

INTERPRETAÇÃO DO DIREITO PENAL À LUZ DE SEUS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Cristiane Colodi Siqueira *
Marileia Rodrigues Mungo **

SIQUEIRA, C. C.; MUNGO, M. R. Interpretação do direito penal à luz de seus princípios constitucionais. *Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar. Umuarama*. v. 10, n. 1, p. 113-136, 2007.

RESUMO: O presente trabalho se propõe a analisar a aplicação do Direito Penal à luz do contido na Constituição Federal, em especial em conformidade com os princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito que, por conseguinte, limitam o poder de punir do Estado, regrando as possibilidades de incriminação de condutas e a conseqüente aplicação da pena decorrente das infrações cometidas no campo do ilícito penal. Para tanto, é feita uma exposição da evolução das concepções de Estado, tendo como ponto inicial o Estado de Direito, até a presente configuração do Estado Social Democrático de Direito e seus fins, pois que o direito deve atender aos referidos fins, de modo que toda a interpretação dos Códigos deve ser feita à luz da Constituição Federal, posto que se partisse de premissa diversa o Estado Juiz ao invés de guardar os valores consentâneos aos objetivos da nação, estará a violar os resultados de toda a evolução histórico-cultural da mesma. Em seguida, passa-se a uma sucinta exposição dos princípios do Direito Penal que se destinam a balizar a atuação do Estado, abordando-se desde o princípio da legalidade até aqueles destinados a reger a aplicação e o cumprimento da pena. Após, é trazido o enfrentamento das opiniões de Ronald Dworkin e Robert Alexy, doutrinadores constitucionalistas, com ênfase no mote filosófico do direito, sobre a existência e aplicação de regras e princípios, suas diferenças e importância na esfera da concretude do sistema jurídico. Em conclusão, destaca-se a importância da efetivação do direito em consonância com os anseios constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito; Princípios Penais Constitucionais; Hermenêutica constitucional; Interpretação.

* Mestranda em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR – Área de Concentração: Direito Processual. Professora da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada. cristiane.colodi@puccpr.br

** Mestranda em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR – Área de Concentração: Direito Processual Penal. Professora da Univale. Advogada. marileia@univale.com.br

1. Introdução

É de se desumir da história da humanidade que a sociedade e o direito aparecem sempre entrelaçados, pois que aquela, em razão de sua evolução e complexidade, deve ser regida por normas, havendo de ter uma norma máxima que se refira a todas as matérias de maior importância, cujos conteúdos funcionem como determinantes de forma, valores, princípios e objetivos da própria organização social, bem como de todo o restante do seu ordenamento jurídico, motivo pelo qual é chamada de Constituição.

Necessário se faz, também, observar que, dada a já citada complexidade, há em toda sociedade um conflito de interesses. Ocorre que as normas não escapam desta tensão, ao contrário, basta que se parta de breve análise para se concluir que mesmo no interior do sistema legal podem-se ter choques, se não entre as normas, em sua interpretação. Deste modo, tem-se a necessidade de encontrar a forma mais adequada de aplicar e, portanto, de interpretar as normas que visam regular o contexto social e garantir a máxima confiança e estabilidade, assegurando o respeito aos direitos fundamentais de seus componentes.

Considerando-se tais preliminares, e antes de aprofundar o estudo do tema central escolhido, correspondente aos lineamentos práticos da hermenêutica jurídico- penal e processual penal, partindo-se dos princípios constitucionais, é precedente uma preparação de terreno, a qual parte da premissa de que no sistema brasileiro a interpretação das normas infraconstitucionais está obrigada a obedecer às delimitações e princípios constantes da Lei Maior.

2. O estado democrático de direito

Ao longo do tempo, em razão das mudanças filosóficas e ideológicas, o Estado sofreu alterações substanciais, as quais não se restringiram a sua forma de governo, mas principalmente a sua concepção e objetivos. De maneira que se chegou à atual conformação de Estado Democrático de Direito.

Como é cediço, esta configuração de Estado é o resultado da junção dos conceitos do Estado de Direito e Estado Democrático.

Primeiramente encontra-se na história o Estado de Direito que, assentado no princípio da legalidade, inicialmente objetivava tornar os súditos cidadãos livres, vez que, caracterizava-se: pela submissão ao império da lei, a qual era formulada pelo Poder Legislativo, evidentemente composto por representantes do povo; pela tripartição dos poderes, a fim de se ter leis e decisões judiciais produzidas sem a interferência dos poderosos; o povo como origem formal de todo poder; e, por fim, a proteção dos direitos individuais.

À época em que foi concebido, o Estado de Direito sem dúvida estava a atender a necessidades do liberalismo burguês, pois constituía o mecanismo adequado a conter os abusos, o excessivo arbítrio encontrado no absolutismo monárquico. Assim o direito era apenas e tão somente o constante na lei.

A igualdade procurada era isenta de juízos axiológicos, residia somente na questão da lei a ser aplicada ser idêntica para todos os componentes da sociedade, o que certamente não foi e não será sinônimo de justiça, pois que, um direito que realmente tenha por primazia a isonomia há de considerar as desigualdades individuais.

Tendo em conta de linha as inúmeras injustiças cometidas em nome das liberdades burguesas, do excessivo individualismo e do abstencionismo do Estado, além das deformações conceituais do Estado, começaram a surgir críticas e movimentos intelectuais, em virtude do que se acresceram novos conteúdos ao direito, exigindo-se então uma nova conformação de Estado, no qual se deveria encontrar a presença da consciência social.

Por esta razão surge o Estado Social de Direito, que deixa de ser formal e individualista e passa a ter conteúdo material, vez que busca afirmar os direitos sociais e objetivar a justiça social. Entretanto, acaba por apresentar dois pontos cruciais que igualmente o tornam insuficiente, os quais se passa a analisar.

Primeiramente, tem-se que a ideologia orientadora desta forma de Estado objetivava reunir dois elementos: a produção capitalista e o bem estar social (Welfare State). Baseando-se nos ideais neocapitalistas trouxe, na realidade, o domínio do capital, o que resultou em uma grande ditadura do capital.

Outro ponto a ser analisado é a problemática relativa à idéia de “social”. Esta terminologia foi suspensa e manipulada ideologicamente, revelando na concretude a coerência desta forma de Estado conexo com idéias antagônicas, como democracia, fascismo e nacional-socialismo. Nesse sentido, a Itália fascista, a Alemanha nazista, o Brasil, por ocasião da Revolução de 30, a Espanha franquista, dentre outros regimes políticos desumanos, podem servir de exemplo de Estado Social de Direito.

Desta maneira, torna-se necessário mais uma vez formular nova idéia de Estado, surgindo a de Estado Democrático, fundado na soberania popular, que não deve limitar-se à formação das instituições representativas, devendo abranger o seu completo desenvolvimento, de forma a se ter garantia geral dos direitos fundamentais e do desenvolvimento digno da pessoa humana.

Assim, surge em seguida a nova concepção, que se refere ao Estado Democrático de Direito, a qual une os conceitos mais elevados das concepções de Estado Democrático e de Estado de Direito, não apenas formalmente, mas de maneira concreta, pois que busca a participação popular em todos os elementos

do Estado. Inclua-se aqui o jurídico, de maneira que o Direito se enriquece do sentir popular e deve ajustar-se aos interesses coletivos.

