª ed. Madrid : Marcial Pons, 1997, p. IX.

¹⁴² Especificamente sobre o tema, o artigo JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Bogotá : Universidad de Externado de Colombia, 2004.

¹⁴³ A ideia dos atores do Direito Penal como *personas* é essencial ao sistema de Jakobs. O indivíduo não é visto, a partir de uma perspectiva meramente cognosciva, como homem (ser humano), e sim, desde uma perspectiva jurídica-social, como centro de imputação jurídica de direitos e deveres, sendo alvo de normas (e das expectativas institucionais nelas consubstanciadas que irão dar viabilidade a um tráfego social dotado de menor insegurança) e podendo ser responsabilizado por suas violações. “Pessoa é, por tanto, o destino de expectativas normativas, o titular de deveres, e, enquanto titular de direitos, dirige tais expectativas a outras pessoas; a pessoa, como se pode observar, não é algo dado pela natureza, senão uma construção social” (JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Bogotá : Universidad de Externado de Colombia, 2004, p. 19).

¹⁴⁴ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte General**. 2ª ed. Madrid : Marcial Pons, 1997, p. 45.

Na justificativa do autor, o abandono da tradicional teoria de bem jurídico representa também uma questão de pragmática, afinal o bem jurídico não possui suficiente potencial crítico para limitar eventuais excessos do legislador, e, tampouco, a pena consegue recompor o bem jurídico lesado. Muito mais útil e efetivo é preservar as normas, pois são a estrutura da sociedade. Para que esta última exista realmente – e não somente de modo imaginário – suas normas devem ter vigência.¹⁴⁵

Com esta visão, na qual “o discurso do bem jurídico é um discurso metafórico sobre a vigência da norma”¹⁴⁶, desenvolve o autor um radicalismo normativo no qual até a pessoa humana é funcionalizada, já que deixa de figurar como centro e fim do direito na sua elaboração dogmática para tornar-se reles “portador da resposta simbólica do sistema «à custa de quem» a validade contrafáctica das normas é afirmada. O que dificilmente se poderá compaginar com as exigências de um direito penal próprio de um Estado de direito”¹⁴⁷.

2.2.5 Zaffaroni e o papel unicamente limitativo do bem jurídico

A Ciência do Direito Penal possui como função a contenção do poder punitivo, prática essencial para a manutenção do Estado de Direito, pois sem ela o poder punitivo estaria liberado ao impulso das agências executivas e políticas.¹⁴⁸

Esta é a ideia basilar da construção dogmática de Eugenio Raúl Zaffaroni, cujos contornos ele havia proposto uma década antes de sua propositura definitiva¹⁴⁹, e que irá estruturar todo seu sistema na busca de criação de diques para contenção do poder punitivo. Sua análise, não para por aí, indo mais fundo na compreensão do poder punitivo para a sua maior redução, chegando a debruçar-se sobre o processo de seleção penalizante,

¹⁴⁵ JAKOBS, Günther. ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?. IN: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.). **El funcionalismo en Derecho Penal**. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 53

¹⁴⁶ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 1996, p. 32.

¹⁴⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 138.

¹⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 4.

¹⁴⁹ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, principalmente, no que tange ao aspecto dogmático, a Parte III. Esta obra data originalmente de 1989, enquanto a primeira edição de seu novo Tratado é de 2000.

a chamada *criminalização*, que é resultado de um conjunto de *agências* que dão forma ao *sistema penal*.

A criminalização se dá em duas etapas: a *primária* e a *secundária*. A *criminalização primária* é aquela que torna delituosas condutas, permitindo a punição. Já a *criminalização secundária* é ação punitiva exercida sobre aquelas pessoas que amoldam às hipóteses de criminalização primária. O problema deste sistema surge pelo fato de que a criminalização primária se tornou tão vasta, abarcando um número tão extenso de conflitos, que a criminalização secundária, em virtude da limitação de suas agências, apenas pode realizar uma pequena parte deste imenso programa criado.¹⁵⁰

Assim, diante desta limitação de capacidade operativa, não resta outra opção às agências de criminalização secundária senão exercer uma *orientação seletiva*, decidindo quais pessoas deverão ser criminalizadas, que por regra geral acabam sendo aquelas que: **a)** cometem fatos grosseiros, já que são mais fáceis de se deterem; e **b)** causem menos problemas, em virtude de não possuírem poder político e econômico ou a comunicação de massa. Da combinação destes grupos, ou seja, do cometimento de fatos grosseiros por pessoas sem acesso à comunicação, acaba se projetando uma imagem de únicos delinquentes, criando, assim, um *estereótipo* que acaba por tornar os indivíduos que a este se amoldam mais vulneráveis ao processo de criminalização secundária.¹⁵¹

Ciente deste processo seletivo, que flagrantemente viola o princípio da igualdade, deve contrapor-se a Ciência do Direito Penal, reduzindo esta seletividade dentro de seu plano de contenção do poder punitivo¹⁵², ou seja, a construção do sistema penal deve ser orientado por uma *teleologia redutora* em todos seus âmbitos, inclusive a compreensão de bem jurídico.

Zaffaroni, como ávido defensor do Estado de Direito em detrimento do Estado de Polícia, constrói um conceito de bem jurídico filiado à tradição liberal, dando especial ênfase a titularidade do sujeito. Bem Jurídico é, nas suas palavras, a “relação de disponibilidade de um sujeito com um objeto (...). Em rigor, em que pese comumente se mencionar os bens jurídicos conforme os objetos (patrimônio, liberdade etc.), sua essência

¹⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, pp. 7-8.

¹⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, pp. 8-9.

¹⁵² “A função mais óbvia dos juízes penais e do direito penal [ramo do saber] (como planejamento das decisões destes) é a contenção do poder punitivo. Sem a contenção jurídica (judicial), o poder punitivo ficaria liberado ao puro impulso das agências executivas e políticas e, por fim, desapareceria o estado de direito e a República mesma”. ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 5.

consiste na relação de disponibilidade do sujeito com estes objetos e não os objetos mesmos”¹⁵³.

Trata-se de um conceito diferenciado, ainda, porém, próximo a uma compreensão tradicional do bem jurídico. O que não acontece, por outro lado, com sua visão do papel a ser desempenhado pelo bem jurídico no Direito Penal, uma vez que deliberadamente nega o seu papel legitimador da intervenção penal.

Para o penalista e criminólogo argentino, o poder punitivo é uma manifestação de um Estado policial, deliberadamente voltado à restrição das liberdades fundamentais, não sendo admissíveis, nas teorias da dogmática penal, estruturas que venham fomentá-lo¹⁵⁴. Uma compreensão de bem jurídico legitimante da intervenção penal, “abre o caminho para uma ilimitada criminalização”¹⁵⁵

Desta maneira, a utilização do dogma do bem jurídico só é admitida no Direito Penal em uma compreensão limitativa, funcionando como instrumento do jurista penal – em especial por meio do princípio da lesividade – para conter irracionalidades do poder punitivo estatal e assim preservar as liberdades fundamentais tão preciosas ao Estado de Direito. Assim, por exemplo, é possível se combater tentativas do Estado de punir condutas meramente morais, uma vez que não é admissível a moral como um bem jurídico.

2.3 FUNÇÕES DO BEM JURÍDICO NO DIREITO PENAL

A partir da análise do desenvolvimento histórico da compreensão de bem jurídico, e das implicações teóricas delas decorrentes, é possível se individualizar funções exercidas pelo bem jurídico na dogmática penal e prática penal. Basicamente, desempenha

¹⁵³ **Derecho Penal: Parte General.** 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 489.

¹⁵⁴ “O exercício do poder punitivo, com sua seleção de criminalizados e vitimizados por vulnerabilidade, o sacrifício de seus operados, o reforço e autonomização de suas burocracias policiais, sua imagem bélica, a reprodução de antagonismos sociais, sua preferencia pelo modelo de sociedade verticalista disciplinante (corporativa), *não pode menos que se identificar como um capítulo do modelo de estado de polícia que sobrevive dentro do estado de direito*. A legitimação do poder punitivo é um componente do estado de polícia que opera em detrimento do estado de direito”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General.** 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 43)

¹⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General.** 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 487.

o bem jurídico quatro funções: **a)** dogmática ou fundamentadora do injusto; **b)** interpretativa ou exegética; **c)** sistemática ou classificatória; e **d)** de garantia ou crítica.

2.3.1 Função dogmática

A função dogmática, também denominada por alguns de fundamentadora do injusto, representa o papel desempenhado pelo bem jurídico nas compreensões e construções da Ciência do Direito Penal. A doutrina majoritária admite que o Direito Penal é fundado em um princípio de lesividade (ou ofensividade), que impõe ao Direito Penal a punição de condutas que lesionam ou causam o perigo de lesão bens jurídicos, trazendo implicações nas categorias dogmáticas penais, notadamente do crime

Desta forma, mesmo aqueles que não admitem que a função essencial do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos¹⁵⁶ inserem como elemento necessário para a conformação do conteúdo material do delito uma afetação, em maior ou menor medida, do bem jurídico, configurando-se assim o desvalor do resultado da conduta. O delito não se resume ao fato de que a conduta praticada pelo sujeito está em desconformidade com o que dita a norma (desvalor da ação), exigindo-se também que ela ataque, concretamente, algum interesse/bem abarcado que funda a existência da norma penal. Não havendo o desvalor do resultado, não há crime.

No Brasil, dita compreensão foi consignada, inclusive, legislativamente com a previsão do denominado crime impossível no art. 17 do Código Penal¹⁵⁷, que estabelece a impunidade de condutas previstas em tipos penais que apresentam absoluta impossibilidade de consumar o crime, ou seja, de afetarem bens jurídicos.

¹⁵⁶ Como Welzel: “A lesão do bem jurídico (o desvalor do resultado) tem no direito penal importância comente dentro de uma ação antijurídica-pessoal (dentro do desvalor de ação)” (**Derecho Penal: parte general**. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 70)

¹⁵⁷ Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

2.3.2 Função interpretativa ou exegética

Aceita e incorporada a compreensão do delito como uma lesão ou perigo de lesão do bem jurídico, surge como decorrência lógica a necessidade de se interpretar os tipos legais teleologicamente de acordo com o bem jurídico abarcado pelo delito¹⁵⁸. Bastante ilustrativo para esta questão são os crimes patrimoniais. Tomem-se de exemplo o furto (art. 155, CP¹⁵⁹) e o estelionato (art. 171, CP¹⁶⁰), delitos que tutelam o patrimônio.

Partindo-se da restrição do furto a questões essencialmente patrimoniais, é possível afirmar que a subtração de objetos com valor meramente sentimental são atípicas, pois, mesmo havendo a subtração de uma coisa alheia móvel, não há configuração do o ilícito típico, justamente pelo fato de que o tipo tutela o bem jurídico patrimônio e não o sentimento das pessoas.¹⁶¹

O estelionato, por sua vez, traz em sua redação típica a elementar, extremamente vaga, “vantagem ilícita, em prejuízo alheio”, vinculando a configuração do crime a sua obtenção. Ora, sabendo-se que o estelionato é um crime contra o patrimônio, dita vantagem somente pode ser entendida como vantagem econômica, sob pena de se desvirtuar o bem jurídico cuja proteção fundamenta a norma.

2.3.3 Função sistemática ou classificatória

O legislador penal costuma utilizar o bem jurídico abarcado pelo tipo legal como critério para orientar a classificação e organização das infrações penais no Código, vide a subdivisão da Parte Especial do Código Penal Brasileiro em delitos contra a vida, a

¹⁵⁸ Vale lembrar que os neokantistas reduziram o bem jurídico somente a este papel, convertendo-o num princípio metodológico para a interpretação do direito positivo. Cf. item 2.2.5.

¹⁵⁹ Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:
Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

¹⁶⁰ Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:
Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

¹⁶¹ Esta linha de entendimento encontra amparo na doutrina de Heleno Cláudio Fragoso (**Lições de Direito Penal**. Vol. II. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 186. O Código Penal espanhol, inclusive, em sua regulamentação típica do crime de furto, exige expressamente

liberdade, a honra etc. Aqui desempenha o bem jurídico uma nítida *função sistemática ou classificatória*.

Trata-se de fenômeno auferível a título de direito comparado, ensejando a ordenação dos bens jurídicos, por vezes, reflexos da situação política do país. “Estados autoritários começam pelos delitos contra o Estado. Estados liberais iniciam a catalogação dos delitos que ofendem bens jurídicos individuais, normalmente pela tutela da vida”.¹⁶²

2.3.4 Função de garantia ou crítica

A função de garantia ou crítica do bem jurídico é, sem sombra de dúvidas, a mais importante e ao mesmo tempo mais controvertida em meio à Ciência do Direito Penal. Ela compreende o papel do bem jurídico como limitador do direito de punir do Estado, pois condicionaria a intervenção penal àquilo que se amoldasse ao seu conceito. Trata-se aqui, em outras palavras, na utilização do bem jurídico como um instrumento de garantia do cidadão frente ao Estado.

A função dogmática já consagra o bem jurídico com uma garantia através do princípio da lesividade ou ofensividade, estabelecendo a lesão ou perigo de lesão como requisito da configuração do delito e conseqüente restrição punitiva da liberdade. Não é por menos que o maior expoente do garantismo penal, Luigi Ferrajoli, consagra a lesividade da conduta como um dos dez axiomas do seu sistema de garantias (*Nulla poena sine inuria*).¹⁶³

A compreensão desenvolvida no seio da função de garantia ou crítica é mais ampla e prévia. Acreditam alguns teóricos, em especial aqueles que assumem uma vertente liberal, que o bem jurídico é um limite à atuação do legislador penal e, conseqüentemente, um instrumento de crítica as suas escolhas de criminalização, oportunizando-se, até, o controle das normas inadequadas ao denominado princípio da proteção de bens jurídicos.

¹⁶² GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal**. Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 387. Ilustrativa a comparação entre o Código Penal Italiano e o Código Penal Espanhol. O primeiro, datado do período fascista, começa sua parte especial pelos Delitos Contra a Personalidade do Estado. Já o segundo, nascido em 1995 em pleno Estado Democrático de Direito, começa pelos delitos contra a vida (Dos Homicídios e suas formas).

¹⁶³ **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995, pp. 93-94.

Partindo desta premissa, Claus Roxin delinea nove grupos de casos nos quais não se identifica uma intervenção penal fundada em bens jurídicos: **a)** leis penais arbitrárias, de motivações exclusivamente ideológicas ou violadoras de direitos fundamentais; **b)** transcrições das finalidades legislativas; **c)** aquilo que é contrário a moral, a ética e outras condutas reprováveis; **d)** violações a própria dignidade ou a dignidade do ser humano; **e)** proteção de sentimentos; **f)** a autolesão consciente, possibilitá-la ou auxiliá-la; **g)** normas penais principalmente simbólicas; **h)** tabus; **i)** objetos de proteção de uma abstração incompreensível.¹⁶⁴

A função crítica do bem jurídico está longe de ser uma unanimidade em meio à doutrina penal. De pronto, é possível constatar que é naturalmente incompatível com as acepções que propõem objetos diversos como o cerne da tutela penal, como *danosidade social*, *valores ético-sociais* e a *vigência da norma*. As principais oposições, todavia, se fundam em duas questões: **a)** a sua capacidade de efetivo rendimento; e **b)** o caráter necessário do bem jurídico para o desempenho de dita função.

A primeira questão se conecta com a problemática do conceito de bem jurídico. Caso se admita que o legislador esteja adstrito a tutela de bens jurídicos, será, em definitiva, esta categoria jurídica fonte das balizas da teoria da legislação penal. Acontece que, por tentar abarcar realidades complexas e abstratas – notadamente as supraindividuais –, a característica marcante da definição de bem jurídico é seu caráter vago, conseqüentemente seria inapto a restringir a subjetividade legislativa. Gerar-se-ia assim, na teoria do bem jurídico um dilema, de difícil solução,

entre um conceito de bem jurídico vago, porém próximo a realidade, ou um conceito preciso porém que não se adequa ao direito penal real. Dito exageradamente, se a determinação do conceito de bem jurídico é precisa, e somente por isso, rica em consequências político-criminais, porém não parece adequar-se ao direito penal real, a teoria do bem jurídico sempre parece ficar atrás do desenvolvimento do direito penal.¹⁶⁵

Há quem vá além desta crítica, apontando que o caráter impreciso do bem jurídico, não só é inexitosa em exercer qualquer papel limitador da atuação do legislador, como que exerce o papel contrário. O bem jurídico seria um “instrumento de manobra nas mãos de

¹⁶⁴ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal? IN: HEFENDEHL, Roland (coord.). **La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 449-452.

¹⁶⁵ HASSEMER, Winfried. Teoría personal del bien jurídico. **Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias criminales**. Buenos Aires, ano 12, nº 45-48, 1989, p. 280.

qualquer legislador, independentemente da sua linha ideológica”. Através dele poderia o legislador legitimar suas opções, oportunizando assim maior possibilidade de atuação.¹⁶⁶

A segunda, por sua vez, põe em xeque a vinculação da função crítica à teoria do bem jurídico. Conforme entende Günther Jakobs, uma suposta restrição à discricionariedade do legislador penal seria fruto de uma questão política e não científica, ou seja, em nada se conectaria com construções da dogmática penal, em especial ao conceito de bem jurídico. Assim, “desde esta perspectiva, se pode optar politicamente por normas para a regulação da vida livre das pessoas, tendo, então, o mesmo ponto de partida crítico do qual se vangloria a teoria da proteção de bens jurídico”¹⁶⁷.

Ambas as críticas são improcedentes e facilmente contornáveis.

Aquela que sustenta a inaptidão do bem jurídico em exercer uma limitação da atuação do legislador peca por distorcer a forma que essa relação se processa. Ao contrário do que parecem entender, quando se assigna uma denominação função crítica ao bem jurídico, não está se afirmando que há um catálogo pronto do que o legislador pode e não conferir tutela penal. “O conceito de bem jurídico não é uma varinha mágica através da qual se pode separar desde logo, por meio de subsunção e dedução, a conduta punível daquela que deve ficar impune”¹⁶⁸.

A taxatividade plena é uma situação ideal em termos de garantias, mas a sua inocorrência não retira do bem jurídico uma condição de baliza da atuação do legislador. Uma teoria do bem jurídico, mesmo que não os defina previa e precisamente, condiciona a atuação legislativa ao fornecer os pressupostos que determinam a concessão de tutela penal, ou, simplesmente, que um “bem” possa tornar-se “jurídico-penal”¹⁶⁹.

E justamente a essa tarefa de identificação destes pressupostos tem se dedicado a doutrina penal nestas últimas décadas, encontrando uma fértil e poderosa fonte para investigação na Constituição, afinal ela se apresenta como um

¹⁶⁶ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal**. Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 400

¹⁶⁷ ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? IN: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.). **El funcionalismo en Derecho Penal**. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 53.

¹⁶⁸ ROXIN, Claus. Franz von Liszt e a concepção político-criminal do projecto alternativo. IN: ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3. ed. Lisboa: Veja, 2004, p. 61.

¹⁶⁹ “Se de um lado é certo que a teoria do bem jurídico, no Direito penal, não se desenvolveu (ainda) o suficiente para nos oferecer um catálogo fechado de todos os bens jurídico-penais, já se conseguiu delinear uma enorme de critérios deslegitimadores da atividade legislativa, consistente na seleção dos bens jurídicos que podem (e devem) compor o quadro do Direito penal do Estado constitucional e democrático de Direito”. (GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal**. Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 397).

instrumento transistemático em relação ao sistema penal, não só com legitimidade para ajudar a concretizar o conceito de bem jurídico (reduzindo as diferenças subjectivas de opinião), como com capacidade para o fazer; instrumento não apenas orientador do legislador, mas com força «vinculante» limitativa do poder punitivo estatal.¹⁷⁰

Jakobs foi bastante perspicaz ao perceber que a seleção dos objetos de proteção do Direito Penal, mais do que ser uma questão da natureza em si dos interesses, é uma questão que se vincula a opções políticas. Todavia, assumir uma compreensão de bem jurídico que guarde estreita vinculação e fundamentação com a Constituição igualmente confere uma resposta à segunda crítica.

A Constituição é, em boa parte, consagração de decisões políticas do constituinte¹⁷¹, às quais oferecem um marco de atuação para os poderes públicos – dentre eles, obviamente, o legislativo – e para sociedade. Desta maneira, uma teoria do bem jurídico fundada na Constituição – conglobante das decisões do constituinte sobre interesses fundamentais que devem conformar a realidade social – é revestida de caráter político derivado para limitação da atuação do poder punitivo.

2.4 BEM JURÍDICO PENAL E CONSTITUIÇÃO

A associação da teoria do bem jurídico com a Constituição se mostra frutífera e salutar para o seu desenvolvimento. Como visto, ela se mostra como condição de sobrevivência para a denominada função crítica ou de garantia, sustentando a existência do denominado princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos.

De uma maneira geral, a doutrina penal justifica este vínculo como uma imposição da ordem político-jurídica instaurada pelo Estado Democrático de Direito – na linha que

¹⁷⁰ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 112.

¹⁷¹ Não é por menos que Carl Schmitt denominou a Constituição, em sentido material, como fruto da decisão política fundamental. O caráter político dos elementos trazidos pela Carta Magna leva, inclusive, o autor a propor uma divisão entre constituição e lei constitucional. (SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1932, pp. 23-28). Como bem resume Manoel Jorge e Silva Neto, “Constituição é o produto da decisão política fundamental, a estabelecer a forma de Estado, de governo, os órgãos do poder e os direitos e garantias constitucionais. Lei constitucional por outro lado, diz respeito a matérias que apenas formalmente são constitucionais, porquanto poderiam ser tratadas pelo legislador ordinário”. (SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 31).

foi exposta nas teorias pessoais do bem jurídico¹⁷² –, mas também em virtude do fenômeno da supremacia da Constituição, a ele inerente – nele toda atividade estatal se submete à Carta Magna¹⁷³ – e por ele intensificado – ao ponto de muitos sustentarem que os direitos infraconstitucionais devem ser concretização da Constituição, o fenômeno da constitucionalização dos direitos.

Não há dúvidas sobre a plausibilidade da justificação da relação entre bem jurídico e Constituição. Mais complicada, por sua vez, é a descrição da forma como essa relação se desenvolve, havendo forte divergência sobre como a Constituição interfere na seleção dos bens jurídicos e, conseqüentemente, limita a atuação do legislador penal. Os posicionamentos podem ser resumidos em duas linhas básicas: a flexível/aberta e a rígida/estrita.

2.4.1 Teoria flexível ou aberta: a Constituição como limite negativo

Partindo-se do pressuposto de uma inquestionável vinculação da teoria do bem jurídico à Constituição, entende a doutrina penal majoritária¹⁷⁴ que o Direito Penal não tutela necessariamente bens jurídicos de relevância e/ou previsão constitucional. Obviamente, aqueles interesses extraíveis da Carta Magna são dotados de presumida importância para receber a proteção penal, todavia, o legislador não está somente a eles adstrito. Admite-se a concessão do *status* jurídico-penal a bens jurídicos não-

¹⁷² Cf. item 2.1.6. Todavia, o fenômeno a elas não se resume, havendo uma série de proposições teóricas que não vinculam a tutela penal necessariamente ao indivíduo, como, por exemplo, as teorias constitucionais do bem jurídico italianas (Cf. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, pp. 167-195)

¹⁷³ “O ponto de partida correto consiste em reconhecer que a única restrição previamente dada para o legislador se encontra nos princípios da Constituição. Portanto, um conceito de bem jurídico vinculante político-criminalmente somente se pode derivar dos objetivos, plasmados na Lei Fundamental, de nosso Estado de Direito baseado na liberdade do indivíduo, através dos quais se lhe marcam seus limites ao poder punitivo do Estado”. (ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**. Madrid: Civitas, 1997, pp. 55-56).

¹⁷⁴ São partidários desta linha: GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal**. Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 423-425; BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 96; DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Lisboa, ano 4, fasc. 2, abr-jun 1994, p. 169-170. Para uma relação adicional de autores, cf. PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 57-59.

constitucionais desde que não sejam incompatíveis com a Constituição e seu quadro axiológico de valores.

Tal postura determina à Constituição um papel de fonte de limites negativos a eleição de bens jurídicos por parte do legislador, excluindo previamente a possibilidade de concessão da tutela penal a determinados bens incompatíveis com suas disposições expressas e/ou quadro axiológico. Assim, por exemplo, não poderia ser elevada à condição de bem jurídico-penal a superioridade e pureza da raça ariana¹⁷⁵, por ser flagrantemente contrária à vedação constitucional a discriminações e aos valores da igualdade e pluralismo social, ou seja, o próprio princípio do Estado Democrático de Direito.

No que se refere ao quadro axiológico, em uma visão prática, é possível se dizer que basta o bem jurídico ser condizente – no sentido de não-contrário – com o Estado Democrático de Direito e com o princípio da dignidade da pessoa humana para que seja considerado apto à tutela penal. Como os valores componentes do quadro axiológico constitucional emanam direta ou indiretamente destas fontes, tornam-se elas diretrizes máximas para determinação da limitação negativa da teoria do bem jurídico.

Confere-se, desta maneira, um campo de seleção bastante extenso ao legislador para exercer sua discricionariedade na atividade legiferante na área penal. A adoção de tal postura é justificada pelos teóricos desta linha como uma forma de dar maior flexibilidade ao legislador em exercer o seu papel no princípio democrático, contemplando penalmente os mais diversos interesses que são relevantes à sociedade.

Tal abertura seria fundamental para oportunizar ao Direito Penal tutelar importantes interesses sociais não previstos na Constituição, como, por exemplo, a vida e a fé pública ausentes no texto da Constituição italiana de 1946, bem como futuros novos interesses que possam surgir em virtude do desenvolvimento social, como ocorreu com o meio ambiente, não previsto pelas Constituições nascidas antes da questão ecológica, como, por exemplo, a alemã (1949) e, novamente a italiana.

¹⁷⁵ Como, de certa forma, ocorreu na Alemanha nazista que, no sentido de proteger esse interesse basilar do Reich, criou a “Lei de proteção do sangue alemão e da honra alemã” que proibia a “maculação da raça” pelo casamento, coabitação e coito entre alemães e pessoas de outras origens, em especial judeus. Reportando a existência desta lei, GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal. **Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso**. Cuiabá, ano 2, nº 3, jul/dez 2007, p. 260 e ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**. Madrid: Civitas, 1997, p. 56.

2.4.2 Teoria rígida ou estrita: a Constituição como limite positivo

Paralelamente à teoria flexível ou ampla, a relação entre a teoria do bem jurídico e a Constituição recebeu uma versão mais restritiva, desenvolvida principalmente por um setor da doutrina italiana¹⁷⁶, mas que também se difundiu em outros países¹⁷⁷, especialmente em Portugal.

Esta linha teórica não questiona as limitações negativas declaradas pela teoria flexível/aberta, mas resolve dar um passo além, propugnando um vínculo mais estrito com a Constituição, que também funcionaria como um limite positivo à eleição de bens jurídicos pelo legislador penal. Estaria ele adstrito a “vinculantes indicações de conteúdo”, consagrando-se, desta maneira, “a própria passagem de um Estado de direito formal a um Estado de direito material”¹⁷⁸.

Para se considerar um bem jurídico apto a receber a tutela penal, não basta somente a ausência de vedações expressas da Constituição e/ou a não contrariedade aos princípios/valores decorrentes do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana. Deve, também, o bem jurídico ser extraível do quadro de valores – explícitos ou implícitos – da Constituição.

Na concepção rígida ou estrita da vinculação da teoria do bem jurídico à Constituição, há uma maior limitação do rol de bens à disposição do legislador para que possa exercer sua discricionariedade na sua atividade legiferante penal. Ele se encontra previamente condicionado, somente conferindo tutela penal aos bens reconhecidos pela Constituição como relevantes à sociedade.

¹⁷⁶ Notadamente, Franco Bricola, Francesco Angioni e Enzo Musco (cf. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, pp. 169-189). Na Alemanha também houve desenvolvimento de uma proposta mais restritiva por Sax (cf. HORMAZABAL MALAREE, Hernán. **Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho: el objeto protegido por la norma penal**. 2ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur, 1992, pp. 121-122).

¹⁷⁷ No Brasil, admitem a limitação positiva, PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 68 e SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de Souza. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 91-93; e FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 53-54.

¹⁷⁸ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 169.

A restrição da tutela penal a bens jurídicos de índole constitucional é derivada, principalmente, do fato de que a sanção penal representa uma gravosa afetação da liberdade do indivíduo¹⁷⁹. A liberdade é um valor constitucional, o que implica que a sua restrição somente seja fundamentada em valores igualmente situados na ordem jurídica constitucional. Inclusive, há autores ainda mais rigorosos exigindo não só a natureza constitucional, mas que o valor possua o mesmo nível da liberdade¹⁸⁰ ou até mesmo que seja fundado em direitos fundamentais¹⁸¹.

Em Portugal, a doutrina penal¹⁸² tem se inclinado fortemente pela teoria rígida ou estrita não somente pela relevância constitucional da liberdade, mas por determinação expressa e inequívoca do próprio texto constitucional. Seu art. 18.º, 2, consigna que as restrições a direitos, liberdade e garantias ocasionadas pela lei, devem “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

2.4.3 Análise crítica e delineamento do problema

As teorias flexíveis/abertas e rígidas/estritas, independentemente da correição, possuem o grande mérito de ressaltarem o papel desempenhado pela Constituição na delimitação dos bens jurídicos aptos a serem tutelados pelo Direito Penal. Desvelam, assim, em maior ou menor intensidade, limites constitucionais da atividade do legislador ligados aos bens jurídicos, contribuindo para o rendimento de sua função crítica ou de garantia.

Se por um lado elas desempenham o importante papel de chamar a atenção da importância da Constituição como marco de referência da teoria do bem jurídico e da atividade do legislador penal, por outro, elas pecam na justificação e explicação da forma como essa relação se dá.

¹⁷⁹ A ele não se resume, também buscando fundamento em questões como a reserva de lei, a finalidade reeducativa da pena e na dignidade da pessoa humana.

¹⁸⁰ Como, por exemplo, Angioni. Cf. PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 61.

¹⁸¹ Nesta linha, CASTILLO, Gerardo Barbosa; PAVAJEAU, Carlos Arturo Gómez. **Bien jurídico y derechos fundamentales: sobre un concepto jurídico para Colombia**. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 1996, pp. 83-88.

¹⁸² Nesta linha, DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral**. Tomo I. Coimbra-São Paulo: Coimbra Editora – Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 120; e CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, pp. 200-203.

A teoria flexível/aberta se ampara na histórica compreensão da Constituição como limite negativo da atuação do poder público, coibindo a violação de direitos do indivíduo por parte do Estado, mas nunca o impelindo a fomentá-los ou até mesmo prestá-los. Os princípios e valores constitucionais, como forma de prestações positivas, são vistos com caráter meramente programático ao poder público, e, conseqüentemente, ao legislador.

Tal compreensão se mostra completamente obsoleta. Hoje é plenamente admitido que a Constituição não impõe somente abstenções (prestações negativas), mas também prestações positivas ao poder público. Além do mais, é cada vez mais difundida a ideia de que os ramos infraconstitucionais do Direito desempenham o papel de concretização da Constituição. Em momento algum esta linha teórica busca situar o Direito Penal neste contexto, para negar justificadamente a não adscrição estrita do legislador penal aos valores constitucionais.

A mesma crítica pode ser direcionada à teoria rígida/estrita, embora a ela não seja totalmente prejudicial, por não se amparar na obsoleta visão do Estado de Direito formal, pelo contrário. Por vezes, como visto, enaltece a vinculação do legislador ao conteúdo constitucional como manifestação do Estado de Direito material ou Estado Democrático de Direito.

Todavia, ainda sim, há problemas de déficit de fundamentação. Resume-se a estabelecer uma justificativa formal para a vinculação estrita à Constituição. A tese se funda no fato da liberdade ser um valor de natureza constitucional o que, por si só, imporá ao legislador restringi-la somente com fundamento em outros interesses de natureza constitucional.

A liberdade há muito tempo é um valor constitucional, mas isto nunca foi fundamento para vincular o legislador ao conteúdo das Cartas Magnas. Hoje, uma justificativa puramente formal somente pode ser realizada na ordem jurídica portuguesa que expressamente estabelece a adoção a uma concepção estrita. Nos outros ordenamentos jurídicos, tal fenômeno somente pode ser analisado devidamente contextualizando o Direito Penal nos princípios e sistema que presidem a nova ordem jurídica constitucional.

Se as duas linhas teóricas não constroem abordagens satisfatórias, pode-se dizer que carece de resposta fundamentada a pergunta-problema: *de que forma a Constituição se relaciona com o bem jurídico penal de maneira a lhe conferir uma função limitadora da atividade do legislador penal?*

3 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Há certo tempo já é difundida a ideia de que houve a constitucionalização dos distintos ramos do direito, inclusive do Direito Privado. Este fenômeno representa já um passo subsequente à compreensão de que a Constituição constitui o ápice do ordenamento, regulando o procedimento de criação da legislação infraconstitucional (aspecto formal), que não poderá violar o conteúdo de suas disposições (aspecto material). O fenômeno da constitucionalização do direito agrega uma nova fronteira: a da “irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito”¹⁸³.

Na constitucionalização dos direitos, a Carta Magna é dotada de uma ampliação da relação material com os outros ramos jurídicos. Até então, o conteúdo substancial desempenhava apenas uma função negativa, servindo de limite aos direitos infraconstitucionais, que não podiam ir de encontro a seus valores consagrados. Agora a perspectiva é outra. A materialidade da Constituição ganha um marcante aspecto positivo, subordinando os outros ramos do direito à máxima consagração de destes valores.

Antes o ordenamento jurídico infraconstitucional era livre para agir desde que não contrariasse a Constituição, agora somente atua fundamentado materialmente nas normas e nos valores constitucionais. Antes era limitado pela Constituição. Agora é estritamente a ela vinculado, sob pena de macular a validade de suas disposições normativas.

Inquestionável, este novo paradigma consagrador da supremacia da Constituição traz uma imposição aos operadores do direito de se perfilar a seus ditames. Assim, ao legislativo cabe adaptar a legislação às prescrições constitucionais, não só no sentido de a elas se adequar, mas também de realizá-las. O judiciário, por sua vez, deve não só buscar a adequação formal de suas decisões, mas, também, a consagração do justo – entenda-se consagração dos valores constitucionais no caso concreto – além de realizar o controle de constitucionalidade dos atos do poder público.

É bem verdade que os principais atores da constitucionalização são os legisladores e os magistrados, todavia, também cabe aos doutrinadores um significativo papel de

¹⁸³ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 38.

contribuição, afinal “o imprescindível alicerce teórico para o processo só pode ser desenvolvido pela doutrina”¹⁸⁴.

Nesta missão, devem construir os fundamentos teóricos para a devida compreensão e oportuno desenvolvimento do fenômeno. Todavia, os doutrinadores podem também contribuir de mais uma forma: revisar a dogmática jurídica buscando adequar as construções teóricas de cada ramo jurídico àquelas da dogmática constitucional, que doravante exsurge como mais um substancial capítulo da teoria geral do direito.

Esta última tarefa é a que se busca neste trabalho. A resposta ao problema enunciado ao fim do capítulo anterior pretende ser dada através de uma compreensão da teoria do bem jurídico construída a partir da dogmática constitucional – e não somente referenciada na Constituição, como vinha sendo desenvolvida até então –, mais precisamente a partir da teoria dos direitos fundamentais¹⁸⁵.

A teoria dos direitos fundamentais se mostra como um dos mais relevantes tópicos de estudos do Direito hodierno. Todavia, devido a sua pujança e densidade teórica, não há a possibilidade de desenvolver, no âmbito deste trabalho, a sua abordagem em plena extensão¹⁸⁶.

