

CONFLITO APARENTE DE PRINCÍPIOS

LUIZ VICENTE CERNICCHIARO*

Ministro Aposentado do Superior Tribunal de Justiça

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A Constituição da República, substancialmente, compreende conjunto de normas. Importante: configuram **unidade jurídica**. E mais. Como sistema, **não admite contradições!** A unidade jurídica declare-se, é **unidade lógica!**

ALEXANDRE DE MOARES, *in* "Direito Constitucional", conceitua – **Constituição** – *“como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos”* (p. 34). E, reportando-se a Canotilho: *“este conceito ideal identifica-se fundamentalmente com os postulados políticos-liberais, considerando-os como elementos materiais caracterizadores e distintivos os seguintes: (a) a constituição deve consagrar um **sistema de garantias da liberdade** (esta essencialmente concebida no sentido do reconhecimento de direitos individuais e da participação dos cidadãos nos actos do poder legislativo através do parlamento); (b) a constituição contém o **princípio da divisão de poderes**, no sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estaduais; (c) a constituição deve ser **escrita** (documento escrito)”* (p. 34/35).

Com efeito – **sistema** – é, estruturalmente – **unitário**. Tantas vezes, gera dúvida relativamente à – **norma preponderante**. Forma-se, por isso, **conflito de normas**. **Conflito de princípios**, quando entre eles ocorrer incompatibilidade lógica! Em outras palavras, **incidência concomitante** de princípios que, todavia, se chocam. **Um** deles afasta a pertinência do **outro!**



O tema ocorre em todos os ramos do Direito. No Direito Penal, entretanto, ganhou mais atenção, por estar em jogo o exercício do direito de liberdade. Doutrinariamente, o tema é tratado como – **conflito aparente de normas**. O choque é meramente formal, dado a **incidência de um afastar a incidência do outro**.

A Carta Política é congêrie de **garantias**. Importante registrar, como assinalam os constitucionalistas, as garantias configuram **princípios**, referências jurídicas voltadas para resguardar valores, significados. O **direito**, por seu turno, faculdades juridicamente reconhecidas que ensejam à pessoa fazer, ou deixar de fazer.

A conjugação das garantias projeta a constitucionalidade das normas jurídicas. Estas (**em tese**), condutas concretas que, postas à amplitude das garantias, qualificam a ação ou omissão como lícitos ou ilícitos. Ilustrativamente: o **homicídio** é definido como crime. A Constituição protege a **Vida**. O furto é ilícito dado o **Patrimônio** ser juridicamente resguardado.

Importante – o Direito é **unidade lógica!** Não há contradição entre as normas. Interligam-se, formando sistema: **sistema jurídico!** Seja a Constituição, seja a lei ordinária, como unidade, não podem ser analisadas separadamente! Evidenciam-se, pois, repita-se, - **unidade lógica!**

O Direito, pois, é **unidade**. As **partes** que o integram se direcionam para o **mesmo vértice**.

Também importante: os **princípios conjugam-se**. **Não se repelem**. Com efeito, **harmonizam-se**.

M.A. MARQUES DA SILVA, “Liberdade de Manifestação e Drogas”, *in* “Direito Penal Contemporâneo” – Estudos em Homenagem ao

Ministro Francisco de Assis Toledo, Ed. Juarez de Oliveira, SP, 2004, pp. 224/5:

“...o princípio da legalidade ou reserva legal constitui um efetivo limite ao poder punitivo do Estado, e, na medida em que impede a criação de tipos penais, a não ser através do processo legislativo regular, se caracteriza por ser, também um limite ao poder normativo do Estado.”

O **Princípio da Legalidade**, assim, limita o Estado para legislar em matéria penal, ao criar tipo legal de crime (aplica-se também às contravenções penais).

Outro princípio constitucional (natureza processual) limitativo do Poder do Estado processar alguém: **princípio do devido processo legal!**

Alguns princípios apontam na mesma direção. Outros em sentido contrário. A **unidade do Direito** não admite **contradição lógica** (não se confunde com eventual **contradição fática**). Por exemplo, o Estado denunciar alguém por **fato atípico!** Aqui, houve **contradição entre o princípio e o fato histórico**. Inadmissível será, não obstante o **princípio de que todos são iguais perante a lei**, a legislação tratar diferentemente as pessoas em razão da cor da pele ou da situação econômica.