Sob esta conformação de Estado é que devem realizar-se as convivências sociais livres, justas e solidárias, resultantes de um poder emanado pelo povo, o qual deve participar ativamente nas decisões e atos do governo, respeitando-se a pluralidade de pensamentos e ideologias divergentes existentes na sociedade, pressupondo-se então a liberação do ser humano das opressões exercidas pelo poder, ou mesmo pelo jogo de interesses das classes sociais.

A lei, nesta configuração de Estado, há de preservar a cidadania, pelo que deve ter conteúdo socialmente adequado à manutenção da dignidade humana, vez que, se ausente o conteúdo, seguirá sendo mais uma falácia que, na realidade, atenta contra o ser humano, ao invés de protegê-lo.

Do exposto, conclui-se que o Estado Democrático de Direito, tem como corolário a síntese da dialeticidade dos contraditórios do mundo contemporâneo, a fim de buscar, mais que o reconhecimento formal dos direitos fundamentais, a efetivação de condições econômicas e sociais que favoreçam seu absoluto desenvolvimento.

Insta, porém, salientar que a atual concepção de Estado, embora constante da maior parte das Cartas Constitucionais do mundo ocidental, não está livre da manipulação ideológica, no mais das vezes exercida sobre os cidadãos pelo poder por meio de um controle social difuso e encoberto, de maneira que se segue apresentando na totalidade dos países, de maneira mais sutil ou evidente a polarização do poder, o que resulta na prevalência dos interesses das classes dominantes, sendo óbice à realização dos objetivos que, em tese, são almejados na dita concepção estatal.

Gize-se, também, que atualmente se trabalha com questões como transmodernidade e transnacionalidade, de maneira que o referencial de valores não condiz com os objetivos teóricos descritos nesta forma de Estado, pois que valor prevalente é aquele ditado por superpotências econômicas e tecnológicas. Os interesses realmente relevantes são os que dimanam dos objetivos econômicos ditados por grandes multinacionais, de forma que nem mesmo se pode falar em soberania, porque esta se encontra subjugada aos interesses e domínios citados. Logo, nada há para se expor no respeitante à dignidade da pessoa humana, pois que foi cambiada pelo jogo incessante e cruel de interesses financeiros.

3. Princípios constitucionais do direito penal

Constituição é a lei maior de uma nação, depreendendo-se dessa assertiva que as demais leis devem submissão irrestrita às normas e princípios

constitucionais.

Sucintamente, pode-se considerar que princípios são as matrizes do sistema jurídico, fontes norteadoras do legislador na feitura das leis. Assim posto, apura-se que na hipótese de infringência de um princípio constitucional ocorrerá uma duplicidade de violação, pois as fontes norteadoras da construção da Lei Maior estarão abaladas e, conseqüentemente, o restante do ordenamento jurídico.

Desta forma, revela-se imprescindível prostrar-se à correta interpretação dos princípios de direito sob a luz da Constituição, afinal, como registrado por Grinover, Fernandes e Gomes Filho, proceder à interpretação principiológica e normativa em consonância com o texto constitucional possibilita modificações cotidianas na própria lei, à medida que os resultados podem ser colhidos dentro do contexto do caso concreto e momento histórico vivido pelo aplicador do Direito (1997).

Portanto, pretende-se desmistificar a idéia de direito penal verificado e restrito ao seu respectivo campo de estudo, demonstrando-se a existência inequívoca de laços indissolúveis entre esta seara do Direito e o diploma constitucional.

Feitas as devidas considerações preliminares é de se passar ao estudo dos princípios constitucionais penais.

O Direito Penal representa a última escolha do Estado para garantir a ordem social, bem como para reprimir as condutas mais nocivas a esta ordem, por isso as seleciona e lhes impõe a mais severa das respostas, a sanção penal, da qual pode resultar a medida mais drástica permitida ao Estado: a privação da liberdade. Desta feita, deve-se ter em conta os princípios (DWORKIN, 2002) que hão de delinear as possibilidades e limites da referida intervenção do poder estatal.

Talvez, pelo dito, seja que os princípios a seguir expostos constem da Constituição Federal implícita ou expressamente e representem ou, ao menos deveriam representar, uma garantia ao cidadão contra o poder de punir do Estado.

Parte deles resulta dos ideais iluministas, os quais, como é de conhecimento geral, trouxeram as idéias de liberdade e igualdade, impondo ao Direito Penal um caráter, ao menos no plano formal, menos cruel, em razão da garantia de obediência aos direitos fundamentais do cidadão.

Em verdade, servem os princípios de guia ao legislador ordinário para adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal de culpabilidade, mínimo e garantista.

Todavia, se faz mister observar que nenhum dos princípios a seguir

comentados tem aplicação absoluta, pois se assim fosse, haveria radical redução na operacionalidade do poder punitivo estatal. Em derradeira análise, a presente assertiva se traduz na violação constitucional, bem como do direito internacional, sendo efetuada pela operacionalização do Direito Penal. Nesse sentido se manifestam Zaffaroni e Batista, destacando que a referida inobservância do constante na Constituição “nos obriga a considerá-los regras de elaboração progressiva...”, (2003) e abertos em seu enunciado.

Desta feita, concluídas as observações iniciais é de se passar à análise de cada um dos princípios componentes do direito penal constitucional.

Cabe primeiramente o estudo do princípio da legalidade, o qual está insculpido no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, bem como no artigo 1º, do Código Penal Brasileiro, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, representando efetiva limitação ao poder de punir do Estado. Tal limitação se faz necessária em razão do tipo de intervenção estatal na vida dos cidadãos existente na seara penal que, como é cediço, é a mais radical, pois que afeta a liberdade, direito fundamental, pelo que não se pode deixar este à mera vontade do poder, devendo-se coibir qualquer arbitrariedade e excesso punitivo.

Observe-se que tem origem histórica incerta, pois há doutrinadores que sustentam sua origem na Roma Antiga (ROXIM, 2003), outros na Carta Magna da Inglaterra de 1215, e assim por diante. Todavia, é após o movimento iluminista que há sua consagração, pelo que muitos doutrinadores atribuem sua final consagração a Feurbach (LUISI, 2003), quando elabora a máxima “nullum crimen nulla poena sine lege”.

Gize-se que tal princípio é imperativo e não aceita desvios ou exceções, em verdade trata-se de uma grande conquista da consciência jurídica que hoje obedece a exigências de justiça, sendo negado apenas em sistemas totalitários.

Decorre deste princípio o fato de que apenas a lei elaborada pelo poder competente (legalidade formal) pode determinar as condutas ilícitas penais. Portanto, nenhuma ação, nenhum fato pode ser considerado como crime sem que antes de sua ocorrência exista uma lei que assim o defina, o classifique, de conseguinte lhe comine uma pena. Desta feita, a lei há de definir com precisão e clareza as condutas proibidas.

No dizer de Batista, a significação e alcance político transcendem o condicionamento histórico que o produziu e constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda justo e racional (2002).