Aqui se tratará, doravante, somente dos elementos essenciais para o desenvolvimento da hipótese do trabalho e para uma devida compreensão da proporcionalidade, um de seus mais prestigiados capítulos, que igualmente será uma ferramenta fundamental para a construção teórica aqui realizada.

¹⁸⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 44.

¹⁸⁵ Aqui se seguirá a linha teórica proposta por Robert Alexy, permitindo-se alguns ajustes à ordem constitucional brasileira, uma vez que, como o mesmo declara, constrói ele uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.31). Esta opção se deve não só pelo extenso reconhecimento que suas proposições ganharam na doutrina constitucional pátria, mas, também, por fornecerem um arcabouço teórico que permite vincular a escolha de bens jurídicos tuteláveis pelo Direito Penal à teoria dos direitos fundamentais, e, conseqüentemente, à Constituição.

¹⁸⁶ Além da existência de tradução da obra de Robert Alexy, um dos principais estudiosos do tema, ao português (**Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008), há significativas obras na doutrina pátria dedicadas ao estudo específico do tema, especialmente SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009, e DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

3.1 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO

Durante décadas, a luta em prol dos direitos fundamentais teve por objetivo alcançar seu reconhecimento constitucional. Inicialmente, os valores hoje consagrados como direitos fundamentais eram abarcados pela categoria dos direitos naturais, que eram um grupo de pretensões morais-humanísticas não consignadas nos textos jurídicos. Finalmente, após lutas e enfrentamentos – em especial a superação de regimes autoritários –, se pôde chegar à etapa de positivação constitucional dos direitos fundamentais, o que acarretou em uma mudança radical na concepção da pessoa humana e do papel do Estado perante os indivíduos.

O início deste processo de reconhecimento constitucional se dá, certamente, com os catálogos de direitos que surgem ao final do século XVIII – notadamente a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e o *Bill of Rights* da Constituição americana de 1787 – e vão se expandindo nas décadas que se sucedem.

Neste momento, as formulações jusnaturalistas de direitos inatos e atemporais do indivíduo transcendem ao plano jurídico positivo. Os direitos do homem, na “qualidade de normas de ação moralmente justificadas”, convertem-se em direitos do homem, “enquanto normas constitucionais dotadas de valor de direito positivo”¹⁸⁷, hoje englobados nos direitos fundamentais.

A etapa cimeira da positivação constitucional dos direitos do homem se desenvolve nos anos posteriores à Segunda Guerra Mundial. A traumática experiência de flagrantes violações dos direitos e liberdades dos indivíduos pelos Estados autoritários criou um terreno extremamente fértil para a retomada da constitucionalização¹⁸⁸, marcando o surgimento de novos textos constitucionais dotados de amplos deveres para o Estado, muitos deles redigidos em forma de direitos fundamentais.

Diferentemente do período prévio, das grandes declarações de direitos, os direitos fundamentais não são mais uma declaração de boas intenções do constituinte, meramente ostentatórios de uma finalidade humanitária do Estado. Passam a ser compreendidos e

¹⁸⁷ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 377. Para a distinção entre direitos do homem e direitos fundamentais, cf. p. 393.

¹⁸⁸ Aqui, “designa-se por constitucionalização a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário” (CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 378).

interpretados como normas vinculativas da atuação estatal, dotadas de plena eficácia e protegidas por um sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais.

Esta tendência, iniciada pelas cartas constitucionais italiana (1946) e alemã (1949), se intensifica a partir da década de setenta e dá lugar a constituições que não se limitam em estabelecer competências ou de separar os poderes públicos, senão que possuem significativa quantidade de normas que verdadeiramente condicionam a atuação do Estado por meio da orientação a certos fins objetivos. Neste contexto, se inserem as Constituições portuguesa de 1976, a espanhola de 1978 e, finalmente, a Constituição brasileira de 1988.

Assim, com a entrada em vigor das constituições consagradoras do Estado Democrático de Direito, há um “imperativo de renovação da ordem jurídica nacional, por ser totalmente nova a base sobre a qual ela se assenta”¹⁸⁹. Tal fato repercute diretamente no papel e postura dos juristas, que se veem conclamados a concretizar essa nova ordem jurídica, seja no plano da práxis, seja nas reformulações teóricas.

A interpretação constitucional se faz requisito obrigatório não só no plano do próprio texto constitucional, mas, também, no plano infraconstitucional, atingindo todos os demais ramos do direito, como decorrência da constitucionalização dos direitos¹⁹⁰. Por sua vez, esta “interpretação constitucional pressupõe – ou ‘pré-compreende’, na expressão do constitucionalista português Gomes Canotilho – uma teoria dos direitos fundamentais, especialmente quando se pretende interpretar uma Constituição como a nossa”¹⁹¹.

Há agora um novo desafio na luta histórica de consagração dos direitos fundamentais. Se antes o obstáculo que implicava dificuldades em aplicar na prática os catálogos de direitos fundamentais eram impostos pelos regimes autoritários e ditatoriais, agora os problemas são outros. Basicamente, são decorrentes da “falta de destreza teórica no momento de aplicar as normas de direitos fundamentais”¹⁹². Recai, assim, sobre os operadores do direito o ônus cívico de superá-las através do estudo e desenvolvimento da

¹⁸⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. IN: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). **Hermenêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 391.

¹⁹⁰ Cf. item 3.1.

¹⁹¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. IN: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). **Hermenêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 391-392.

¹⁹² CARBONELL, Miguel. Nuevas formas de proteger los derechos fundamentales. IN: CARBONELL, Miguel (coord.). **El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 11.

teoria dos direitos fundamentais, permitindo o devido progresso e afirmação do Estado Democrático de Direito.

3.2 TERMINOLOGIA

Antes de definir Direitos Fundamentais, é preciso alertar que aquilo que é abarcado por sob seu conceito nem sempre recebe esta alcunha, havendo uma ampla mixórdia de termos que se referem a conteúdos de Direitos Fundamentais. Esta confusão terminológica, não é de origem meramente doutrinária, sendo, lamentavelmente, encontrada no texto da Constituição Federal de 1988.

Como bem relatam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins¹⁹³, além do termo “direitos e garantias fundamentais” (Título II), podem ser encontrados na Carta Magna pátria os seguintes termos “direitos sociais e individuais” (Preâmbulo), “direitos e deveres individuais e coletivos” (Cap. I do Tít. II), “direitos humanos” (art. 4º, II, entre outros), “direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI), “direitos e liberdades constitucionais” (art. 5º, LXXI), “direitos civis” (art. 12, §4º, II, b), “direitos fundamentais da pessoa humana” (art. 17, caput), “direitos da pessoa humana” (art. 34, VII, b), “direitos e garantias individuais” (art. 60, §4º, IV) e “direito público subjetivo” (art. 208, §1º).

Em que pese a pertinência de boa parte dessas terminologias¹⁹⁴, a expressão direitos fundamentais é a que prevalece na doutrina pátria e estrangeira, justificando a adoção no presente trabalho.

3.3 DEFINIÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL

Independentemente de qualquer questão de propriedade terminológica, impende indagar-se o que vem a ser um direito fundamental. Com base na abordagem realizada por

¹⁹³ Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 45-46

¹⁹⁴ A doutrina apenas oferece oposição à utilização dos termos “direitos naturais” e “direitos humanos” por não representarem direitos positivados na Constituição, tratando-se de direitos pré-positivos e suprapositivos, respectivamente.

Robert Alexy¹⁹⁵, a resposta a esta crucial interrogante, pode ser construída a partir de três critérios de identificação, que são passíveis de cumulação: **a)** substantivo (ou material); **b)** estrutural; e **c)** formal.

A conceituação de um direito fundamental de cunho substantivo ou material, como a própria nomenclatura denuncia, se funda no conteúdo de um determinado direito para elevá-lo a condição de direito fundamental.

Por exemplo, Carl Schmitt, apegado a uma compreensão material de constituição, vem a definir os direitos fundamentais como “apenas aqueles direitos que constituem o fundamento do próprio Estado e que, por isso e como tal, são reconhecidos pela Constituição”. Ou seja, o caráter fundamental de um direito depende da sua correspondência com o paradigma de Estado vigente. Desta maneira, segundo Schmitt, em um Estado Liberal, apenas se coadunam com seus fundamentos “direitos individuais de liberdades”¹⁹⁶.

Na doutrina pátria, é possível encontrar, mesmo que minoritariamente, doutrinadores que sustentam um conceito puramente material de direitos fundamentais, como Gustavo Amaral, que afirma que “a expressão Direitos fundamentais é empregada para referir aos direitos humanos [direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, segundo compreende] reconhecidos em um dado ordenamento”¹⁹⁷.

Por sua vez, o conceito de direitos fundamentais de referencial estrutural é aquele se atem à estrutura da norma da qual emana um direito, identificando uma característica especial de um determinado componente responsável por atribuir o caráter fundamental às relações jurídico-subjetivas decorrentes.

Com uma concepção declaradamente vinculada de forma estrita à estrutura normativa, tem-se como ilustrativa proposta aquela realizada pelo grande baluarte do garantismo penal, Luigi Ferrajoli. Nas suas palavras, “são «direitos fundamentais» todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos

¹⁹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 66-69. Cumpre alertar que a abordagem de Alexy se destina a conceituação mais ampla de *norma de direito fundamental*, sendo direitos fundamentais os direitos subjetivos por ela outorgados por algumas dessas normas. Note-se que não há uma relação de identidade, pois tal equiparação seria incompatível com o direito positivo, “porque às disposições do catálogo de direitos fundamentais são atribuídas normas às quais não corresponde diretamente nenhum direito subjetivo” (*ibidem*, pp. 50-51). Em que pese a falta de sinonímia, fica claro que a identificação de um direito fundamental depende da identificação de uma norma de direito fundamental. Assim, é plenamente possível utilizar, elipticamente, os mesmos critérios para a identificação de um direito fundamental.

¹⁹⁶ *Apud* ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 66-67.

¹⁹⁷ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 90.

enquanto dotados do status de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de atuar”¹⁹⁸

Para o jusfilósofo italiano, o conceito de direito fundamental prescinde da natureza do conteúdo das disposições e é independente da circunstância fática de que estes direitos se encontrem previstos em cartas constitucionais ou leis fundamentais. Ele está unicamente vinculado à universalidade de seus titulares; a sua adscrição a todas as pessoas físicas. Neste sentido, os Estados totalitários e aqueles representantes de sociedades escravocratas careceriam de direitos fundamentais.¹⁹⁹

O terceiro critério, o formal, é aquele que adota como diretriz de identificação a forma de positivação no texto constitucional. Independentemente do conteúdo ou da estrutura normativa adotada, um direito será considerado fundamental caso receba do texto constitucional esta alcunha. Diferentemente dos conceitos anteriores, o conceito formal de direito fundamental, não se pode dizer o que é direito fundamental em qualquer ordem jurídica, mas somente em uma ordem jurídico-constitucional determinada.

Assim, Robert Alexy²⁰⁰, constrói um conceito formal de direitos fundamentais extraído da Constituição alemã, onde direitos fundamentais seriam aqueles oriundos das disposições do capítulo intitulado “Os Direitos Fundamentais” (arts. 1º a 19) e do critério formal de determinação de direitos sujeitos à reclamação constitucional (art. 93, §1º, 4a). Conclusivamente, seriam direitos fundamentais aqueles contidos “nas disposições dos arts. 1º a 19 da Constituição alemã, bem como as disposições garantidoras de direitos individuais dos arts. 20, §4º, 33, 38, 101, 103 e 10 da Constituição alemã”²⁰¹.

Os três critérios apresentados não são mutuamente excludentes, fazendo-se possível a combinação entre si, dando origem a conceitos ainda mais restritos de direitos fundamentais. Este tem sido o caminho adotado pela doutrina brasileira, não só por uma simples afinidade teórica, mas, principalmente, pela impossibilidade de adoção de conceito unicamente formal.

¹⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 37.

¹⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004, pp. 37-38.

²⁰⁰ Volte a ressaltar-se que aqui está se abordando a concepção de Alexy de forma elíptica, uma vez que o autor não conceitua *direito fundamental*, mas sim *norma de direito fundamental*, conceito com conexão ao primeiro, porém mais amplo. Cf. nota 195

²⁰¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 68. Importante destacar que Alexy admite a existência de normas de direitos fundamentais não derivadas deste catálogo, desde que dotado de uma “*fundamentação referida a direitos fundamentais*”, denominando-as de “norma de direitos fundamentais atribuídas”. (Cf. *ibidem*, pp. 69-76)

Tal fenômeno é devido à disposição trazida no art. 5º, §2º, CF²⁰², que traz uma verdadeira cláusula de abertura, autorizativa de identificação de direitos fundamentais fora do catálogo formalmente estabelecido. Todavia, tal cláusula estabelece referenciais vagos para identificação, e, diante da omissão de outras disposições legais que solucionem a questão, impõe-se aos partidários de um critério formal a sua complementação com critérios estruturais e/ou materiais para a identificação destes direitos fundamentais fora do catálogo.

Um exemplo de uma concepção formal-estrutural é o conceito de Dimoulis-Martins, no qual “direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”²⁰³.

Como se pode observar, se trata de um conceito com ponto de partida essencialmente formal, que é a previsão “em dispositivos constitucionais”, mas ao qual é agregada uma estrutura fixa de sujeitos envolvidos na relação jurídica. A partir dele, somente se pode falar em direito fundamental quando houver a titularidade por parte de uma pessoa (em sentido jurídico) e que tenha como sujeito passivo o Estado, independentemente do seu conteúdo.

Nesta linha, “mesmo quando seu alcance e relevância social forem bastante limitados”, se o direito está previsto na Constituição e guarda uma relação pessoa vs. Estado, há um direito fundamental, mesmo fora do catálogo. Assim, no exemplo dos próprios autores, o direito dos maiores de 65 anos de viajar gratuitamente nos meios de transporte coletivo urbano (art. 230, §2º, CF²⁰⁴) é, certamente, um direito fundamental.²⁰⁵

Ingo Wolfgang Sarlet, por sua vez, constrói uma compreensão de direito fundamentais a partir da Carta Magna de 1988, assumindo um conceito formal-material. Ao lado dos direitos intitulados de fundamentais pela própria Constituição, sustenta a existência outros não expressos no catálogo, que, em virtude do referido art. 5º, §2º, poderiam ser elevado a condições de direitos fundamentais por equiparação. Esta abertura

²⁰² Art. 5º, §2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

²⁰³ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 46-47.

²⁰⁴ Art. 230, § 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

²⁰⁵ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 47.

do catálogo é lógica e necessária, conexas-se “com a circunstância de que assim como inexistente um elenco exaustivo de possibilidades de tutela, também não existe um rol fechado dos riscos para a pessoa humana e os direitos que lhe são inerentes”²⁰⁶.

Partindo destas premissas, define direitos fundamentais como:

Todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).²⁰⁷

Esta abertura material do catálogo abre espaço para existência de direitos fundamentais implícitos, descobertos a partir daqueles já constantes do catálogo, e direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios, bem como de tratados internacionais. Estes últimos, para adquirirem o status de direito fundamental devem possuir conteúdo de relevância equiparável àqueles já previstos no catálogo, além de guardar estreita vinculação com os princípios fundamentais da Constituição, especialmente o da dignidade da pessoa humana.

O conceito formal-material é o mais adequado à ordem constitucional brasileira, sendo adotado, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal. Conforme relata Paulo Gustavo Branco, o “STF é sensível à identificação de normas de direito fundamental fora do catálogo específico”, extraído-se exemplos concretos desta postura no julgamento da ADMI-MC 939, na qual se entendeu que o princípio da anterioridade do poder de tributar consubstancia um direito fundamental fora do catálogo, vinculando-se ao princípio da segurança jurídica.²⁰⁸

3.4 FUNDAMENTALIDADE

²⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009, p. 84.

²⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009, p. 77.

²⁰⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos Fundamentais: tópicos de teoria geral. IN: MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 272.

A atribuição do status de fundamental a um determinado direito não é uma simples questão de classificação de classificação doutrinária, estando repleta de intenso significado no sistema jurídico. “A categoria fundamentalidade (Alexy) aponta para a especial dignidade de proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”²⁰⁹, podendo, em consequência, se falar de uma fundamentalidade formal e de uma fundamentalidade material do direito²¹⁰.

A fundamentalidade formal das normas consagradoras de direitos fundamentais é fruto da sua posição mais elevada no escalonamento de um ordenamento jurídico, como condicionantes até do poder constituinte derivado, consubstanciando-se nos seguintes aspectos²¹¹: **a)** são normas constitucionais e, por conseguinte, possuem natureza supralegal e se submetem a procedimentos mais rigorosos de reforma (art. 60, §2º, CF²¹²), chegando por vezes a **b)** figurarem como limites materiais da própria revisão constitucional²¹³ (art. 60, §4º, IV, CF²¹⁴), sem olvidar que, ao lado destas características, são **c)** normas de aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, CF²¹⁵), vinculantes da atuação dos poderes públicos e dos particulares²¹⁶.

Por outro lado, a compreensão da fundamentalidade material representa que o conteúdo deste significativo grupo de direitos é determinante das estruturas normativas

²⁰⁹ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 378.

²¹⁰ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 520-523. Em abordagens realizadas a partir desta: CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 379 e SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009, pp. 74-75.

²¹¹ Cf. CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 379 e SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009, pp. 74-75.

²¹² Art. 60, §4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
IV - os direitos e garantias individuais

²¹³ Em virtude desta intangibilidade por parte do poder constituinte reformador, João dos Passos Martins Neto identifica os direitos fundamentais como direitos subjetivos péticos. (**Direitos Fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 87-94).

²¹⁴ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

²¹⁵ Art. 5º, §1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

²¹⁶ Parte-se, desta maneira, da admissão da eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais, vinculando-se de forma direta – e não reflexa – a atuação dos particulares. Sobre o assunto, e nesta linha, cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 523-532, SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008 e STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. Inadmitindo a vinculação direta, mas sim uma eficácia horizontal mediata, cf. DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, 97-108 e CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2009.

básicas do Estado e da sociedade, fazendo parte daquilo que Carl Schmitt denominou de decisão política fundamental²¹⁷. É justamente essa ideia de vinculação ao essencial da atuação estatal e da realidade social que permite legitimar a existência de uma não-tipicidade dos direitos fundamentais, mediante uma cláusula de abertura ou não, permitindo identificar-se direitos fundamentais existentes fora do catálogo, ou até o surgimento de novos direitos fundamentais com o caminhar da história.

As ideias de fundamentalidade formal e material vêm reforçar o caráter central e essencial que as normas de direito fundamental exercem nos sistemas jurídicos fundados nas Constituições do Estado Democrático de Direito.

3.5 DIMENSÕES OBJETIVA E SUBJETIVA

A denominada dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é a que mais se afeiçoa às suas origens históricas e às suas finalidades mais próximas.²¹⁸ Na sua perspectiva, é que se constata a característica de neles se fundarem determinadas posições e relações jurídicas. Os direitos fundamentais correspondem a direitos subjetivos que abarcam: **a)** direitos a uma prestação (positiva ou negativa), **b)** liberdades jurídicas (negação de exigências e proibições) e, ainda, **c)** competências (poder de modificar posições jurídicas).²¹⁹

A importância da dimensão subjetiva é ressaltada por Ingo Sarlet, com amparo em Alexy, sob os argumentos no sentido de que, de um lado, a finalidade precípua dos direitos fundamentais é a proteção do indivíduo e não da coletividade, e, de outro lado, o reconhecimento da existência de um direito subjetivo viabiliza um grau mais intenso de concretização dos direitos fundamentais do que a previsão de obrigações de caráter meramente objetivo.²²⁰

²¹⁷ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1932, pp. 26-28

²¹⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos Fundamentais: tópicos de teoria geral. IN: MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 299

²¹⁹ Para um esquema detalhado e individualizado de cada posição jurídica abarcável por um direito fundamental, cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 193-248.

²²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009, pp. 154-155.

Por outro lado, a fundamentalidade material dos direitos fundamentais caracteriza-os como elementos essenciais do ordenamento objetivo da comunidade nacional, sendo, como tais, constitutivos de uma específica ordem de convivência humana. Daí, se reconhecer a existência, simultânea, de uma dimensão objetiva, eis que não apenas compõem a estrutura básica como também orientam a atuação dos particulares e do Estado, além de condicionarem – ou constitucionalizarem²²¹ – cada um dos ramos que integram o sistema jurídico.²²²

Neste sentido, Perez Luño, em sua compreensão sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, adverte que “os direitos fundamentais se apresentam na normativa constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos (a doutrina germânica os qualifica, por isso, de Grundwert) e, ao próprio tempo, como o marco de proteção das situações jurídicas subjetivas”²²³.

A dimensão objetiva impõe que o direito fundamental não seja encarado, única e exclusivamente, sob perspectiva individualista, consagrando, simultaneamente, um caráter universal do bem tutelado, como um valor em si, a ser preservado e fomentado pelo Estado e particulares.²²⁴ A dimensão objetiva eleva os direitos fundamentais a uma ordem objetiva de valores, que funciona como uma espécie de mais-valia que dota as normas de direitos fundamentais de maior carga de juridicidade ao capacitá-las à produção de efeitos que vão além da geração de direitos subjetivos²²⁵.

Diante desta significativa contribuição, Paulo Bonavides destaca que o desenvolvimento da dimensão objetiva representa uma das mais importantes inovações na seara dos direitos fundamentais no período posterior à Segunda Guerra Mundial. Conforme acentua, o desvendar da dimensão objetiva possibilitou uma mudança qualitativa da relação jurídica decorrente, até então considerada exclusivamente como típica do status negativo, que caracterizava a compreensão dos direitos fundamentais.²²⁶

²²¹ Cf. item 3.1.

²²² LLORRENTE, Francisco Rubio *apud* FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 33.

²²³ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 20;

²²⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos Fundamentais: tópicos de teoria geral. IN: MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 300.

²²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009, pp. 144-145. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2009, p. 134

²²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 540. Destaca o constitucionalista cearense que, como resultado da dimensão objetiva, operaram-se as seguintes inovações: a irradiação dos direitos fundamentais a todas as áreas do Direito, inclusive as do domínio do Direito Privado; a consideração dos direitos fundamentais como princípios passando a

Por fim, importante ressaltar que a existência de uma dimensão objetiva de direitos fundamentais é possível de ser constatada, inclusive, a partir texto constitucional, afinal, há preceitos que não conferem direitos subjetivos, estabelecendo somente regras e princípios destinados a garantir os direitos fundamentais ou a estabelecer o seu regime jurídico.²²⁷ A dimensão objetiva não seria extraível, portanto, única e exclusivamente da dimensão subjetiva, possuindo vida autônoma desde o texto constitucional.

3.6 ESTRUTURA NORMATIVA: A TEORIA DOS PRINCÍPIOS

A estrutura normativa dos direitos fundamentais está associada à teoria dos princípios, que, com seu rico conteúdo dogmático sobre a distinção conceitual, estrutural e eficaz das regras e princípios, representa hoje um dos capítulos mais relevantes da teoria do direito, fazendo jus a obras específicas sobre sua temática.²²⁸

Além de sua pujança dogmática, é importante destacar que esta teoria marca a definitiva consolidação do caráter normativo dos princípios. Este foi ignorado durante muito tempo, o que converteu, durante o positivismo, os princípios em acessórios das regras, de acordo com o “persistente preconceito de pensar que, na realidade, as verdadeiras normas são as regras, enquanto que os princípios são um *plus*, algo que somente é necessário como «válvula de segurança» do ordenamento”²²⁹.

constituírem-se no mais importante centro de eficácia normativa da Constituição; eficácia vinculante mais intensa e extensa relativamente aos poderes constituídos, especialmente o legislativo; a aplicabilidade direta e a eficácia imediata dos direitos fundamentais, desaparecendo a natureza de normas programáticas; a dimensão axiológica, através da qual os direitos fundamentais são entendidos como ordem objetiva de valores; o desenvolvimento da eficácia entre particulares; a aquisição de um duplo caráter, conservando a dimensão subjetiva à qual é adicionada a objetiva que é dotada de função protetora; a elaboração do conceito de concretização da norma constitucional; o emprego do princípio da proporcionalidade associado à hermenêutica concretizante; e a introdução do conceito de pré-compreensão, indispensável à concretização (*ibidem*, pp. 540-542).

²²⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2009, p. 107.

²²⁸ Vide a festejada obra ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Dignos de nota também são os artigos SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, nº 798, 2002 e ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, Ano I, Vol. I, nº 4, jul/2001.

²²⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. 8. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 117. Exemplo evidente desta visão obsoleta é a Lei de Introdução ao Código Civil (Del. 4657/42) que consagra em seu art. 4º os princípios (gerais do direito) como subsidiários e supletivos da omissão legislativa.

O reconhecimento da força normativa dos princípios ocasionou a sua conversão em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício dos novos sistemas jurídicos, operando uma revolução na forma de compreender e aplicar o Direito. Hoje, o jurista deve atuar orientado pelos princípios, afinado com suas implicações práticas de maior ônus argumentativo e de valorização do caso concreto. Tal mudança se mostra muito salutar, afinal se “o direito somente estivesse composto de regras, não seria insensato pensar na «maquinização» de sua aplicação por meio de autômatos pensantes, aos que se lhes forneceria o fato e nos dariam a resposta”²³⁰.

Já no âmbito da teoria dos direitos fundamentais, a distinção entre regras e princípios é a base de sua teoria da fundamentação, além de figurar como chave para a solução de problemas centrais da sua dogmática²³¹, como, por exemplo, a colisão de direitos fundamentais e suas restrições²³², dentro da qual se encontra a proporcionalidade²³³. Assim, se faz mais que devida uma abordagem sobre alguns de seus postulados²³⁴.

3.6.1 Distinção entre regras e princípios

Durante o paradigma positivista, como já mencionado, as normas jurídicas eram compreendidas somente como regras, havendo equivalência entre elas. Em consequência disto, os estudiosos que versavam sobre as normas jurídicas basicamente se dedicavam a distingui-las das demais espécies de normas (morais, éticas etc.), compreendendo-as como regras especiais que “podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu *pedigree* ou maneira pela qual foram adotadas e formuladas”²³⁵.

²³⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. 8. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 111.

²³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.

²³² Além deste, Virgílio Afonso da Silva aponta o papel fundamental da distinção entre regras e princípios para a) o conceito e a delimitação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais; b) a forma de se definir o âmbito de proteção de cada direito fundamental; e c) a crítica às teorias sobre a eficácia das normas constitucionais. (**Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 43)

²³³ Cf. a relação entre a proporcionalidade e a teoria dos princípios no item 3.3.3.

²³⁴ Para uma abordagem completa, sugere-se a já mencionada obra ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

²³⁵ DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. IN: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 28.

Com a superação do positivismo e o reconhecimento da força normativa dos princípios, a teoria das normas jurídicas passou a priorizar não mais uma distinção externa, mas sim uma interna que rompesse com o reducionismo das normas às regras, contemplando a “nova” espécie normativa, e estabelecendo critérios válidos que permitissem distinguir as duas categorias que formavam a sua dicotomia básica: regras e princípios.

Neste intento, surgiu uma “pluralidade desconcertante de critérios distintivos”, que, infelizmente, tem acarretado na falta de clareza e polêmica na distinção entre regras e princípios²³⁶. Algumas abordagens, inclusive, ainda são marcadas por um ranço positivista, distinguindo princípios de normas ao invés de contrapô-los às regras²³⁷.

O critério mais clássico e difundido na doutrina pátria é o que sustenta uma distinção ancorada em uma diferença de grau de importância. Princípios seriam as normas fundamentais do ordenamento jurídico, enquanto as regras seriam as normas que concretizariam os princípios, admitindo alguns autores até que eles, eventualmente, possuiriam eficácia dependente de regras.²³⁸⁻²³⁹

A distinção segundo grau possui uma outra vertente, também muito frequente na doutrina brasileira e muitas vezes cumulada com a anterior, que distingue as duas espécies normativas de acordo com uma gradação de sua abstratividade e generalidade. Os princípios, por serem dotados de um conteúdo valorativo, seriam normas dotadas de alta abstratividade e generalidade, configurando-se o oposto nas regras.²⁴⁰

²³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 86-87.

²³⁷ Vide SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92

²³⁸ Na doutrina constitucional brasileira, pode citar-se como exemplo de doutrinadores que estabelecem uma distinção de grau de importância: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92, e BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 141. A doutrina penal clássica não costuma abordar em seus manuais a distinção entre regras e princípios, mas da sua abordagem sobre princípios podem extrair-se exemplos que se filiam a distinção de grau como PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. I. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 128, e BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. I. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10.

²³⁹ Adotando o critério de grau de importância, Zagrebelsky estabelece a distinção entre princípios e regras como referencial para distinção entre Constituição Material e Formal: “somente os princípios desempenham um papel propriamente constitucional, a bem dizer, «constitutivo» da ordem jurídica. As regras, ainda que estejam escritas na Constituição, não são mais que leis reforçadas pela sua forma especial” (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. 8. ed. Madrid: Trotta, 2008, p. 110).

²⁴⁰ Um bom exemplo desta distinção é trazido por Daniel Sarmento; “[Os princípios] revestem-se de um grau de generalidade e de abstração superior ao das regras, sendo, por consequência, menor a determinabilidade do seu raio de aplicação. Ademais, os princípios possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente valores jurídicos e políticos que condensam”. (SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 42).

Há, além destas posturas, uma série de outros aportes que se fundam em elementos de gradação entre as duas espécies normativas²⁴¹. Todavia, estes critérios de diferença gradual não apresentam perfeita adequação à moderna teoria dos direitos fundamentais na linha adotada por este trabalho. Desta maneira, seguindo a opção estabelecida por Robert Alexy, deve-se adotar um critério de distinção qualitativa, que, inclusive, permite que se distinga de forma mais precisa entre regras e princípios²⁴².

Na linha qualitativa, certamente o primeiro esboço significativo de critério de distinção foi o estabelecido por Ronald Dworkin. Na sua concepção, a diferença entre as suas espécies normativas é de caráter lógico, distinguindo-se quanto à natureza da orientação que oferecem para as decisões jurídicas.²⁴³

Em linhas mais simples, a diferença radicaria no seu modo de aplicação.

As regras são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada: “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”²⁴⁴.

Já os princípios não apresentam consequências jurídicas automáticas diante dos fatos, orientando a decisão numa ou noutra direção. Caso haja mais de um princípio, estabelecendo-se direções inconciliáveis, deve a decisão levar em consideração o peso ou importância de cada um diante do caso concreto – dimensão de peso que as regras não possuem – para escolher o caminho a ser trilhado.²⁴⁵

Robert Alexy reconhece o caráter qualitativo da tese dworkiana²⁴⁶, partindo dela para elaborar uma fecunda construção própria, na qual, segundo a teoria dos princípios, regras e princípios são espécies distintas em decorrência de sua estrutura normativa de

²⁴¹ Informa Alexy, com as devidas remissões aos defensores, outros critérios de grau. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 88-89.

²⁴² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90. Estabelecendo uma distinção também qualitativa a partir da estrutura das normas, mas em linha diversa, cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 64-120. Ou em uma aproximação mais sintética ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, Ano I, Vol. I, nº 4, jul/2001, pp. 17-23.

²⁴³ DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. IN: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

²⁴⁴ DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. IN: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

²⁴⁵ DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. IN: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 40-43.

²⁴⁶ “a distinção dworkiana não é uma distinção segundo o grau. Os critérios de distinção não são comparativos, mas, rigorosamente, classificatórios” (ALEXY, Robert. Sobre o conceito de princípio de direito. IN: ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso. Estudos para a filosofia do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 141).

mandamentos²⁴⁷ (mandamento definitivo x mandamento de otimização) e dos direitos dela decorrentes (direitos definitivos x direitos *prima facie*).

Regras são mandamentos definitivos. Elas devem ser aplicáveis ou não, sem gradações. Se a regra é dotada de validade, seu comando deve ser obedecido inexoravelmente, caso não, deve ser prontamente descartado. “Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”.²⁴⁸ Não se pode ignorar que uma regra pode ter exceções, mas isso não desfigura o seu caráter definitivo da regra, já que as exceções podem ser inseridas na própria regra excepcionada.²⁴⁹

Desta maneira, os direitos garantidos abstratamente por uma norma que tenha estrutura de regra são dotados de caráter definitivo e, uma vez que a regra seja considerada válida e aplicável ao caso concreto, deverá ser realizado totalmente. “Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas”²⁵⁰.

Princípios são mandamentos de otimização. “São normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro as possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, entendendo-se possibilidades fáticas como a adequação e a necessidade de uma determinada medida para realizar o princípio em questão²⁵¹, e possibilidades jurídicas como o âmbito determinado pelos princípios e regras colidentes em um caso concreto²⁵².

Abstratamente, as normas que possuem estrutura de princípios garantem direitos *prima facie*, podendo se referir tanto a direitos individuais²⁵³ quanto a interesses/bens

²⁴⁷ “A expressão ‘mandamento’, nas uniões de palavras ‘mandamento de otimização’ e ‘mandamento definitivo’, deve, aqui, ser empregada em um sentido amplo, no qual ela também abrange permissões e proibições”. (ALEXY, Robert. *Direitos individuais e bens coletivos*. IN: ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso. Estudos para a filosofia do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 181).

²⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

²⁴⁹ DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. IN: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 39-40.

²⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 104. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 45.

²⁵¹ Como bem alerta Virgílio Afonso da Silva (**Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 46, nota 13), desvirtua Humberto Ávila a devida compreensão de possibilidades fáticas, não significando, como visto, somente que “o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos” (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 38).

²⁵² Como se pode ver, neste conceito, a proporcionalidade é ínsita aos princípios, afinal adequação + necessidade + ponderação = proporcionalidade.

²⁵³ Direito individual não se refere a um direito a um bem de natureza individual, mas sim a um direito subjetivo titularizado por um indivíduo. Os direitos individuais podem ser justificados por bens individuais, coletivos ou ambos. Cf. ALEXY, Robert. *Direitos individuais e bens coletivos*. IN:

coletivos. Este direito é denominado *prima facie*, pois não é possível auferir a exata extensão do que será garantido. Como os princípios comportam gradação, esse direito *prima facie* será sempre relativizado em um caso concreto, chegando-se a um direito definitivo garantido para esta situação determinada.

Isso traz a característica marcante dos direitos garantidos por princípio: eles terão extensão variada diante de cada caso concreto. Ou seja, um direito *prima facie* sempre terá a extensão de seu conteúdo determinado em face dos princípios e regras colidentes (possibilidades jurídicas) e das possibilidades fáticas decorrentes daquela situação concreta, para, somente depois de levar em consideração estes fatores, se chegar ao direito definitivo garantido.²⁵⁴

Por exemplo, há um princípio que garante o direito *prima facie* à proteção da intimidade. Abstratamente, isto significa que a intimidade deve ser protegida o máximo possível. Todavia, é consabido, que existem situações concretas nas quais o princípio da proteção da intimidade é em parte relativizado pelo princípio da liberdade de informação, configurando-se um direito definitivo a proteção da intimidade que não abarca o âmbito da vida pública do indivíduo, por exemplo.

Isto implica que, diante de um caso concreto, os princípios sempre dependerão de sopesamento (ou ponderação) para determinação da extensão de seu conteúdo e subsequente aplicação, diferentemente das regras, que, por terem extensão previamente delimitada, se aplicarão sempre por subsunção.