No Direito, bom repetir, não pode haver contradição lógica. Em face disso, os princípios convivem harmonicamente. Importante, outrossim, evidenciar a **extensão normativa** de cada um. E não mais do que isso, considerar sempre que os **princípios coexistem**. Daí a afirmação apodítica, as normas jurídicas, porque delas decorrem, **não ensejam contradição**. **BOBBIO** se preocupa com a – **compatibilidade lógica!**

Os princípios, enfim, coordenam-se. Ajustam-se sistematicamente. **Não evidenciam incoerência lógica.**



PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL E LEGISLAÇÃO PENAL

A legislação penal, evidente, é **também** norte para o legislador ordinário. As leis ordinárias, de que o Código Penal e a legislação especial desse setor jurídico são exemplos, **necessariamente** submetem-se ao significado e à extensão dos princípios constitucionais que os norteiam.

Decorre, então, importante problema, praticamente não considerado entre nós: se o legislador penal registrar discordância entre o princípio e lei definidora de crime e contravenções, evidente, a lei ordinária nascerá com vício de inconstitucionalidade. **Não ganha legalidade**. Conseqüentemente, despida de validade (legitimidade)!

Outro, entretanto, é, não menos importante, a ausência de harmonia lógica **entre as leis**. Em outros termos, a lei **A** definir o ilícito **X**, cominando a sanção **Y**.

Na ilustração, **formalmente**, nenhum problema. **Materialmente**, contudo, encerra – **contradição lógica!**

Com efeito, o sistema de penas mostra preocupação com a **harmonia**, de modo a que os **delitos mais graves** sejam mais rigorosamente punidos que os **menos graves**.

A – **individualização da pena** – é princípio constitucional, literalmente inscrito no art. 5º, da Carta Política.

É sempre oportuno lembrar, o **sistema penal** (porque sistema) não admite contradição lógica.

CHAVES CAMARGO – “Sistema de Penas. Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal”, Cultural Paulista, SP, 2002, depois de conceituar o **Sistema Penal** (conexão entre os preceitos normativos e os

conceitos abstratos, que é função da teoria geral do delito) (p.19), registra:

“o controle social, que visa à obtenção de uma convivência entre os homens, não pode ser exercido de forma arbitrária ou sem limites, pois a interferência do Estado na vida da pessoa, desde BECCARIA, tem sido controlada por princípios e direitos fundamentais constitucionais que se opõe a esta ingerência”.

Nesta passagem, não se está preocupado em definir (tema importantíssimo) as espécies e finalidade das sanções penais. Tema que divide os autores entre as “teorias absolutas da pena”, “teorias preventivas ou da prevenção”; “prevenção geral positiva”, “prevenção especial negativa”, “prevenção especial positiva”; “teoria da união mista ou teorias unitárias”.

Não interessa, por hora, analisar estas orientações que se refletem não só na dogmática. Interessa também, à Política Criminal.

Importa agora, e o tema não é meramente de nível legislativo, esta interrogação: **o legislador é livre para estabelecer a cominação das sanções penais?**

Evidente, a resposta é negativa. **O legislador está vinculado ao sistema!** Matéria de alta relevância. **Não ganhou ainda a devida atenção dos doutrinadores!**

Cumprе ressaltar: o Direito é **unidade lógica!** Como tal, **não enseja contradição!**

As **espécies e quantidade** das sanções penais não podem ser cominadas, ou impostas **in concreto** ao sabor do legislador, no dia da definição, na lei, ou decorrência do **animus** do magistrado quando a individualiza.

O tema é mais complexo do que, à primeira vista, faz supor.



O Direito é sistema. O legislador, a ele, está vinculado; por isso, apesar da discricionariedade, precisa guardar – **coerência** - no sentido de que as condutas mais graves sejam **(mais intensamente reprovadas)**, vale dizer, cominação mais severa, em confronto com as condutas menos graves. **A pena em tese** deve projetar a censurabilidade (maior ou menor) dos fatos criminalizados. Não faz sentido, (resulta da lógica) a **lesão corporal** (artigo 129) ser punida mais severamente do que o **homicídio** (artigo 121). A conclusão resulta do balanceamento das condutas e do impacto nos bens jurídicos protegidos. Assim, a cominação das sanções, não decorre do humor do legislador quando a define em tese.

A proporcionalidade explica a pluralidade de sanções penais. O **Código Penal**, no exemplo acima, revela coerência.