Roxim traz para este princípio a acepção de previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado (2003) e Zaffaroni apresenta a perspectiva subjetiva do sentimento de segurança jurídica (2002). Na realidade,

este princípio compreende ambas as acepções de segurança jurídica, vez que assegura a possibilidade de prévio conhecimento dos crimes e penas e garante ao cidadão que não será submetido a coerção distinta daquela predisposta em lei.

Veja-se que este princípio engloba desde a determinação das condutas criminosas até a pena a ela cominada pelo legislador, aplicada pelo juiz e executada pela administração. Assim, há a proibição de se incriminar conduta que à data do fato não era considerada crime em lei, por mais danoso que seja o resultado por ela gerado, bem como veda critérios de aplicação ou regimes mais severos de punição que os previstos pela legislação.

Ainda, é de se observar que este princípio não só exclui as penas ilegais, mas principalmente estipula, determina precisamente quais as penas legais.

Consoante a melhor doutrina, desdobra-se em quatro funções.

A primeira refere-se às fontes das normas penais incriminadoras de maneira que só podem ser punidas condutas que estejam descritas em lei (*nullun crimen nulla poena sine lege scripta*), de maneira que, por mais que o dano causado pelo agente seja de grande prejuízo à sociedade, este não poderá ser indiciado, processado e ao final punido, caso não exista lei que assim o determine, não podendo a vontade coletiva ou o costume influir na pretensão punitiva, ou mesmo na efetiva punição.

Em seguida, tem-se a referência a Lei Penal no tempo, com a proibição da retroatividade (*nullun crimen nulla poena sine lege praevia*). Tal função deve ser interpretada como a função histórica do princípio da legalidade, justo porque visa coibir a punição em razão da edição de leis “*ex post facto*”.

A citada irretroatividade vem insculpida no artigo 2º, do Código Penal. Decorrendo do referido dispositivo que não poderá o indivíduo ser indiciado, processado e condenado se previamente não existia tipo penal incriminando-o e, mais que, se posteriormente houver edição de lei que torna a conduta punível, ou seja delituosa, não poderá esta retroagir no tempo a fim de que o Estado exerça sua pretensão punitiva. Igualmente, dessume-se da redação do tipo em análise que em caso de “*abolitio criminis*” ou edição de lei nova que de alguma forma beneficie o réu, esta deverá ser respeitada, cessando todos os efeitos da lei anterior, à exceção das leis temporárias e excepcionais.

Após tem-se a questão da taxatividade da Lei Penal, que trará duas outras funções do princípio, quais sejam:

A proibição do emprego da analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar as penas cominadas (*nullun crimen nulla poena sine lege certa*), de forma que há inaplicabilidade da analogia no que se pode chamar de interpretação do Direito Penal estrito. Insta salientar que a presente função não é absoluta, pois que se pode fazer uso da analogia em favor do agente.

Ainda, a proibição de incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*), pois a função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria em risco se fosse permitido ao estado produzir leis que definissem crimes sem dispor de absoluta clareza denotativa na significação de seus elementos, vez que não seria possível a todo e qualquer cidadão entendê-las. Ademais, editar leis desta forma equivaleria a nada fazer, como bem destaca Batista (2002). Todavia, seria prática política nefasta, por permitir a opressão judicial excessivamente arbitrária.

Analise-se, também que no plano subjetivo a imprecisão do conceito violaria a segurança jurídica, pois o cidadão deve conhecer integralmente os limites de seu comportamento, de forma que não se deve legislar utilizando-se contornos semânticos difusos.

Saliente-se que, legislar de forma diversa ao exposto, não só resultaria em violação ao princípio sob análise, mas a diversos direitos humanos fundamentais.

Tendo em linha de conta a gravidade da intervenção estatal na vida dos cidadãos, se faz necessária a presença de princípios que venham a complementar o já exposto. Assim, a fim de asseverar a limitação da intervenção estatal na vida de seus cidadãos, tem-se o dever de observância de outro princípio: o da intervenção mínima ou *ultima ratio* que, como ensina Bitencourt, também é resultado do grande movimento social de ascensão da burguesia, a fim de limitar o poder criativo das leis, pois que o sistema penal totalitário acabou por manter espírito abrangente, tal qual o fazia o sistema medieval (BITENCOURT, 2004). Então, teve-se a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que, em seu artigo 8º, determinou que “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias”...

Observe-se que Beccaria destaca que “proibir uma enorme quantidade de ações diferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos” (1990).

Assim, o Direito Penal e suas gravíssimas sanções só devem ser usados pelo Estado caso inexistam outros meios jurídicos aptos a solucionar o problema. Desta maneira, só pode ser considerada legítima a criminalização de uma conduta se constituir o meio necessário à proteção almejada. Portanto, o Direito Penal há de ter feição subsidiária.

O princípio sob estudo se justifica porque, como afirma Roxim, a sanção penal expõe a perigo a existência social das pessoas, as coloca a margem da sociedade e, assim, resulta também em dano social (2003).

Em nosso país, a exemplo de outros, o princípio ora analisado está implícito na Carta Magna, decorrendo do disposto nos artigos 1º, inciso III,

o qual versa sobre a dignidade da pessoa humana, e artigo 5º *caput*, o direito à liberdade, à vida, à igualdade e à propriedade, bens e interesses certamente violados, caso se adote um Direito Penal máximo que a tudo criminaliza, pois que o ser humano, em razão da opressão exacerbada, sequer saberia como pautar sua conduta, resultando, em última análise, violado o fim do Estado Democrático de Direito.

Como conseqüência dos princípios já estudados, encontramos em nosso direito punitivo o princípio da fragmentariedade, cujo significado se traduz na assertiva de que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas apenas as mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes. Deve-se ter uma tutela seletiva de condutas e bens jurídicos.

Binding já sustentava que o Direito Penal não constitui um sistema exaustivo, de proteção de bens jurídicos, de sorte a abranger todos os que constituem o universo de bens do indivíduo, representa um sistema descontínuo de seleção de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los ante a indispensabilidade da proteção jurídico-penal (BITENCOURT, 2004).

Conforme os ensinamentos de Batista (2002), o presente princípio apresenta três aspectos do Direito Penal: deve defender o bem jurídico apenas contra ataques de especial gravidade, exigindo intenções e tendências, excluindo a punibilidade da prática imprudente de alguns casos; apenas pode tipificar parte de condutas que outros ramos do direito consideram antijurídicas; e, por fim, há de deixar de punir, em princípio ações meramente imorais.

Tendo em conta de linha que o direito penal, mesmo sendo limitado pelos princípios acima estudados, tem por fim último a imposição da sanção ao condenado, é de suma importância a existência de um princípio que demarque as condições mínimas a serem respeitadas quando da imposição e cumprimento da pena. Esta função é exercida pelo princípio da humanidade.

Segundo o magistério de Jescheck (2002), o presente princípio é o postulado que orienta o cumprimento da pena privativa da liberdade o que resulta na cognição do condenado como pessoa humana.