3.6.2 Conflito normativo

O Direito é um sistema lógico de proposições normativas que deve ser dotado de uma coerência interna, evitando ao máximo a contradição de suas disposições. Todavia, devido a sua vasta quantidade de normas – ainda mais com o reconhecimento da força normativa dos princípios –, é inevitável que na vida prática do Direito surjam casos concretos em que duas ou mais normas apresentem disposições total ou parcialmente

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso. Estudos para a filosofia do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 180.

²⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 104. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 45.

incompatíveis. Assim, este fenômeno, denominado de conflito normativo, engloba as situações de conflitos entre regras, colisões entre princípios e, cogitam alguns, colisões entre regras e princípios.

O conflito normativo já é há muito tempo alvo de estudos jurídicos²⁵⁵, mas, em virtude da equívoca equiparação entre normas e regras, este sempre apresentou uma visão parcial e reducionista do fenômeno. O desenvolvimento da teoria dos princípios impõe, desta maneira, uma revisão/atualização do seu conteúdo, mas não só. A abordagem sobre as colisões entre princípios e os conflitos entre regras contribui significativamente para demonstrar a diferença entre as espécies normativas.

Como visto, as regras apresentam mandamentos definitivos, não havendo modulação da extensão do seu conteúdo diante das possibilidades jurídicas e fáticas. O direito por ela estabelecido é definitivo não permitindo relativizações. Desta maneira, quando duas regras entram em conflito não é possível uma mediação entre suas determinações, impondo-se dois possíveis caminhos de solução: ou se estabelece que uma delas é inválida²⁵⁶ e, conseqüentemente, inaplicável, ou se introduz uma cláusula de exceção, em uma das regras, para que se elimine o conflito²⁵⁷.

Os princípios, por se constituírem mandamentos de otimização, possuem uma metodologia de solução totalmente diversa e inovadora em relação à das regras. Caso haja uma colisão entre dois princípios, a solução não deverá ser dada de maneira tudo-ou-nada, com declaração de invalidade total ou parcial de um deles. Como podem ser satisfeitos em graus variados, é possível se relativizar um princípio em face do outro, mas sem extirpá-lo do ordenamento.

Os princípios possuem peso e relevância apuráveis diante do caso concreto, permitindo estabelecer-se uma relação de precedência de um dos princípios em face do outro sob determinadas condições. Mudando o caso, mudando as condições, a precedência deve ser estabelecida de outra forma. Desta maneira, diferentemente das regras, a solução da colisão entre princípios não ocorre na dimensão de validade – até porque somente

²⁵⁵ Por exemplo, BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996, pp. 81-114, ou, de forma resumida, BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Icone, 1995, pp. 203-207.

²⁵⁶ Através dos clássicos critérios de solução para as “antinomias”: a) cronológico (*lex posterior derogat legi priori*) e b) hierárquico (*lex superior derogat legi inferiori*); c) especialidade (*lex specialis derogat legi generali*). Cf. obras citadas na nota anterior.

²⁵⁷ A instituição de uma cláusula de exceção equivale, em verdade, à invalidade parcial da regra na qual se introduz a cláusula de exceção. Neste sentido SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 49

princípios válidos podem colidir²⁵⁸ –, mas sim na denominada dimensão de peso ou importância²⁵⁹, com a realização do sopesamento/ponderação entre os princípios colidentes²⁶⁰.²⁶¹

Um dos exemplos trazidos por Alexy em sua abordagem sobre a colisão de princípios e a solução através da fixação de relações condicionadas de precedência é o caso concreto sobre a realização de uma audiência processual penal de um réu com risco de derrame cerebral diante da tensão do procedimento. Aqui se mostram em colisão os princípios de operacionalidade do direito penal e o da proteção da vida e da integridade física.

O Tribunal Constitucional Federal alemão solucionou o problema com o sopesamento, concluindo que o segundo grupo de princípios possuía mais importância que o primeiro princípio. Neste sentido, estabeleceu a seguinte condição de precedência: “se a realização da audiência implica um risco provável e concreto à vida do acusado ou uma possibilidade de dano grave à sua saúde, então a continuação do procedimento lesa seu direito fundamental garantido pelo art. 2º, §2º,1, da Constituição”.²⁶²

Por fim, se discute a possibilidade de uma colisão entre regras e princípios. Para Alexy, não há, na prática, conflito entre princípios e regras. Quando uma regra trazer uma definição contrária a um princípio, o conflito deverá ser realizado não entre a regra e

²⁵⁸ “O âmbito de validade diz respeito à decisão sobre o que deve ser colocado dentro e o que deve ser colocado de fora do ordenamento. (...) colisões entre princípios ocorrem sempre no interior do ordenamento jurídico. Com isso fica claro que o conceito de colisão entre princípios pressupõe a validade dos princípios colidentes”. (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 110).

²⁵⁹ Sobre a dimensão de peso ou importância, cf. DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. IN: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 42-43. Humberto Ávila, crítico à teoria dos princípios nos moldes propostos por Alexy, sustenta que as regras também possuem dimensão de peso. (**Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 52-54). Virgílio Afonso rebate acertadamente a crítica, demonstrando que Ávila, em um dos exemplos, em verdade se tratam de princípios, e, em outro, a solução do conflito se dá com a inserção de cláusula de exclusão, sem análise de peso, portanto (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 60-62).

²⁶⁰ Novamente Humberto Ávila tece críticas, sustentando que as regras não são mandamentos definitivos, sendo possível também a ponderação de regras (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, 44-51). Como bem demonstra Virgílio Afonso, a crítica se mostra desacertada, uma vez que nos exemplos trazidos por Ávila há, na visão de Alexy, uma ponderação entre princípios (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 56-60).

²⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 93-94. O teor do art. 2º, §2º,1, da Lei Fundamental Alemã é o seguinte: “Toda pessoa tem direito à vida e à integridade física”.

²⁶² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 98.

o princípio, mas sim entre o princípio que sustenta a regra e aquele antagônico.²⁶³ Ressalta Alexy que, para o princípio antagônico à regra prevalecer, “é necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida”.²⁶⁴⁻²⁶⁵

3.6.3 Teoria dos princípios e normas de direitos fundamentais

As normas de direitos fundamentais são aquelas emanadas de enunciados formalmente e/ou materialmente fundamentais. E normas sendo, obviamente estão sujeitas aos preceitos da teoria dos princípios, que, como visto, nada mais é que um capítulo da teoria da norma jurídica destinado a distinguir as espécies normativas. Consequentemente, as normas de direito fundamental podem assumir estrutura tanto de regras quanto de princípios.

O corrente uso, na doutrina pátria, da distinção entre regras e princípios de acordo com uma gradação de importância, atribuindo a este último caráter essencial e basilar do ordenamento, oportuniza uma equivocada impressão de que os direitos fundamentais somente derivariam daquelas normas fundamentalíssimas, os princípios. Tal tese se mostra totalmente equivocada ao se adotar um critério de distinção qualitativo entre regras e princípios.

Se o que importa para identificação da espécie normativa é a estrutura do mandamento por ela trazida, é fácil de exemplificar casos em que normas com mandamentos definitivos derivam de enunciados de direitos fundamentais. Veja-se o caso

²⁶³ Em igual sentido, SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 106 e GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 198.

²⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 105.

²⁶⁵ Vírgilio Afonso da Silva se mostra crítico a proposta de Alexy, por ser temeroso que ela “dê a entender que o aplicador do direito está sempre livre, em qualquer caso e em qualquer situação, para afastar a aplicação de uma regra por entender que há um princípio mais importante que justifica esse afastamento” (**Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 52). A preocupação com a segurança jurídica do pupilo e tradutor de Alexy é realmente pertinente, mas não parece que Alexy se descuidou dela, afinal deixa claro que há um maior ônus para se destituir uma regra através de um princípio antagônico, uma vez que, como visto, se faz necessário sopesar também o princípio de vinculação às escolhas do legislador.

da irretroatividade da lei penal, normalmente declarada como princípio no modelo de distinção por grau de importância²⁶⁶.

A irretroatividade da lei penal está consignada no dispositivo do art. 5º, XL, CF²⁶⁷, dentro do Título Direitos e Garantias Fundamentais, não pairando dúvidas se tratar de um enunciado de direito fundamental. A partir deste enunciado, extrai-se o seguinte comando “é proibida a retroação de leis penais. Caso seja mais benéfica, a lei penal *deve* retroagir”.

Note-se que a extensão do conteúdo está previamente delimitado pela norma, não sendo passível de gradações: se a nova lei é maléfica ao réu, não retroage; se é benéfica retroage. Assim, consignando um mandamento definitivo, tal norma é uma regra. E mais, emanada de uma disposição de direito fundamental, ela é uma regra de direito fundamental.

Desta maneira, mostra-se evidente que a teoria dos direitos fundamentais é fundada em um modelo normativo composto princípios e regras, sendo cogitável a interligação entre estes dois níveis. Inclusive, neste modelo, é plenamente admissível que de um mesmo enunciado de direito fundamental se extraia tanto uma regra quanto um princípio.²⁶⁸

O nível dos princípios é composto por todos os princípios que, a partir dos enunciados da Constituição Federal, sejam determinantes para questões de direitos fundamentais. Assim, “sempre que uma disposição de direito fundamental garante um direito subjetivo, a ela é atribuído ao menos um princípio desta natureza”.

Todavia, os princípios não se resumem a concessão de direitos individuais fundamentais, também possuindo como objetos interesses coletivos, que “podem ser utilizados sobretudo como razões contrárias a direitos fundamentais *prima facie*, embora possam ser também utilizados como razões favoráveis a eles”.²⁶⁹

O nível das regras é marcado por disposições definitivas que representam uma decisão a favor de princípios com sua decorrente positivação. Mas não só. É possível

²⁶⁶ Cf., dentre inúmeros outros – ainda que sob a alcunha de princípio legalidade –, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. I. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18.

²⁶⁷ Art. 5º, XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

²⁶⁸ Em seu modelo de teoria dos princípios, Humberto Ávila também admite a possibilidade de um mesmo enunciado se extrair uma regra e um princípio (e também um postulado, que elenca como terceira espécie normativa, dotada de conteúdo metódico), assim, ilustra com o dispositivo da Constituição segundo todos devem ser tratados igualmente. A seu ver, é possível aplicá-lo como regra, “porque proíbe a criação ou aumento de tributos que não sejam iguais para todos os contribuintes”, e como princípio, “porque estabelece como devida a realização do valor igualdade”. (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 69).

²⁶⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 135-136.

também se encontrar regras que representam determinações trazidas pelo legislador constitucional devido à contraposição de princípios, estabelecendo-se cláusulas de restrição a direitos fundamentais²⁷⁰. Ou seja, as regras representam consagração de princípios ou o resultado de uma prévia decisão da Constituição a uma determinada colisão de princípios.²⁷¹

Importante destacar que existe uma relação de hierarquia entre estes dois níveis, possuindo o nível das regras primazia em relação ao nível dos princípios. Em que pese os princípios também representarem uma ato de positivação, conseqüentemente uma decisão a favor destes princípios, as regras representam um passo além, trazendo decisões posteriores àquela decisão, estabelecendo, por vezes, relações de preferência entre os princípios²⁷². Dar primazia a regras nada mais é do que vincular-se à Constituição; é submeter-se às decisões do legislador constituinte.²⁷³

3.7 RESTRINGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É plenamente aceito na teoria jurídica e jurisprudência²⁷⁴ que os direitos estão sujeitos a restrições, não existindo direitos absolutos. Os direitos fundamentais são uma espécie de direitos, e, por mais que sejam dotados de uma maior significância, não fogem

²⁷⁰ P. ex., art. 5º, XI, CF - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, *salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.*

²⁷¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 139. Alexy ressalta que estas regras que contêm determinações em face das exigências de princípios contrapostos possuem “contudo, um caráter incompleto, já que por meio delas não são possíveis decisões independentes de sopesamento em todo e qualquer caso”.

²⁷² Veja-se o mesmo art. 5º, XI, CF. Ali se consigna, por exemplo, uma preferência pela proteção à vida e integridade física (na hipótese de prestar socorro) ou pela operacionalidade do direito penal (caso de flagrante).

²⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 140. Esta primazia, contudo não é absoluta: “aplica-se a regra de precedência, segundo a qual o nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios, a não ser que as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado” (*ibidem*, p. 141)

²⁷⁴ “assinalando a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, o STF já decidiu que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, ‘ mesmo por que razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição” (MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 370)

a esta regra²⁷⁵. Isto pode ser facilmente extraído do próprio texto constitucional. O legislador constituinte pátrio estabeleceu previamente restrições (ou limitações) a certos direitos fundamentais (p.ex., art. 5º, IV, VIII e XI²⁷⁶) ou conferiu ao legislador infraconstitucional o poder para restringir (p. ex., art. 5º, XIII, XV e XVII²⁷⁷).²⁷⁸

A questão da restringibilidade é um dos assuntos mais relevantes da teoria dos direitos fundamentais, não só pela natureza em si do seu conteúdo, mas por representar o fenômeno que mais lhe dá vida prática.

Como bem destaca Dimoulis-Martins, os direitos fundamentais são exercidos a todo tempo, como ao circular no parque (liberdade física) ou emitir uma opinião sobre política (liberdade de expressão). Todavia, o livre exercício contínuo não incita reflexões sobre o direito fundamental, o que só ocorre em situações opostas, quando há uma intervenção restritiva deste.²⁷⁹

Desta maneira, o estudo dos direitos fundamentais não pode se restringir a questões sobre metodologia de identificação e classificação de direitos fundamentais e de sua

²⁷⁵ Há quem sustente a existência de direitos fundamentais absolutos. Neste sentido, Luiz Fernando Calil de Freitas sustenta que, como os direitos fundamentais derivam direta ou indiretamente do valor dignidade humana, o direito fundamental a não sofrer tortura ou tratamento desumano ou degradante seria aquele no qual este valor se faria presente com maior intensidade. Assim, “seria possível afirmar que na medida em que o conteúdo do direito fundamental caracteriza-se por uma tão intensa identificação com a dignidade humana, resultaria inviável a respectiva restrição, eis que tal importaria ofensa direta e manifesta àquele princípio”. (FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 177). Tal afirmação não se sustenta porque é a dignidade humana, como princípio, pode ser concretizada em graus diversos - caso contrário seria uma regra -, sendo necessário sopesá-lo com outros princípios para se chegar a seu conteúdo para o caso concreto (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 111-114). Inclusive, por vezes deve ser sopesado com a própria dignidade de terceiros, relativizando-a com o fim de que a dignidade de todos seja preservada (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 143).

²⁷⁶ Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, *sendo vedado o anonimato*.
Art. 5º, VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, *salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa*, fixada em lei;

Art. 5º, XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, *salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial*;

²⁷⁷ Art. 5º, XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais *que a lei estabelecer*.

Art. 5º, XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, *nos termos da lei*, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

Art. 5º, XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros *pelo tempo que a lei fixar*.

²⁷⁸ A possibilidade de restrição de direitos fundamentais se faz ainda mais explícita em algumas constituições estrangeiras que dedicam dispositivos específicos sobre a questão da restringibilidade, como a Lei Fundamental Alemã (art. 19) e a Constituição Portuguesa (art. 18).

²⁷⁹ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 122.

respectiva estrutura normativa. Resumir a teoria dos direitos fundamentais a isto é privá-la de utilidade prática e profundidade teórica. Um estudo desta temática só se mostra completo e relevante quando abarca a restringibilidade. “Estudar os direitos fundamentais significa principalmente estudar suas limitações”.²⁸⁰

O seu estudo tem como ponto de partida essencial a sua definição. Restrição de direito fundamental é o fenômeno da criação de normas por parte do poder público – em especial o poder legislativo, mas sem ignorar a atividade normativa do executivo e judiciário²⁸¹ – que acarretam na limitação de uma posição jurídica conteúdo de um direito fundamental (direito a algo, liberdade ou competência).

Assim, o estudo da restringibilidade versa sobre normas²⁸². É unânime e inquestionável que estas devam ser compatíveis com a Constituição, pois os direitos fundamentais possuem status constitucional²⁸³. Já a compreensão destas normas, ao contrário, não é pacífica na doutrina dos direitos fundamentais, havendo um acirrado debate sobre a compreensão do fenômeno da restringibilidade, surgindo duas linhas teóricas básicas: a teoria interna e a teoria externa.

A teoria interna compreende que as restrições aos direitos fundamentais são inerentes aos mesmos. A restrição de um direito fundamental não seria decorrente de elementos externos, mas sim na busca da compreensão da extensão do conteúdo do direito fundamental. Este conteúdo demarcaria quais situações estariam sujeitas a incidência da norma e quais estariam fora do seu âmbito. Assim, o que há, em verdade, é a busca do limite do direito fundamental com base em seu conteúdo e não a existência de normas outras que o restrinja.

Os direitos fundamentais não seriam direitos absolutos por serem dotados de um específico âmbito de proteção com limites imanentes previamente estabelecidos. Para a

²⁸⁰ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 122-123.

²⁸¹ Desta maneira, o estudo das restrições dos direitos fundamentais não se ocupa somente de leis restritivas, mas também das intervenções restritivas, como, por exemplo, a decretação de uma prisão preventiva. Cf. CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1265.

²⁸² Ou seja, não é um estudo de comportamentos que embaraçam ao exercício de um direito fundamental. Desta forma, não se pode partir da definição de restrição de direito fundamental trazida por Ingo Sarlet, com amparo em Jorge Reis, por ser de inapropriada amplitude: “ações ou omissões dos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício (aspecto subjetivo) e/ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção (aspecto objetivo) que resultem dos direitos fundamentais.” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009, p. 391)

²⁸³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 281.

identificação destes limites há na doutrina uma gama de critérios estabelecidos pela doutrina, como “limites de não perturbação” (existência de outros direitos), “exigências mínimas da vida em sociedade” (direitos dos outros, lei moral ou ordem pública), “leis gerais” (normas civis e penais) e a interpretação sistemática no contexto global das normas constitucionais.²⁸⁴

Vieira Andrade, partidário do último critério, ilustra a proposta teórica com uma série de situações que se resolveriam pela identificação do limite imanente do direito fundamental. Assim, por exemplo, a realização de um sacrifício humano em um culto religioso seria uma situação não abarcada pelo direito fundamental a liberdade de culto, pois, o próprio preceito constitucional não protege essas formas de direitos fundamentais. A própria Constituição excluiria do programa normativo a proteção a esse tipo de situações. Não haveria, aqui, conflito algum entre direitos fundamentais.²⁸⁵

Esta linha teórica se mostra incompatível com os pressupostos normativos estabelecidos anteriormente neste trabalho. Ao se estabelecer um conteúdo previamente delimitado das normas de direito fundamental, significa que todas elas trazem consigo um direito definitivo já em abstrato. Em consequência, chega-se a conclusão de que todas as normas de direito fundamental teriam estrutura de regras, não se podendo falar em direitos *prima facie* e na utilização da técnica de sopesamento.²⁸⁶

Além desta incompatibilidade, deve acrescer-se a pertinente crítica à equiparação entre o âmbito de proteção e os limites imanentes dos direitos fundamentais realizada pela teoria interna, pois se trata de atitude perigosa, permitindo “que sejam incluídas considerações relativas a outros bens dignos de proteção (por exemplo, interesses coletivos ou estatais) no âmbito de proteção destes direitos, o que aumenta o risco de restrições arbitrárias da liberdade”.²⁸⁷

A teoria externa, por sua vez, pressupõe a existência de um direito concebido na sua extensão natural, mas que vem a sofrer limitações devido a restrições de origem externa ao próprio direito, decorrentes na necessidade de conciliação dos direitos individuais entre si e/ou com os interesses coletivos. Tomando de empréstimo a

²⁸⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2009, pp. 277-278. Para uma abordagem extensa de cada um dos critérios, cf. FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 88-138.

²⁸⁵ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2009, pp. 275-276.

²⁸⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 129.

²⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009, p. 389.

linguagem econômica poder-se-ia dizer que inicialmente há um direito bruto do qual, aplicadas as deduções das restrições, se chegaria a um direito líquido.²⁸⁸

Haveria, assim, uma norma de direito fundamental garantidora de um direito a prestação, liberdade ou competência, *a priori* ilimitados, que seria restringida por uma segunda norma, já que ela estabeleceria determinados âmbitos em que a primeira norma não abarcaria, situações de não-direito, não-liberdade ou não-competência deste direito fundamental²⁸⁹.

Uma ilustração pode ser realizada tomando-se um exemplo trazido por Robert Alexy: uma norma que impõe a utilização de capacete por motociclistas. Enquanto não existe referida norma, o direito fundamental de liberdade de ação confere a liberdade de o indivíduo escolher usar ou não usar capacete. Uma vez confeccionada referida norma, este indivíduo teria seu direito de liberdade ação restringido, pois não teria liberdade de escolha. Não há uma limitação inerente ao princípio de liberdade de ação, mas sim uma restrição imposta por outra norma.

Como visto, o conteúdo dos direitos fundamentais é, aqui, visto de uma maneira totalmente diversa do que na proposta anterior. Ao se admitir que restrições diminuam a extensão de conteúdo de um direito, afirma-se que o direito no estado bruto não se reveste de caráter definitivo, admitindo-se a sua relativização.

Tal compreensão se amolda perfeitamente a uma compreensão principiológica de direitos fundamentais²⁹⁰, uma vez que o estado bruto do direito corresponde justamente ao direito *prima facie* abstratamente conferido por um princípio de direito fundamental, enquanto o estado líquido corresponde ao direito definitivo alcançado, no caso concreto, após as restrições decorrentes das possibilidades fáticas e jurídicas decorrentes.

Desta associação já se pode inferir que a restrição de um direito fundamental está intimamente interligada com a análise das questões de necessidade e adequação da restrição e do sopesamento entre direitos individuais ou bens coletivos. Ou seja, uma norma restritiva de direitos fundamentais será fruto de uma decisão sobre uma ponderação de princípios conforme as diretrizes da proporcionalidade.

²⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008

²⁸⁹ Estas situações trazem situações definitivas de não-direitos, não-liberdades ou não-competências, o que leva a afirmar que as normas restritivas de direitos fundamentais possuem estrutura de normas -regra. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 283.

²⁹⁰ Neste sentido, ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 280, SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 138, e SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009, p. 389.

Esta informação é de fundamental importância, pois eleva a proporcionalidade, e consequentemente, o dever de sopesamento, como requisito da norma restritiva de direito fundamental, sendo possível se exercer o controle de validade das normas restritivas criadas pelo legislativo, executivo e judiciário. As únicas normas restritivas que não estão sujeitas a esta análise são aquelas que foram fixadas diretamente pelo legislador constituinte, havendo presunção absoluta de validade e, consequente, inquestionabilidade do sopesamento realizado.²⁹¹

A proporcionalidade não é a única questão relevante para determinação de restrição de direitos fundamentais. Pensar o contrário, abriria espaço para se sustentar que poder público poderia restringir qualquer direito fundamental quando bem entendesse, desde que a lei ou intervenção restritiva obtivesse êxito no teste da proporcionalidade.

Como dito acima, as normas restritivas somente podem existir em conformidade com a Constituição, somente se podendo falar uma restrição de direito fundamental quando autorizadas por normas constitucionais. Assim, além das restrições estabelecidas diretamente pelo próprio legislador constituinte, o poder público – em especial o poder legislativo – somente poderia estabelecer restrições outras quando recebesse de normas constitucionais capacidade para tanto, como é o caso das cláusulas de reserva que autorizam o legislador infraconstitucional a intervir em direitos fundamentais.

Além destas situações de expressa autorização constitucional para restrição, Canotilho apresenta a hipótese de ocorrerem restrições não expressamente autorizadas pela Constituição. Desta maneira o direito constitucional de manifestação, independentemente de autorização de leis restritivas, poderia ser restringido, impedindo-se as manifestações com violência e armas.²⁹²

Tais situações de fato ocorrem, mas não significam que estejam desvinculadas constitucionalmente. Como bem demonstra Alexy, nestas situações “o peso preponderante de princípios constitucionais colidentes não confere a eles, por si só, o status de autorizações suficientes para a intervenção”. A afetação de direitos fundamentais pelo poder público possui condicionamentos de forma para sua realização. “Dessas condições fazem parte, dentre outros, o respeito à ordenação constitucional de competências, a

²⁹¹ A não ser que se admita a possibilidade de existirem normas constitucionais inválidas, como faz Otto Bachof (**Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 2008, pp. 48-70). Todavia, mesmo que possível fosse, não haveria possibilidade de exercício de controle por inexistir atribuição de competência a um órgão jurisdicional para tanto. Atribuir este papel ao STF, interpretativamente, se faz impossível por violação à supremacia da Constituição.

²⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 450-451.

autorização por meio de uma norma suficiente determinada e o cumprimento de preceitos procedimentais”.²⁹³

3.8 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E BEM JURÍDICO PENAL

Finalmente, se faz possível retomar o problema deixado em aberto ao fim do capítulo anterior: *de que forma a Constituição se relaciona com o bem jurídico penal de maneira a conferir a este último uma função limitadora da atividade do legislador penal?* A resposta devida somente pode ser construída a partir da teoria dos direitos fundamentais.

Não se trata aqui de se retomar a premissa, estabelecida por alguns doutrinadores da teoria constitucional rígida/estreita, de que o Direito Penal somente deve proteger direitos fundamentais por representarem os valores mais essenciais da sociedade, possuindo, assim, legitimidade para justificar uma intervenção na liberdade dos indivíduos.

Nesta linha, deve-se “limitar a tutela penal àqueles bens de natureza fundamental, já que, pelo menos formalmente, tudo pode ser alçado ao nível constitucional”²⁹⁴ ou, então, porque, em um Estado de Direito, as proibições legislativas devem proteger os pressupostos básicos da pacífica convivência, e “esses pressupostos básicos da pacífica convivência são, indubitavelmente, os direitos fundamentais”²⁹⁵.

Tais propostas em nada se valem da teoria dos direitos fundamentais. Nelas, o fundamento que associa a tutela penal a direitos fundamentais é meramente um critério sobre o conteúdo abarcado pelos direitos fundamentais. O Direito Penal restringiria a sua tutela aos direitos fundamentais pela relevância do conteúdo, pois abarcam “bens de natureza fundamental” ou “pressupostos básicos da pacífica convivência”.

Inclusive, a partir do conceito formal-material de direitos fundamentais, adotado de forma majoritária pelos doutrinadores pátrios e seguida por este trabalho, uma premissa de

²⁹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 283.

²⁹⁴ PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 68.

²⁹⁵ CASTILLO, Gerardo Barbosa; PAVAJEAU, Carlos Arturo Gómez. **Bien jurídico y derechos fundamentales: sobre un concepto jurídico para Colombia**. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 1996, p. 82.

que os direitos fundamentais necessariamente abarcam os valores essenciais de uma sociedade é falsa.

Não é por menos que alguns doutrinadores chegam a sustentar a existência de direitos somente formalmente fundamentais²⁹⁶. A instituição do júri consta no rol de direitos fundamentais do art. 5º, CF. Ela é, materialmente falando, um dos “pressupostos básicos da pacífica convivência” ou um “bem de natureza fundamental”? É no mínimo questionável uma resposta afirmativa.

Uma resposta adequada a pergunta-problema com base na teoria dos direitos fundamentais não pode se resumir a adoção de um simplista critério de presunção de relevância do conteúdo. Deve imergir-se na dogmática da teoria dos direitos fundamentais para que uma resposta seja devidamente construída com base nos conhecimentos sobre a natureza e estrutura normativa dos direitos fundamentais e questões delas decorrentes.

3.8.1 O Direito Penal é restrição a direitos fundamentais

Como visto na narrativa histórica do desenvolvimento da teoria do bem jurídico penal, as proposições que buscam delimitar quais devem ser os bens jurídicos objetos da tutela penal costumam adotar como ponto partida reflexões sobre a finalidade do Direito Penal, atualmente contextualizados em quadro de Estado Democrático de Direito. Este é, sem sombra de dúvidas, o caminho mais intuitivo. Para determinar meios, preciso antes estabelecer fins. Para determinar o que se deve proteger penalmente, deve-se saber o que se busca com o Direito Penal.

Esta é uma proposta de inquestionável correção e que traz um elemento que não pode ser ignorado, a finalidade do Direito Penal. Todavia, isto não a transforma em um necessário ponto de partida. Outros caminhos podem ser traçados, desde que posteriormente perpassem por estas questões.

Neste sentido ocorre com uma proposta de teoria do bem jurídico que se funde na teoria dos direitos fundamentais. Ao invés de se iniciar a investigação sobre os objetos do Direito Penal com a indagação sobre suas finalidades, deve adotar-se como marco zero a questão sobre como se instrumentaliza/opera o Direito Penal.

²⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009, p. 81. Não se filia o autor, todavia, a esta concepção.

Este é um caminho plausível, afinal, questões operacionais certamente interferem sobre aquilo que se busca operar. Nem sempre é o instrumento que se adequa ao objeto, mas o objeto que se adequa ao instrumento. O Direito Penal se enquadra perfeitamente nesta situação.

É consolidado que a tutela penal se dá através de proibições com ameaça e aplicação de penas precipuamente privativas de liberdade²⁹⁷. O mesmo não se pode dizer sobre o que deve ser objeto de regulação do Direito Penal, na qual paira histórica controvérsia doutrinária e não há algum comando constitucional ou infraconstitucional que a determine.

A consolidação do entendimento de como ocorre instrumentalidade do Direito Penal confere não só um caminho igualmente plausível, mas, também, mais seguro que aquele que parte das finalidades do Direito Penal. Da mesma forma que os objetos, estas são também intensamente controversas e igualmente desprovidas de referenciais objetivos claros no ordenamento jurídico.

Inclusive, a incerteza sobre os objetos é, em parte, dela derivada, já que a doutrina penal incessantemente tem optado por essa via. Veja-se que, a depender da finalidade que se atribua ao Direito Penal, há mudanças abruptas nos referenciais delimitativos. As linhas normativistas como a de Jakobs²⁹⁸, por exemplo, declaram-se opositoras da vinculação da tutela penal a bens jurídicos.

A questão da instrumentalidade do Direito Penal não é totalmente ignorada pelas linhas teóricas que adotam como ponto de partida questões finalísticas. Ela é utilizada em momentos posteriores quando evocam princípios penais, principalmente o da intervenção mínima, para filtrar intervenções penais que se mostrem incompatíveis com a forma de atuação penal.

Todavia, aqui não se explora devidamente a instrumentalidade, apegando-se somente ao caráter “gravoso” da intervenção penal, para determinar, por exemplo, que somente se tutele bens de suma relevância (fragmentariedade) quando outras alternativas se mostrem insuficientes (subsidiariedade). Mais uma vez, uma questão qualitativa desacompanhada da devida argumentação dogmática necessária.

²⁹⁷ As penas alternativas, a justiça penal negociada (transação) e o paradigma restaurativo não alteraram esta perspectiva. Primeiro, porque não abdicam do caráter proibitivo e intimidatório através da imposição de penas privativas de liberdade. Segundo, não se destinam a todos os delitos, mas somente uma parcela deles. Terceiro, ainda nessa parcela em que incidem, não abrem mão da pena privativa de liberdade, restando sua aplicação subsidiária quando inexitosas em suas propostas.

²⁹⁸ Cf. item 2.2.4.

Uma boa tentativa de se adotar um ponto de partida com base na instrumentalidade foi realizada pelas teorias constitucionais rígidas/estritas. Note-se que o marco inicial da proposição de que os bens jurídicos penais devem se resumir àqueles de natureza constitucional parte da consideração de que o Direito Penal é um instrumento de restrição da liberdade dos indivíduos. Infelizmente, como visto²⁹⁹, não consegue ir além, se restringindo a um critério simplista qualitativo-formal para fixação de um referencial delimitativo dos bens tuteláveis penalmente.

Sem (ainda) aderir a uma linha rígida/estrита, retome-se a intervenção na liberdade dos indivíduos característica da sanção penal como marco zero de uma análise instrumental, mas com certas complementações e a demonstração de uma necessária adscrição à teoria dos direitos fundamentais.

O Direito Penal é um ramo jurídico que, através da criminalização de condutas, as converte em ilícitos penais, estabelecendo como sanção para os indivíduos que as cometerem, via de regra, a privação da liberdade por um determinado período de tempo³⁰⁰. Desta maneira, é o Direito Penal um instrumento estatal de restrição da liberdade de ir e vir dos indivíduos.

Desta simples síntese da compreensão de como se constitui abstratamente a operacionalidade da tutela penal, é possível se extrair a restrição de dois direitos fundamentais. Um deles é a liberdade de locomoção, há muito já evidenciada e explorada pelas construções teóricas da doutrina penal. O outro, não tão mencionado, é a liberdade de ação, uma vez a criminalização sempre representa a retirada de uma parcela, ainda que pequena, de possibilidades de agir.

Há também um terceiro direito fundamental, praticamente esquecido: o direito à imagem (atributo). E aqui não se trata da correta visão criminológica de que o Direito Penal é um instrumento que estigmatiza o indivíduo perante a sociedade através de rótulos/estereótipos negativos. O que se está se referindo aqui é o expreso atestado de inidoneidade moral que é conferido juridicamente a estes indivíduos.

Uma gama de atos administrativo e leis em sentido estrito atribuem juridicamente uma imagem negativa ao sujeito perante a sociedade, declarando-os inaptos para desempenhar certas funções em virtude de sua condenação criminal. Exemplo disto é a

²⁹⁹ Cf. item 2.4.3.

³⁰⁰ A única exceção é o crime de porte de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei 11.343/2006), fato que permite, inclusive, questionar se realmente se trata de uma incriminação. O STF, todavia, estabeleceu, no RE 430105 QO/RJ, o entendimento que se trata de um crime sem pena privativa de liberdade.

vedação à inscrição na OAB por falta de idoneidade moral dos indivíduos que foram condenados por crimes infamantes (art. 8º, §4, da Lei 8.906/94), ou, então, a inegibilidade dos indivíduos condenados nos crimes listados no art. 1º, e), da Lei Complementar 64/1990.

Desta maneira, é de constatação inquestionável o fato de que o Direito Penal representa a restrição de três direitos fundamentais através de suas normas incriminadoras. O legislador federal recebe essa competência para restrição destes direitos fundamentais através do Direito Penal da própria Constituição em seu art. 22, I. Não há, todavia, dispositivo que fixa quais são as hipóteses e condições nas quais o legislador penal pode as estabelecer. Haveria, assim, uma discricionariedade ilimitada para criminalizar o que bem entender?

Eis que aqui se deve inserir a teoria dos fundamentais como referencial para se estabelecer o que pode ser tutelado penalmente.

Falar que liberdade de ação, liberdade de locomoção, e imagem-atributo são direitos fundamentais, implica admitir que eles são estabelecidos por normas com estrutura de princípios. Assim, deve afirmar-se que há um mandado de otimização destes três valores, impelindo ao legislador a realizá-los o máximo possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas.

Como visto³⁰¹, esta realização imposta pelos princípios não é ilimitada. As possibilidades jurídicas impõem a análise da colidência com outros princípios (princípios somente colidem com princípios³⁰²). A colisão com outros princípios pode, através da ponderação/sopesamento, impor uma limitação ao mandamento de otimização, e, conseqüentemente, ao direito fundamental *prima facie* dele decorrente. Ou seja, um princípio somente ser limitado por outro princípio.

Desta maneira, conclui-se que o legislador somente pode instituir normas penais incriminadoras restritivas dos direitos fundamentais à liberdade de ação, à liberdade de locomoção e à imagem-atributo diante da ponderação/sopesamento entre os princípios que os instituem e princípios outros. Esta conclusão abre, como se verá, um extraordinário e fecundo campo para desenvolvimento de uma teoria do bem jurídico penal de cariz constitucional, ainda sob o auspício da teoria dos direitos fundamentais.

³⁰¹ Cf. item 3.7.

³⁰² Cf. item 3.6.2.