O **Direito Penal**, entretanto, tem extensão maior. Várias outras leis cominam penas aos crimes e às contravenções penais! O ordenamento penal, embora extenso, precisa guardar coerência, no seguinte sentido: **infração mais grave, pena mais severa!** A regra é **absoluta!**

Indaga-se, então, qual o referencial, ponto de partida, para promover-se o **balanceamento das penas?**

Dever-se-á partir da **pena mais grave** constante da legislação (espécie e quantidade). Essa sanção, por sua vez, **resulta da gravidade do ilícito penal!**

Essa realidade dogmática evidencia que as penas compõem – **sistema**, ou seja, **unidade lógica!**

As normas penais não podem jamais ensejar – **contradição!**

As sanções precisam ser coerentes, isto é, cominadas levando em conta o impacto da conduta no bem juridicamente tutelado, expressão do significado axiológico de cada um. Para ilustrar: o homicídio é punido mais severamente do que lesão corporal. A calúnia, mais severa do que a injúria. Portanto, sistema lógico. Sistema que, insista-se, não se esgota apenas no Código Penal e na Lei das Contravenções Penais. Reúnem-se todos os tipos e respectivas cominações. E mais. A coerência deve compreender todos os ilícitos penais. A coerência deve tomar como referência a Constituição da República (lei maior) e o Código Penal (lei básica).

O confronto é importante, não é simplesmente quantitativo. Antes de tudo, **axiológico**. O bem jurídico tutelado reflete – **valor social**; em consequência, antes de sopesar as penas cominadas, dever-se-á ponderar, em **escala valorativa**, os institutos definidos. Além de valorativa, escala lógica!

A cominação das penas, assim, insista-se, está vinculada à unidade lógica. A infração mais grave, **necessariamente**, deverá ser punida com maior rigor!

Se o legislador (considerem-se todas as infrações penais) contrariar esse escalonamento, o magistrado deverá, **no caso concreto** – promover a corrigenda?

O magistrado não é **longa manus** do legislador. Em ocorrendo ilogicidade, isto é, **delito menos grave** encerrará **pena mais severa**?

O juiz decide conforme a legislação. Todavia, tomada no **sentido lógico**! Em outros termos, o magistrado deverá fazer o **balanceamento** da gravidade da infração e respectiva pena cominada! A **individualização** (garantia constitucional) far-se-á “*dentre os limites da*



pena cominada". Se não houver o confronto, comparando, insista-se, a **gravidade do ilícito penal** com a **pena cominada**, ter-se-á **individualização meramente formal**. Cumpre entendê-la **materialmente**.

A individualização precisa ser considerada logicamente. Caso contrário, tornar-se-á **instituto simplesmente formal**. Afrontar-se-á o conteúdo do instituto registrado na Carta Magna, ferindo, ademais, a **unidade lógica do Direito!** Far-se-á o cálculo (válido para o Código e Leis extravagantes), realizando o balanceamento das cominações, na extensão das infrações afins, tomando-se, no caso dos ilícitos comuns, o Código Penal. As infrações especiais, obedecerão ao mesmo critério. A significação dos bens jurídicos servirá de roteiro básico!

A cominação da pena, nos sistemas democráticos, aplicada no interesse social, é missão do legislador. Todavia, em casos de incoerência, o Judiciário, **justificadamente**, deverá ajustá-la, a fim de ser garantida a coerência, própria de um sistema. Se assim não for, ter-se-á contradição, afetando a unidade lógica.

Evidente, o Judiciário (não deve aplicar **formalmente** a sanção). Precisa voltar-se para o tema, a fim de não afrontar o princípio constitucional da – **isonomia**. Esta, como todos os institutos jurídicos, a não ser que fique restrito ao aspecto literal, precisa coadunar-se ao princípio da igualdade. Só se concretiza a – **igualdade** – se tratarmos diferentemente situações desiguais!

E mais. O tema traz à colação "*cláusula pétrea*" voltada para concretizar a **obrigação de distinguir desigualdades**, única maneira de resguardar a **isonomia material**.

O Direito encerra **balanceamento de valores**. Único referencial para **concretizar** o princípio da igualdade jurídica.



O roteiro normativo há de palmilhar terreno de – **lógica material!** O Direito, efetivamente, não se exaure **na literalidade das normas**. Resulta, ademais, da unidade do Direito Penal, congêrie de dispositivos axiológicos.

A Justiça encerra reflexão sobre dados axiológicos. Transcrevendo **CHAVES CAMARGO**, mais uma vez, a respeito das funções do Direito Penal, *“atingir a legitimidade de atuação do Estado e, via de consequência, a efetividade que procura demonstrar como instrumento de controle social”* (p. 35).

A **igualdade material** impõe **tratamento proporcional**, cuja referência é, repita-se, *“tratar igualmente situações iguais e diferentemente, situações desiguais”*.

A cominação da pena não é vazia de conteúdo. Volta-se, isso sim, para, considerando distinções (notadamente axiológicas) concretizar a isonomia! Só assim, efetivar-se-á a igualdade, e substancialmente **apreender distinções fáticas** para obter a – **igualdade jurídica!**

O tema ganha significativo relevo no Direito Penal. Refrise-se: o Estado, compreendendo, pois, atividade do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, precisa ser coerente. Só assim, concretizar-se-á o - **princípio da isonomia material!**