Também este princípio é devido ao Iluminismo, sendo que seus pensadores destacavam dois pontos fundamentais: a existência de direitos inerentes à condição humana e um direito acertado a leis prévias, limitadas ao estritamente necessário e sem penas degradantes.

Em razão deste princípio é que se sustenta a impossibilidade da pena capital e da prisão perpétua. Pois que o poder punitivo estatal não pode aplicar penas que atinjam a dignidade da pessoa ou que lesionem a constituição fisiopsíquica dos condenados. Destarte, nenhuma pena pode ter finalidade a atentar

contra a pessoa como ser social.

Batista (2002) bem destaca que decorre desse princípio a racionalidade e proporcionalidade da pena, de maneira que esta não pode objetivar fazê-lo sofrer ou desconsiderá-lo como ser humano.

Na Constituição encontram-se expressos nos artigos 5º, incisos III, LXVI, LXVII, além inciso XLVII, alíneas “b”, “c”, “d” e “e”, os quais garantem a integridade física, além de expressamente vedar as penas de morte, de banimento, perpétuas ou cruéis.

Acompanhando o princípio da humanidade, tem-se o princípio da culpabilidade, que, em verdade, é princípio da civilização jurídica e pode ser traduzido como princípio da responsabilidade subjetiva, sendo consagrado em boa parte das constituições atuais, inclusive a pátria. Em outros termos, representa a exclusão da imputação de responsabilidade penal por simples causação do resultado.

No plano histórico, na Grécia já se tinha notícia do princípio ora estudado. Nas Leis de Sólon, por exemplo, havia diferenciação na graduação da sanção levando-se em conta a intenção do agente. O mesmo se dava em Roma, pois que, igualmente avaliava-se a intenção do agente, sendo que, desde o princípio, os romanos referiam-se aos insanos e aos menores, dando-lhes tratamento diferenciado em relação aos demais agentes criminosos. Surpreendentemente, as idéias iluministas pouco ou nada contribuíram para a evolução da culpabilidade. Todavia, com a evolução da sociedade e, de conseqüente, do direito, no século XIX, os estudiosos do direito penal iniciam mais adequada análise do tema, tendo-se inicialmente a culpabilidade traduzida pelo nexó psicológico do agente e o resultado por ele causado no cometimento de delitos. Mas, no século passado, com o advento da teoria finalista, chega-se à teoria normativa da culpabilidade, consoante a qual, para a reprovação de um injusto, exige-se que o mesmo seja objetiva e subjetivamente típico e, ainda, que se possa exigir do agente conduta diversa daquela adotada, bem como a possibilidade de o mesmo ter consciência da ilicitude de sua conduta.

O princípio da culpabilidade apresenta dois aspectos: o primeiro referente à exclusão de qualquer imputação de um resultado acidental; segundo a exclusão da punibilidade, nos casos em que o agente não pode conhecer a ilicitude de sua ação ou omissão, ou então, não lhe é possível adequar-se ao direito.

Entretanto, é de se atentar que ainda hoje há resquícios da responsabilidade penal objetiva no ordenamento penal pátrio, seja porque presente na lei, como a presença da “*actio libera in causae*” em alguns casos de embriaguez, seja nas decisões judiciais.

Insta salientar que a natureza constitucional do presente fundamenta-se no fato de que exerce função limitadora da pena, bem como a fundamenta.

Por derradeiro, vale destacar abordagem bastante atual que envolve o princípio ora exposto: a chamada co-culpabilidade. Consoante os seus defensores, há que se analisar o juízo de reprovabilidade observando-se no plano concreto as condições sócio-econômicas e culturais do réu, as oportunidades que lhe foram oferecidas, como também a assistência que obteve da sociedade, incluindo-se o comportamento do Estado. Feita a citada análise, é de se traçar uma correlação entre a responsabilidade pessoal do agente criminoso e a co-responsabilidade do Estado que lhe aplicará a pena. Como destaca Batista (2002), tal apreciação resulta em colocar também no banco dos réus o Estado, a sociedade que lhe produziu a condição de existência que vem a resultar na criminalidade. Nesta questão Zaffaroni e Pierangeli (2002) sustentam que é sobremaneira injusto penalizar da mesma maneira aqueles que gozam de situações de privilégio e aqueles que sequer uma condição digna de subsistência possuem.

Por fim, é de se observar que desconsiderar este princípio, desconsiderar a necessidade de vínculo subjetivo entre autor e fato, equivale a refutar a essência do conceito de ser humano e reduzir a pessoa à mera condição de “coisa causante”, como destacam Batista e Zaffaroni (2003).

Como corolário ou como função dos princípios acima, encontra-se a pessoalidade e a individualização da pena.

O princípio da pessoalidade da pena, ou da transcendência mínima, encontra-se consagrado no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição da República, consoante o qual a pena não passará da pessoa do condenado, pois que a sanção penal não deve causar dano a outra pessoa que não o agente delituoso, como pode ocorrer em outros ramos do direito, como no Direito Civil, por exemplo, onde os herdeiros responderão pela dívida contraída pelo “*de cuius*”.

Por evidente que não se ignora que a sanção penal afeta a família do condenado, motivo pelo qual há legislações que estão prevendo assistência às mesmas, como acontece no artigo 22, da Lei de Execuções Penais, consoante o qual o serviço de assistência social deve amparar e orientar a família do condenado. Tem-se, ainda, como exemplo a legislação italiana, onde é devido ao Estado, em caráter de obrigatoriedade, a assistência citada.

Já o princípio da individualização da pena que está enunciado na Lei Maior, no inciso XLVI, do artigo 5º, o qual prevê que a “lei regulará a individualização a pena”.

Individualizar a pena é retribuir o mal causado, com o mal da pena, mas esta deve estar em perfeita correlação com a personalidade do acusado.

Veja-se que o processo de individualização da pena se dá em três etapas,

legislativo, judicial e executório (administrativo).

No pertinente à fase legislativa, em razão do presente princípio, no ver de Luisi, destaca-se a importância da fixação de penas razoáveis e proporcionais à importância do bem tutelado (2003). Já Batista, argumenta que o legislador deve guardar a proporcionalidade e a razoabilidade das penas em razão da observância do princípio da humanidade (2002). De qualquer sorte, mais acertado seria acatar como resultado de ambos os princípios.

Ademais, a lei penal não se restringe a estipular “*quantum*” mínimo e máximo de penas, mas também estabelece as regras a serem seguidas no caso concreto, levando em conta suas particularidades, a fixação da pena definitiva e concreta, o que o juiz deve atender na fase sob sua responsabilidade.

Por fim, no que tange à fase executória deve a administração atentar para o disposto em lei e respeitar a dignidade humana do condenado, o que se encontra infinitamente distante da realidade fática.

4. Hermenêutica constitucional

Aplicar a lei infraconstitucional é tarefa que exige bom senso, pois apenas dirigindo a interpretação ao pretendido no disposto na Lei Maior se pode falar em senso comum de justiça, como o faz Ralws (2000).

A fim de melhor explorar o tema é que se inicia a exposição abaixo, isso na busca da justiça real, mesmo não se podendo dizer que não se vive no Brasil em uma sociedade bem ordenada.