3.8.2 Fundamentação do princípio de proteção de bens jurídicos

A doutrina penal costuma defender e existência um princípio de proteção de bens jurídicos (ou exclusiva proteção de bens jurídicos, como preferem alguns³⁰³) como decorrência do Estado Democrático de Direito.

Esta nova ordem político-jurídica representa uma mudança no paradigma de atuação social, voltando-se definitivamente ao indivíduo, como um instrumento de viabilizar o máximo desenvolvimento de sua personalidade – ideal consignado em um de seus principais estandartes: o princípio da dignidade da pessoa humana – e sua a vida em sociedade.

Neste novo paradigma, o Estado é impelido a abandonar sua concepção de mero zelador do império da legalidade formal, para se tornar um fomentador e consagrador dos valores vitais à existência individual e social dos sujeitos. E é, justamente, desta inflexão de uma concepção puramente formal a uma conjugação com ideais materiais que exsurge a vinculação da tutela penal à proteção de bens jurídicos.

A partir do momento em que o Estado é vinculado a promoção de valores essenciais do indivíduo e da sociedade, o Direito Penal se converte obrigatoriamente em um instrumento de preservação e proteção destes valores – na doutrina penal denominados de bens jurídicos – através de suas drásticas sanções, que interferem na liberdade do indivíduo, preciso valor de sua personalidade.

Desta maneira, intervenções penais que não estejam fundadas na proteção de bens jurídicos, vão totalmente em sentido contrário aos ditames do Estado Democrático do Direito. Consagram uma intervenção em um bem jurídico essencial a personalidade do indivíduo injustificadamente. Ao invés de promover/conservar valores essenciais, o Estado ceifaria um dos mais vitais: a liberdade.

A derivação do princípio da proteção de bens jurídicos do Estado Democrático de Direito, representa um relevante arcabouço teórico que lhe confere uma fundamentação material de cunho jurídico-constitucional e, até, mesmo político. Em que pese toda sua pujança, é possível, ainda, complementar e reforçar a fundamentação constitucional de

³⁰³ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: parte general**. 7. ed. Montevideo - Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, pp. 128-131; GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal**. Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 377; e PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. I. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 136-138.

dito princípio através da teoria dos direitos fundamentais, agregando-lhe uma justificativa estrutural-normativa àquela material já consolidada.

A premissa, estabelecida anteriormente, de que o legislador penal somente pode restringir direitos fundamentais com base em princípios pode facilmente ser convertida em *o legislador penal somente pode restringir direitos fundamentais com base em bens jurídicos*.

Definir os princípios como mandados de otimização se traduz na imposição da realização de algo o máximo possível. No lugar de algo, pode-se colocar uma série de objetos como liberdade individual, liberdade de imprensa, intimidade, vida e inúmeros outros. Estes objetos costumam ser denominados na doutrina e na jurisprudência como valores e interesses. O valor liberdade. O interesse liberdade.

Valor e interesse não apresentam nenhuma complicação de compreensão aos juristas. Representam eles a mesma realidade, todavia, como bem alerta Robert Alexy³⁰⁴, através de juízos distintos. Valor é um conceito de caráter axiológico, baseado em critérios por meio dos quais algo é qualificado como bom. Interesse, por sua vez, se imbrica com questões humanas em sua realidade existencial, se constituindo como outros exemplos: vontade, necessidade, decisão e ação.

Há uma terceira categoria de conceitos práticos, o deontológico. Este se funda em questões de caráter normativo, como, por exemplo, conceitos de dever, proibição e permissão. Do ponto vista da Ciência do Direito, esta variante é digna de preferência. Eis que aqui se insere o bem jurídico, como sendo aquilo (um dado da realidade) que é cerne de ordenação, proibição ou permissão jurídica *prima facie* ou definitivamente.³⁰⁵

É possível se afirmar que Alexy sustenta semelhante conceito a partir da análise de sua compreensão de bem coletivo em um sistema jurídico. Segundo entende, “X é para o sistema jurídico S um bem coletivo, quando X é não distributivo e a produção ou

³⁰⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 145-146.

³⁰⁵ Isso não torna os demais conceitos irrelevantes e desnecessários. Veja-se que, normalmente, o fundamento para concessão de tutela jurídica a um determinado objeto é decorrente de um interesse ou necessidade deste objeto, afinal, o Direito é um instrumento para atender demandas humanas. Ilustrativa é abordagem deste fenômeno por Alexy em relação aos bens coletivos, ao afirmar que “interesses podem ser fundamento para isto, que algo é um bem coletivo juridicamente relevante. Para [em] um sistema jurídico tornar-se um bem coletivo, deve o meramente fático ser transformado em um interesse reconhecido juridicamente e, nesse sentido, justificado. Um tal interesse justificado porém, é nada mais que algo, cuja perseguição é ordenada *prima facie* ou definitivamente. Com isso, o interesse ganha status normativo” (SIC). (ALEXY, Robert. **Direitos individuais e bens coletivos**. IN: ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso. Estudos para a filosofia do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, 182).

manutenção de X é ordenada por S *prima facie* ou definitivamente”³⁰⁶. Extraíndo-se de dito conceito a “não distributividade”, que é caracterizadora do caráter coletivo, há um bem (em um sistema) jurídico quando a produção ou manutenção de X é ordenada pelo sistema jurídico *prima facie* ou definitivamente.

Desta maneira, quando, por exemplo, se refere ao bem jurídico liberdade, está se designando a liberdade como um objeto de uma disposição normativa, seja ela um princípio ou uma regra. Não é por menos que a expressão bem jurídico é correntemente utilizada pelos doutrinadores da teoria dos direitos fundamentais ao se referirem a objetos de proteção normativa.³⁰⁷

Há uma umbilical relação entre princípio e bem jurídico. Restringir, limitar, realizar um princípio é o mesmo que restringir, limitar, realizar o bem jurídico por ele tutelado e vice-versa. Falar que o legislador penal somente pode restringir direitos fundamentais com base em princípios é dizer que *o legislador penal somente pode restringir direitos fundamentais com base em bens jurídicos*.

Assim, é possível, a partir da teoria dos direitos fundamentais, fundamentar o princípio da proteção de bens jurídicos na estrutura normativa dos princípios que consagram os direitos fundamentais da liberdade de ação, liberdade de locomoção e imagem-atributo restringíveis pelo legislador penal.

3.8.3 Restrição da tutela penal a bens jurídicos derivados da Constituição

De uma maneira geral, as teorias rígidas/estritas estabeleciam a Constituição como único campo de extração de bens jurídicos devido ao fato da liberdade ser um valor/bem jurídico previsto na Constituição. Resumiam-se a uma questão qualitativa de decorrência topográfica: se a liberdade é um bem jurídico previsto na Constituição, somente bens jurídicos constitucionais poderiam justificar essa restrição.

³⁰⁶ ALEXY, Robert. Direitos individuais e bens coletivos. IN: ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso. Estudos para a filosofia do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, 183.

³⁰⁷ Só para ilustrar: “uma restrição só pode ser admitida *in concreto*, quando se constata um efetivo conflito entre bens jurídico-constitucionais (entre um direito fundamental e um interesse estatal ou difuso ou coletivo com lastro constitucional ou entre dois direitos fundamentais)” (DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 142).

Esta tese é correta, todavia a abordagem necessária para justificação deste fato era parcialmente desenvolvida. Ela só ganha completude e satisfatoriedade com a compreensão de que a liberdade é um princípio.

A previsão constitucional da liberdade de locomoção historicamente levou a visualizá-la como um direito fundamental do cidadão que impõe o dever de abstenção do Estado e vedações de intervenções indevidas. Caso se interprete, neste sentido, a sua topografia constitucional, não há nada que determine que o legislador infraconstitucional esteja vinculado ao conteúdo material da constituição para restringi-la.

O que há é somente uma imposição de racionalidade da intervenção de maneira a inadmitirem-se abusos. Não é por menos que, durante muito tempo, se considerou (e ainda se considera) a discricionariedade do legislador ilimitada, desde que não contrariasse as disposições constitucionais.

A situação se mostra totalmente diversa quando se admite que todo direito fundamental é estabelecido por princípios, que são dotados de força normativa. Se princípios são normas, estão eles igualmente sujeitos a questões de hierarquia normativa inerente ao ordenamento jurídico. Em decorrência disto, princípios constitucionais somente colidem com outros princípios constitucionais.

Assim, se pode atualizar a conclusão do tópico anterior da seguinte forma: falar que o legislador penal somente pode restringir direitos fundamentais com base em princípios constitucionais é dizer que *o legislador penal somente pode restringir direitos fundamentais com base em bens jurídicos constitucionais*.

3.8.4 Não-restrição da tutela penal à relevância constitucional e à natureza de direito fundamental

Alguns dos teóricos da teoria rígida/estrita adotam uma postura ainda mais restritiva, propugnando que o Direito Penal somente pode tutelar bens jurídicos do mesmo nível constitucional que a liberdade ou somente aqueles previstos em direitos fundamentais. Ambas as propostas se mostram incompatíveis com a teoria dos direitos fundamentais.

O nível ou importância constitucional de um princípio não é um fato irrelevante para a teoria dos direitos fundamentais, sendo útil a questão da ponderação/sopesamento de princípios.

A ponderação/sopesamento somente poder ser realizada diante de um caso concreto para poder se buscar as condições de precedência de um princípio em relação ao outro. Todavia, é admitida a realização de uma ponderação em abstrato entre dois princípios de maneira a se apurar qual dos princípios é mais relevante, independentemente do caso concreto.

O resultado dessa ponderação em abstrato, não configura, porém, uma resposta pré-estabelecida a todos os casos concretos. Por exemplo, se em uma ponderação em abstrato se conclui que a intimidade possui mais peso que a liberdade de imprensa, não significa que, necessariamente, todos os casos concretos em que houver uma colisão entre estes dois princípios, será conferida prevalência a intimidade.

A ponderação em abstrato somente estabelece uma precedência *prima facie* do princípio que for considerado mais importante, conferindo-lhe um peso inicial maior na ponderação em concreto, mas que poderá ser revertido diante da situação concreta enfrentada. Ou seja, não há precedências absolutas ou previamente estabelecidas.

Desta maneira, encontra-se o fundamento do equívoco da exigência de um bem jurídico de igual ou maior nível constitucional que a liberdade para o exercício da tutela penal. O fato de um bem jurídico possuir menor relevância que a liberdade não o torna previamente inapto. O que há é uma precedência *prima facie* a ele desfavorável, incrementando a exigência de peso para prevalecer em uma ponderação concreta.

Já a tese da restrição da tutela penal a bens jurídicos abarcados por direitos fundamentais se mostra equivocada por implicar na redução das consequências jurídicas dos princípios ao estabelecimento de direitos fundamentais, enquanto, em verdade eles também impõem a manutenção e produção de bens coletivos.

A expressão direitos fundamentais é correntemente utilizadas como sinônimo de norma de direitos fundamentais, que possuem estrutura normativa de princípios. Isto é justificado pela íntima conexão que reside entre essas categorias. Todavia, em sentido técnico, não há uma relação de coincidência. Todo direito fundamental é estabelecido por um princípio constitucional, já a recíproca não é verdadeira, princípios constitucionais não somente instituem direitos fundamentais.

Direitos fundamentais são direitos subjetivos, implicando no estabelecimento de uma relação entre dois sujeitos acerca de um determinado objeto. Há muitos princípios constitucionais que estabelecem direitos fundamentais, mas também são encontráveis princípios que não configuram relação de direito subjetivo alguma. São princípios que determinam a manutenção ou produção de um bem coletivo.

Tome-se de exemplo o princípio da separação dos poderes. Ele não confere a ente jurídico algum um direito subjetivo. Estabelece uma situação ideal que deve ao máximo ser buscada pelo Estado no desempenho de suas funções, mas ninguém tem o poder de exigí-la.

3.8.5 Inexistência de um catálogo fechado de bens jurídicos

A restrição da tutela penal a bens jurídicos constitucionais pode gerar temores de engessamento e desatualização do Direito Penal perante as demandas da realidade social, já que, por vezes, é interpretada como se o Direito Penal somente pudesse proteger valores expressamente trazidos nos texto constitucional.³⁰⁸

Uma interpretação nesta linha traria significativos problemas à teoria do bem jurídico quando se amparasse em Constituições que não são prolixas³⁰⁹ como a brasileira. Tome-se de exemplo a Constituição italiana de 1946. Ela não traz em seu bojo previsão referente à tutela jurídica da vida humana. Assim, não poderia o Direito Penal conferir proteção ao mais importante dos bens jurídicos.

Uma compreensão neste sentido é por demais radical e desarrazoada. Nem mesmo os teóricos da linha rígida/estrita sustentam tal tese, uma vez que admitem a possibilidade

³⁰⁸ “Argumenta-se, desde logo, que, em virtude do seu condicionamento histórico, podem as Constituições não contemplar um determinado interesse muito relevante em um determinado momento, mas que depois cobra um incontestável valor para a sobrevivência pacífica da sociedade” (GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal**. Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 421). Alertando em sentido semelhante, DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Lisboa, ano 4, fasc. 2, abr-jun 1994, pp. 166-169.

³⁰⁹ Constituições prolixas ou analíticas “são Constituições extensas que disciplinam longa e minuciosamente todas as particularidades ocorrentes e consideradas relevantes no momento para o Estado e para a Sociedade, definindo largamente os fins atribuídos ao Estado” (CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p. 122).

de se proteger bens implícitos na Constituição, e, até, mesmo bens não constitucionais que uma vez atingidos acarretem em um perigo de lesão a bens constitucionais.³¹⁰

A admissão de bens constitucionais implícitos e conexos a bens constitucionais, oportuniza uma abertura ao catálogo de bens jurídicos aptos à tutela penal, dando assim maior mobilidade ao legislador para construir um Direito Penal correspondente a realidade social. Todavia, ainda assim, apresenta problemas, em especial em relação a novos bens jurídicos dotados de relevância social, mas que podem não estar implícitos na Constituição ou conexos necessariamente a bens constitucionais.

Um exemplo disto é o caso do bem jurídico meio ambiente na ordem jurídica italiana. Segundo sustentam Dolcini-Marinucci³¹¹, a Constituição italiana (1946) é previa a explosão da questão ecológica, não o contemplando explícita ou implicitamente e, além disso, a “tutela de bens ambientais não está absolutamente subordinada, por regra, ao pôr-em-perigo de um bem constitucional, como a saúde”.

A teoria rígida/estrita com fundamento na teoria dos direitos fundamentais aqui desenvolvida igualmente apresenta uma abertura do catálogo de bens jurídicos constitucionais, mas dotada de pressupostos teóricos que permitem, inclusive, a contemplação de novos bens jurídicos, passando totalmente ilesa pelo problema acima exposto.

A compreensão de direitos fundamentais aqui exposta se filia a concepção formal-material destes.³¹² No ordenamento brasileiro, a adoção desta linha, mais do que ser uma opção teórica, é uma determinação expressa da Constituição. O rt. 5º, §2º consagra a abertura do catálogo, admitindo-se direitos fundamentais “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Esta abertura do catálogo não autoriza somente a descoberta de outros direitos fundamentais a partir daqueles já expressos, admitindo-se também que surjam da legislação internacional ou quando guardarem correspondência com o regime de direitos

³¹⁰ “Aos efeitos que aqui interessam, seu postulado fundamental é a afirmação do necessário caráter constitucional de um bem para que possa ser objeto de tutela penal. A relação do mesmo com a Carta pode ser «expressa», «implícita», ou através dos chamados «delitos-obstáculo», que permitem a proteção de um bem não constitucional, quando a lesão deste seja necessária e inequivocamente idónea para colocar em perigo um bem constitucional (por exemplo, os delitos contra segurança do tráfego em relação ao bem jurídico vida)”. GONZALEZ RUS, Juan José. Seminario sobre bien jurídico y reforma de la parte especial. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, Año 1982, tomo 35, fasc. 3, set-dez 1982, p. 706, nota 3.

³¹¹ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Lisboa, ano 4, fasc. 2, abr-jun 1994, p. 167.

³¹² Cf. item 3.3.

fundamentais e princípios fundamentais. Esta última hipótese permite sustentar o caráter de direito fundamental aos direitos que analogicamente sejam dotados de significância àqueles já estabelecidos.

Desta maneira, como novos direitos podem ser alçados à condição de fundamentais em virtude da normativa internacional ou da equivalência e pertença ao regime e princípios de direitos fundamentais, sempre haverá uma atualização da ordem jurídico-constitucional, oportunizando a contemplação de novos interesses.

Em consequência, uma teoria rígida/estrita com fundamentado na teoria dos direitos fundamentais fornece um catálogo de bens jurídicos constitucionais aptos a tutela penal nunca defasado. Além do mais, oferece também a vantagem de sempre conferir legitimidade política-jurídica constitucional aos novos bens jurídicos relevantes a realidade social, o que não conseguem as teorias flexíveis/abertas.

3.8.6 Princípio da intervenção mínima como decorrência da estrutura normativa dos princípios

A vinculação da teoria do bem jurídico penal à Constituição, sem sombra de dúvidas, representa um reforço da função crítica ou de garantia do bem jurídico penal, uma vez que fornece limites prévios a atuação do legislador na conformação do Direito Penal. Estes limites não são, porém, suficientes para conformar uma devida e racional tutela penal, independentemente da linha flexível/aberta ou rígida/estrita que se adote.

Isto ocorre porque somente se delimita, em medida mais ou menos ampla³¹³, o rol de bens jurídicos que são legítimos a serem tutelados pelo Direito Penal, mas não se determina quais necessariamente devem sê-lo. O legislador penal remanesceria, então, com um amplo espaço discricionário, podendo criminalizar a afetação de qualquer bem, desde que compatível (positivamente ou negativamente) com a Constituição. Assim, por exemplo, o Colégio Pedro II (art. 242, §2º) poderia ser objeto de uma incriminação legitimamente constitucional.

Algumas proposições teóricas costumam incrementar a concepção de bem jurídico com elementos para eliminar estes disparates. As teorias pessoais do bem jurídico, por

³¹³ Mesmo as teorias rígidas/estritas não conferem um rol restrito de bens jurídicos, em virtude da admissão de bens jurídicos constitucionais implícitos e/ou bens jurídicos conexos aos constitucionais.

exemplo, inserem no conceito bem jurídico penal elementos que o restrinja a interesses/dados/funções/valores vinculados ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Estes artifícios representam uma valiosa contribuição, mas ainda insuficiente. A saúde/integridade física é um bem jurídico essencial a personalidade humana. A criminalização do fumo, em virtude da sua lesividade a saúde, seria legítima?

Desta maneira, visando coibir excessos e irracionalidades, a doutrina penal costuma estabelecer referenciais adicionais externos à compreensão de bem jurídico para complementar os limites dela decorrentes. O principal e mais corrente deles é o denominado princípio da intervenção mínima/subsidiariedade/*ultima ratio*.

O caráter drástico da intervenção penal, dotada dos meios jurídicos mais onerosos e severos para os direitos e liberdade dos indivíduos, é uma questão histórica e recorrente em diversas compreensões e desenvolvimento da doutrina penal, em especial as reflexões sobre os objetos e balizadas da tutela penal.³¹⁴

Ela impõe, como um ideal de racionalidade – atualmente derivado do Estado Democrático de Direito –, que o Direito Penal seja utilizado na menor intensidade possível (intervenção mínima), funcionando como um instrumento de *ultima ratio* somente nos casos em que realmente haja necessidade da ordem jurídica apelar à privação da liberdade dos indivíduos (ou até a morte em alguns países). Neste sentido, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já consignava em seu art. 8º que “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias”.

De uma maneira geral, a doutrina penal concebe a aplicação do princípio da intervenção mínima como uma análise da *subsidiariedade* em relação a outros ramos jurídicos e de sua *adequação/idoneidade* para preservação dos bens jurídicos. Desta forma, o Direito Penal somente poderia atuar quando **a)** os outros jurídicos se mostrarem insuficientes para proteger um bem jurídico; e **b)** somente caso se mostre eficiente para suprir essa insuficiência.

Tais postulados se mostram irrefutáveis e impassíveis de serem ignorados por qualquer teoria penal. Uma teoria do bem jurídico com base na teoria dos direitos fundamentais não poderia ser diferente. Todavia, mais do que contemplar esta ideia, a teoria dos direitos fundamentais lhe fornece novos fundamentos – reforçando a sua justificação e impositividade – e complementação de conteúdo material – intensificando ainda mais os limites à atuação do legislador penal –.

³¹⁴ Veja-se, por exemplo, o tradicional fundamento das teorias rígidas/estrutas por exemplo (item 2.4.2).

Da mesma forma que o princípio da proteção de bens jurídicos, os postulados da intervenção mínima podem ser também extraídos da estrutura normativa dos princípios, fonte normativa dos direitos fundamentais da liberdade de ação, liberdade de locomoção e imagem-atributo. Se os princípios são mandamentos de otimização que impõe a maior realização de algo, é correto dizer que igualmente determinam a menor restrição de algo, a *intervenção mínima* de um bem jurídico.

Há, assim, mais do que um simples ideal do Estado Democrático de Direito, se trata a obrigação de mínima intervenção do legislador nos direitos fundamentais um imposição normativa do sistema normativo principiológico dele decorrente. Mais do que uma simples justificativa material, há uma justificativa normativa-formal-material.

Na dogmática dos direitos fundamentais, esta obrigação inerente de intervenção mínima se traduz na máxima da proporcionalidade. Como já exposto, quando se condiciona à realização de algo – e, conseqüentemente, à não restrição – às possibilidades fáticas e jurídicas, se firma a proporcionalidade como uma imposição da própria estrutura normativa dos princípios.

Note-se, inclusive, que o conteúdo aplicativo da intervenção mínima estabelece requisitos de necessidade e adequação para legitimidade da tutela penal, justamente as duas primeiras máximas da proporcionalidade, que representam as possibilidades fáticas. Tal fato não é mera coincidência, afinal, por vezes associam a intervenção mínima à máxima da proporcionalidade.³¹⁵

Infelizmente, porém, a doutrina penal somente utiliza a máxima da proporcionalidade como um instrumento retórico para referenciar as suas próprias compreensões estabelecidas sob a alcunha de intervenção mínima. Não explora devidamente a identidade que há entre essas duas categorias jurídicas.

O conteúdo material da máxima da proporcionalidade delineado pela doutrina dos direitos fundamentais é muito mais pujante do que aquele desenvolvido pela doutrina penal sob a alcunha de princípio da intervenção mínima. Há, assim, um fértil campo para uma intensificação da limitação e controle da atuação do legislador penal pouco desbravado pela doutrina penal.

³¹⁵ Em especial na doutrina portuguesa, uma vez que a própria Constituição abre espaço para uma imposição da máxima da proporcionalidade na restrição de direitos fundamentais ao estabelecer em seu art. 18º, 2: “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”. Veja-se, por exemplo, DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral**. Tomo I. Coimbra-São Paulo: Coimbra Editora – Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 128.

Desta maneira, se uma teoria do bem jurídico fundada na teoria dos direitos fundamentais já imporia o estudo da máxima da proporcionalidade por ser inerente à tutela penal de bens jurídicos, tal obrigação resta redobrada diante da possibilidade de um incremento da uma função crítica ou de garantia decorrente dos bens jurídicos penais.

4 A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

A ideia de proporção em si não é fruto das teorias dos direitos fundamentais. Mesmo em forma distinta do que hoje se entende por regra de proporcionalidade, é possível sustentar que ela sempre esteve manifesta no pensamento humano quando em busca por igualdade e justiça, podendo remetê-la, inclusive, à filosofia grega sobre a moral.

Assim, relata Willis Santiago Guerra Filho que entre os antigos gregos, a ideia que regia o seu comportamento dos indivíduos era uma noção de equilíbrio harmônico, que carregava em si uma ideia de proporcionalidade, “expressa pelas noções de *métron*, o padrão do justo, belo e bom, e de *hybris*, a extravagância dessa medida, fonte de sofrimento”.³¹⁶

Essas noções do “senso comum helênico” se formalizam na ética aristotélica, na qual o princípio de justiça é a igualdade.³¹⁷ Desta maneira, sustenta a ideia de justiça distributiva, que preside a distribuição de honras e dos bens e tem por fim obter que cada um receba a proporção adequada a seu mérito. “A justiça distributiva consiste em uma relação proporcional, que é definida como uma proporção geométrica”.³¹⁸

A filosofia da antiguidade trouxe influências ao Direito permeando de sua compreensão como “justa medida” – “ou justa proporção”.³¹⁹ Todavia, é com o nascimento do Estado de Direito³²⁰ e desenvolvimento do pensamento iluminista, com sua busca de limitação do poder do monarca, que a ideia de proporcionalidade encontrou um campo fértil para se desenvolver, mesmo que não de forma expressa. “O germe do

³¹⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 54.

³¹⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 54.

³¹⁸ REZEK NETO, Chade. **O princípio da proporcionalidade nos estado democrático de direito**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, p. 15.

³¹⁹ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 78.

³²⁰ “Um marco histórico para o surgimento desse tipo de formação política costuma-se apontar na *Magna Charta* inglesa, de 1215, na qual aparece com toda clareza manifesta a idéia acima referida, quando estabelece: “o homem livre não pode ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito”. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 57).

princípio da proporcionalidade, pois, foi a ideia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração”³²¹.

Inicialmente, a ideia de proporção esteve essencialmente vinculada a reflexões sobre a intensidade da sanção penal. Cesare Beccaria, expressamente consignava preocupações sobre a justa medida da pena em relação ao delito como consagração da justiça. Sustentava textualmente o Marquês de Beccaria que “deve haver uma proporção entre os delitos e as penas”³²².

Logo não tardou para ela permear outros ramos do direito público, em especial o Direito Administrativo (Direito de Polícia). Em 1791, Carl Suarez a propor que o Estado somente poderia restringir a liberdade natural de seus cidadãos através das normas de polícia “apenas para evitar um prejuízo de grandes proporções à sociedade civil, o qual se tema venha a ofender a consciência moral, ou então a esperança fundamental de que se pode alcançar uma vantagem considerável e duradoura para todos”.³²³ Aqui a devida proporção entre os fins e os meios começa a se revestir como um instrumento jurídico, uma “*medida* para as restrições administrativas da liberdade individual”³²⁴.

Ocorre que, somente com advento do Estado Democrático de Direito, a ideia de proporção começou a ganhar os contornos da categoria da máxima de proporcionalidade que hoje possui³²⁵, enquanto, simultaneamente, foi elevada a regra constitucional essencial³²⁶. Ganhou, também, espaço na jurisprudência das cortes constitucionais como critério para avaliar abusos e deficiência na atuação dos poderes públicos, notadamente do Poder Legislativo, em relação ao qual a máxima da proporcionalidade é utilizada intensamente no controle de constitucionalidade de seus atos³²⁷.

O marco essencial na jurisprudência se deu no fim da década de 50 quando o Tribunal Constitucional Federal alemão³²⁸, na busca de construção de um critério para

³²¹ BARROS, Suzana Toledo de. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 33.

³²² BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 50.

³²³ *Apud* GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 58.

³²⁴ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 266.

³²⁵ Até então não havia o que se chama hoje de máxima/princípio/regra da proporcionalidade. O que se quis destacar foram o pano de fundo e algumas compreensões que fomentaram o seu surgimento.

³²⁶ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 80.

³²⁷ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 46-47.

³²⁸ Neste sentido DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 159.

avaliar intervenções estatais que dificultavam o exercício de direitos fundamentais, começou a traçar as linhas gerais da máxima da proporcionalidade³²⁹. Em 1971, a evolução jurisprudencial desta corte culminou na primeira decisão em que encontra uma clara e precisa formulação do critério já com suas máximas parciais de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.³³⁰

Atualmente, a máxima da proporcionalidade é um dos mais essenciais capítulos da teoria dos direitos fundamentais, fazendo-se presença marcante tanto no plano doutrinário quanto jurisprudencial. Ela representa uma regra “empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais”³³¹.

4.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

A máxima da proporcionalidade é hoje amplamente utilizada em tribunais constitucionais da tradição do *civil law*, começando também a ser introduzido em países de tradição do *common law*, como a Inglaterra³³². É curioso notar que esta difundida

³²⁹ “No ano de 1955, o Estado da Bavária negou uma licença solicitada para o funcionamento de uma farmácia, por um emigrado da Alemanha Oriental, visto que a sua concessão somente seria possível, de acordo com a sua Lei, se estas se revelassem comercialmente viáveis e não causassem danos concorrenciais aos outros comerciantes.

O *Apothekenurteil* [julgamento das farmácias] caracterizou-se como uma decisão jurisprudencial clássica, em razão de ter definido as linhas básicas da concepção do princípio da proporcionalidade. Eles [magistrados do Tribunal Constitucional Federal alemão] entenderam que a função do Direito Fundamental é a proteção da liberdade individual e a competência do legislador para regular este direito deve ser exercida, observando-se primeiramente o interesse público. No seu entendimento, a restrição imposta por aquela Lei deveria ser absolutamente indispensável ao interesse público, decidindo que esta restrição, ao livre exercício do direito de profissão, não poderia ser fundamentada em razões de proteção à concorrência ou de natureza comercial” (REZEK NETO, Chade. **O princípio da proporcionalidade nos estado democrático de direito**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, p. 18)

³³⁰ Willis Santiago Guerra Filho traz a passagem da referida decisão: “O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental” (**Teoria Processual da Constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 66)

³³¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, nº 798, 2002, p. 25.

³³² Virgílio Afonso da Silva noticia que, a partir do *Human Rights Act* de 1998, “passou a haver um real interesse da doutrina jurídica inglesa na aplicação da regra da proporcionalidade, antes praticamente desconhecida na Inglaterra. Atualmente, discute-se qual o papel que a regra da proporcionalidade deverá desempenhar ao lado do princípio da irrazoabilidade ou, até mesmo, se aquela deverá substituir este”. (O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, nº 798, 2002, pp. 30-31)

aplicação nas cortes supremas não é fundamentada em uma previsão constitucional expressa sobre a proporcionalidade, uma vez que em nenhum destes países há dito preceito³³³.

Desta maneira, visando ancorar suas decisões em alguma base legal-constitucional, começaram a surgir em algumas dessas cortes uma diversidade de decisões que propuseram fundamentações indiretas à proporcionalidade. Basicamente, tomam como referência alguns dispositivos que consagram princípios gerais do ordenamento dos quais é possível inferir um dever de limitar as intervenções estatais.

Um bom exemplo disto é o Tribunal Constitucional espanhol. Nele se encontram decisões que assumem fundamentações diversas a partir de alguns dispositivos constitucionais como o valor justiça do art. 1.1, o princípio do Estado de Direito³³⁴ também do art. 1.1 ou o princípio de interdição da arbitrariedade do art. 9.3, todos da Constituição espanhola^{335 336}.

No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal muitas vezes não dedica atenção à questão, assumindo uma postura na qual o fundamento seria pressuposto. Nas oportunidades que se debruçou sobre a questão, o Pretório Excelso fundamentou indiretamente a proporcionalidade no art. 5º, LIV, CF³³⁷, consagrador do devido processo

³³³ Há quem sustente, como Willis Santiago Guerra Filho (**Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 6. ed. São Paulo: RSR Editora, 2009, pp. 89-90), que a Constituição Portuguesa trouxe uma previsão expressa da proporcionalidade em seu artigo 18/2, com o seguinte teor: “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”. É bem verdade que seu conteúdo tem íntima relação com a proporcionalidade, mas é antes um dispositivo que estabelece condição de restringibilidade dos direitos fundamentais, da qual a proporcionalidade é o critério apontado pela doutrina para avaliação de seu preenchimento.

³³⁴ Linha também encontrável no Tribunal Constitucional Federal alemão. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos Direitos Fundamentais. IN: MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 357.

³³⁵ Art. 1.1. Espanha se constitui em um Estado social e democrático de Direito, que propugna como valores superiores de seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo jurídico.

Art. 9.3. A Constituição garante o princípio de legalidade, a hierarquia normativa, a publicidade das normas, a irretroatividade das disposições sancionadoras não favoráveis ou restritivas de direitos individuais, a segurança jurídica, a responsabilidade e a interdição da arbitrariedade dos poderes públicos.

³³⁶ Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 605-611.

³³⁷ Art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

legal, em uma postura de equiparação da proporcionalidade com a razoabilidade³³⁸, já que o devido processo legal substancial é fundamento desta última.³³⁹

Diante deste desdém, ficou essencialmente a cargo da doutrina constitucional pátria a busca por um suposto dispositivo constitucional que se prestasse a essa função de alicerce. Surgiram inúmeras propostas³⁴⁰, ganhando maior destaque aquelas que extraem a máxima da proporcionalidade do art. 1º, *caput*, CF³⁴¹ (princípio do Estado Democrático de Direito), e do art. 5, §2º, CF (cláusula de não taxatividade dos direitos fundamentais)^{342 343}.

Em que pese este laborioso esforço desta parcela da doutrina pátria, há uma linha que reputa, acertadamente, “que a busca por uma fundamentação jurídico-positiva da regra da proporcionalidade é uma busca fadada a ser infrutífera”³⁴⁴, havendo um “desacerto doutrinário em querer buscar um fundamento positivo do chamado princípio da proporcionalidade no texto constitucional dedução dos direitos ou dos princípios fundamentais, p. ex.)”³⁴⁵.

Como afirma Virgílio Afonso da Silva, alguns dos variados dispositivos constitucionais trazidos pela doutrina acarretam no dever de se controlar os abusos nas atividades do poder público, mas não impõem que o referido controle seja exercido através da proporcionalidade. Filiando-se ao entendimento elaborado por Robert Alexy³⁴⁶, este grupo de doutrinadores afirma que a imposição de utilização da proporcionalidade é

³³⁸ Como se verá no item X.X, trata-se de uma posição equivocada, pois proporcionalidade e razoabilidade são categorias jurídicas distintas.

³³⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, nº 798, 2002, p. 43.

³⁴⁰ Virgílio Afonso da Silva relata a existência de propostas que fundamentam a aplicação da proporcionalidade os artigos 5º, II (legalidade), 5º, XXXV, (inafastabilidade do controle jurisdicional), 1º, *caput* (princípio republicano), 1º, II (cidadania), 1º, III (dignidade). São ainda citados os institutos do habeas corpus (art. 5º, LXVIII), mandado de segurança (artigo 5º, LXIX), habeas data (artigo 5º, LXII), assim como o direito de petição (artigo 5º, XXXIV, a). (O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, nº 798, 2002, p. 43)

³⁴¹ Nesta linha, dentre outros, BARROS, Suzana Toledo de. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 96.

³⁴² Neste sentido, por exemplo, GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 6. ed. São Paulo: RSR Editora, 2009, p. 90.

³⁴³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos.
Art. 5º, §2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

³⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, nº 798, 2002, p. 44.

³⁴⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, Ano I, Vol. I, nº 4, jul./2001, pp. 12-13.

³⁴⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117.

uma “implicação lógica da estrutura das normas”³⁴⁷ de direitos fundamentais: a estrutura normativa dos princípios como mandamentos de otimização. (Esta relação será devidamente demonstrada no tópico seguinte).

Desta maneira, a fundamentação constitucional da máxima da proporcionalidade não deriva de dispositivo algum do texto constitucional, sendo extraível das próprias normas de direitos fundamentais que são dotadas de óbvia natureza constitucional, inclusive positivamente consagrada – mas não a torna dela dependente – no art. 5º, §2º, CF.