4.1 O dualismo de Ronald Dworkin

O Direito é concebido pelo autor norte-americano como um conjunto de normas e princípios, decorrentes estas de prévia avaliação axiológica, pois que não é possível identificar o conteúdo de uma norma sem a citada análise. O referido posicionamento faz frente ao defendido pelos adeptos da corrente positivista, vez que, para estes, a norma existe se for considerada válida, ou seja, obediente aos padrões ditados na Constituição, independentemente de seu conteúdo.

Dworkin assenta seu posicionamento em razão de sustentar que junto às normas há princípios e diretrizes, sendo estes informados por seu conteúdo e força argumentativa.

Alerta, ainda, que em muitas ocasiões os princípios é que determinam “o que”, ou “a que”, as proposições jurídicas devem atender. De maneira que, para o autor, princípios devem ser observados como imperativos de justiça e

equidade, como já dito acima, como um conjunto de estandartes que não são normas.

Visto que não concebe os princípios como normas, defende que estes têm conteúdo mais amplo (pelo que não podem ser exaustivamente expressos, tampouco conter elenco de exceções). Tal se dá em razão de sua citada dimensão e, ainda, seu peso e importância. Assim, em caso de conflito entre princípios, há que se pesar qual haverá de ter maior peso e importância no caso sob análise e optar-se por aquele que melhor responder à situação, todavia, aquele que neste momento deixa de ser aplicado não perderá sua validade, podendo posteriormente ser utilizado na solução de outro caso a que apresente maior adequação.

Na distinção que elabora, destaca com veemência que as normas têm tratamento absolutamente diverso, porque possuem aplicação em campo específico e existem independentemente do contexto, podendo, inclusive, ser devidamente enunciadas e conter suas exceções. Em razão de sua especificidade é que se lhe aplica o que chama de regras do jogo de “tudo ou nada”, ou seja, a norma considerada inadequada há de perder sua validade (DWORKIN, 2002), pois o sistema não pode comportar antinomias, ou seja, não pode uma norma proibir enquanto outra permite, por exemplo.

Concebe, ainda, os princípios como diretrizes, quando se referem aos fins do Estado, ou em seu sentido estrito, quando tem como direção os interesses, os direitos individuais.

Vale, ainda, destacar sua assertiva de que um Estado atendido por princípios melhor atende à realidade social, pois que estes resultam de fatos históricos, de anseios demonstrados pela comunidade onde serão aplicados, já as normas são fruto de criações políticas (DWORKIN, 1999).

No tocante à aplicação do direito a casos concretos, expõe contrariedade a assertiva dos positivistas, os quais afirmam ter os magistrados poder discricionário na escolha de suas decisões. Afirma que se os magistrados decidirem em desacordo com os princípios pertinentes ao caso serão, por certo, alvos de infundáveis críticas. Aliás, fazendo-se adequação de sua assertiva à realidade pátria, é de se observar que, a não ser que se trate de decisão de última instância, a sentença prolatada há de ser reformada em instância superior, mesmo que tal reforma se dê em razão da manutenção da segurança jurídica, como não raras vezes se pode ouvir em argumentos doutrinários.

Ao referir-se à inexistência de arbitrariedade judicial, destaca que em caso de se aderir ao posicionamento positivista, incorre-se em exposição da sociedade a grande risco, pois que o magistrado pode livremente decidir utilizando-se de argumentos de procedimentos políticos (DWORKIN, 2002), sendo estes os referentes à promoção de um interesse público em particular.

Observe-se que neste ponto lhe assiste razão: a uma, porque a função do poder judiciário não é criar direito para garantir os interesses estatais, mas garantir o direito; a duas, porque as decisões no campo do direito devem ser atreladas à ética e não aos ânimos e vontades pessoais.

4.2 O terceiro nível de normatividade de Robert Alexy

O autor alemão, por ocasião de seu ingresso na Faculdade de Direito da Universidade Georg August de Gotinga, apresentou sua obra “Teoría de los Derechos Fundamentales”, objetivando formular uma teoria geral dos direitos fundamentais que possibilitasse responder com fundamentação racional e adequada a quaisquer questões que tivessem relação com os referidos direitos. Para tanto, demonstra a necessária distinção entre regras e princípios, mas destaca que existe um terceiro nível normativo, o qual consiste na argumentação (ALEXY, 1993).

Ao tratar da teoria dos princípios, Alexy demonstra que tanto regras quanto princípios são normas, pois que pertencem ao campo do dever ser e ditam permissões e proibições, além de constituírem juízos concretos de dever ser. Portanto, distingui-los é diferenciar tipos de normas.

Na tarefa de diferenciar tais tipos de normas, refuta com veemência a distinção tradicional entre regras e princípios, pois que os considera insuficientes, excessivamente simplistas e carentes de clareza objetiva.

No que se refere ao tradicional critério de generalidade, o qual é frequentemente utilizado, destaca que, de fato, princípios têm alto grau de generalidade, enquanto nas regras a característica se apresenta em menor grau. Todavia, o critério não serve para uma precisa distinção, podendo gerar confusões na distinção, pois que existem regras delineadas com elevada generalidade.

Quanto ao uso de critérios combinados, como o da determinabilidade dos casos de aplicação, o da forma da gênese da norma, o do caráter explícito do conteúdo valorativo, dentre outros, destaca que, ao se valer dessas comparações, gerar-se-iam ao menos três teorias distintas sobre a necessária diferenciação em estudo, as quais se expõem sucintamente a seguir.

A primeira teoria teria por base a generalidade, incluindo o grau de importância no ordenamento jurídico: o conteúdo valorativo. Sob esta análise, acaba-se por concluir o que se deseja, pois que, se tem ao final um emaranhado de similitudes e diferenças. Logo, não é lógico ou prudente fazer uso da presente teoria.

Pode-se, ainda, obter uma segunda tese, a qual tem por baliza o grau de generalidade, o que, como já foi demonstrado, é pouco ou nada recomendado,

em razão das contradições que pode resultar.

Todavia, encontra-se, com base na junção de todos os critérios expostos, uma terceira tese, consoante à qual regras e princípios distinguem-se pela generalidade, grau, mas principalmente pela diferença qualitativa. Pois que nesta os princípios apresentam-se como mandatos de otimização, que determinam a realização de algo na mais ampla possibilidade, ou seja, serão estes aplicados em diversos graus e na medida das possibilidades reais e jurídicas. Enquanto as regras são normas que podem ou não ser cumpridas e, tendo validade, hão de ser respeitadas e aplicadas em suas exatas determinações.

Seguindo a distinção, necessário se faz observar que há grande diferença também nos casos em que regras conflitam e princípios colidem. Contudo, em ambos os casos, antes das diferenças, tem-se um ponto comum: o enfrentamento de normas, sendo o ponto crucial na distinção a forma de solução.

No caso de conflito entre regras, a solução pode ser encontrada mediante a inserção de uma cláusula de exceção ou então a exclusão de uma das regras, visto que não é possível que um ordenamento jurídico possua juízos de dever-ser reciprocamente antagônicos, mesmo porque o antagonismo trará, para um mesmo caso, decisões diversas e opostas.

Mister se faz destacar que não há uma fórmula prescrita que indique qual regra há de ser extirpada do ordenamento, porém a solução pode ser encontrada mediante o uso de máximas como “*lex posteriori derogat lex priori*” ou “*lex specialis derogat lex generali*”, ou ainda, pode-se utilizar como critério para a exclusão avaliação acerca da importância das regras em conflito.

Em havendo colisão de princípios, a resolução do caso se dá de maneira bastante distinta. Por certo, apenas um dos princípios pode ser aplicado, todavia aquele refutado não perde sua validade, ademais, para a utilização de um ou outro não é necessário criar cláusula de exceção, como se faz com as regras.

Um princípio há de preceder a outro, tendo em conta seu peso, o que se conclui depois de adequada ponderação dos interesses postos. Para que não se tenha o risco de confusões, necessário é observar a lei de colisão.

Para se optar pela aplicação de um ou outro princípio, devem-se ponderar os interesses que abstratamente encontram-se no mesmo plano. Como resultado da avaliação tem-se qual deles tem maior peso, maior relação de precedência no caso concreto.

A referida relação de precedência é obtida mediante a observação do que indica como condição sob as quais um princípio precede a outro, no caso concreto.

Entretanto, insta salientar que, em caso de um dos princípios versar sobre direito fundamental e seu descarte resultar em lesão ao referido direito,

tem-se imediatamente uma proibição iusfundamental, pois que a precedência do princípio em abstrato traz, no caso concreto, a precedência de sua consequência jurídica.

Observe-se que esta lei de colisão traz à tona o caráter de mandato otimização dos princípios, pois que entre eles não há uma relação absoluta de precedência, tampouco deixa sem resposta questões que não ofereçam condições de se quantificar a ação ou situação em embate.

A ponderação iusfundamental traz como resultado a possibilidade de se ter, de se elaborar uma norma de direito fundamental não escrita, mas com caráter de regra sob a qual pode ser subsumido o caso concreto.

Ainda, oportuno gizar o distinto caráter “*prima facie*” encontrado em regras e princípios.

Pertinente aos princípios, tem-se que, em razão de representarem normas de otimização, ordenam a realização de algo na maior medida possível, tendo-se em conta as possibilidades jurídicas e fáticas, pelo que, como se pode observar, não contêm mandamentos definitivos, mas mandamentos apenas “*prima facie*”.

Já no que se refere às regras, estas exigem o cumprimento daquilo que dispõem, de forma que possuem em seu bojo uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e práticas. Todavia, a determinação pode fracassar se se deparar no caso uma impossibilidade, seja esta jurídica ou prática, quando então se tem a invalidade do disposto na regra.

Entretanto, Alexy traz um terceiro nível normativo: o nível argumentativo.

Ao tratar da argumentação jurídica, a qual constitui o terceiro nível normativo, e de decisão judicial, o doutrinador alemão destaca a importância de se identificar a argumentação fundada em posicionamentos corretos e falsos. Todavia, esta identificação está vinculada à existência de critérios e regras da teoria geral da argumentação jurídica que permitem distingui-las acertadamente.

A teoria da argumentação é trabalhada sempre dentro da sujeição ao permitido, proibido, ou seja, sob a lei, o precedente e a dogmática. Entretanto, este trabalho argumentativo pode levar a uma pluralidade de respostas em conformidade às valorações externas. Cabe destacar que a racionalidade da argumentação depende de valorações adicionais, de modo a não escapar ao controle necessário no ambiente jurídico.

A fundamentação da argumentação jurídica está fundamentada na teoria do discurso prático racional, o que acaba resultando em respostas bastante diversas, havendo então discursos impossíveis, e outro possível e correto. Portanto, para lograr êxito na argumentação jurídica, há que mesclar as teorias

moral e jurídica.

Para que a dita mescla reste proveitosa, há que se atentar para um modelo procedimental de quatro graus, sendo eles o discurso prático geral, o procedimento legislativo, o discurso jurídico e o procedimento judicial.

É de se observar que do primeiro grau, o referente ao discurso prático geral, resulta um código universal de razões práticas, porém estas podem levar um mesmo caso a infinitas e distintas respostas, o que termina sendo insuficiente, pois que na realidade se necessita de uma única solução, ou seja, de uma só resposta e que esta seja racional e coerente. Por isso, é de se passar ao segundo grau, o legislativo que, em suma, representa o modelo procedimental legislativo, que institucionaliza uma forma de criação de direito, de conseguinte, de garantia de racionalidade prática e justificável dentro do primeiro procedimento, o discurso prático.

Contudo, ainda que se faça uso dos dois primeiros graus, restam problemas a solucionar, pois o legislativo de forma alguma pode prever todas as soluções adequadas a todos os casos que se apresentam para soluções jurídicas a cargo dos operadores do direito, de maneira que se torna necessário passar ao terceiro grau, o discursivo jurídico, que, à semelhança do primeiro grau, não se encontra institucionalizado, mas, ao contrário daquele, está vinculado à lei, aos precedentes judiciais e à dogmática, como ensina o nobre autor. Tal sujeição acaba por restringir mais a insegurança do resultado que se pode obter a partir da argumentação, mas ainda resta alguma incerteza, de forma que, a fim de eliminá-la, necessário se faz passar ao quarto grau, o procedimento judicial, este novamente institucionalizado, que tal e qual o legislativo não apenas argumenta, limita, mas também decide. Em verdade, o resultado do quarto grau, em razão da razoabilidade encontrada nas regras procedimentais judiciais, acaba por satisfazer as exigências dos três graus anteriormente expostos.

Como se pode deduzir do exposto, o nível normativo argumentativo se faz completo e demonstra sua racionalidade e segurança em razão de combinar adequadamente os níveis racionais com aqueles que podem ser ditos valorativos, de forma a atender de maneira primorosa as necessidades encontradas em um caso concreto levado ao conhecimento do poder judiciário para sua necessária e oportuna decisão.

Contudo, há que se destacar que, se envolvidos direitos fundamentais, estes sempre deverão ter prioridade sobre quaisquer outros direitos em discussão, pois que têm aqueles o poder de irradiar-se da Constituição Federal para as demais legislações pátrias, bem como para as decisões judiciais que os envolvam.

Por fim, é de se observar que acertadamente Alexy destaca a existência

de um terceiro nível normativo, pois que o direito só se torna aplicável após a devida argumentação, porque regras e princípios nada representam a não ser quando observados, em alguns casos confrontados, e trazidos a casos concretos para final decisão, a qual deve ser indubitavelmente adstrita à disposições constitucionais, sejam elas expressas ou implícitas no bojo da referida Carta, observando-se que, se ocultas, só podem adquirir vida no mundo jurídico diante do nível argumentativo.

4.3 As teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy no Brasil

É pacífico o entendimento que o direito brasileiro é composto por princípios e regras, os quais são gêneros da norma, porém, nem sempre tem sido este o entendimento, pois que enraizado na cultura jurídica o pensamento positivista, assim se manteve por longo tempo tributo à conhecida máxima “o direito é o que está na lei”.