4.2 PROPORCIONALIDADE E A TEORIA DOS PRINCÍPIOS

O cerne do vínculo umbilical existente entre os direitos fundamentais e a proporcionalidade, sem sobra de dúvidas, é a teoria dos princípios, na linha teórica construída por Robert Alexy, opção aqui adotada. A premissa básica desta relação foi declarada, inclusive, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, ao dizer que a proporcionalidade decorre, “no fundo, já da própria essência dos direitos fundamentais”. Com a devida transposição para a dogmática, esta afirmação significa que a máxima da proporcionalidade – com suas máximas parciais de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – é derivada da natureza estrutural dos princípios.³⁴⁸

Conforme visto, os direitos fundamentais são criados através de normas com estrutura de princípios. Os princípios são mandamentos de otimização; são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível dentro as possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Ao se dizer que os princípios devem ser realizados “dentro as possibilidades jurídicas e fáticas” quer se dizer que eles devem ser realizados de acordo com a máxima da proporcionalidade.

As possibilidades jurídicas que condicionam os princípios são, basicamente, a questão da colisão do princípio com os demais. A realização dessa norma depende da análise dos princípios que são antagônicos a ela, impondo a sua relativização. Desta maneira, para se determinar o máximo de realização do princípio é necessária a

³⁴⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, Ano I, Vol. I, nº 4, jul./2001, pp. 13.

³⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117.

ponderação com os demais princípios envolvidos no mesmo âmbito de regulação. Ou seja, a realização de um princípio é dependente da ponderação, e daqui decorre a última máxima parcial da proporcionalidade: a proporcionalidade em sentido estrito.

As duas outras máximas parciais da proporcionalidade, a adequação e a necessidade, decorrem, por sua vez, do condicionamento da realização dos princípios às possibilidades fáticas. A extensão do conteúdo de um princípio, diante de um caso concreto, somente pode ser determinado – e assim se extrair um direito definitivo – mediante a análise da adequação da medida adotada para o fomento da realização do objetivo perseguido pelo princípio e da existência de outras medidas menos gravosas a outros princípios.

Assim, a partir da compreensão das normas que possuem estrutura de princípios, se pode extrair e fundamentar a existência da máxima da proporcionalidade como requisito da realização do mandamento de otimização diante de um caso concreto. Fato este que permite justificar a sua utilização da máxima da proporcionalidade em diversos âmbitos da teoria dos direitos fundamentais, em especial nos tópicos da determinação da extensão de conteúdo dos direitos fundamentais (transição de um direito *prima facie* abstrato a um direito definitivo no caso concreto), da colisão entre esses direitos e da possibilidade de sua restrição normativa.

4.3 PROPORCIONALIDADE: REGRA OU PRINCÍPIO?

Falar em máxima da proporcionalidade e teoria dos princípios implica também em debater, a partir da classificação normativa por esta última estabelecida, qual é natureza da primeira: ela é uma regra ou um princípio? Partindo-se de uma leitura perfunctória da doutrina e da jurisprudência, parece que esta resposta é simples e óbvia: proporcionalidade é um princípio.

É corrente nos livros e nas decisões judiciais o uso da expressão “princípio da proporcionalidade”. Tal postura é perfeitamente compreensível ao se lembrar que no Brasil há, ainda, um forte apego a uma distinção entre princípios e regras de acordo com o grau de importância destes no ordenamento. Ciente disto, mais do que natural que a

proporcionalidade – como uma das categorias primordiais do controle de normas jurídicas – figurasse como um princípio.

Todavia, como é consabido, a distinção de acordo com o grau – de importância, abstratividade, generalidade etc – não representa um critério que permite uma eficiente separação e identificação de cada espécie normativa. Muito mais apropriada se faz uma distinção qualitativa, que permite identificar regras e princípios a partir da estrutura normativa própria de cada um, exurgindo a proposta de Alexy – que as distingue entre mandados definitivos e mandados de otimização, respectivamente – a principal linha teórica neste sentido.

Assim, a teoria dos princípios de Alexy – adotada neste trabalho – implica em uma revisão da natureza normativa da máxima da proporcionalidade, devendo esta resposta fixar-se em seus caracteres estruturais.

Caso a proporcionalidade realmente seja um princípio, deve ela se configurar como um mandado de otimização, podendo ser realizada em menor ou maior grau nas situações concretas. Haveria, então, casos em que a proporcionalidade incidiria em magnitude diversificada se comparada com outros casos, uma vez que a extensão de seu conteúdo diante de outros princípios. Em outras linhas, se poderia dizer que a proporcionalidade, como princípio, está sujeita a sopesamento em uma situação concreta.

Tal raciocínio se mostra totalmente incoerente, pois a proporcionalidade é aplicada de forma constante, não havendo variação alguma nos seus efeitos.³⁴⁹ Não há uma realização em “maior ou menor” medida; a realização é invariável. O que implica dizer que as possibilidades fáticas e jurídicas em nada interferem na extensão de seu conteúdo. Não é imperativo se analisar a adequação e necessidade de sua aplicação, já sendo pressuposta a toda aplicação de princípios devido à própria estrutura destes. Nem há de se cogitar a colisão com outros princípios, não estando sujeito a sopesamentos.³⁵⁰

Princípio não sendo, há de se perguntar se a proporcionalidade seria uma regra, caso não, terceiro gênero a ser delimitado. O próprio Robert Alexy responde a questão em favor da classificação como regra, negando expressamente a sua condição de princípio:

A máxima da proporcionalidade é com frequência denominada “princípio da proporcionalidade”. Nesse caso, no entanto, não se trata de um

³⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, nº 798, 2002, p. 26.

³⁵⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, Ano I, Vol. I, nº 4, jul/2001, pp. 23-24.

princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras.³⁵¹

Não devem restar dúvidas que a máxima de proporcionalidade constitui uma regra, abarcando suas máximas parciais mandamentos definitivos, que são aplicados de forma binária – sim ou não –, nunca sendo relativizados. Mais precisamente, se pode dizer que a proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação dos princípios³⁵², especialmente quando a realização de um princípio representa uma restrição de um direito fundamental.

Todavia, ainda assim, há autores que, mesmo conscientes da distinção qualitativa entre regras e princípios, insistem em conferir a natureza de princípio à máxima da proporcionalidade. O maior exemplo é Willis Santiago Guerra Filho, quem põe em xeque o caráter de regra, questionando, inclusive, a interpretação da passagem acima de Alexy como filiada a este posicionamento. Segundo o professor cearense, a proporcionalidade deve ser considerada princípio, “pois não poderia ser uma regra o princípio que é a própria expressão da peculiaridade maior deste último em relação à primeira”³⁵³.

Esta argumentação não consegue prosperar, pois em momento algum se atrela à natureza da estrutura normativa, critério determinante da distinção entre regra e princípios. Além do mais traz uma compreensão ainda apegada à distinção conforme o grau de importância das normas. Veja-se o argumento: a proporcionalidade não poderia ser regra, porque, em outras palavras, uma espécie normativa de grau inferior (regra) não pode ser justamente o elemento que determina o grau superior de outra espécie normativa (princípio).

³⁵¹ Diferente do que aponta Ávila, ao dizer que Alexy, “sem o enquadrar noutra categoria, exclui-o com razão do âmbito dos princípios”. (ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, Ano I, Vol. I, nº 4, jul/2001, p. 24)

³⁵² Ávila também confere à proporcionalidade o caráter diretivo de interpretação e aplicação dos princípios, mas não por isso confere a natureza de regra, mas sim de um terceiro gênero normativo: os postulados normativos. São eles “normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas”. ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 122).

³⁵³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 6. ed. São Paulo: RSR Editora, 2009, p. 84. Filiado também a esta linha, ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Princípio da proporcionalidade: significado e aplicação prática**. Campinas: Copola, 2002, pp. 48-49.

4.4 ELEMENTOS DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

Ao derivar a máxima da proporcionalidade à estrutura normativa dos princípios, se estabeleceu a premissa de que ela corresponde a análise das possibilidades fáticas e jurídicas de realização de um princípio. Assim, a aplicação de normas com estrutura de princípios sempre demanda uma avaliação da medida normativa que busca realizar o princípio em face da simultânea restrição de outro(s) princípio(s), devendo-se apurar os três elementos da proporcionalidade: a adequação e a necessidade (possibilidades fáticas), e a proporcionalidade em sentido estrito (possibilidades jurídicas).

Assim, toda medida normativa que representa a restrição de direitos fundamentais – entenda-se de normas princípios consagradoras de direitos fundamentais – deve ser submetida às três máximas parciais da proporcionalidade para que seja considerada válida e conseqüentemente revestir de legalidade a intervenção em um direito fundamental, caso contrário tal ato é passível de controle de validade, como ocorre no controle de constitucionalidade de medidas legislativas.

Estas três máximas parciais já foram apontadas e brevemente delineadas em um momento posterior³⁵⁴. A adequação corresponde ao caráter apropriado de uma medida para realização ou fomento à realização de um objetivo ou fim derivado ou idêntico ao mandado de otimização. A necessidade implica em que o meio escolhido deve ser necessariamente menos oneroso entre os meios disponíveis. A proporcionalidade em sentido estrito impõe que a realização de um princípio justifique a restrição.

Tais compreensões permitem ter uma ideia geral do que corresponde cada máxima parcial, mas estão muito distantes de demonstrarem como funcionam e são operadas. O que é uma medida adequada ou apropriada? O que determina que ela seja menos onerosa, e, conseqüentemente, necessária? Como se apura o binômio realização-restrição e quando há uma preponderância do primeiro? São perguntas que já indicam a necessidade de se depurar melhor o conteúdo de cada uma dessas máximas parciais para a sua devida utilização.

Antes de nelas adentrar, é preciso se prestar dois esclarecimentos quanto ao número de elementos e sua devida seqüência de análise.

³⁵⁴ Cf. item 4.3.

Como já se pode perceber, está se partindo aqui de uma teoria ternária dos elementos da máxima da proporcionalidade, porém, cumpre ressaltar, que esta não existe somente essa linha teórica. É bem verdade que a compreensão da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito é dominante na doutrina e jurisprudência, mas existem linhas diversas, como, por exemplo, a que tece ferrenhas críticas ao subjetivismo da técnica de ponderação³⁵⁵ e, por isto, abnegadora da proporcionalidade em sentido estrito em uma visão binária (necessidade e adequação).³⁵⁶

Além disto, também é importante saber que estas três máximas parciais não estão ordenadas de forma aleatória, representando estágios subsidiários. Eles funcionam como filtros sucessivos e interdependentes. Somente há avaliação da necessidade da medida caso ela seja adequada, e, por conseguinte, só há averiguação da proporcionalidade em sentido estrito caso haja adequação e necessidade.

4.4.1 Adequação

A máxima parcial da adequação, ou conformidade, representa a primeira etapa da avaliação da proporcionalidade de um ato do poder público restritivo de direitos fundamentais. Diferentemente das etapas que se seguirão, ela ignora, por enquanto, o impacto decorrente deste ato em outros direitos fundamentais, focando exclusivamente nos benefícios que se busca trazer com a medida.

Corresponde o exame da adequação à apuração da causalidade empírica de um determinada medida estatal em realizar ou fomentar um objetivo decorrente de uma princípio de direito fundamental. “Todos os meios empregados pelo Estado e que não implicarem essa conexão empiricamente comprovável são considerados desproporcionais e, por via de consequência, inconstitucionais”³⁵⁷.³⁵⁸

³⁵⁵ Esta linha crítica é seguida no Brasil por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (**Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 201-209) e fundará inclusive o tópico em que se exporá a crítica a proporcionalidade em sentido estrito (item 4.5.4).

³⁵⁶ Além da proposta binária, reporta Virgílio Afonso uma linha de quatro estágios, encontrável em autores que analisam a aplicação da proporcionalidade na Corte Europeia de Direitos Humanos. Nela há um estágio prévio aos três mencionados: a legitimidade dos fins que a medida questionada pretende atingir. (SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, nº 798, 2002, p. 36)

³⁵⁷ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 186. Esta afirmação é feita com base na compreensão dos

É fundamental aqui precisar mais a expressão “realizar ou fomentar um objetivo” para uma melhor compreensão da definição da adequação sustentada, uma vez que há certas variações e até mesmos divergência sobre o conceito.

4.4.1.1 Realização e fomento de um objetivo

Inicialmente, veja-se a parte verbal alternativa: “realizar ou fomentar”. Destaca-se que um ato do poder público, sob o prisma da proporcionalidade, será adequada não somente se realizar o objetivo visado. A proposta aqui não é tão exigente, sendo também consideradas adequadas as medidas que simplesmente fomentam dito objetivo. Desta maneira, “uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido”³⁵⁹.

A análise da relação entre a medida (meio) e o objetivo (fim) não pode se restringir à aptidão da primeira em *atingir, realizar* ou *alcançar* do segundo pela primeira, como se poderia equivocadamente entender em passagens de alguns doutrinadores³⁶⁰. Tal postura traz complicações práticas, até porque muitas vezes uma medida dependerá de questões outras para alcançar o fim pretendido.³⁶¹

autores sobre a adequação que próxima à utilizada nesta obra, mas que coloca séria ênfase na comprovação do liame causal entre o meio adotado e o fim pretendido: “Adequado será um meio se houver uma conexão fundada em hipóteses comprovadas sobre a realidade empírica entre o estado de coisas conseguido pela intervenção e o estado de coisas no qual o propósito puder ser considerado realizado” (*Ibidem*, p. 186)

³⁵⁸ A decretação de invalidade de um ato pelo fato de ser desproporcional não é devida unicamente pelo descumprimento da regra da proporcionalidade em si. Acontece que um ato desproporcional representa uma restrição indevida em um direito fundamental.

³⁵⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, nº 798, 2002, p. 38.

³⁶⁰ “O subprincípio da adequação preconiza que a medida administrativa ou legislativa emanada do Poder Público deve ser apta para o atingimento dos fins que a inspiram” (SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 87). “A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim” (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 165). “O Tribunal Constitucional [Alemão] explicitou, posteriormente, que (...) ‘O meio adequado se, com sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado’” (MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos Direitos Fundamentais. IN: MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 364)

³⁶¹ Em igual sentido SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 170.

Um exemplo ilustrativo é a criminalização do aborto com o fim de proteção à vida intrauterina. Ela sozinha não inibe assassinatos, dependendo da eficiência do sistema penal e da atividade policial para efetivamente intimidar os indivíduos. Não é possível afirmar que ela efetivamente protege a vida, mas a colaboração com este fim é inquestionável.

E se houver dúvida também em realização de um efetivo fomento do objetivo, como fica a configuração da adequação? A resposta é simples: há um mínimo respeito à competência conferida ao sujeito interventor e uma presunção de validade de seus atos. Considera-se adequada a medida mesmo que duvidosa a sua efetividade. Pensar o contrário é minar excessivamente a credibilidade do poder público. O legislador, o administrador e o magistrado receberam suas respectivas funções por presumirem-se aptos para tanto, estendendo-se, igualmente, tal presunção de aptidão a seus atos. Caso a análise da adequação seja realizada pelo Judiciário em relação a atos dos demais poderes, ignorar tal presunção é, também, sobrepujar o princípio da separação dos Poderes.³⁶²

Assim, incrementando o primeiro parágrafo deste tópico, deve concluir-se que uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização *evidentemente* não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido.³⁶³

4.4.1.2 Delimitação dos objetivos passíveis de avaliação da adequação

Uma vez sedimentada a devida compreensão da parte verbal do conceito, é imperioso, agora, prestar alguns esclarecimentos quanto a seu objeto direto, aquilo que é realizado ou fomentado: o “objetivo”, também exposto como fim ou finalidade. Essa é uma questão de fundamental relevância para uma devida análise da adequação, mas é, por vezes, negligenciada em abordagens sobre o tema.

³⁶² ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 170.

³⁶³ Com igual entendimento, BARROS, Suzana Toledo de. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996; ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 170; BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 737.

Dentre aqueles que se debruçam sobre o problema de definir qual é a espécie de objetivos ou finalidades passíveis de fundar medidas restritivas de direitos fundamentais, há um setor doutrinário que sustenta uma compreensão ampla na qual é possível a adoção de qualquer finalidade desde que não esteja vedada juridicamente.³⁶⁴ Desta maneira, não pode o Legislativo assumir finalidades defesas pela Constituição, e o Administrativo e Judiciário, além destas, aquelas proibidas por lei.

Desta maneira, tomando um exemplo real trazido por George Marmelstein, é *prima facie* inadequada uma norma municipal que proibisse a concessão de moradia à indivíduos homossexuais com escopo em “construir ‘um ambiente familiar edificante’ e uma sociedade formada por trabalhadores ‘com punhos firmes’”. Diante da vedação constitucional de discriminações de qualquer espécie (art. 3º, IV, CF³⁶⁵), esta finalidade não é passível de fundar uma restrição a um direito fundamental.³⁶⁶

Tal proposta está inegavelmente conforme o Direito positivo pátrio, mas ainda assim não é a linha ideal, pois ignora completamente a relação existente entre a restrição de direitos fundamentais e a natureza estrutural normativa dos princípios, firmada com base na teoria externa da restringibilidade. Além do mais, é justamente o fato da máxima proporcionalidade ser derivada da natureza dos princípios que implicará em sua utilização na análise de medidas restritivas de direitos fundamentais.

Como visto alhures, para que um direito fundamental *prima facie* garantido por um princípio tenha sua extensão delimitada em uma situação concreta – o que importa uma restrição do seu conteúdo a priori amplo – é necessária a apuração da sua colisão com direitos individuais e bens coletivos garantidos por outros princípios, afinal princípios somente colidem com princípios.

Em consequência disto, chega-se a conclusão de que, devido à natureza estrutural dos princípios, toda restrição de um direito fundamental deve necessariamente ser

³⁶⁴ Neste sentido, BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 696-706; DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 180-183; MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 379.

³⁶⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³⁶⁶ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 379. “Em 2 dezembro de 2003, o Prefeito Municipal de Bocaiúva do Sul (PR) publicou um decreto determinando o seguinte: ‘fica vedada a concessão de moradia e permanência fixa de qualquer elemento ligado a esta classe (homossexuais) que não trará qualquer natureza de benefícios a este município. Isto para a preservação do respeito a um ambiente familiar edificante’” (*ibidem*, p. 379, nota 19)

sustentada por um direito individual ou um bem coletivo. Por traz de todo direito fundamental há uma norma com natureza de princípio da qual emana que somente ser relativizada – ou seja, restringida – por outro princípio.

Partindo-se dessa base teórica somente se pode concluir que os objetivos ou finalidades almejados com o ato do poder público devem estar adstritos a direitos individuais fundamentais ou bens coletivos consagrados por princípios, que devem ser de natureza constitucional, mesma hierarquia dos direitos fundamentais restringidos. Em linhas mais práticas: deve a medida realizar ou fomentar algum objetivo que é requerido pelo princípio constitucional ou, até mesmo, idêntico a ele³⁶⁷.

A primeira vista, pode se ter a impressão que a tese de que somente os princípios constitucionais figuram como fundamento das intervenções confere diminuto espaço para intervenções em direitos fundamentais. No tocante a atuação do Legislativo, poder-se-ia sustentar, inclusive, que ela implica em uma redução do princípio democrático. Não seria dotado o legislador de competência para determinar objetivos próprios. “Enquanto o Constituinte é proclamado como o senhor dos fins, o Parlamento se degrada à categoria de servo dos meios”³⁶⁸.

Uma interpretação neste sentido peca pelo exagero. Certamente que a opção de vinculação a princípios constitucionais é menos ampla que àquela que confere discricionariedade de escolha de objetivos desde que não sejam vedados pelo ordenamento. Isto é fato. Mas por outro lado é completamente equivocada a afirmação de que o legislador perderia sua liberdade de atuação, tornando-se “servo dos meios”.

Primeiro, porque os princípios não trazem expressa e estritamente quais são os seus mandamentos de otimização para extração dos objetivos, havendo ampla margem interpretativa para o legislador propor fins e objetivos a seguir. Segundo, que não se exige que o objetivo seja estritamente um princípio constitucional, admitindo-se objetivos derivados que seriam requeridos pelo princípio para sua realização, o que amplia ainda mais o campo interpretativo naturalmente fornecido pelos princípios.

A proposta não é atar as mãos do legislador, mas somente substituir a limitação negativa de sua atuação nata do Estado de Direito pela limitação positiva característica do Estado Democrático de Direito consubstanciada no fenômeno da constitucionalização dos

³⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 120.

³⁶⁸ BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 698.

direitos. Fixa-se aqui um marco de legalidade constitucional para o legislador. Ele somente deve atuar amparado pela Constituição de 1988, concretizando-a.

4.4.1.3 Aplicação prática

Em termos práticos, a análise da adequação de uma medida é uma avaliação da relação de causalidade desta (meio) e o objetivo almejado (fim) do ponto de vista empírico, baseado no conhecimento científico ou convicções sociais aceitas de maneira geral³⁶⁹. Além disto, deve se ater somente a questões fáticas, sendo irrelevantes, neste momento, questões de ordem axiológica. Pouco importa se o meio é o melhor ou o pior para se perseguir tal fim, bastando que ele simplesmente traga hipoteticamente alguma causalidade fática para consecução do objetivo estabelecido.³⁷⁰

Como visto anteriormente, este não é um teste rigoroso, não se exigindo plena e efetiva realização do objetivo. É suficiente para sua caracterização a existência de uma plausibilidade em uma hipotética capacidade de contribuição para o desenvolvimento do fim, mesmo que seja somente fomentando-o. Somente não há adequação, repita-se, se a medida evidentemente em nada contribuir para o fomento ou realização do objetivo.

Virgílio Afonso da Silva ilustra a análise da adequação a partir de julgamentos do Supremo Tribunal Federal³⁷¹. Tome-se um de exemplo a ADIn 855-2, cujo objeto era uma lei do Estado Paraná que determinava a pesagem, diante dos consumidores, de botijões de gás adquiridos bem como os devolvidos. Assim se a variação do volume dos botijões novos e as sobras dos botijões devolvidos, deveriam ser ressarcidas ao consumidor.

Trata-se de uma medida do Legislativo paranaense que interferia na liberdade de exercício profissional das empresas comerciantes de gás liquefeito de petróleo (GLP) visando exercer a proteção do consumidor, objetivo de evidente cunho constitucional (art.

³⁶⁹ BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 733.

³⁷⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 166.

³⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, nº 798, 2002, p. 39. Destaque-se que o STF, em que pese ter julgado o referido caso declaradamente com base na máxima da proporcionalidade, não realizou análise detida das máximas parciais da adequação ou necessidade.

5º, XXXII³⁷²). Essa medida pode ser criticada por ter dificultosa viabilidade prática, pois as balanças de precisão necessárias para pesagem são frágeis e com o constante deslocamento facilmente desregulariam. Mas com a devida manutenção, é inegável que, mesmo dificultosa, vem a proteger o consumidor evitando com lhe sejam vendidos botijões com um volume menor de gás.³⁷³

Em termos práticos, o baixo rigor do exame da adequação, combinado com a presunção de adequação no caso de dúvidas, importará em uma pequena probabilidade de se atestar medidas inadequadas. Todavia, isto não torna impossível a formulação de exemplos nos quais atos estatais se mostrem inadequados. O citado decreto municipal que restringiu a concessão de moradia a homossexuais demonstra isto.

O mencionado ato do executivo municipal de Bocaiúva do Sul (PR) estabelecia uma restrição ligada ao direito fundamental à moradia em sentido de sua prestação positiva. O decreto declarava textualmente como sua finalidade a “preservação do respeito a um ambiente familiar edificante”, ou seja, à proteção a família, princípio fundamental do Estado brasileiro (art. 226, CF³⁷⁴).

Independentemente da vedação constitucional ao preconceito sexual, tal medida não consegue superar o teste da adequação, se mostrando totalmente desconforme com o fim que almeja. A um que carece de demonstração que homossexualidade seja prejudicial ao caráter construtivo de um ambiente familiar. A dois que, mesmo que prejudicialidade houvesse, a não-concessão de moradia a famílias homossexuais não obstaculiza ou extingue a união familiar de indivíduos do mesmo sexo que poderá plenamente ser em outras moradias que não sejam as concedidas pela prefeitura.

Da mesma maneira, carece de adequação uma decisão de um juiz que decrete a quebra de sigilo bancário, por pedido da autoridade policial, de um indiciado em uma investigação de um crime de estupro para saber o quanto ele detém em conta corrente. A medida restritiva de direito fundamental (proteção da intimidade) não realiza nem fomenta o objetivo de elucidação de crimes (princípio de operacionalidade do direito penal).

³⁷² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

³⁷³ No mesmo sentido, SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, nº 798, 2002, p. 39. Já o STF não entendeu dessa maneira. Considerou desproporcional a medida por ser mostrar inadequada a proteção do consumidor diante da possibilidade de desregulação das balanças e do trabalho que daria ao consumidor para acompanhar a pesagem no caminhão.

³⁷⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Situação diferente é se o pedido fosse fundado na suspeita de que o suspeito realizou um saque em horário próximo ao do crime e na região do motel onde ocorreu.³⁷⁵

4.4.2 Necessidade

Uma vez exitosa no exame da adequação, a medida considerada apta a realizar ou fomentar o objetivo proposto deve, em um segundo estágio, ser avaliada quanto à restringibilidade dos direitos fundamentais para que efetivamente seja proporcional. Isto porque o exame da adequação não se ocupa em analisar as desvantagens da adoção de dita medida, considerando adequadas medidas fortemente repressoras de direitos fundamentais quando guardem pertinência com o fim almejado.

De acordo com a adequação, estabelecer a pena de morte para todos os delitos é, sem sombra de dúvidas, uma medida adequada para se garantir à segurança pública. Todavia, se pode dizer que ela é, por isso, uma medida proporcional? A resposta é intuitivamente negativa, pois como afirmou o publicista Walter Jellinek, “não se abatem pássaros com canhões”³⁷⁶.

Neste sentido, visando evitar excessivas ingerências por parte das intervenções estatais surge a máxima parcial da necessidade, ou exigibilidade. Ela determina que uma medida do poder público somente será considerada “necessária caso o objetivo perseguido não possa ser promovido, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”^{377 378}.

³⁷⁵ Exemplo de George Marmalstein com algumas modificações. MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 379.

³⁷⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 380 e SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 77

³⁷⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, nº 798, 2002, p.

³⁷⁸ Há autores que apontam que a máxima parcial da necessidade é fruto da teoria econômica do Estado de Bem Estar Social. Ela é associada ao princípio de eficiência de Pareto e/ou do. O primeiro estabelece que “uma situação é eficiente quando não se pode operar nenhuma mudança possível que melhore a posição de alguém, sem desmelhorar a posição de outro”. Há quem prefira vinculá-la ao critério Kaldor-Hicks: “uma decisão, mediante a qual se afeta pelo menos a uma pessoa, deve ser executada se é possível compensar os prejuízos que se causa aos afetados com os ganhos que obtêm os favorecidos”. (BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 741). O critério Kaldor-Hicks parece mais apropriado à proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que sopesa os ganhos com os prejuízos.

Ao se falar de necessidade ou exigibilidade não se quer atestar que a medida tomada tenha algum caráter de urgência ou de imperatividade. Impositiva é, na verdade, a eleição desta medida dentre outras igualmente adequadas. Assim, a adjetivação de *necessária* é fruto de um teste comparativo. Em um rol de medidas adequadas, deve ser *necessariamente* adotada aquela que menos onerar direitos fundamentais³⁷⁹. Se ela é justamente aquela que é o atual objeto da avaliação da máxima de proporcionalidade, obteve, então, êxito no exame da necessidade, passando para a próxima etapa. Caso não, será considerada desproporcional e, conseqüentemente, inválida.

Em linhas sintéticas a investigação da necessidade se resume a avaliação da medida *menos onerosa* a direitos fundamentais dentre àquelas *igualmente adequadas*. Esta compreensão evidencia que há duas questões chaves que conformam suas etapas de sua realização: **a)** a identificação de medidas alternativas que igualmente promovem o fim visado (exame de igualdade de adequação³⁸⁰); **b)** as quais, posteriormente, devem ser comparadas entre si estabelecendo-se uma gradação sobre o maior ou menor intensidade de restrição de direitos fundamentais colaterais (exame comparativo de restringibilidade³⁸¹).

Esta investigação em duas etapas deve ser realizada desde uma perspectiva *ex ante* do sujeito autor da medida avaliada. O ato somente poderá ser considerado desnecessário com referência no ordenamento jurídico e nos conhecimentos existentes no momento sua prática. Deve-se, assim, partir-se do quadro que se perfazia à época para avaliar se havia alguma medida alternativa igualmente adequada e menos restritiva de direitos fundamentais.³⁸²

4.4.2.1 Exame de igualdade de adequação

³⁷⁹ Ou nas linhas ainda mais simples de Paulo Bonavides, citando Xavier Philippe, o exame da necessidade “poder ser ilustrado pela seguinte máxima: ‘de dois males, faz-se mister escolher o menor’” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 397).

³⁸⁰ A nomenclatura “exame de igualdade de adequação” é utilizada por Humberto Ávila Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 170)

³⁸¹ Aqui não se manteve acolheu a nomenclatura conferida por Ávila. No que se refere à segunda etapa, utiliza o autor “exame do meio menos restritivo”, que possui mesmo sentido da utilizada neste trabalho. Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 170

³⁸² BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 758.

A comparação da medida avaliada com outras para atestar a sua menor onerosidade é a principal etapa da máxima parcial da necessidade, consagrando a sua missão de contenção de excessos do poder público. Todavia, ela se faz impossível de realizar sem uma restrição prévia de que medidas outras devem ser comparadas, afinal a omissão do Estado sempre figuraria como a medida menos onerosa possível, inviabilizando de antemão a referida análise³⁸³.

É etapa prejudicial ao exame comparativo de restringibilidade, então, delimitação do rol comparativo, adotando-se com critério seletivo a igualdade ou superioridade de adequação das medidas alternativas em cumprirem o mesmo objetivo daquela cuja proporcionalidade está em xeque. Somente medidas pelo menos de idêntica adequação devem ir à segunda etapa, não se admitindo em hipótese alguma aquelas de inferior idoneidade para cumprimento do fim, mesmo que causem menor restrição a direitos fundamentais.

Além da questão prática de eliminação de hipóteses que inviabilizam a segunda etapa, a adoção da igualdade de adequação como linha de corte é uma decorrência do mínimo o respeito às escolhas realizadas dentro de sua competência.³⁸⁴ Assim, hipóteses de idêntica ou superior adequação contemplam a realização ou fomento do objetivo almejado com o ato, que se operariam da mesma maneira, mas por um meio diverso.

Em termos esquemáticos, nomeando a medida submetida à avaliação da máxima de proporcionalidade de M_1 e a medida alternativa cogitada para o exame da necessidade de M_2 , o quadro teórico da avaliação da igualdade de adequação e o seu resultado é o seguinte³⁸⁵:

Exame de Igualdade de Adequação de M_2 em relação à M_1	Aptidão de M_2 para o exame comparativo de restrição de M_1
$M_2 < M_1$	Não
$M_2 = M_1$	Sim
$M_2 > M_1$	Sim

³⁸³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 172-173.

³⁸⁴ Em igual sentido ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 171.

³⁸⁵ Segue-se a didática ideia de Virgílio Afonso da Silva em representar esquematicamente o exame da necessidade, todavia os quadros aqui utilizados serão construídos a partir da abordagem deste trabalho, não se importando literalmente os quadros daquele autor. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 172 e 174.

Justificadas e estabelecidas as premissas para a realização do exame de identidade de adequação, é preciso destacar as duas questões relevantes para a sua apuração prática: **a)** o campo de investigação das medidas alternativas; e **b)** critérios para avaliação da identidade.

No que tange a primeira questão, a busca por medidas alternativas que pelo menos possuam idêntica idoneidade para contribuir com o objetivo deve perpassar tanto por aquelas já existentes no ordenamento jurídico quanto por aquelas hipotéticas que sejam da competência do órgão autor da medida³⁸⁶.

A averiguação do ordenamento jurídico deve ser realizada amplamente, dentro do possível³⁸⁷, não se restringindo ao mesmo órgão ou esfera de poder. Desta maneira, em uma análise da necessidade de um ato do Poder Legislativo Estadual, é possível investigar medidas alternativas do Poder Executivo Federal na busca de alguma de idêntica adequação³⁸⁸.

Já as hipotéticas somente se restringem àquelas possíveis de serem adotadas pelo próprio órgão autor do ato que está se submetendo a avaliação da máxima da proporcionalidade. Apenas se pode criticar uma medida dentro espaço de discricionariedade daquele que a adota. Pensar o contrário acarretaria em séria limitação da atuação dos poderes públicos. Por exemplo, uma decisão que decretasse uma prisão preventiva buscando evitar a fuga do réu do país seria desproporcional, pois a polícia

³⁸⁶ Esta questão é pouco esclarecida no estudo da proporcionalidade. Normalmente não há uma abordagem direta ao tema, podendo se encontrar abordagens que abrem espaço para a interpretação aqui expendida e outras que a inviabilizam, restringido ao campo hipotético. Como exemplo da primeira, veja-se Ávila: “o exame da igualdade de adequação dos meios envolve a comparação entre os efeitos da utilização dos meios alternativos e os efeitos do uso do meio adotado pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo” (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 171). Da segunda, Canotilho: “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 poderia ter adoptado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos” (CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 270). O único que se posiciona claramente sobre a questão – em sentido contrário a linha aqui exposta – é Bernal Pulido: “o exame da intervenção que se pratica sobre os meios alternativos (...) se trata de um exame hipotético, pois, diferentemente da medida legislativa, os meios alternativos não foram adotados na prática” (BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 749)

³⁸⁷ É bem verdade que essa amplitude de análise só vai se configurar com toda força quando se tratar de medidas do Poder Legislativo. O Executivo só pode agir sob a lei, possuindo as medidas do Legislativo como baliza. O Judiciário elabora suas decisões a partir das leis em sentido amplo, sendo as medidas dos dois outros Poderes seu referencial de atuação.

³⁸⁸ Vida a ADIn 855-2 que contrapôs a lei estadual paranaense com fiscalização realizada pelo INMETRO, autarquia federal.

poderia ter uma fiscalização mais eficiente do réu e/ou do controle imigratório para o exterior.

No que se refere à segunda questão, a doutrina, de uma maneira geral, não costuma estabelecer critérios para o exame da igualdade de adequação, realizando um juízo genérico de avaliação. Alguns doutrinadores³⁸⁹, porém, delimitam distintos âmbitos para que na prática se apure efetivamente a identidade entre as medida analisada e as medidas alternativas cogitadas.

O que parece ser determinante aqui são quatro critérios de avaliação da contribuição da medida alternativa para o objetivo estabelecido: **a)** material – deve ela contribuir naqueles ou em mais aspectos relacionados com o objetivo estabelecido –; **b)** temporal – deve ela ser tão ou mais célere em contribuir para o objetivo –; **c)** espacial – deve ela realizar ou fomentar o objetivo nos mesmos ou em mais lugares –; **d)** pessoal – deve ela atingir o mesmo ou um maior âmbito de indivíduos –; e **e)** probabilístico – deve ela contribuir com o objetivo no mesmo ou em maior grau de certeza –.

Por fim, cumpre destacar que estes quatro critérios devem ser aplicados cumulativamente como consagração do mínimo respeito à competência de escolha do poder público. Somente será considerada com igualdade de adequação a medida alternativa que for dotada de equivalência em todos os aspectos finalístico, temporal, espacial, pessoal e probabilístico.

Assim, por mais que se possa dizer com maior segurança que uma medida contribua mais rapidamente e em âmbitos múltiplos do objetivo, mas for restrita a uma porção territorial menor, não poderá ela ser utilizada como referencial comparativo da medida em avaliação de proporcionalidade. Falta-lhe igualdade de adequação, não contemplando plenamente as intensões do poder público com o ato.

4.4.2.2 Exame comparativo da restrição a direito fundamental

³⁸⁹ Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 745 e ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 171.