Tal qual os doutrinadores estrangeiros, como Canotilho, dentre outros, os nacionais procuram responder à difícil tarefa de elaborar distinção entre regras e princípios, podendo-se citar, Ivo Dantas, Manuel Gonçalves Ferreira Filho, André Ramos Tavares, dentre outros. Tavares, por exemplo, destaca que servem os princípios de “vetores para a interpretação válida da Constituição” (2003), porque se encontram estes presentes na Carta e impregnando o todo nela contido, pois que objetivam dar significado às demais normas que ali constam.

Ferreira Filho, por seu turno, traz ponderações acerca dos princípios e a significação dada ao termo quando de sua aplicação pelos juristas, sendo usado ora com sentido prescritivo, como “supernormas” (normas gerais) dotadas de valores, pelo que se tornam referencial para as regras, ou como *standards* “que se imporiam para o estabelecimento de normas específicas” (1991), ora com sentido conotativo, traduzindo-se em generalizações, extraídas das demais normas vigentes sobre certo tema.

Saliente-se que a argumentação dos referidos doutrinadores sem dúvida introduz o pensamento de Dworkin e Alexy no direito nacional, porém procurando “adequá-los” ao pensamento positivista.

Todavia, importância, peso, dimensão e qualidade dos princípios seguem considerados nas afirmações pátrias, de forma que desrespeitá-los, na visão de Mello, é ainda mais sério que violar uma norma, pois que representa ataque a todo o sistema de comando (1993).

Folmann (2005), após citar o posicionamento de Miranda (1983) que afirma ter os princípios três funções, explica-as.

No que se refere à primeira função, a interpretativa e integrativa, que

dá coerência geral ao sistema, explica que se trata da mais visível, porque é endereçada aos três poderes, condicionando a aplicação e interpretação de todas as regras jurídicas. No que tange à segunda função, são os princípios elemento e qualificação, pois que por meio do rol de princípios de uma sociedade é que se mede o grau de sua evolução, sendo que a terceira, que é dimanada da anterior, funciona como fonte de dinamização e transformação, porque se pode afirmar que na medida em que evoluem os povos, evoluem seus princípios: Logo as regras haverão de ter o mesmo progresso (FOLMANN, 2005).

5. Análise crítica de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Habeas Corpus n. 05.017984-3, da Capital.

Relator: Des. Gaspar Rubik

HABEAS CORPUS - PRISÃO PREVENTIVA DE PACIENTE RESIDENTE EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO (PARANÁ), FUNDADA EM INDÍCIOS CONSISTENTES DE SER O MENTOR DE QUADRILHA JÁ CONDENADA POR CRIMES DE ROUBO COMETIDOS NA CAPITAL CATARINENSE - LEGALIDADE DA MEDIDA RECONHECIDA EM IMPETRAÇÃO ANTERIOR ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA (JULGAMENTO DOS COMPARSAS) INCAPAZ DE AFASTAR A NECESSIDADE DO DECRETO PRISIONAL, SUFICIENTEMENTE JUSTIFICADO - PEDIDO INDEFERIDO.

“Verificando-se a repetição de habeas corpus, impetrado anteriormente, sendo idênticas as premissas fáticas, impõe-se o não conhecimento na parte em que verificada a duplicidade” (STJ - HC 73989-0 - Rei. Marco Aurelio - DJU 27.09.96, p. 36.1153).” (Habeas corpus n. 02.025409-1, de Itajaí, rei. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 10.12.02)

A decisão sob comento versa sobre decreto de prisão preventiva em desfavor de cidadão que não conta com inquérito ou processo em trâmite em face de sua pessoa. Por este motivo, o advogado houve por bem impetrar *habeas corpus*, argumentando que a manutenção do decreto de cautelar restritiva de direito em face de seu cliente carece de respaldo legal, pois não existem, na hipótese, *fumus boni juris* ou *periculum in mora*, que, como é cediço, são indispensáveis a decreto ou manutenção de qualquer medida cautelar.

Todavia, embasado no fato de que houve inquérito policial e posterior ação penal sobre o fato ao qual, em tese, há participação do paciente, os

desembargadores decidiram pela manutenção do decreto cautelar.

Ocorre que de fato houve a persecução penal, desde a sua fase inquisitória, em que realmente se encontrava como indiciado o paciente do presente remédio constitucional. Todavia, concluído o inquérito e remetido ao juízo competente, por ocasião do oferecimento da denúncia o representante do Ministério Público não ofereceu denúncia em face do dito paciente, o que fez motivado por duas alternativas, ou não vislumbrou indícios mínimos de autoria do crime no que se refere àquele que no momento figura como paciente, ou violou princípio do processo penal consoante o qual não cabe ao órgão ministerial escolher em face de quem oferece denúncia.

Desta maneira, se à época da persecução penal havia decreto de cautelar restritiva de liberdade pesando sobre o paciente, após o oferecimento da denúncia apenas em face de outros indiciados, os quais, frise-se, já se encontram cumprindo pena em razão de condenação pelo crime que gera a presente polêmica, esta já perdeu seu objeto, pois quando o representante do Ministério Público deixou de denunciar o acusado houve o arquivamento tácito.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina indeferiu o pedido, alegando que consoante as “informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, a denúncia não foi oferecida em relação ao paciente simplesmente porque ainda não foi encontrado, estando foragido do distrito da culpa e se esquivando ao cumprimento do mandado de prisão expedido em seu desfavor em 24.10.04”.

E, ainda, que a prisão preventiva foi decretada para assegurar a instrução criminal e a garantia da ordem pública, tendo em linha de conta que os demais indiciados foram denunciados e processados, para ao final serem condenados, o que segundo o entendimento dos magistrados, agrava a situação do paciente.

Utilizam-se, também da seguinte argumentação: “Em sede de prisão preventiva vige o princípio da confiança no juiz do processo, por deter ele maiores condições de sopesar a sua conveniência e a necessidade, mantendo-se a medida excepcional.”

Adiante, alegam na decisão que estão presentes os requisitos constantes dos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal, de forma que possível e adequada a manutenção do decreto da custódia cautelar.

Por fim, trazem como motivo de manutenção da medida odiosa o fato de que, à época do inquérito policial, foi impetrado *habeas corpus* em favor do mesmo paciente. Logo, que a matéria foi previamente analisada mediante utilização do mesmo procedimento liberatório, sustentando ainda que nada há de novo nas alegações apresentadas pelo impetrante. Ou seja, ignoram os magistrados que há fato novo, qual seja, a inexistência de persecução penal em desfavor do paciente.

Como se pode observar, a argumentação dos magistrados no *decisum* sob estudo, carece da análise de princípios que orientam o direito constitucional, de conseqüente o direito material, bem como o formal, o que a análise a seguir demonstrará cabalmente.

No caso é de se observar primeiramente que o direito à liberdade é direito fundamental garantido pela Constituição Federal, é mandamento de otimização, contra o qual só será legítimo ao Estado insurgir-se em caso de ocorrência de argumentação jurídica que demonstre racionalmente a necessidade de dar-se maior peso à pretensão punitiva estatal que ao direito subjetivo de liberdade do cidadão e que se está adotando a medida mais apropriada, mais adequada ao caso concreto. Tal conclusão deve ser resultado do uso coerente do princípio da proporcionalidade, como bem destaca Robert Alexy (1993).