Identificadas as medidas alternativas igualmente adequadas, pode-se passar a próxima e decisiva etapa da máxima parcial da necessidade: o exame comparativo da restrição a direito fundamental. Uma medida adotada pelo poder público somente poderá ser considerada necessária – e, conseqüentemente, proporcional – caso seja o meio menos restritivo de direitos fundamentais em comparação a outros meios igualmente idôneos a realizar ou fomentar o objetivo decorrente de um princípio constitucional.

Da mesma forma que a análise da causalidade requisito da adequação da medida, deve-se adotar um ponto de vista empírico na sua comparação com as medidas alternativas. Este exame empírico comparativo deve ser balizado por critérios, que são os mesmos que foram estabelecidos para o exame de igualdade de adequação, só que sob um prisma negativo: **a)** material – afetar os mesmos ou menos aspectos dentre aqueles conexos ao direito fundamental restringido –; **b)** temporal – ser a menos duradoura ou de igual duração –; **c)** espacial – ter menor ou idêntico impacto territorial; **d)** pessoal – afetar menor ou idêntico âmbito de sujeitos; e **e)** probabilístico – menor ou igual chance de se ocasionar efetivamente a restrição.³⁹⁰

Aqui, da mesma forma que o exame igualdade de adequação e pelos mesmos argumentos, há uma exigência de cumulatividade dos quatro critérios para considerar-se uma medida alternativa (M₂) mais benigna ou menos restritiva, mas com o requisito adicional de que em um dos critérios haja menor intensidade do que na medida adotada (M₁). Como há uma presunção em favor desta última, a igualdade lhe favorece.

Essa é, em uma versão própria, a compreensão sustentada pela doutrina. Um ajuste, porém, se faz necessário. A premissa de que uma medida somente pode ser considerada desnecessária caso haja uma medida alternativa evidentemente menos restritiva de direitos fundamentais é válida somente para medidas alternativas hipotéticas.

Caso a medida alternativa já exista, será irrelevante a comparação da intensidade de restrição entre as medidas, devendo sempre a medida do poder público ser considerada desproporcional.

Isto se deve ao seguinte fato: se uma medida alternativa igualmente adequada à realização do objetivo já existe, a nova medida estabelecida pelo poder público não se estabelece uma restrição alternativa à primeira medida (a não ser que a revogue), mas sim uma restrição adicional que se soma a ela, todavia, sem nenhum incremento de adequação.

³⁹⁰ Canotilho trabalha com os quatro primeiros critérios. CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 270.

Por exemplo. Submeta-se a criminalização da sonegação de impostos (arts. 1º e 2º, da Lei 8137/90) ao exame da máxima da necessidade. Tome-se como medida alternativa já existente a fiscalização da receita com imposição de multa aos sonegadores. Se as medidas administrativas já se mostram igualmente ou mais adequadas ao objetivo impedir a lesão ao erário, a criminalização representa uma restrição adicional a direitos fundamentais sem justificativa.

Posto isto, é possível se desenhar o seguinte quadro hipotético de situações decorrentes do exame comparativo de restrição de direitos fundamentais, onde M_1 representa a medida avaliada, M_{2H} representa uma medida alternativa hipotética e M_{2E} uma medida alternativa já existente:

	Igualdade de adequação	Comparação de restrição	M_1 é necessária?
(1)	M_{2H} ou $M_{2E} < M_1$	Irrelevante	Sim
(2)	$M_{2H} = M_1$	$M_2 > M_1$	Sim
(3)	$M_{2H} = M_1$	$M_2 = M_1$	Sim
(4)	$M_{2H} = M_1$	$M_2 < M_1$	Não
(5)	$M_{2H} = M_1$	$M_2 ? M_1$	Sim
(6)	$M_{2H} > M_1$	$M_2 > M_1$	Sim
(7)	$M_{2H} > M_1$	$M_2 = M_1$	Sim
(8)	$M_{2H} > M_1$	$M_2 < M_1$	Não
(9)	$M_{2H} > M_1$	$M_2 ? M_1$	Sim
(10)	$M_{2E} = M_1$	Irrelevante	Não
(11)	$M_{2E} > M_1$	Irrelevante	Não

A hipótese (1) já foi determinada previamente. Se M_{2H} ou M_{2E} não forem ao menos igualmente adequadas não contemplam as intenções do autor do ato, sempre se considerando M_1 necessária, independentemente do grau de restrição de direito fundamental.

As hipóteses (2) a (9) representam situações onde a medida alternativa é hipotética. Devem elas ser decididas conforme o grau de restrição de direitos fundamentais.

Nas hipóteses (2) e (6), M_1 é aquela que menos restritiva, considerando-se assim necessária e apta para a próxima etapa de avaliação da máxima da proporcionalidade. Nas hipóteses (3) e (8), M_{2H} é a menos restritiva, acarretando na desnecessidade e desproporcionalidade de M_1 , e, conseqüentemente, na decretação de sua invalidade.

As hipóteses (4) e (7) poderiam suscitar dúvidas uma vez que estabelecem uma igualdade entre as medidas ou uma combinação de resultados, em tese, favorável à M_{2H} . Ainda assim, deve-se considerar M_1 necessária. A superioridade de adequação é irrelevante, já que o basta é a contemplação das intenções originais do ato. E no caso de igualdade entre as medidas, como já anunciado, mais uma vez vale aqui vale a presunção de validade do ato e o respeito à competência conferida ao poder público.

A presunção de validade vale também para casos duvidosos trazidos pelas hipóteses (5) e (8) independentemente do exame de adequação realizado. Nas situações nas quais o examinador não conseguir auferir qual das duas medidas é menos restritiva, M_1 será sempre considerada necessária.³⁹¹

Por fim, as hipóteses (10) e (11) representam as situações nas quais há uma medida alternativa concreta de adequação igual ou superior à medida adotada. Como visto, nestes casos é irrelevante a comparação de restrição, sempre se considerando M_1 desnecessária.

Em conclusão, pode se estabelecer a seguinte regra: uma medida do poder público sempre será necessária quando não houver medidas alternativas existentes igualmente adequadas e medidas alternativas hipotéticas igualmente adequadas que evidentemente não consagrem menor restrição de direitos fundamentais.

4.4.2.3 Aplicação prática

Sob um ponto de vista pragmático, a máxima parcial da necessidade é constituída por uma etapa inicial investigativa de medidas alternativas (exame de igualdade de adequação) e uma etapa sucessiva de crítica à medida adotada pelo poder público (exame comparativo de restrição).

No primeiro momento, o foco do examinador é descobrir medidas alternativas igualmente idôneas para o fim almejado pelo autor do ato. Vasculha-se o ordenamento jurídico em busca de medidas já existentes e o conhecimento humano de maneira a encontrar algum ato alternativo possível de ser praticado pelo mesmo sujeito que praticou a medida em questão, ou seja, algum ato plausível e que esteja dentro de sua competência.

³⁹¹ Neste trabalho, a abordagem realizada da máxima da proporcionalidade como um instrumento da proibição de excesso. Caso se considere, também, uma outra face da proporcionalidade, como proibição de insuficiência/deficiência,

No segundo momento, mais que um simples comparativo, trata-se de um teste de falseamento da escolha realizada pelo sujeito competente. A comparação não é tem como fim estabelecer uma simples gradação de intensidade de restrição de direitos fundamentais. Ela adota a medida praticada como um referencial fixo e que goza de presunção de correição, devendo-se buscar, comparativamente a ela, medidas igualmente adequadas já existentes ou hipotéticas que menos restrinjam direitos fundamentais e, assim, quebrem a presunção. A medida adotada é a priori necessária, somente não o sendo de conseguir se comprar a existência de uma medida alternativa que evidentemente demonstre a sua desnecessidade.

Tratando-se a máxima da proporcionalidade de um teste prático, sempre útil o delineamento de exemplos para demonstrar a sua aplicação através de suas máximas parciais.

A ADIn 855-2 pode ser aqui retomada. Considerada adequada a imposição de pesagem dos botijões diante do consumidor, é possível submetê-la à máxima parcial da necessidade. A investigação por uma medida alternativa foi facilitada pela Advocacia Geral da União que aponta, em sua manifestação no processo, uma medida prevista na própria ordem jurídica vigente: a Administração Federal, por meio do INMETRO³⁹², prevê mecanismos de controle de botijões e cilindros de fornecimento de gás.

Uma vez identificada a medida alternativa cumpre avaliar se ela possui equivalente adequação para submetê-la a comparação da restrição à direitos fundamentais. O mencionado controle realizado pelo INMETRO se dá por amostragem dos botijões. É uma medida sem sombra de dúvidas útil, mas que não guarda o mesmo grau de probabilidade de contribuição para a proteção do consumidor criada pela pesagem presencial. Enquanto a pesagem efetivamente protege cada consumidor individualmente, a fiscalização por amostragem do INMETRO somente atinge parte dos botijões, intimidando muito menos a venda a menor de gás.

Inadequada a medida alternativa de fiscalização do INMETRO, configura-se a hipótese (1) do quadro, sendo irrelevante o fato de que esta medida consagra uma menor restrição à liberdade de exercício profissional das empresas que comerciam gás liquefeito de petróleo. Independente do exame comparativo de restrição, a imposição da pesagem presencial dos botijões é uma medida necessária.

³⁹² Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial

Como no exemplo acima nem se fez necessário o exame comparativo de restrição para se decretar necessária a medida. Um caso em que este exame se fez necessário foi o enfrentado pelo Tribunal Constitucional Espanhol na STC 66/1995 sobre o direito de reunião³⁹³. A situação problema foi a seguinte: centrais sindicais planejaram uma manifestação em uma praça de Madri para apoiar uma negociação a ser realizada com entidades financeiras. Comunicaram o ato ao governo que por sua vez decidiu proibir a manifestação alegando o colapso no tráfego de veículos que seria causado pela concentração humana.³⁹⁴

Configura-se, assim, uma restrição ao direito de reunião com o intuito de proteger o funcionamento do sistema viário urbano. Partindo do pressuposto de que a medida é adequada, pode-se cogitar como medida alternativa igualmente adequada a fixação de horários e locais possíveis para realização da manifestação que não trouxessem implicações ao tráfego urbano.

Essa medida é igualmente adequada à preservação do funcionamento e segurança do tráfego, o que permite comparar o grau de sua restrição ao direito de reunião. A priori é de se causar a impressão que fixação de horários é medida menos restritiva, afinal, permite a ocorrência da manifestação. Todavia, o que se constata é uma igualdade de restrição.

A manifestação foi marcada no horário da negociação e na praça em que se concentravam as sedes de muitas das principais entidades financeiras do país. Determinar a ocorrência da manifestação em outro local e/ou horário frustraria as intenções de dita manifestação de igual maneira que uma proibição de realização.

Desta maneira, constata-se que a medida alternativa detém igualdade de adequação e apresenta o mesmo grau de restrição do direito fundamental de reunião. Aqui se configura a hipótese (3) do quadro esquemático. Diante de igualdade de restrição a medida adotada pelo poder público dever ser considerada necessária por respeito à vontade da autoridade competente e presunção de validade de seus atos.

Por fim, pode se encontrar também de julgamentos do Tribunal Constitucional Espanhol (STC 141/1988) uma situação na qual o ato praticado pelo poder público falha

³⁹³ O que se toma aqui é somente o caso e não o julgamento em si. Como já alertado a proposta de análise dos direitos fundamentais e conseqüentemente da proporcionalidade neste trabalho se dá à luz do ordenamento jurídico pátrio.

³⁹⁴ Sobre o caso, cf. LÓPEZ GONZALES, José Luis. A propósito de la STC 66/1995, de 8 de mayo, en torno a los límites al derecho de reunión. **Revista española de derecho constitucional**: Madrid, Ano nº 16, Nº 48, 1996, pp. 241-250.

na avaliação da máxima parcial da necessidade, sendo considerado desproporcional e inválido. Trata-se de um artigo de uma lei do imposto de transmissões patrimoniais que impôs: “nenhum documento que contenha atos ou contratos sujeitos a este imposto se admitirá ou surtirá efeito em Tribunal, Repartição ou Registro público sem que se justifique o pagamento, isenção ou não sujeição”.³⁹⁵

A imposição de comprovação de regularidade tributária sob pena de ineficácia no processo é adequada a fomentar a fiscalização e imposição de pagamento do imposto, mas não é alternativa menos restritiva do acesso à justiça. Diante da falta de pagamento, a comunicação por parte do juiz às autoridades tributárias se apresenta como uma alternativa igualmente adequada e que em nada restringe o direito a uma tutela judicial efetiva. Como há uma medida alternativa adequada e menos restritiva o referido artigo se faz desnecessário, como demonstra a hipótese (4) do quadro.³⁹⁶

4.4.3 Proporcionalidade em sentido estrito

A adequação e a necessidade, através de seus exames fundados em questões empíricas, representam as máximas parciais da proporcionalidade que se ocupam em analisar as possibilidades fáticas de realizar o mandado de otimização de um determinado princípio e conseqüente possibilidade de restrição de um princípio colateral.

Ao ver de alguns autores³⁹⁷ essas duas regras seriam suficientes para apuração da proporcionalidade de uma medida, bastando que ela seja adequada e necessária para ser reputada proporcional. Essa não parece ser a medida mais acertada, afinal é possível cogitar medidas adequadas e necessárias que *prima facie* se apresentam intervenções estatais indevidas. Ilustre-se.

Imagine-se que, com o intuito de combater o contágio da AIDS – proteção à saúde pública –, o Governo impusesse que todos os indivíduos que se encontrassem em território se submetessem a um teste obrigatório para detecção do vírus HIV e que os soropositivos

³⁹⁵ BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 748, nota 251.

³⁹⁶ Esta foi a decisão da corte espanhola, mas que é plenamente compatível com o Direito brasileiro.

³⁹⁷ Na doutrina brasileira, notadamente DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 178-201.

fossem identificados com uma marca indelével – restrições à intimidade, à imagem e à liberdade de ação –.

A medida em questão é, sem sombra de dúvidas, adequada, por colaborar com o objetivo almejado, e necessária, pois se faz difícil imaginar uma medida alternativa tão adequada quanto e menos restritiva de direitos fundamentais. Agora, ainda exitosa na avaliação no exame da adequação e da necessidade, há de se questionar: tal medida deve ser considerada válida?

Intuitivamente, a resposta negativa se impõe. A medida é demasiada drástica. Ela deflagra sérios prejuízos em múltiplos direitos fundamentais (intimidade, imagem e liberdade) em prol de uma vantagem a um bem coletivo (saúde pública) que não compensa tamanhos sacrifícios. Aqui se contraria uma ideia basilar da compreensão humana que muito bem foi transposta para economia no critério Kaldor-Hicks: “uma decisão, mediante a qual se afeta pelo menos a uma pessoa, deve ser executada se é possível compensar os prejuízos que se causa aos afetados com os ganhos que obtêm os favorecidos”³⁹⁸.

Desta maneira, com intuito de se coibir tais situações indevidas consagradas por medidas adequadas e necessárias se impõe um terceiro estágio de avaliação, que reveste esta resposta a priori intuitiva de característica e fundamentação jurídica: a proporcionalidade em sentido estrito. Esta terceira máxima parcial da proporcionalidade estabelece a regra de que “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior será a importância da satisfação do outro”³⁹⁹.

É a proporcionalidade em sentido estrito uma decorrência da compreensão dos princípios como mandados de otimização. Ela representa a avaliação das possibilidades jurídicas de realização do objetivo perseguido ou decorrente do princípio, uma vez que, como direitos *prima facie* de caráter amplo e irrestrito, sempre colidem com outros princípios.

Em decorrência disto, surgem âmbitos específicos – evidenciados especialmente por casos concretos – nos quais surgem dois ou mais mandamentos de otimização antagônicos entre si. É preciso, então, ponderar/sopesar os princípios em questão para determinar qual será realizado e qual não será nesta situação específica, de maneira que a

³⁹⁸ BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 741.

³⁹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 593. Ou nas palavras de Bernal Pulido, “a importância da intervenção no direito fundamental deve estar justificada pela importância da realização do fim perseguido”. (BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 763).

não-realização de um princípio seja justificada pela importância da realização do outro. Como se pode se ver, a proporcionalidade em sentido estrito é nada mais do que a aplicação da técnica de ponderação/sopesamento dos princípios colidentes.

4.4.3.1 Procedimento de aplicação

A proporcionalidade em sentido estrito é uma avaliação comparativa que busca atestar a equivalência entre a importância da realização de um objetivo conexo a um princípio e a restrição a um direito fundamental – por natureza, também fundado por um princípio –. O sopesamento dos princípios envolvidos deve mostrar um equilíbrio entre os dois princípios ou uma inclinação favorável ao princípio realizado para que a medida submetida ao exame da proporcionalidade seja considerada proporcional e, conseqüentemente, válida.

Da mesma forma que nas outras máximas parciais, o respeito à separação dos poderes demanda um resultado evidente para que a medida seja considerada desproporcional. Isto significa que havendo dúvida sobre a primazia da importância do objetivo perseguido em relação à restrição causada a um direito fundamental, deve a medida ser considerada proporcional. Somente quando evidente o sobrepujamento dos impactos das restrições em relação aos benefícios da medida é que haverá desproporcionalidade. O judiciário somente pode invalidar medidas discricionárias de outros Poderes em caso de flagrante ilegalidade.

A estruturação do procedimento de apuração da proporcionalidade em sentido estrito de uma medida é, em tese, simples, se constituindo em três etapas. O primeiro passo é averiguar a importância da realização do princípio que se objetiva com a medida. O segundo passo é apurar o grau de não realização ou afetação dos princípios ligados ao direito fundamental restrito. Finalmente, deve se contrapor as duas investigações de modo a definir se a importância do fim perseguido justifica as restrições a direitos fundamentais ocasionados.⁴⁰⁰

⁴⁰⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 594. Alexy, em verdade, inverte a ordem das duas primeiras etapas, o que é indiferente, pois são independentes uma da outra.

Os dois primeiros passos representam uma mesma tarefa em âmbitos distintos. Ela se resume a uma aferição da magnitude da interferência em princípios – ou mais precisamente no direito *prima facie* ou bem coletivo por ele garantido –, de um lado a realização, de outro a afetação.

Obviamente, esta tarefa não é uma medição em grandezas racionais, afinal realização e afetação nos princípios se dá no plano abstrato ao qual pertencem as normas e direitos. Todavia, é possível se fazer uma mensuração valorativa dos efeitos causados, como faz, por exemplo, Alexy escalonando a realização e a afetação em três níveis: leve, moderada e séria.⁴⁰¹

Como critérios para referenciar esta mensuração, servem aqueles utilizados nas etapas da máxima parcial da necessidade: material, temporal, espacial, pessoal e probabilístico.⁴⁰² Na avaliação da importância da realização, quanto mais amplo forem os resultados destes critérios, mais importante ela é. Já na restrição, menor será o grau de afetação do direito fundamental quanto mais restritos forem os resultados.⁴⁰³

A terceira e última etapa se configura a mais relevante. Nela ocorrerá efetivamente a ponderação/sopesamento dos princípios envolvidos na situação concreta. A contraposição entre as magnitudes encontradas nos passos anteriores é o cerne da ponderação realizada, mas a elas devem acrescer alguns modificadores que atribuem mais peso a algum dos princípios em jogo, conferindo-lhe uma denominada precedência *prima facie*⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 595. Sendo que leve também equivale a “reduzido” ou “fraco”, e sério a “elevado” ou “forte”. (*ibidem*, pp. 599-600). Alexy não se resume a escalonar a intensidade da intervenção, criando a partir um complexo sistema lógico-matemático para apuração da proporcionalidade em sentido estrito (*ibidem*, pp. 600-611). Em que pese tal procedimento revestir a proporcionalidade em sentido estrito de uma evidente racionalidade, há de concordar com a reflexão de Virgílio Afonso da Silva: “não é possível pretender alcançar, com o procedimento de sopesamento, uma exatidão matemática, nem substituir a argumentação jurídica por modelos matemáticos e geométricos. Esses modelos podem, quando muito, servir de ilustração, pois a decisão jurídica não é nem uma operação matemática, nem puro cálculo. Mais importante que buscar fórmulas matemáticas é a busca de regras de argumentação, critérios de valoração ou fundamentação de precedências condicionadas”. (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 176).

⁴⁰² Cf. itens 4.5.2.1 e 4.5.2.2.

⁴⁰³ Em sentido semelhante, mas com critérios próprios BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 769.

⁴⁰⁴ As precedências *prima facie* aqui estabelecidas são gerais, potencialmente aplicáveis a todos os princípios. Todavia, é possível também se estabelecer um catálogo de precedências *prima facie* em âmbitos específicos. Assim, por exemplo, desenvolvendo precedências *prima facie* na colisão entre direitos fundamentais e autonomia privada, cf. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, pp.220-228.

O primeiro e mais elementar desses modificadores é a ponderação em abstrato dos princípios em questão. Independentemente do caso concreto, é possível sopesar os princípios em tela e constatar que um é mais relevante que o outro abstratamente. Por exemplo, contrapondo vida e propriedade, faz-se nítido que a primeira possui prevalência, recebendo uma precedência *prima facie* na ponderação em um caso concreto. Por fim, importante ressaltar que a ponderação em abstrato não deve sempre estabelecer uma relação de precedências entre dois princípios, mas somente quando esta for evidente.

Além deste, é possível apontar mais quatro condições de precedência *prima facie* decorrentes dos princípios basilares do Estado brasileiro (arts. 1º a 4º, CF):

- a) Princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*): uma das características essenciais do Estado Democrático de Direito é consagração do homem como fim da atividade estatal. Isto impõe a necessidade de se levar o indivíduo a sério como indivíduo. Em decorrência disto, se pode afirmar uma primazia *prima facie* dos princípios que consagram direitos individuais (ou subjetivos) em relação àqueles que abarcam bens coletivos.⁴⁰⁵
- b) Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III)⁴⁰⁶: ao contrário do que sustentam alguns, nem todos direitos fundamentais e princípios deles fundantes decorrem da proteção à dignidade da pessoa humana⁴⁰⁷. Todavia, aqueles princípios que derivam deste princípio basilar ganham precedência em relação àqueles que não possuem esta característica.⁴⁰⁸
- c) Princípio da separação dos poderes (art. 2º): quando atos do Poder Executivo e Legislativo submeterem-se ao exame de proporcionalidade pelo Judiciário, os princípios que se buscam realizar com a medida possuem precedência *prima facie*.

⁴⁰⁵ Consagrando a primazia *prima facie* dos direitos individuais sobre os bens coletivos, ALEXY, Robert. Direitos individuais e bens coletivos. IN: ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso. Estudos para a filosofia do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 197.

⁴⁰⁶ Para um panorama da compreensão jurídica da dignidade da pessoa humana, cf. MELLO, Sebastián Borges Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade: o fundamenta da imposição de pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana**. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, pp. 39-51.

⁴⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 97. Para uma abordagem sobre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, cf. *ibidem*, pp. 96-113.

⁴⁰⁸ Destacando o maior peso conferido pela conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana, BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 778-779.

d) Princípio democrático (art. 1º, p.u.). Os atos do Poder Legislativo possuem precedência *prima facie* adicional àquela já conferida pelo princípio da separação dos poderes, uma vez que são consagradores do processo democrático.

Por fim, cumpre ressaltar que a precedência *prima facie* quer se reportar ao fato de que essa precedência não é definitiva, não existindo ponderações com resultados já definidos no plano abstrato. A precedência *prima facie* apenas confere uma maior importância a um dos princípios em questão, demandando um peso ainda maior do que inicialmente necessário para que o princípio contraposto receba uma maior contemplação na ponderação.

4.4.3.2 Críticas à proporcionalidade em sentido estrito

A ponderação/sopesamento é a fonte das críticas à proporcionalidade em sentido estrito. Aqui se unem os críticos da ponderação e/ou adeptos de uma compreensão bifásica da proporcionalidade (adequação e necessidade) para se oporem a necessidade desta terceira etapa na proporcionalidade sob duas principais alegações, dentre outras menores e/ou derivadas⁴⁰⁹: **a)** a de violar o princípio da separação dos poderes; e **b)** de ser marcada pelo subjetivismo.

A proporcionalidade é um instrumento de controle de intervenções estatais por parte do Judiciário, lhe oportunizando invalidar, além de seus próprios atos em instâncias inferiores, atos do Poder Legislativo e Executivo. Até então, nenhum problema, afinal detêm o Judiciário competência constitucional para tanto. Todavia, a aceitação da máxima da proporcionalidade em sentido estrito representaria uma interferência na discricionariedade dos demais Poderes.

Segundo alegam Dimoulis/Martins, críticos da proporcionalidade em sentido estrito, seria ela dotada de critérios objetivos-formais para o questionamento da medida adotada por parte do Poder Judiciário. “Do ponto de vista material, os direitos fundamentais são heterogêneos e isto impede um sopesamento que só seria possível entre

⁴⁰⁹ Para uma visão mais ampla das críticas à ponderação, cf. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 141-152.

elementos comensuráveis”⁴¹⁰. A suposta invalidade do ato se daria “por simples motivo de discordância ou inconveniência política”⁴¹¹ consagradas nas falsas ponderações realizadas pelo julgador.

A proporcionalidade em sentido estrito violaria, então, o princípio da separação dos poderes por dar “azo à usurpação da competência de decisão política própria dos órgãos do Poder Legislativo [e Executivo] por órgãos do Poder Jurisdicional”, devendo, por isso, ser rechaçada a sua existência e utilização.⁴¹²

Destas considerações sobre uma suposta violação à separação dos poderes é possível se extrair a segunda crítica apontada, o subjetivismo da técnica de ponderação/sopesamento. A ausência de referenciais objetivos para a sua aplicação, somado à incomensurabilidade dos direitos fundamentais despria a ponderação/sopesamento de qualquer racionalidade em sua metodologia.

A ponderação/sopesamento seria um completo e nefasto decisionismo judicial. Ela configuraria um mecanismo que confere uma carta em branco para os juízes julgarem o que bem entenderem e ao seu total bel-prazer. A proporcionalidade em sentido estrito careceria de “critérios seguros que possam afastar a discricionariedade de seu aplicador”⁴¹³.

As críticas realizadas guardam certa relevância, por trazerem à ribalta duas questões às quais, sem sombra de dúvidas, deve guardar pertinência a ponderação/sopesamento realizada pelo Judiciário. Todavia, o conteúdo em si das críticas devem ser rechaçadas pelo exagero e desvirtuamento da proposta da proporcionalidade em sentido estrito. Como ambas as críticas guardam um elo entre si é possível as analisar e contestar de forma conjunta.

O ponto de partida de refutação às críticas deve partir da questão subjetivismo. Inicialmente, cumpre destacar que o subjetivismo nas decisões judiciais não é um problema, pelo contrário, é a elas inerente. Não existe interpretação e aplicação do direito desprovida de subjetivismo em maior ou menor grau. Até mesmo a interpretação da letra da lei está imersa em vários espaços de discricionariedade compreensiva, afinal o sentido

⁴¹⁰ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 206.

⁴¹¹ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 205

⁴¹² DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 206.

⁴¹³ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 745.

das palavras não é unívoco, ainda mais aquelas – e cada vez mais utilizadas – que configuram cláusulas abertas.

Muitos destes críticos do subjetivismo da ponderação/sopesamento se apegam à interpretação sistemática do direito como caminho para resolução de questões ligadas a direitos fundamentais⁴¹⁴. Ora, o sistema de direitos fundamentais é materialmente aberto e até mesmo aquelas disposições expressas de direitos fundamentais são sintéticas e dão uma margem ampla de interpretação para extração de princípios ou valores delas derivados. Não há ampla subjetividade nestas questões? E o que dizer de categorias como limites imanentes, núcleo essencial e outras congêneres e conexas?

Curioso também notar, que alguns dos críticos à proporcionalidade em sentido estrito⁴¹⁵, admitem tranquilamente a utilização das máximas da adequação e da necessidade. Argumentam eles que, diferentemente, da proporcionalidade em sentido estrito seriam dotadas de critérios objetivos e fundadas em conhecimentos empíricos de caráter científico ou do conhecimentos sociais geralmente aceitos.

Todavia, a adequação e necessidade são revestidas, sim, de subjetivismo. Primeiro que o conhecimento científico não é sinônimo de certeza, ainda mais envolvendo situações hipotéticas e projetadas para o futuro como fazem os dois citados exames. Isto sem contar que eles são fundados em juízos valorativos com perguntas, como “que medida realiza melhor o objetivo?” ou “que medida restringe menos o direito afetado?”. “Perguntas como essas envolvem, necessariamente, uma valoração subjetiva por parte do juiz”.⁴¹⁶

Como visto, o problema não é o subjetivismo no Direito. O que deve ser combatido é seu excesso. E isto se faz com estabelecimento de critérios – como acima expostos – e de procedimentos – como a exigência de argumentação fundamentada das decisões e o de sua revisão por instâncias superiores – para que possa se realizar devido o controle da correição das ponderações/sopesamentos operados pelos magistrados.⁴¹⁷

A devida contenção e controle do subjetivismo é o requisito que legitima a utilização da ponderação/sopesamento no controle de medidas estatais. E aqui, cai por

⁴¹⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2009, p. 265-279.

⁴¹⁵ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 176-200.

⁴¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 177

⁴¹⁷ Em sentido semelhante, SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 178 e SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002,

terra a crítica à violação ao princípio da separação dos poderes. Revestida de critérios racionais, a proporcionalidade em sentido estrito de torna uma regra válida da mesma maneira como se considera a adequação e a necessidade.

Inclusive, é de notar que o respeito ao princípio da separação dos poderes é uma preocupação marcante na construção de critérios metodológicos para aplicação da proporcionalidade em sentido estrito. Como visto, é premissa de toda ponderação realizada no exame de proporcionalidade, que a medida estatal questionada sempre goza de uma presunção de validade.

Em decorrência disto, o princípio da separação dos poderes vem a conferir não só um peso inicial favorável à medida (precedência *prima facie*), bem como a vedação de dúvidas, só se admitindo a invalidação da medida estatal em casos evidentes. Quando se tratar de atos legislativos, a precedência *prima facie* e o rigor da análise são dotados de magnitude ainda maior em virtude do princípio democrático que fundamenta estas medidas.⁴¹⁸

4.4.3.3 Aplicação prática

O procedimento de aplicação da máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito já foi descrito⁴¹⁹, restando a apresentação de alguns exemplos práticos de aplicação.

A ADIn 855-2 ainda continua sendo de grande valia, servindo de exemplo de uma aplicação completa da máxima da proporcionalidade. A imposição da obrigação de pesagem dos botijões diante do consumidor já foi considerada adequada e necessária, restando somente a análise da proporcionalidade em sentido estrito.

Tal medida consagra a realização do princípio da proteção do consumidor através da restrição ao princípio da liberdade de exercício profissional. A magnitude da realização do princípio é média. Ela alcança todos consumidores, sendo protegidos contra indevidos locupletamentos, mas ainda sujeitos a desregulações das balanças e ao repasse dos custos decorrentes da medida. Já a afetação ao princípio da livre iniciativa pode ser considerada pequena. É verdade que ela traz um considerável ônus as empresas, impondo a aquisição e

⁴¹⁸ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 105.

⁴¹⁹ Item 4.5.3.1

manutenção de balanças de precisão, todavia é consabido que os custos do empresário são, em boa parte, embutidos no preço do produto.

Ponderando os dois princípios, de início já se constata um maior peso da realização da proteção ao consumidor. Esta ganha um modificador adicional de que o princípio da proteção ao consumidor possui, abstratamente, um maior peso que o princípio da livre iniciativa, sendo, inclusive, naturalmente sua limitadora.

Esse quadro que já era inteiramente favorável à medida, ganha inquestionável evidência ao se considerar a precedência *prima facie* decorrente do princípio da separação dos poderes e do princípio democrático. Desta maneira, a medida obtém pleno êxito na avaliação da proporcionalidade em sentido estrito, devendo ser declarada proporcional.⁴²⁰

George Marmelstein fornece um exemplo de uma medida que falha no exame da proporcionalidade em sentido estrito: a lei nº 9.614/98 que autoriza o “tiro destruição” contra aeronaves consideradas “hostis” ou “suspeitas”.⁴²¹ Essa lei consagra uma restrição do direito fundamental à vida como forma de preservação do controle de fronteira no combate ao tráfico de drogas e armas – princípio da segurança nacional –.

Sem sombra de dúvidas a medida legislativa é adequada e necessária. Ela traz elevada contribuição para o objetivo proposto e se faz difícil visualizar uma medida alternativa que seja dotada de uma igualdade, para poder questionar a sua necessidade. “A ameaça de destruição da aeronave é, sem dúvida, o meio mais eficaz de reduzir o tráfico de drogas e de armas pela via aérea”.⁴²²

Passe-se à ponderação entre os princípios em questão. A medida consagra com eficiência o princípio da segurança, ponde ser mensurada como grande a realização do princípio. Já em relação à afetação do direito fundamental à vida deve ser considerada média, pois a probabilidade de efetiva restrição da vida é diminuída pela necessidade de se “esgotados os meios coercitivos legalmente previstos” antes do tiro destruição.

Na análise das condições de precedência *prima facie*, o quadro favorável à proporcionalidade da medida é revertido. Ela ganha até chega a ganhar um pouco mais de peso em virtude do princípio da separação dos poderes e do princípio democrático.

⁴²⁰ Como já mencionado o STF entendeu desproporcional a medida por ser mostrar inadequada a proteção do consumidor diante da possibilidade de desregulação das balanças e do trabalho que daria ao consumidor para acompanhar a pesagem no caminhão.

⁴²¹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 385-386.

⁴²² MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 386.

Todavia, quando se analisa as demais condições de precedência, a proteção à vida recebe significativo peso adicional para a ponderação.

A proteção à vida é um dos mais relevantes princípios de qualquer ordem jurídica, praticamente, desde sempre adquirindo precedência em virtude da ponderação em abstrato. Essa precedência ainda vem ser reforçada pelos princípios basilares do Estado Democrático de Direito e da Dignidade da Pessoa Humana, que, inquestionavelmente, possuem maior relevância que os princípios da separação dos poderes e democrático. A ponderação mostra que a importância da realização do princípio não justifica a restrição ao direito fundamental, impondo a sua invalidação.

4.5 CRÍTICA A APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NO BRASIL

A máxima da proporcionalidade tem sido alvo de diversas obras (direta e incidentalmente), fazendo-se um tópico constante de abordagens sobre a realização de princípios, restrição de direitos fundamentais e controle de constitucionalidade, dentre outros. A expansão da atenção a esta fundamental categoria jurídica não se resume a doutrina, sendo expressamente mencionada em decisões do Supremo Tribunal Federal há praticamente duas décadas⁴²³.

Todavia esta fartura de utilização da máxima da proporcionalidade não só tem contribuído para uma maior difusão e impulso ao seu estudo, mas, infelizmente, tem ocasionado questões nada salutares, das quais três merecem uma atenção especial: **a)** o quiproquó entre proporcionalidade e razoabilidade; **b)** a sua aplicação displicente nos tribunais pátrios, inclusive no Pretório Excelso; e **c)** a compreensão inadequada na doutrina penal.

⁴²³ Todavia, o seu certo de contenção de excessos de atos do poder público é mais antiga, apontando Gilmar Mendes como marco a decisão no REExt 18.331 de relatoria do Min. Oroszimbo Nonato (1953). (MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos Direitos Fundamentais. IN: MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 353)

4.5.1 Quiproquó entre proporcionalidade e razoabilidade

É um fato recorrente na doutrina e jurisprudência pátria⁴²⁴ a equiparação entre proporcionalidade e razoabilidade, sendo considerados termos sinônimos. Bastante ilustrativa é afirmação de Suzana de Toledo Barros: "O princípio da proporcionalidade, [...] como uma construção dogmática dos alemães corresponde a nada mais do que o princípio da razoabilidade dos norte-americanos"⁴²⁵. Isto tem se desdobrado em outras questões, como, por exemplo, fundamentar a máxima da proporcionalidade na ideia de devido processo legal.