Todavia, a argumentação utilizada na decisão sequer faz alusão à colisão de princípios, pois que apenas dá primazia ao direito punitivo do Estado e desconsidera sem cerimônia o princípio da liberdade, sem sequer se referir à sua existência. É de se ver que tampouco se refere à existência de conflito de normas. Mesmo porque não se pode sustentar conflito normativo, pois que a decisão é exatamente *contra legem*.

No caso, o máximo que se pode deduzir é que, utilizando-se erroneamente de arbitrariedade, os magistrados tomaram uma decisão política, no sentido que Dworkin chama de decisão baseada em procedimentos políticos, a qual, pelo referido autor, é de plano refutada, pois como já demonstrado não é adequada ou correta, vez que não é tarefa do Poder Judiciário legislar a bem de um interesse público, mas sim garantir o direito. Ademais, é de se lembrar que também sustenta o autor que decisões no campo do direito são antes atreladas à ética e não aos ânimos e vontades pessoais.

Ainda, de salientar-se que no caso não foram avaliadas as circunstâncias e condições da situação, tampouco se há alguma precedência do direito fundamental violado. Logo, o judiciário não cumpriu o dever de examinar a situação concreta e decidir se o direito efetivado não afrontou um direito que deveria prevalecer naquele caso, precedendo ao direito respaldado, ignorando que a restrição efetuada é desproporcionada.

Ora, tem-se aqui alto grau de afetação do princípio da liberdade do cidadão, direito este fundamental.

Assim, tendo em vista que se trata de um Estado Democrático de Direito, em que este é positivado, resta questionar se houve respeito a alguma norma princípio ou norma regra, pois isto é o mínimo que se pode almejar de um Estado de Direito.

Subsumindo-se as normas princípio e as normas regra ao caso analisado,

sobressai-se uma única resposta: a de que em tese o sistema jurídico brasileiro vem adotando a interpretação principiologicamente de Dworkin e Alexy, mas na *praxis* o que se constata é a aplicação justamente do ponto mais criticado por Dworkin, qual seja, a decisão política em prol dos interesses do Estado.

6. Conclusão

Realizou-se um breve estudo com o fito de destacar a necessidade de se interpretar as leis infraconstitucionais a partir da Constituição Federal, em que são elencados os poderes e limites da atuação estatal. A referida limitação está posta por meio de normas, as quais, como se demonstrou, dividem-se em regras e princípios, sendo que estes devem irradiar-se para todas as esferas do direito.

Como foi assinalado, o Estado monopolizou a persecução penal e a aplicação da pena, pelo que, ao decidir os casos penais, o operador do direito há de fazê-lo tendo em mente que o Direito Penal e o Direito Processual Penal devem guardar estreita harmonia com os princípios dispostos na Carta Magna, por serem estes matrizes de todo sistema jurídico.

Pode-se confirmar ao longo do estudo que um Poder Judiciário que os ignore incorre em violações que transcendem a esfera jurídica, pois que o abuso de poder praticado, no mais das vezes, acaba por atingir toda esfera sócio-política de uma nação.

Impende gizar, ainda, que consoante se demonstrou, a tarefa de interpretar consiste no trabalho do hermeneuta de extrair o melhor sentido da norma, sempre guardando coerência com os mandatos de otimização encontrados na Lei Maior, isto independentemente de métodos e ideologias que orientem e auxiliem sua atuação no campo jurídico penal.

Desta maneira, o operador do direito, especialmente o magistrado, impreterivelmente, deve considerar que a base dos valores da Constituição pátria reside na dignidade da pessoa humana, pelo que os direitos fundamentais devem ter prevalência sobre os demais, não devendo ser restringidos para atender intenções e anseios políticos, pois que não cabe ao judiciário atuar em favor das vontades estatais, mas sim a favor do senso de justiça comum que envolve as mais nobres aspirações da sociedade.

Assim, fez-se, também, ver que em havendo imbricação de princípios, após apurada análise do caso concreto o juiz deve fazer prevalecer o direito fundamental, quando este encontrar-se conflitando com outro que se refira a assunto e objetivo diverso, pois que consta da Constituição exatamente com a finalidade de funcionalizar, concretizar o valor base: a dignidade da pessoa humana.

Por fim, vale destacar que, em que pese as teses de Dworkin e Alexy apresentarem pontos de absoluta discordância quando tratam de diferenciar princípios e normas, como afirma a tese dworkiana, ou princípios e regras, segundo as argumentações de Alexy, em suma pretendem demonstrar a relevância do respeito aos princípios constitucionais na busca de decisões corretas e adequadas aos casos reais, portanto ao senso de justiça comum encontrado em uma sociedade.

7. Referências

ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales. **Rev. Ruth Zimmerling**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hemus, 2000.

BITTENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

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

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERREIRA FILHO, M. G. **Direito constitucional do trabalho: estudos em homenagem ao Prof. Amauri Mascaro Nascimento**. São Paulo: LTr, 1991. v.1.

FOLMANN, M. **Interpretação constitucional principiológica & sigilo bancário**. Curitiba: Juruá, 2005.

GRINOVER, A. P.; GOMES FILHO, A. M. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

JESCHECK, H.-H.; WEIGEND, T. **Tratado de derecho penal: parte general**. 5. ed. corregida y ampliada. Granada: Comares, 2002.

LUIZI, L. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.

MELLO, C. B. de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

MIRANDA, J. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1983.

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: M. Fontes, 1997.

ROXIM, C. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Madrid: Del Puerto, 2003. t. 1.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PENAL LAW INTERPRETATION IN LIGHT OF ITS PRINCIPLES

ABSTRACT: The present article offers to analyze the application of the Penal Law in light of what is proposed in the Federal Constitution, especially in conformity with the principles involving the Democratic State of Law, thus limiting the punishing power of the State, ruling the possibilities of conduct incrimination and the resulting penalty application from the violations regarding the illicit penal field. Thus, an explanation of the State concept evolution – from the State of the Law to the current configuration of the Democratic Social State of the Law and its ends, whereas the right must fulfill the referred ends so that all interpretation of the Codes is to be done in light of the Federal Constitution, since if it were from a varied premise, the Judging State, instead of keeping the values suitable to the aims of the nation, would be violating the results of all of its own historic-cultural evolution – is made. Afterwards, a brief explanation of the principles of the Penal Law aiming to rule the application and the penalty term serving will be carried on. Then, the constitutionalist scholars Ronald Dworkin's and Robert Alexy's opinions are contrasted by emphasizing the philosophical motto of the law regarding the existence and application of rules and principles, their differences and importance upon the concreteness of the juridical system. To conclude, the importance of the effectiveness of the law according to the constitutional yearnings is pointed out.

KEY WORDS: Penal Law; Constitutional Law; Democratic State of the Law; Constitutional Hermeneutics; Interpretation; Constitutional Penal Principles.

Artigo recebido para publicação: 11/07/2006

Received for publication on July 11 2006

Artigo aceito para publicação: 22/11/2006

Accepted for publication on November 22 2006