Tal postura se mostra totalmente equivocada.⁴²⁶ É bem verdade que ambas as máximas surgem como instrumento de contenção de abusos do poder estatal, todavia guardam eles diferenças de origem e de estrutura.

Inicialmente, o seu nascedouro jurisprudencial se deu, efetivamente, não só em países distintos, mas também em famílias jurídicas diversas. A proporcionalidade surge no *Civil Law* em meio à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão⁴²⁷. Já a razoabilidade foi desenvolvida no *Common Law*, inicialmente, na Inglaterra a partir de 1948⁴²⁸.

Conforme reporta Virgílio Afonso da Silva, emblemática para constatação desta não-identidade dentro das famílias jurídicas é o debate sobre a adoção do *Human Rights Act* de 1998 na Inglaterra. Foi a partir daqui que teria se iniciado o interesse da doutrina inglesa sobre a proporcionalidade. Justamente a falta de equivalência, gerou discussões sobre "qual o papel que a regra da proporcionalidade deverá desempenhar ao lado do princípio da irrazoabilidade ou, até mesmo, se aquela deverá substituir este"⁴²⁹.

⁴²⁴ Por exemplo, ADIn 173-6 : "a violação do devido processo legal substantivo (falta de proporcionalidade e razoabilidade de medidas gravosas que se dispõem a substituir os mecanismos de cobrança de créditos tributários)".

⁴²⁵ BARROS, Suzana Toledo de. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 57.

⁴²⁶ Críticos à equiparação entre as duas categorias jurídicas: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, nº 798, 2002, pp. 28-32; GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 189-190; ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, Ano I, Vol. I, nº 4, jul/2001, pp. 29-31.

⁴²⁷ Cf. item 4.1.

⁴²⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, nº 798, 2002, p. 30.

⁴²⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, nº 798, 2002, p. 31.

Já em relação a estruturas, representa cada uma das máximas uma análise distinta, podendo haver medidas que consagrem uma regra, mas que contrarie outra. “Há decisões na Corte Europeia de Direitos Humanos expressamente nesse sentido, ou seja, decidindo pela desproporcionalidade de uma medida, mesmo admitindo a sua razoabilidade”⁴³⁰.

A proporcionalidade é, como visto, um procedimento estruturado em três etapas específicas destinado ao controle de atos estatais através da avaliação das relações entre princípios travada. Assim, se busca averiguar se é devida uma intervenção em direitos fundamentais através de análises individuais-comparativas da adequação para contribuição a um princípio e a necessidade da restrição a um direito e uma análise confrontativa da importância de cada uma delas para apuração de uma “justa medida”⁴³¹ entre as duas questões.

Já a razoabilidade não é dotada de estrutura específica alguma, nem se ocupa de análises sobre medidas relativas a fins ou realizações relativas a afetações de princípios. Trata-se de um exame mais simples, mais focado em questões de equidade, consignado no teste *Wednesbury*, como também é conhecido na Inglaterra: “se uma decisão [...] é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir”⁴³².

Assim, como destaca Humberto Ávila, a razoabilidade analisa a validade de aplicação de uma medida “não com base em uma relação meio-fim, mas com fundamento na situação pessoal do sujeito envolvido”. Dedicar-se, única e exclusivamente, a análise das particularidades ou excepcionalidades de uma situação individual concreta.⁴³³

4.5.2 A aplicação jurisprudencial displicente ou sobre a teoria da *katchanga*

A confusão também por parte da jurisprudência já representa um sério gravame à correta e devida aplicação da máxima da proporcionalidade. Ela, também, por si só,

⁴³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, nº 798, 2002, p. 31.

⁴³¹ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 270.

⁴³² SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, nº 798, 2002, p. 30.

⁴³³ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, Ano I, Vol. I, nº 4, jul/2001, p. 29.

acarreta no fato de ignorar toda apurada metodologia inerente ao exame da proporcionalidade. Todavia, este fenômeno não se deriva desta única causa, constatando-se uma verdadeira displicência na aplicação jurisprudencial da proporcionalidade.

Como bem relata Virgílio Afonso da Silva, é possível encontrar na jurisprudência pátria – inclusive no STF – inúmeras decisões que fundamentam a invalidação de um ato na proporcionalidade sem realização minuciosa das etapas e argumentações que são a ela inerentes. Somente com a evocação da fórmula “à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional” a medida pode ser cassada. Uma complexa regra jurídica passa ser desenvolvida em um pensamento simplista: 1 – a Constituição consagra a proporcionalidade, 2 – o ato questionado não respeita essa exigência, 3 – logo ele é inválido.⁴³⁴

Desta forma, a proporcionalidade deixa de ser uma sistemática categoria da dogmática jurídica dos direitos fundamentais para se transformar em um instrumento de retórica. Uma expressão mágica que detém o poder de revestir de legitimidade a decisão tomada pelo julgador. George Marmelstein conseguiu ilustrar bem este fenômeno com base na anedota da katchanga:

Um rico senhor chega a um cassino e senta-se sozinho em uma mesa no canto do salão principal. O dono do cassino, percebendo que aquela seria uma ótima oportunidade de tirar um pouco do dinheiro do homem rico, perguntou se ele não desejaria jogar.

- Temos roleta, blackjack, texas holden’ e o que mais lhe interessar, disse o dono do Cassino.

- Nada disso me interessa, respondeu o cliente. Só jogo a Katchanga.

O dono do cassino perguntou para todos os crupiês lá presentes se algum deles conhecia a tal da Katchanga. Nada. Ninguém sabia que diabo de jogo era aquele.

Então, o dono do cassino teve uma idéia. Disse para os melhores crupiês jogarem a tal da Katchanga com o cliente mesmo sem conhecer as regras para tentar entender o jogo e assim que eles dominassem as técnicas básicas, tentariam extrair o máximo de dinheiro possível daquele “pote do ouro”.

E assim foi feito.

Na primeira mão, o cliente deu as cartas e, do nada, gritou: “Katchanga!” E levou todo o dinheiro que estava na mesa.

Na segunda mão, a mesma coisa. Katchanga! E novamente o cliente limpou a mesa.

Assim foi durante a noite toda. Sempre o rico senhor dava o seu grito de Katchanga e ficava com o dinheiro dos incrédulos e confusos crupiês.

⁴³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, nº 798, 2002, p. 30.

De repente, um dos crupiês teve uma idéia. Seria mais rápido do que o homem rico. Assim que as cartas foram distribuídas, o crupiê rapidamente gritou com ar de superioridade: “Katchanga!”

Já ia pegar o dinheiro da mesa quando o homem rico, com uma voz mansa mas segura, disse: “Espere aí. Eu tenho uma Katchanga Real!”. E mais uma vez levou todo o dinheiro da mesa...

(...)

No fundo, a idéia de sopesamento/balanceamento/ponderação/proporcionalidade não está sendo utilizada para reforçar a carga argumentativa da decisão, mas justamente para desobrigar o julgador de fundamentar. É como se a simples invocação do princípio da proporcionalidade fosse suficiente para tomar qualquer decisão que seja. O princípio da proporcionalidade é a katchanga real!⁴³⁵

A utilização da proporcionalidade como um mero instrumento de retórica, acaba por desvirtuar totalmente a sua missão de controle da racionalidade das intervenções em âmbitos de direitos fundamentais. A sua aplicação prática consagra o subjetivismo e decisionismo que ela tanto se empenha em refutar no plano teórico em relação à ponderação/proporcionalidade em sentido estrito. Trata-se, infelizmente, de um fenômeno nefasto à própria missão de proteção dos direitos fundamentais que com a proporcionalidade se busca alcançar.

4.5.3 A compreensão inadequada em meio à doutrina penal

Raras são as abordagens no campo teórico penal que traçam uma devida compreensão da máxima da proporcionalidade, trabalhando com as suas três máximas parciais e correspondentes conteúdos⁴³⁶. A doutrina penal muitas vezes aparenta ter estacionado na época de Cesare Beccaria, compreendendo a proporcionalidade como uma

⁴³⁵ MARMELSTEIN, George. Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga. **Direitos Fundamentais (Blog)**, 18 set. 2008. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net>>. Acesso em 01 mar 2011.

⁴³⁶ Na doutrina nacional, merecem referência SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos fundamentalismos hermenêuticos. IN: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica**. Salvador: Editora JusPodivm, 2010; e FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 155 e ss.

relação de proporção entre o delito e a pena. É muito recorrente, inclusive, se encontrar entre o rol de princípios penais, esta versão penal da proporcionalidade.⁴³⁷

Não é nem possível se alegar em defesa de dita postura a questão se tratar de categorias jurídicas homônimas, pois é feito uso de elementos e conceitos da máxima da proporcionalidade neste princípio da proporcionalidade da pena, como, por exemplo, ponderação: “o princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena)”⁴³⁸.

Veja-se o quanto é equivocada esta sentença. Primeiro que para a fixação da pena o bem jurídico afetado não é referencial do *quantum* de privação da liberdade. O que se avalia é a reprovação da conduta – gravidade do fato como bem se aponta –, sendo o principal referencial a culpabilidade. Esclarecido isto, não se pode falar em ponderação entre gravidade do fato e gravidade da pena. Ponderação é uma técnica jurídica para solução de colisão de princípios.

Esta inadequada compreensão da proporcionalidade é encontrável também já jurisprudência, tornando-se ainda mais grave quando combinada com a confusão com a proporcionalidade e a aplicação displicente. Tal situação deveras problemática é encontrável na jurisprudência do STF na análise da constitucionalidade da receptação qualificada (art. 180, §1º), um dos raros julgamentos da Corte Suprema sobre a constitucionalidade de uma norma penal incriminadora.⁴³⁹

Não se quer aqui sustentar que não existe uma obrigação de correspondência entre o delito e a pena cominada, seja abstratamente, seja *in concreto*. Todavia, não corresponde tal exigência à máxima da proporcionalidade, nem dela é decorrente. Máxima da

⁴³⁷ Por exemplo, GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Vol. I. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 77.

⁴³⁸ FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 67.

⁴³⁹ DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 180, § 1º DO CÓDIGO PENAL. CONSTITUCIONALIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A conduta descrita no § 1º do art. 180 do Código Penal é evidentemente mais gravosa do que aquela descrita no caput do dispositivo, eis que voltada para a prática delituosa pelo comerciante ou industrial, que, pela própria atividade profissional, possui maior facilidade para agir como receptador de mercadoria ilícita. 2. Não obstante a falta de técnica na redação do dispositivo em comento, a modalidade qualificada do § 1º abrange tanto do dolo direto como o dolo eventual, ou seja, alcança a conduta de quem "sabe" e de quem "deve saber" ser a coisa produto de crime. 3. Ora, se o tipo pune a forma mais leve de dolo (eventual), a conclusão lógica é de que, com maior razão, também o faz em relação à forma mais grave (dolo direto), ainda que não o diga expressamente. 4. Se o dolo eventual está presente no tipo penal, parece evidente que o dolo direto também esteja, pois o menor se insere no maior. 5. Deste modo, não há que se falar em violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, como pretende o impetrante. 6. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus. (HC 97344, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 12/05/2009)

proporcionalidade e princípio da proporcionalidade das penas são categorias jurídicas completamente distintas.

4.6 MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E BEM JURÍDICO PENAL

A realização de um princípio deve se dar de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Logo, a realização de um princípio pressupõe a proporcionalidade. Direitos fundamentais são oriundos de normas com estrutura de princípios, assim, somente podem ser restringidos com fundamento em na realização de algum princípio, o que implica em um necessário cumprimento da máxima da proporcionalidade.

O Direito Penal pode ser visto a partir destas duas questões. Ele é a realização de princípios uma vez que busca conferir proteção a bens jurídicos cuja otimização é imposta por princípios constitucionais. Ele também é restrição dos direitos fundamentais a liberdade de ação, liberdade de locomoção e imagem-atributo. Agora, independentemente do ponto de partida que se assuma na compreensão do Direito Penal, como visto, se deve perpassar pela máxima da proporcionalidade.

A dogmática da teoria dos direitos fundamentais demonstra que, mais que um critério orientativo da tutela penal, a máxima da proporcionalidade é um regra inerente a concepção de bem jurídico penal. Bem jurídico e proporcionalidade são categorias jurídicas umbilicalmente ligadas na estrutura normativa dos princípios. *Um bem jurídico penal necessariamente decorre da operação bem jurídico + proporcionalidade.*

Esta compreensão traz uma grande decorrência: somente é possível se afirmar a existência de um bem jurídico penal a partir de casos concretos⁴⁴⁰. Confere-se assim grande mobilidade e dialeticidade na configuração penal, pois não estabelece uma prévia existência de um rol de bens jurídicos penais e simultaneamente impõe fortes e sérios pressupostos configurativos e argumentativos para o seu surgimento.

⁴⁴⁰ Por caso concreto deve ser entendido aqui como um fato determinado e não necessariamente uma situação individual e particular submetida ao poder judiciário. Caso concreto é qualquer intervenção na realidade fática que possa ser individualizada. A criação de um ato normativo pelo legislador, membro do executivo ou magistrado é um caso concreto. Em igual sentido, mas se restringido a decisão de criação do legislador, SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 140, nota 64.

Afirmar a proporcionalidade como pressuposto de existência de bem jurídicos penais significa que somente há um objeto passível de ser protegido penalmente após a análise da realidade fática e, principalmente, da colisão entre o princípio que prevê o bem jurídico, impondo a um mandamento *prima facie* de proteção, e o princípio que estabelece os direitos fundamentais *prima facie* à liberdade de ação, liberdade de locomoção e imagem-atributo.

Caso o resultado dessa ponderação seja favorável ao princípio que consagra o bem jurídico, pode dizer-se que há um mandamento definitivo de sua proteção ao legislador penal no caso concreto. Há efetivamente um bem jurídico que pode ser alçado a condição de bem jurídico penal através da criminalização.

Por outro lado, se o resultado atestar um direitos fundamentais definitivos às liberdades de ação e locomoção, e à imagem-atributo, estando o legislador penal proibido de criminalizar a situação concreta delineada. O que, por conseguinte, atesta que não há, no caso, um bem jurídico apto a receber a tutela penal.

Tudo quanto foi delineado anteriormente para a máxima da proporcionalidade é, obviamente, válido para a sua atuação em relação às normas penais incriminadoras, que são normas restritivas de fundamentais como quaisquer outras. Importante agora é somente constatar nuances que surjam na sua utilização na seara penal e situações nas quais se constatem desproporcionalidades, demonstrando a sua utilidade na limitação e controle da atuação do legislador penal, a denominada função crítica ou de garantia.

Por fim, vale lembrar que a proporcionalidade somente pode ser auferida a partir de uma situação concreta, no caso da tutela penal de bens jurídicos, esta medida concreta obviamente sempre será uma lei ou dispositivo de lei penal que estabeleça a criminalização de uma ou mais condutas.

4.6.1 Adequação

Considerar que o Direito Penal está adstrito à proteção de bens jurídicos constitucionais, impõe estabelecer-se como fim buscado de toda lei penal incriminadora esta proteção. Desta maneira, é possível resumir o exame da máxima parcial da adequação à investigação se a criminalização – e consequente ameaça de pena – de uma conduta realiza ou fomenta a proteção de bens jurídicos previstos por princípios constitucionais.

Há assim três elementos chaves para a configuração da adequação: **a)** bens jurídicos previstos por princípios constitucionais; **b)** realização da proteção; e **c)** fomento da proteção.

4.6.1.1 Bens jurídicos previstos por princípios constitucionais

O ponto de partida essencial para se avaliar se uma lei penal incriminadora é adequada/idônea/conforme sempre será a necessária demonstração de que há um bem jurídico previsto por um princípio de natureza constitucional. Devendo-se, assim, individualizar um bem jurídico e atestar a sua previsão por um princípio constitucional.

Aqui se parte da compreensão de que bem jurídico é um dado da realidade que é cerne de ordenação, proibição ou permissão jurídica *prima facie* ou definitivamente⁴⁴¹. O conceito de bem jurídico é totalmente aberto e vago, somente não se podendo considerar um bem jurídico algo que não for tutelado pelo ordenamento jurídico. Assim, em termos práticos, será extremamente difícil não haver um bem jurídico em questão.

Já a restrição a bens jurídicos previstos por princípios constitucionais é possível estabelecer algumas balizas práticas. De uma maneira geral, os princípios constitucionais decorrem de previsões sobre interesses/bens coletivos ou de direitos fundamentais⁴⁴². Pode afirmar-se, então, que sempre serão bens jurídicos aptos à tutela penal aqueles decorrentes de princípios relacionados a interesses coletivos⁴⁴³ ou aqueles – individuais e/ou coletivos – que fundamentam um direito fundamental⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ Cf. item 3.8.2.

⁴⁴² “Entre os princípios relevantes para decisões de direitos fundamentais não se encontram somente princípios que se refiram a direitos individuais, isto é, que conferem direitos fundamentais *prima facie*, mas também aqueles que têm como objeto interesses coletivos e que podem ser utilizados sobretudo como razões contrárias a direitos fundamentais *prima facie*, embora possam ser também utilizados como razões favoráveis a eles” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 136)

⁴⁴³ “Mais difícil é responder à pergunta acerca dos princípios relacionados a interesses coletivos. Alguns deles podem ser atribuídos sem maiores exigências a cláusulas de restrição qualificadas; outros, por meio de uma interpretação institucional das disposições de direitos fundamentais, podem ser atribuídos até mesmo ao suporte fático. Outros ainda, como o princípio do Estado Social e o princípio democrático, podem ser atribuídos, se que isso cause algum problema, a disposições constitucionais que não sejam dispositivos de direitos fundamentais” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 136-137).

⁴⁴⁴ “Um direito pode ser justificado geral ou em determinada situação (1) exclusivamente por bens individuais, (2) tanto por bens individuais como coletivos e (3) exclusivamente por bens coletivos”.

4.6.1.2 Realização da proteção

Para se falar que uma incriminação realiza a proteção de bens jurídicos, deve ela inibir condutas que consagrem a afetação/prejuízo destes bens, ou seja, condutas que o lesionem ou o coloquem em risco, seja concretamente, seja abstratamente. Trata-se aqui do conteúdo veiculado pela doutrina penal sob a alcunha de princípio da lesividade ou ofensividade⁴⁴⁵ (*nullum crimen sine iniuria*).

A admissão de condutas que somente colocam o bem jurídico em risco é totalmente admissível, uma vez que o exame de adequação não foca o grau de contribuição, mas a mera possibilidade de fazê-lo. Desta maneira, somente poderá ser considerada desproporcional uma conduta que não apresentar algum curso causal hipotético plausível que possa resultar na afetação de um bem jurídico.

O baixo risco de lesão a um bem jurídico, todavia, não é irrelevante à proporcionalidade, podendo ser utilizado com fator desfavorável à intervenção penal na ponderação realizada na máxima da proporcionalidade em sentido estrito.

4.6.1.3 Fomento da proteção

Obviamente, a criminalização de condutas que representam a ofensa a bens jurídicos se mostram, em tese, como as mais adequadas para a sua proteção, todavia, não necessariamente a elas se resumem. É possível também cogitar a criminalização de condutas acessórias que não pertencem a um curso hipotético, mas que facilitam ou estimulam o cometimento de outros crimes, estes sim consagradores de cursos causais lesivos.

Estas condutas não realizam a proteção em um bem jurídico em si, mas a sua contenção representa um fomento à proteção de bens jurídicos por criarem óbices

(ALEXY, Robert. Direitos individuais e bens coletivos. IN: ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso. Estudos para a filosofia do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 177-178).

⁴⁴⁵ Especificamente sobre o assunto, GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Ofensividade no Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; e D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. IN: D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

adicionais à execução e exaurimento de delitos ou por inibirem estímulos a condutas criminais. Como exemplos, há o crime de lavagem de capitais e aqueles tutelados no Código Penal sob o falso bem jurídico paz pública (arts. 286 a 288, CP): incitação ao crime, apologia de crime ou criminoso e quadrilha ou bando.

4.6.1.4 Exemplos de criminalizações inadequadas

Dois exemplos de dispositivos incriminadores de lei penais que falham no exame da máxima parcial da adequação são **a)** a constelação de criminalizações de condutas meramente imorais; e **b)** o crime de gestão temerária.

a) Criminalizações de condutas meramente imorais

A moral, costumes e ideologias podem configurar bens jurídicos ao contrário do que sustenta a doutrina penal. Bens jurídicos, afinal são dados da realidade, bastando que se lhe confira tutela jurídica para que sejam alçados a condição de bens jurídicos.

Moral, costumes e ideologias não podem ser tutelados penalmente porque não são bens jurídicos previstos por princípios. Em verdade, em modelos que concebam o pluralismo cultural e ideológico, com respeito às diferenças e minorias como o consagrado pelo Estado Democrático de Direito, a tutela penal destes interesses resta proscrita. Na ordem constitucional brasileira, são emblemáticas neste sentido a vedação a discriminação de qualquer espécie como objetivo fundamental do Estado brasileiro (art. 3º, IV, CF) e a consagração da liberdade de crença e consciência como direito fundamental (art. 5º, VI, CF).

Como o Código Penal brasileiro é datado de 1940, algumas criminalizações foram fundadas em questões de moral e “bons costumes” que eram impostas culturalmente naquela época. Parte delas já foi revogada, como o adultério (art. 240) e a sedução (art. 217). Outras já foram adequadas a verdadeiros bens jurídicos, como a liberdade/autodeterminação sexual, exemplo: crime casa de prostituição (art. 229, CP). Todavia, ainda remanescem algumas, como os crimes de mediação a servir a lascívia de

outrem (art. 227, *caput*, CP), favorecimento da prostituição (art. 228, *caput*, CP), ato obsceno (art. 233, CP) e escrito ou objeto obsceno (art. 234, CP).

b) Crime de gestão temerária

Se os crimes que protegem a moralidade e os costumes representam um exemplo de criminalização inadequada por ausência de um bem jurídico previsto por um princípio constitucional, é possível apresentar o crime de gestão temerária (art. 4º, p.u., Lei 7.492/86) como um exemplo onde não se realiza ou se fomenta a proteção de bens jurídicos.

O sistema financeiro pode ser conceituado como o conjunto de práticas e instituições ligadas à captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários. Atividades essenciais para o desenvolvimento econômico de um Estado, do mercado e suas instituições e até mesmo dos indivíduos.

A lei de crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei 7.492/86) buscou consagrar uma série de condutas que representam lesões ou perigos ao funcionamento e saúde do sistema financeiro. Dentre elas, estabeleceu em seu art. 4º, p.u., a criminalização de gestões temerárias com uma pena de 2 (dois) a 8 (oito) anos de reclusão e multa.

Tal criminalização se mostra totalmente inadequada à proteção do sistema financeiro, uma vez que tenta inibir uma postura que muitas vezes é a ele inerente, em especial em operações em bolsas de valores. Arriscar-se, ser audacioso, muitas vezes é uma postura legítima na busca de melhores resultados em investimentos financeiros. Criminalizar posturas temerárias, não só não protege ou fomenta a proteção, como a atrapalha o sistema financeiro.

4.6.2 Necessidade

Uma vez considerada adequada a lei penal incriminadora, a máxima parcial da necessidade impõe a investigação da existência de meios alternativos igualmente adequados/idôneos/conformes para a proteção daquele bem jurídico em questão.

Desta maneira, identificada uma medida alternativa hipotética no campo de competência do legislador ou já existente no ordenamento, deverá se apurar, inicialmente, se ela possui, ao menos, uma igualdade de adequação à lei penal incriminadora (exame de igualdade de adequação).

Uma vez constatada esta característica, deverá se comparar as situações jurídicas criadas pela lei penal incriminadora e a medida alternativa, no intuito de averiguar qual cria um quadro menos restritivo aos direitos fundamentais (exame de comparação de restrição). A lei penal incriminadora somente poderá ser considerada desproporcional, se a medida alternativa, de forma evidente, criar um quadro menos restritivo.

Como se pode constatar, a máxima parcial da necessidade, através de seus exames, equivale a uma vertente prática dos postulados daquilo que a doutrina penal alcunha de princípio da intervenção mínima/subsidiariedade/*ultima ratio*.⁴⁴⁶ Busca-se instrumentalizar a avaliação de outros meios (medidas alternativas) que devem ser usados prioritariamente ao Direito Penal por serem menos onerosos, consagrando sua condição de *ultima ratio*.

Os exames de igualdade de adequação e de comparação de restrição se fundam mais em um método de apuração do que em conceitos e requisitos como a adequação. Desta maneira, sem conceitos para contextualizar no âmbito das leis penais incriminadoras, soa mais apropriado delinear situações potenciais nas quais o exame da máxima parcial da necessidade possa decretar a desproporcionalidade da norma penal incriminadora.

Destaque-se aqui um grupo de casos com potencialidade para deflagrar a desproporcionalidade da lei penal incriminadora na máxima parcial da necessidade: a existência de normas sancionadoras não-penais suficientemente adequadas.

⁴⁴⁶ Alguns doutrinadores portugueses, em virtude do art. 18º, 2, da constituição daquele país chegam a utilizar a expressão princípio da necessidade, não, necessariamente, pela identidade com a máxima parcial da necessidade. Cf., p. ex., DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral**. Tomo I. Coimbra-São Paulo: Coimbra Editora – Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 128.

4.6.2.1 Existência de normas não-penais suficientemente adequadas

Como visto anteriormente⁴⁴⁷, caso se identifique que uma medida alternativa já existente no ordenamento igualmente ou mais adequada que a lei penal incriminadora, automaticamente – ou seja, independentemente do exame comparativo de restrição – deverá se considerada desproporcional.

Se a medida alternativa existente é igualmente ou mais adequada que a intervenção penal, a criminalização se mostrará uma intensificação da restrição de direitos fundamentais – afinal se somará a restrição já existente – sem ganho algum na proteção do bem jurídico.

Desta maneira, ganham relevo na investigação da máxima da necessidade a identificação de intervenções por meios cíveis que suficientemente já tutelem e protejam o bem jurídico. Um grande exemplo de aplicação prática desta ideia foi o ajuste interpretativo do crime do art. 171, VI, CP, cujo texto permite a criminalização da conduta de emissão de cheque sem fundos.

Uma vez que a emissão de cheque sem fundos pode ser tratada e contornada através dos meios cíveis, entendeu-se que tal conduta somente se configuraria crime quando houvesse má-fé daquele que emite o cheque, utilizando-o como um meio fraudulento. Assim, há muito editou o STF a súmula 246, consignando que, “comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos”.

As regulações cíveis, de uma maneira geral, são um campo útil para extração de medidas alternativas, todavia, é nos seus âmbitos dotados de caráter sancionatório-punitivo que uma maior probabilidade de encontrar medidas dotadas de igualdade de adequação. Sanções punitivas cíveis – em especial as de direito administrativo –, da mesma forma que as de Direito Penal, buscam desestimular condutas indesejadas.

Tome-se de exemplo o direito administrativo de trânsito. O Código de Trânsito Brasileiro traz um extenso rol de condutas que buscam ser desestimuladas através da ameaça da aplicação de multas, um sistema de pontos que pode levar a suspensão da habilitação para dirigir e/ou apreensão do veículo.

É bem verdade que a proibição destas condutas busca a ordenação e manutenção do adequado funcionamento do sistema viário. Todavia, muitas destas condutas também

⁴⁴⁷ Cf. item 4.4.2.2.

visam conferir uma maior segurança à vida e à integridade física dos indivíduos. Grande exemplo é a obrigação do uso do cinto-de-segurança. Ou seja, desempenham elas também um papel de proteção de bens jurídicos através da intimidação de uma sanção.

As sanções administrativas, inclusive, apresentam uma vantagem de adequação ao fim protetivo em relação às sanções penais: a maior certeza e celeridade de sua aplicação. Uma vez que há uma intensidade muito menor de garantias materiais e processuais, a probabilidade de aplicação de uma sanção pela administração pública é muito mais elevada que a de uma sanção penal pela autoridade judiciária.

Desta maneira, caso se resolva intensificar o desestímulo de condutas já abarcadas por proibições administrativas sujeitas à sanção através da sua criminalização, é requisito essencial que a intervenção administrativa se mostre insuficiente ou menos adequada em relação da intervenção penal.

Caso a medida administrativa se mostre igualmente ou mais adequada para a proteção do bem jurídico, deverá a lei penal incriminadora ser considerada desnecessária por deflagrar uma intensificação da restrição de direitos fundamentais sem um real benefício que a justifique.

4.6.2.2 Exemplo de criminalização desnecessária

Tomando como base a legislação penal vigente, pode-se exemplificar um caso de criminalização desnecessária com base na existência de medidas alternativas já existentes: o crime de direção sob efeitos de substância psicoativa.

O art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) considera crime “Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”.

Acontece que o mesmo CTB prevê em seu art. 165 como infração administrativa sujeita à multa e suspensão da habilitação por doze meses, “dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”.

Como se vê, há textualmente uma quase identidade entre as duas disposições, podendo afirmar-se que regulam a mesma conduta, almejando o mesmo fim de inibir a

condução de veículos após a ingestão de substâncias psicoativas, principalmente o álcool. Ambas as previsões normativas são, também, facilmente consideradas instrumento de proteção da integridade física daqueles que participam do trânsito rodoviário, sejam motoristas, passageiros ou pedestres.

Todavia, é importante notar que, na experiência cotidiana, se constata que o efeito intimidatório e inibidor da conduta é realizado basicamente pela previsão administrativa. Um exemplo indicativo disto é que quase ninguém tem conhecimento da quantidade de pena prevista para a conduta, mas muitos sabem que se sujeitará, administrativamente, à uma multa de quase mil reais, à apreensão do veículo e suspensão da habilitação⁴⁴⁸.

Isto, sem sombra de dúvidas é fruto da mencionada maior celeridade e probabilidade de se aplicar as sanções administrativas. Acontece que tal fenômeno, por si só, não representa uma maior adequação do âmbito administrativo em relação ao penal. Uma questão extra deve ser mencionada: a negativa de se submeter ao teste do bafômetro.

O direito de não produzir prova contra si mesmo traz um sério empecilho para persecução penal e consequente aplicação de pena, uma vez que o exame de alcoolemia é requisito fundamental para se demonstrar a materialidade do delito. No âmbito administrativo, os óbices causados por dita negativa são inexistentes, já que a negativa a submissão ao exame permite, igualmente, a aplicação das sanções (art. 277, §3º, CTB).

Assim, se pode afirmar que a força intimidadora da proibição penal é muito inferior à administrativa. E se, como visto, uma lei penal incriminadora não apresentar maior adequação do que uma medida alternativa já existente no ordenamento, ela é desnecessária por oportunizar a restrição de direitos fundamentais sem algum benefício. Logo, se pode afirmar que o art. 306, CTB, é desproporcional e, portanto, inválido.

4.6.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Uma lei penal criminalizadora adequada e necessária somente poderá ser considerada proporcional e válida caso a magnitude da importância da proibição da conduta como proteção ao bem jurídico seja equivalente ou maior que a gravidade das sérias restrições causadas aos direitos fundamentais da liberdade de ação, liberdade de

⁴⁴⁸ Inclusive, já realizei esta pergunta em 6 turmas em que lecionei Direito Penal. Em nenhuma deles encontrei alguém que soubesse a penal.

locomoção e imagem-atributo. Deve ela ser exitosa no exame da máxima da proporcionalidade em sentido estrito.

Aqui, basicamente, se empenhará em responder se a conduta e a sua conseqüente proteção a um bem jurídico é realmente significativa, se considerando socialmente intolerável. É, assim, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito o instrumento por excelência para se exercer os postulados penais que a doutrina penal denomina princípio da fragmentariedade que visa combater “uma visão onicompreensiva da tutela penal, e impõe uma seleção seja dos bens jurídicos ofendidos a proteger-se, seja das formas de ofensa”⁴⁴⁹.

Esta apuração deve ser feita com base na técnica da ponderação/sopesamento que não possui uma metodologia rígida, consistindo basicamente na contraposição dos argumentos e razões favoráveis e desfavoráveis aos princípios colidentes no caso concreto. As únicas regras pré-estabelecidas são as condições de precedência *prima facie* que devem obrigatoriamente ser observadas na ponderação quando aplicáveis a um caso concreto.

Desta maneira, as condições de precedência *prima facie* são os únicos elementos passíveis de se contextualizar na submissão de uma intervenção legislativa penal incriminadora à proporcionalidade em sentido estrito.

4.6.3.1 Condições de precedência *prima facie*

Uma criminalização sempre se faz através de lei. Além disso, sempre consagrará a restrição dos direitos fundamentais à liberdade de ação, liberdade de locomoção e imagem-atributo. Estas informações fornecem já elementos se estabelecer uma análise das condições de precedência *prima facie*⁴⁵⁰ na averiguação da proporcionalidade em sentido estrito de uma lei penal incriminadora.

Assim, por exemplo, o fato de se tratar sempre de uma lei federal com controle realizado pelo poder judiciário, imporá que o princípio da separação dos poderes e o

⁴⁴⁹ BRICOLA, Franco *apud* BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 86.

⁴⁵⁰ Parte aqui das 5 condições de precedência *prima facie* gerais estabelecidas no item 4.4.3.2., lembrando-se que elas não são exaustivas, podendo se estabelecer outras condições gerais ou condições para âmbitos específicos.

princípio democrático sempre lhe concederam precedência *prima facie*, partindo para ponderação já com estes pesos lhe favorecendo.

O mesmo não pode se afirmar em relação às precedências *prima facie* que lhes serão desfavoráveis, não havendo alguma que sempre figurará como razão a sua invalidação. Isto se dá pelo fato de que as outras três condições de precedências *prima facie* que foram estabelecidas anteriormente, somente poderão ser definidas com base na oposição do bem jurídico protegido com os bens jurídicos liberdade e imagem-atributo.

Em que pese não estarem pré-estabelecidas como favoráveis ou desfavoráveis, é de se notar que há uma grande inclinação à desfavorabilidade em virtude do status e características da liberdade e imagem-atributo, em especial da primeira.

Na ponderação em abstrato, além da elevada relevância da liberdade de ação e liberdade de locomoção, há, também, uma questão qualitativa, uma vez que são três bens jurídicos em face de, normalmente, um tutelado.

Na prevalência do indivíduo em detrimento da coletividade, todos os três bens jurídicos restritos representam bem jurídicos tutelados por direitos subjetivos/individuais fundamentais. Caso o bem jurídico tutelado pela incriminação seja um interesse coletivo, esta condição de precedência se fará desfavorável à criminalização.

A precedência estabelecida pela dignidade da pessoa humana retrata justamente a preocupação das teorias pessoais do bem jurídico – sem adotar o caráter determinante a ela inerente – de que o Direito Penal tutele bens jurídicos essenciais ao livre desenvolvimento da personalidade.

Note-se que a liberdade de ação e liberdade de locomoção são condições existenciais essenciais do indivíduo em si, enquanto a imagem-atributo está intimamente ligada ao desenvolvimento dialógico da personalidade⁴⁵¹. Logo, poucos serão os bens jurídicos que apresentarão tamanha relevância para estabelecer uma condição favorável a criminalização.

Por fim, cumpre lembrar que a ponderação não se resume às condições de precedência *prima facie*, averiguando-se quantas se mostram favoráveis e quantas desfavoráveis. Elas representam um parte da argumentação realizada, podendo outros questões envolvidas no caso concreto serem levadas em consideração.

⁴⁵¹ Desenvolvimento dialógico da personalidade quer retratar a questão de que a forma como os outros nos veem e reconhecem é um elemento fundamental para concepção e compreensão de si mesmo.

Assim, por exemplo, o fato da conduta delineada na incriminação se tratar de uma proibição com baixa probabilidade de proteger um bem jurídico pode aqui ser utilizada como argumento desfavorável à criminalização.

4.6.3.2 Exemplo de criminalização desproporcional em sentido estrito

O Supremo Tribunal Federal possui hoje uma grande oportunidade de se valer da proporcionalidade em sentido estrito com instrumento para declarar a inconstitucionalidade parcial de uma criminalização. Caso o faça, seria um marco na história jurisprudencial brasileira, uma vez que é fato raríssimo uma declaração de invalidade de uma lei penal incriminadora pelo STF⁴⁵² e com fundamento na proporcionalidade seria a primeira ocorrência. Trata-se do crime de aborto de feto anencefálicos, objeto da ADPF 54 ainda sem julgamento no Pretório Excelso.

Como bem expressa a petição inicial da ação, de autoria de constitucionalista Luís Roberto Barroso, a declaração da inconstitucionalidade da conduta envolve uma questão de ponderação.⁴⁵³ De um lado se encontra a proteção ao mais importante bem jurídico em seu estado gestacional: a vida. Do outro lado se somam a liberdade de ação, liberdade de locomoção e a imagem-atributo, a vida e integridade física e mental da gestante.

No plano das condições de precedência *prima facie* somente uma pode ser cogitada como desfavorável a criminalização da conduta: a ponderação em abstrato. Nas demais, há uma igualdade de condições afinal se tratam de direitos individuais e da vida máxima condição do livre desenvolvimento da personalidade humana.

A vida é o mais relevantes de todos os bens jurídicos, mesmo na condição gestacional, ainda que o feto tenha deficiências. Por outro lado, a vida da gestante é ameaçada pela manutenção da gestação, uma vez que aproximadamente 65% (sessenta e cinco por cento) dos fetos anencefálicos morrem ainda no período intrauterino.

⁴⁵² Talvez o único caso seja o dos crimes previstos na lei de imprensa, uma vez que esta não foi recepcionada pela Constituição de 1988 conforme julgamento da ADPF 130.

⁴⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **Petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54**. Disponível em: < <http://www.lrbarroso.com.br>>. Acesso em 10 mar 2011, p. 12.

Todavia, ao lado da vida da gestante há uma série de outros bens jurídicos que são preservados com a não criminalização, o que importa em conferir uma importância maior a não restrição destes bens.

Em desfavor da importância da proteção da vida do feto anencefálico deve ser considerada também a sua breve sobrevivência caso consiga chegar ao nascimento. Fetos anencefálicos possuem breve vida pós-uterina. “Embora haja relatos esparsos sobre fetos anencefálicos que sobreviveram alguns dias fora do útero materno, o prognóstico nessas hipóteses é de sobrevivência de no máximo algumas horas após o parto”⁴⁵⁴.

Há ainda um fortíssimo argumento desfavorável à criminalização que, inclusive, não foi ventilado na petição inicial: o próprio Código Penal estabelece em seu art. 128 oportunidades de ceifar a vida do feto em virtude de interesses da gestante. Isto, por si só já indicaria uma objetiva diminuição da relevância da proteção da vida intrauterina, mas as hipóteses previstas intensificam ainda mais o um posicionamento desfavorável a criminalização.

O inciso I autoriza o aborto quando há um risco a vida da gestante que não possa ser contornado. Este dispositivo consigna um posicionamento objetivo do legislador pela preponderância da vida da gestante em relação à vida do feto. É verdade que não se trata da situação dos fetos anencefálicos, mas é um reforço da ponderação em abstrato realizada, estabelecendo-se uma precedência *prima facie* a não-criminalização.

Todavia, mais decisivo ainda é o inciso II. Ele autoriza a gestante abortar quando a gestação é fruto de um estupro. Veja-se que aqui não há risco algum a saúde e vida da gestante. Tal aborto é fundamentado por questões de honra e integridade psíquica da gestante por ser submetida a uma gravidez indesejada.

Há uma declaração objetiva do legislador que em uma ponderação entre o bem jurídico vida do feto e os bens jurídicos honra e integridade psíquica (acresça-se também a liberdade de ação, liberdade de locomoção e imagem-atributo), deve-se dar precedência aos bens jurídicos da gestante.

A situação da gravidez de feto anencefálico consagra afetações mais graves a aos mesmos bens da gravidez decorrente de estupro, acrescentando-se o risco a dois bens de suma relevância: vida e integridade física. Sem contar que as chances de nascimento com vida do anencefálico é de 35% (trinta e cinco) por cento, e que durará no máximo algumas horas.

⁴⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54**. Disponível em: < <http://www.lrbarroso.com.br>>. Acesso em 10 mar 2011, p. 4.

Diante das precedências *prima facie*, da análise do caso concreto e até mesmo das posturas do próprio legislador, não há como se conceder precedência a vida do feto anencefálico, devendo ser considerada desproporcional a criminalização da conduta do aborto de fetos anencefálicos.

4.6.4 A máxima da proporcionalidade e a tipicidade penal

Uma vez declarada proporcional e válida a norma penal incriminadora, não se esgota o campo de incidência da máxima da proporcionalidade. Isto se deve ao fato de que decisões judiciais representam normas estabelecidas para casos concretos. Há algumas destas normas que representam, inclusive, evidentes restrições de direitos fundamentais diante do caso concreto. As decisões judiciais na seara criminal impositivas de prisões provisórias e as condenações à privação da liberdade são um grande exemplo.

Nos espaços de discricionariedade conferidos ao juiz, como, por exemplo, no campo das medidas cautelares, é onde a necessidade da máxima da proporcionalidade. Da mesma forma que a discricionariedade do legislador não é ilimitada, estando adstrita aos mandados de otimização advindos de princípios, em igual situação se encontra o juiz. Todavia, como o juiz está submetido também a lei, algumas nuances surgem.

Uma diferença já se constata na máxima da adequação. Os objetivos decorrentes de princípios que devem ser buscados pelo juiz ou já vêm predeterminados pela lei, ou lhe é conferido um pequeno rol de escolha. Tome-se de exemplo a imposição de prisões cautelares penais. O Código de Processo Penal já delimita em seu art. 312 quais são as finalidades – decorrentes do princípio da operacionalidade do direito penal⁴⁵⁵ – que podem ser buscadas pelo magistrado através da restrição do direito fundamental a liberdade de locomoção do indivíduo.

A máxima da necessidade também pode apresentar limitações decorrentes da legislação. As medidas alternativas hipotéticas⁴⁵⁶ que devem ser investigadas dentro da competência conferida ao magistrado. O rol de opções pode ser aberto, como ocorre com

⁴⁵⁵ Só a manutenção da ordem pública que não é derivada deste princípio, tornando-a ainda mais questionável do que já é devido a seu elevado grau de indeterminação.

⁴⁵⁶ Lembre-se que se houver uma medida alternativa já existente, a medida adotada pelo juiz será automaticamente desproporcional.

o poder geral de cautela conferido aos juízes cíveis (art. 798, CPC), não estando o juiz vinculado às medidas cautelares típicas. Por vezes, pode não haver rol algum, estando o juiz obrigatoriamente, como ocorre no CPP atual em relação a prisão preventiva que não possui alternativa legal. Por fim, pode o legislador impor um rol taxativo, como no projeto do novo Código de Processo Penal (PLS 156/2009). Esta última situação é a mais ilustrativa.

O art. 533 do PLS 156/2009 traz um rol de medidas cautelares pessoas, que abarca, além da prisão preventiva, mais catorze medidas. Muitas delas já existiam, mas ganha relevância as inovações que oferecem alternativas à prisão preventiva, como o recolhimento domiciliar e o monitoramento eletrônico. Estas duas últimas serão sempre potenciais medidas alternativas hipotéticas à decretação da prisão preventiva. Quando as duas forem igualmente adequadas, por serem menos restritivas, sempre ocorrerá a desnecessidade da prisão preventiva.⁴⁵⁷

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, não apresenta limitações de ordem legislativa. Como se trata de uma ponderação entre os princípios ligados ao caso concreto, quase sempre há um abandono na análise do plano legislativo infraconstitucional que é conformado basicamente por regras, no máximo restando os princípios infraconstitucionais⁴⁵⁸.

Isto não significa que a máxima da proporcionalidade confere ao juiz alforria a sua servidão à lei. Esta vinculação é imposta pelo princípio da legalidade e da segurança jurídica, além de que os atos legislativos são manifestações do princípio democrático. A negação de validade a um comando legislativo para um caso concreto sem fundamento jurídico legítimo representa uma séria violação do princípio da separação dos poderes.

Desta maneira, nesta terceira etapa há uma maior exigência argumentativa para se decretar a desproporcionalidade de uma medida judicial a um caso concreto do que

⁴⁵⁷ Como visto, a máxima da proporcionalidade por si só já impõe o caráter subsidiário da prisão preventiva. O legislador optou por consignar expressamente a subsidiariedade, ao estabelecer em seu art. 556, §3º, que “A prisão preventiva somente será imposta se outras medidas cautelares pessoais revelarem-se inadequadas ou insuficientes, ainda que aplicadas cumulativamente”. Normativamente, tal dispositivo é despidendo, todavia, é útil por consagrar de forma expressa o exame de proporcionalidade nas prisões preventivas.

⁴⁵⁸ Não existem princípios somente no plano constitucional. Como visto, o que caracteriza os princípios é sua estrutura normativa como mandamento de otimização, não havendo impedimentos para serem encontrados também no plano infraconstitucional. Alexy admite esta possibilidade textualmente “A atribuição de princípios às disposições da Constituição tem relevância sobretudo para a questão de sua hierarquia constitucional. Mas também os princípios que, por seu conteúdo, não poder ser atribuídos a nenhuma disposição constitucional também são relevantes do ponto de vista dos direitos fundamentais” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 137).

abstratamente considerada. Na análise da proporcionalidade em sentido estrito de uma medida legislativa em abstrato já se conformam condições de precedência *prima facie* à validade da lei em decorrência do princípio democrático e princípio da separação dos poderes. Na análise da aplicação em concreto de dita medida, esta precedência *prima facie* na ponderação, este maior peso inicial no sopesamento, é intensificada pela precedência imposta pelo princípio da legalidade e da segurança jurídica.

Consolidadas e esclarecidas as nuances gerais da máxima da proporcionalidade em face das medidas judiciais interventivas de direitos fundamentais, é possível tratar da sentença penal condenatória. Todavia, aqui deverá se restringir a análise somente da interpretação do tipo penal e conseqüente enquadramento do caso concreto à norma penal incriminadora. Em resumo, ao juízo de tipicidade penal.

A doutrina penal historicamente desenvolveu uma metodologia analítica para investigar a incidência da norma penal a um caso concreto, ou seja, a configuração do ilícito penal, o crime ou delito. Ela é majoritariamente concebida em três estágios: tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Relevante para este trabalho é somente o primeiro estágio, a tipicidade, pois é o momento onde a afetação do bem jurídico surge como requisito para configuração do ilícito.

Inclusive, é de se recapitular que a proporcionalidade é pressuposto de existência de um bem jurídico penal. Atestar que determinada intervenção judicial penal condenatória é desproporcional, significa dizer que a obrigação *prima facie* de se proteger um bem jurídico decorrente de um princípio constitucional não se configura como um mandamento definitivo para o caso concreto da intervenção penal.

Logo, não há legitimidade para tutela penal do bem jurídico, logo não há possibilidade se considerar de forma válida que há um bem jurídico penal. SE bem jurídico penal não há para ser protegido no caso concreto, há conduta se torna um irrelevante penal *ab initio* não se pode falar em tipicidade penal.

A análise da proporcionalidade da intervenção judicial penal no caso concreto será muito mais restrita e de menor rendimento limitativo do que a intervenção legislativa em abstrato, resumindo-se ao teste da máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito. Isto ocorre pela delineada vinculação da atuação judicial à lei. Uma vez que a legislação não confere discricionariedade ao juiz penal, prejudicando as máximas da adequação e da necessidade.

O magistrado no julgamento de um crime, somente está adstrito ao fim que justifica as leis penais incriminadoras, a proteção de bens jurídicos⁴⁵⁹, agregando-se a finalidade dela decorrente de afirmação da sua validade e da operacionalidade do Direito Penal⁴⁶⁰. A avaliação da adequação da criminalização de uma conduta específica para a consecução deste fim, equivale em uma avaliação parcial das proibições traçadas pela norma penal incriminadora.

Caso, diante de um caso concreto de porte de maconha para uso pessoal, um magistrado declare que a conduta não é adequada para realização ou fomento do fim de proteção da saúde pública, está ele afirmando que a criminalização em abstrato do porte de maconha é inadequada, ou seja, que a norma penal incriminadora é, em parte, desproporcional.

Já a máxima da necessidade padecerá de inanição por falta de medidas alternativas. Não há como cogitar medidas alternativas já existentes, por não há como afirmar a validade e impositividade das normas incriminadoras senão aplicando-as. Já medidas alternativas hipotéticas não são fornecidas pelo legislador, restando como única medida a criminalização em concreto.

Assim, possui somente viabilidade prática a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, por ser transcender às regras, oportunizando o questionamento da intervenção judicial penal com fundamento na colisão entre princípios decorrentes da criminalização em concreto da conduta. Aqui se pode encontrar duas situações básicas que podem levar a desproporcionalidade da criminalização por se configurar excessiva: **a)** condutas de inexpressiva lesividade; e **b)** condutas que representam o exercício de um direito fundamental.

4.6.4.1 Condutas de inexpressiva lesividade

Esta já é uma situação há muito conhecida e explorada pela doutrina penal sob a alcunha de princípio da insignificância. Com base na premissa de que o Direito Penal não

⁴⁵⁹ Função protetora de bens jurídicos c/c função da pena de prevenção geral negativa. A função geral negativa concebe as penas como instrumento de intimidação e inibição das condutas incriminadas.

⁴⁶⁰ Função protetora de bens jurídicos c/c função da pena de prevenção geral positiva. A função geral positiva concebe a pena como afirmação da validade das normas e da vigência do sistema social e/ou seus valores inerentes.

se ocupa de bagatelas, se entende que condutas concretas que consagrem diminutas afetações são atípicas, não devendo ser criminalizadas concretamente. A Insignificância como causa de exclusão da tipicidade por falta de conteúdo material para configuração do ilícito penal é amplamente recepcionada pela jurisprudência penal, inclusive do STF, havendo inúmeros julgados a aplicando.

A doutrina⁴⁶¹ e jurisprudência penal não atentaram ainda que o princípio da insignificância, nada mais é que o juízo de ponderação exercido na avaliação da máxima da proporcionalidade em sentido estrito no âmbito da criminalização em concreto da conduta.

O princípio da insignificância representa uma situação na qual uma medida judicial penal condenatória se configura desproporcional pelo fato de que a proteção de um bem jurídico diante de pequenas afetações se mostra não equivale em importância às restrições aos direitos fundamentais da liberdade de ação, liberdade de locomoção e imagem-atributo.

Uma grande demonstração do fato da insignificância se tratar de um juízo de ponderação é encontrada na própria atividade aplicativa de dito princípio. Note-se nem todo caso que apresente uma inexpressiva afetação de um bem jurídico acarretará na desproporcionalidade de uma condenação, devem haver uma ponderação atenta às nuances do caso concreto e às condições de precedência *prima facie*.

A condição de precedência *prima facie* da ponderação em abstrato se manifesta no entendimento consagrado da inadequação da insignificância em crimes com violência ou grave ameaça. Vida e integridade física são bens de mais elevada relevância constitucional, desta maneira mesmo diante de pequenas lesões ou ameaças de lesões há uma precedência *prima facie* em relação aos bens jurídicos de liberdade e imagem restringidos.

Da maneira como se manifesta a doutrina e os tribunais parece que tal condição de precedência é definitiva e não absoluta. Sustentar tal entendimento é totalmente equivocado. É bem verdade que se trata de uma forte condição de precedência, levando a elevado número de casos concretos nos quais não há como se considerar a intervenção penal desproporcional. Mas ainda assim, há situações nas quais essa precedência é

⁴⁶¹ Exceção feita a Luciano Feldens. FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 191-194.

revertida, basta imaginar a situação da criminalização em concreto de um simples beliscão.

4.6.4.2 Condutas que são o exercício de um direito fundamental

Se a primeira situação de desproporcionalidade da condenação de uma conduta em decorrência da máxima da proporcionalidade em sentido estrito já é amplamente explorada, mesmo que intuitivamente e/ou inconscientemente, pela doutrina e jurisprudência, o mesmo não pode se dizer da situação nas quais há condutas que são o exercício de um direito fundamental.

Por vezes, um magistrado penal em sua atividade jurisdicional pode se deparar com condutas que se adequam à descrição típica de um ilícito penal, mas que ao mesmo tempo representam o exercício de um direito fundamental. Tais situações parecem ser excepcionais, mas não o são, sendo facilmente exemplificáveis.

Um pai testemunha de jeová que nega a autorização para a realização da transfusão de sangue para salvar a vida de seu filho pratica uma conduta que é uma expressão de sua crença religiosa (liberdade de crença e de consciência), mas de amolda ao tipo de homicídio (art. 121, CP).

Há religiões, como o candomblé, que possuem o sacrifício de animais como instrumento de realização de suas crenças religiosas (liberdade de crença), todavia o maltratar ou matar animais, mesmo que não silvestres, é crime (art. 32, Lei 9.605/98⁴⁶²).

Tais situações, quando consideradas pela doutrina penal, costumam ser tratadas no campo da culpabilidade através da consideração da existência de causas supralegais de culpabilidade. Assim, entendem alguns doutrinadores que o fato de consciência retiraria a reprovabilidade penal de uma conduta, excluindo a sua criminalização.⁴⁶³

⁴⁶² Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

⁴⁶³ “A situação de *exculpação* do fato de consciência tem por objeto decisões morais ou religiosas sentidas como *deveres incondicionais* vinculantes da conduta, asseguradas pela garantia constitucional de *liberdade de crença* e de *consciência* (art. 5º, VI, CF)”. (SANTOS, Juarez Cirino. A moderna teoria do fato punível. 3. ed. Curitiba: Editora Forum, 2004, pp. 259-260).

É relevante notar que se já se está no estágio da culpabilidade, significa que a conduta foi considerada típica – digna de relevância penal – e ilícita/antijurídica – quer dizer: contrária a direito –. Como é possível que se considere um fato como exercício de um direito fundamental e ao mesmo tempo contrário ao direito? Soa total equivocada a tese neste âmbito.

Além do mais, o fato de consciência não contempla todas as situações em que há um exercício de um direito fundamental que seja potencialmente enquadrável em um tipo penal. Grande exemplo disto, foi o caso Gerald Thomas, cuja apreciação chegou inclusive ao Supremo Tribunal Federal⁴⁶⁴ e será muito útil para desenvolvimentos que se sucederão.

O teatrólogo Gerald Thomas, na estreia de uma das peças por ele dirigida, foi vaiado e grosseiramente ofendido pela plateia ao final da apresentação. Em reação às acintosas críticas, realizou uma simulação de masturbação e exibiu as suas nádegas ao público. Tal ato configura uma manifestação da liberdade de expressão, mas corresponde à figura típica do crime de ato obsceno (art. 233, CP).

Esta situação concreta em nada se conecta com a questão do fato de consciência. Em verdade, tais casos devem ser solucionados na necessária avaliação da máxima da proporcionalidade em sentido estrito realizada na tipicidade penal.

A obrigatória ponderação realizada entre o bem jurídico protegido e aqueles restringidos pela condenação e aplicação da sanção penal, não fica necessariamente a eles restritas. Caso a conduta que se cogita a criminalização em concreto representar a restrição de outros direitos fundamentais, este deve obrigatoriamente ser inserido na ponderação.

Note-se que tal postura, não implica automaticamente a desproporcionalidade da criminalização em concreto. Restrições adicionais a direitos fundamentais, vão conferir maior peso às restrições, lhes concedendo ou reforçando uma precedência *prima facie*. Desta maneira, há somente recai um maior grau de exigência à conduta a ser criminalizada, demandando uma maior quantidade e/ou intensidade de argumentos favoráveis a sua condenação.

A técnica da ponderação diante do caso concreto, considerando as suas nuances, foi, inclusive, utilizada pelo STF para se decretar a atipicidade da conduta, declarando a prevalência da liberdade de expressão:

⁴⁶⁴ HC 83996, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 17/08/2004.

Tendo em conta as circunstâncias em que se deram os fatos – momento seguinte a uma apresentação teatral que tinha no próprio roteiro uma simulação de ato sexual, após manifestação desfavorável de um público adulto e às 2h da manhã –, entendeu-se atípica a conduta praticada pelo paciente, que, apesar de inadequada ou deseducada, configuraria apenas uma demonstração de protesto ou reação contra o público, que estaria inserida no contexto da liberdade de expressão.⁴⁶⁵

Assim, é possível afirmar que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é um instrumento para a apuração de uma tipicidade conglobada⁴⁶⁶ constitucional da conduta. O resultado desproporcional da criminalização penal representa por um lado que ali há um direito definitivo sendo exercido e pelo outro que inexistente um mandamento definitivo de preservação de um bem jurídico. Não há, portanto, um bem jurídico penal que fundamente a intervenção judicial penal.

⁴⁶⁵ HC 83996, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 17/08/2004.

⁴⁶⁶ Tomando-se de empréstimo e complementado a compreensão de Zaffaroni de que uma conduta penal somente pode ser considerada típica se em uma análise que conglome o ordenamento jurídico como um todo, tal conduta não seja ordenada ou fomentada por alguma norma do ordenamento de igual ou superior hierarquia. (ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, pp. 483-486).

5 CONCLUSÃO

De que forma a Constituição se relaciona com o bem jurídico penal de maneira a lhe conferir uma função limitadora da atividade do legislador penal?

A teoria dos direitos fundamentais é um seguro caminho para obtenção desta resposta, uma vez que revela a premissa que alicerça o seu eficiente e fundamentado desenvolvimento:

As normas penais incriminadoras são restrições de direitos fundamentais. Uma vez que são previstos por princípios constitucionais, somente poderão ser restringidos com fundamento em outro princípio de igual hierarquia normativa. Desta maneira, os bens jurídicos tuteláveis penalmente somente podem ser aqueles objeto de um princípio constitucional.

É esta necessária vinculação aos princípios constitucionais que fundamenta a relação entre bem jurídico penal e Constituição. Fornece ela também os subsídios para saber a forma como essa relação se dá. Ela se opera basicamente em dois eixos.

Primeiramente, exerce a Constituição uma limitação positiva em abstrato. Positiva, pelo fato que os princípios são mandamentos de otimização que impõe ao poder público e aos particulares a maior realização possível de algo. Desta forma, está o legislador igualmente vinculado a estes mandamentos de otimização. Limitação abstrata, porque a Constituição restringe previamente o legislador penal a somente tutelar bens jurídicos penais que são objetos de princípios constitucionais.

Somente se pode cogitar um bem jurídico penal quando se tratar de um bem jurídico previsto por um princípio constitucional.

Secundariamente, a Constituição também desempenha uma limitação positiva no plano concreto, pois um bem jurídico abstratamente apto a ser tutelado penalmente não o será necessariamente em um caso concreto (seja legislativo ou judicial). Isto ocorre pelo fato de que o mandamento realizado por um princípio pode ser relativizado no caso concreto em virtude da sua ponderação com outros princípios. Assim, pode ocorrer que uma determinada situação seja abarcada abstratamente por um princípio, mas no plano concreto não o seja.

Esta relativização obviamente atinge os bens jurídicos, pois são vinculados ao princípio que o prevê. Para se apurar se em determinada criminalização legislativa ou

judicial há realmente um bem jurídico penal que a sustente, torna-se assim, obrigatória a máxima da proporcionalidade. Uma vez que ela representa a avaliação das possibilidades fáticas e jurídicas da realização do mandamento de otimização, igualmente somente através dela se poderá apurar a existência de um bem jurídico penal no caso concreto.

A máxima da proporcionalidade é um pressuposto de existência de um bem jurídico penal.

Conjugando estas duas relações limitativas, pode resumir-se que a relação travada pelo bem jurídico penal com a Constituição determina que ele seja concebido da seguinte forma: *bem jurídico penal = bem jurídico previsto constitucionalmente + proporcionalidade.*

Além desta conclusão geral, pode apontar-se algumas conclusões específicas sobre a relação entre bem jurídico e Constituição colhidas ao longo da investigação:

- a) A vinculação da teoria do bem jurídico penal à Constituição oportuniza um reforço de sua função crítica ou de garantia devido aos referenciais e elementos que esta oferece a àquela;
- b) A doutrina penal, todavia, ainda não conseguiu extrair, desenvolver e fundamentar as implicações decorrentes desta relação, principalmente por déficit de argumentação que pode ser justificado pelo seu desinteresse ou devido estudo da teoria constitucional, em especial da teoria dos direitos fundamentais;
- c) O bem jurídico pode ser definido como sendo aquilo (um dado da realidade) que é cerne de ordenação, proibição ou permissão jurídica *prima facie* ou definitivamente;
- d) Como se observa bem jurídico não é um conceito de Direito Penal, mas da teoria do direito. Por vezes, a abordagem da doutrina penal parece ignorar este fato, inserindo, indevidamente, elementos no conceito que são adstritos ao Direito Penal;
- e) O Direito Penal não representa somente a restrição do direito fundamental à liberdade de locomoção, mas também à liberdade de ação e à imagem-atributo;

- f) O princípio da proteção de bens jurídicos é uma consequência necessária da estrutura normativa de princípio que ampara os direitos fundamentais restringidos por uma criminalização. Assim, ganha não só fundamento, mas também demonstração de seu caráter constitucional;
- g) A Constituição não apresenta um catálogo fechado de bens jurídicos aptos à tutela penal. Os direitos fundamentais possuem uma abertura material que permite a descoberta de direitos fundamentais implícitos ou novos, o que significa que a possibilidade de princípios implícitos ou novos. Por trás de todo direito fundamental, há um princípio que o sustenta;
- h) Os bens jurídicos tuteláveis penalmente não são somente aqueles de igual ou maior relevância constitucional que a liberdade, nem somente os abrigados por direitos fundamentais. Existem princípios de menor relevância que a liberdade. Existem princípios que não consagram direitos fundamentais, mas a manutenção ou preservação de um bem/interesse coletivo;
- i) O exame realizado pela máxima parcial da adequação em uma intervenção legislativa instrumentaliza os postulados estabelecidos pela doutrina penal sob a denominação de princípio da lesividade ou ofensividade;
- j) Já a máxima parcial da necessidade da intervenção legislativa instrumentalizada os postulados do princípio da intervenção mínima/subsidiariedade/*ultima ratio*, mas a ele não se restringe. É cogitável, por exemplo, que uma criminalização seja desnecessária pela elevada quantidade de pena, figurando a mesma criminalização com uma menor pena como medida alternativa igualmente adequada e menos restritiva;
- k) A máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito oferece referenciais instrumentais objetivos para realizar os postulados da fragmentariedade, que basicamente se resume na doutrina a uma afirmação abstrata de que o direito penal deve criminalizar as condutas mais relevantes que ofendem os bens jurídicos mais valiosos;

- l) A remissão do bem jurídico ao livre desenvolvimento do indivíduo, pressuposto de existência do bem jurídico para as teorias pessoais, pode ser contemplado como uma condição de precedência *prima facie* na ponderação decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana;
- m) Tratando a decisão condenatória criminal de uma norma restritiva de direitos fundamentais, é plenamente possível a sua submissão à máxima da proporcionalidade. Todavia, em virtude da falta de discricionariedade conferida pela lei, o exame se resumirá a proporcionalidade em sentido estrito;
- n) Como pressuposto de existência do bem jurídico, a proporcionalidade figurará como elemento da tipicidade penal, sendo atípicas as criminalizações desproporcionais;
- o) Condutas que consagrem inexpressiva lesão a um bem jurídico e a aquelas que representam um exercício de direitos fundamentais são potenciais criminalizações a serem consideradas desproporcionais. Todavia, como está-se no campo da ponderação, somente o caso concreto poderá determinar a desproporcionalidade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Direitos individuais e bens coletivos. IN: ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso. Estudos para a filosofia do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. Sobre o conceito de princípio de direito. IN: ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso. Estudos para a filosofia do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. **Teoria dos Direito Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2008
- AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001
- ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal.** Coimbra: Coimbra editora, 2004
- _____. Nova Lei dos Crimes Contra a Economia (Dec. Lei 26/84 de 20 de janeiro) à Luz do Conceito de «Bem Jurídico». IN: **Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários: volume I - problemas gerais.** Coimbra: Coimbra Editora, 1998
- ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Princípio da proporcionalidade: significado e aplicação prática.** Campinas: Copola, 2002
- ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico.** Salvador, Ano I, Vol. I, nº 4, jul/2001.
- _____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009
- BACHOF, Otto. **Normas Constituionais Inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 2008.
- BARROS, Suzana Toledo de. **O princípio da proporcionalidade e o controle de**

- constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. **Petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54.** Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br>>. Acesso em 10 mar 2011.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal brasileiro.** 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.** 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** Vol. I. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito.** São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos Fundamentais: tópicos de teoria geral. IN: MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

- BUSTOS RAMIREZ, Juan. **Introducción al Derecho Penal**. Bogotá: Temis, 1986
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2009.
- CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003
- CARBONELL, Miguel. Nuevas formas de proteger los derechos fundamentales. IN: CARBONELL, Miguel (coord.). **El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007
- CARNEIRO, Yuri Coelho. **Bem Jurídico-Penal**. Belo horizonte: Mandamentos, 2003
- CASTILLO, Gerardo Barbosa; PAVAJEAU, Carlos Arturo Gómez. **Bien jurídico y derechos fundamentales: sobre un concepto jurídico para Colombia**. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 1996
- CEREZO MIR, José. **Curso de Derecho Penal Español: parte general**. Vol. I. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1998
- CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2009
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.
- D´AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. IN: D´AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral**. Tomo I. Coimbra-São Paulo: Coimbra Editora – Editora Revista dos Tribunais, 2007
- DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos**

Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal.** Lisboa, ano 4, fasc. 2, abr-jun 1994.

DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. IN: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. IN: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESER, Albin. **Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima.** Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 1998

FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERNANDEZ, Gonzalo D. **Bien Jurídico y Sistema del Delito.** Montevideo - Buenos Aires: Editorial B de F, 2004

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal.** Madrid: Trotta, 1995

_____. **Derechos y garantías: la ley del más débil.** 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004

FEUERBACH, Paul Johann A. R. von. **Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania.** Buenos Aires: Hammurabi, 1989

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal.** Vol. I. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Presentación. IN HEFENDEHL, Roland (coord.). **La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del**

- Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007
- GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal.** Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007
- GONZALEZ RUS, Juan José. Seminario sobre bien jurídico y reforma de la parte especial. **Anuario de derecho penal y ciencias penales.** Madrid, Año 1982, tomo 35, fasc. 3, set-dez 1982.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal. **Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso.** Cuiabá, ano 2, nº 3, jul/dez 2007
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** Vol. I. 11. ed. Rio de Janeiro : Impetus, 2009
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. IN: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). **Hermenêutica plural.** São Paulo: Martins Fontes, 2002
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.** 6. ed. São Paulo: RSR Editora, 2009
- _____. **Teoria Processual da Constituição.** 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007
- HASSEMER, Winfried. Teoría personal del bien jurídico. **Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias criminales.** Buenos Aires, ano 12, nº 45-48, 1989
- HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. IN: HEFENDEHL, Roland (coord.). **La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid:

Marcial Pons, 2007

HORMAZABAL MALAREE, Hernán. **Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho: el objeto protegido por la norma penal.** 2. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur, 1992

JAKOBS, Günther. ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?. IN: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.). **El funcionalismo en Derecho Penal.** Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003

_____. **Derecho Penal: Parte General.** 2. ed. Madrid : Marcial Pons, 1997.

_____. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal.** Bogotá : Universidad de Externado de Colombia, 2004

_____. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional.** Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 1996

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal – Parte General.** Granada: Editorial Comares, 2002

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal.** Vol. I. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

LISZT, Franz von. **La idea del fin en el derecho penal.** Bogotá: Temis, 1998

_____. **Tratado de Derecho Penal.** Tomo II. 4. ed. Madrid: Editorial Reus, 1999

LÓPEZ GONZALES, José Luis. A propósito de la STC 66/1995, de 8 de mayo, en torno a los límites al derecho de reunión. **Revista española de derecho constitucional:** Madrid, Año nº 16, Nº 48, 1996

MARMELSTEIN, George. Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga. **Direitos Fundamentais (Blog),** 18 set. 2008. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net>>. Acesso em 01 mar 2011.

- _____. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009
- MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MELLO, Sebastián Borges Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade: o fundamenta da imposição de pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana**. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004
- _____. Limitações dos Direitos Fundamentais. IN: MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009
- MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955
- MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: parte general**. 7. ed. Montevideo - Buenos Aires: Editorial B de F, 2005.
- _____. **El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.
- _____. **Introducción a las bases del Derecho Penal**. 2. ed. Montevideo - Buenos Aires: Editorial B de F, 2003
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Vol. I. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007
- MÜSSIG, Bernd. **Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal: sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema**. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2001.
- NIÑO, Luis Fernando. **El bien jurídico como referencia garantista**. Buenos

Aires: Del Puerto, 2008

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003

PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Un nuevo sistema de Derecho Penal. Consideraciones sobre la Teoría de la Imputación de Günther Jakobs**. Buenos Aires : AD-HOC, 1999.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. I. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Prefácio. IN: WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001

REALE JR., Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002

REZEK NETO, Chade. **O princípio da proporcionalidade nos estado democrático de direito**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal? IN: HEFENDEHL, Roland (coord.). **La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007

_____. **Derecho Penal: parte general**. Madrid: Civitas, 1997

_____. Franz von Liszt e a concepção político-criminal do projecto alternativo. IN: ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3. ed.

- Lisboa: Veja, 2004.
- RUDOLPHI, Hans Joachim. Diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. **Nuevo pensamiento penal**. Buenos Aires, ano 4, nº 5-8, 1975
- SANTANA, Selma Pereira de. **A culpa temerária: contributo para uma construção no direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009
- _____. Breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos fundamentalismos hermenêuticos. IN: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica**. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.
- _____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002
- SCHIAVO, Nicolás. **El aporte marginal de la teoría del bien jurídico**. Buenos Aires: Fabian J. Di Plácido Editor, 2008
- SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1932
- SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su

- interpretación. IN: HEFENDEHL, Roland (coord.). **La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007
- _____. **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales.** Madrid: Tecnos, 1991
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2008.
- SILVA, Tadeu Antônio Dix. **Liberdade de expressão e direito penal no estado democrático de direito.** São Paulo: IBCCRIM, 2000
- SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Malheiros, 2008
- _____. **Direitos Fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010
- _____. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, nº 798, 2002
- SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004
- STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal.** 3. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2003
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição**

- Portuguesa de 1976.** 4. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2009
- WELZEL, Hans. **Derecho Penal: parte general.** Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956
- _____. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas.** 5^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001
- _____. Ensayo Preliminar. IN: FEUERBACH, Paul Johann A. R. von. **Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania.** Buenos Aires: Hammurabi, 1989
- _____. La legitimación del control penal de los “extraños”. **Cuadernos del Inadi:** Buenos Aires, número 1, pp. 1-15, abr-2010. Disponível em: <www.cuadernos.inadi.gob.ar>. Acesso em 12/12/2010
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General.** 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.** 8. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008.