

Capítulo décimo oitavo Princípio do Estado de Direito¹⁸

I. Latitude e indeterminação - concretização

O Princípio do Estado de Direito, em vista de sua latitude e indeterminação,¹⁹ não encerra - na medida em que não está moldado e especificado para uma determinada matéria em frases isoladas da Constituição escrita²⁰ -, em todos os detalhes, mandamentos ou proibições univocamente determinados, de categoria constitucional,²¹ senão é um preceito constitucional que carece da concretização, consoante com os dados objetivos.²² Fundamentalmente, é assunto do legislador considerar o Princípio do Estado de Direito na legislação²³ e escolher, entre as alternativas possíveis, na concretização normativa de um preceito constitucional.²⁴ Na concretização, todavia, precisam ficar mantidos, em suma, elementos fundamentais do Estado de Direito e a propriedade do Estado de Direito.²⁵ Há uma série de determinações constitucionais, que, para o seu âmbito de aplicação, apresentam uma

393 (394); 45, 422 (422); 62, 117 (118 f.); em conexão com o art. 13, alínea 1, da Lei Fundamental ("A casa é inviolável."), BVerfGE 42, 212 (213); 44, 353 (354); em conexão com o art. 14, alínea 1, da Lei Fundamental ("A propriedade e o direito de herança serão garantidos. Conteúdo e limites serão determinados por leis."), BVerfGE 62, 169 (169); em conexão com o art. 16, alínea 2, frase 2, da Lei Fundamental ("Nenhum alemão pode ser extraditado. Perseguidos políticos gozam do direito de asilo.") (Essa segunda frase foi retirada pela Lei Modificadora da Lei Fundamental (n. 39), de 28 de junho de 1993, art. 1º n. 2 (texto impresso, in: *BGBI*, I, S. 1002).), BVerfGE 56, 216 (217).

Princípio do Estado Social: em conexão com o art. 3º, alínea 1, da Lei Fundamental (ver, supra, Segunda Parte, nota 316), BVerfGE 38, 187 (188); 39, 316 (317); 42, 176 (177); 45, 376 (377); 54, 251 (252); 55, 100 (101); em conexão com o art. 2º, alínea 1, da Lei Fundamental, BVerfGE 40, 65 (65).

Princípio Democrático: em conexão com o art. 2º, alínea 1, da Lei Fundamental, BVerfGE 64, 208 (209).

¹⁷ Os direitos fundamentais estão inscritos nos art. 1 a 19 da Lei Fundamental.

¹⁸ A ordem de apresentação dos princípios constitucionais não implica nenhuma hierarquia, senão que obedece apenas à sua configuração na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal.

¹⁹ Comparar com BVerfGE 57, 250 (276); 70, 297 (308).

²⁰ BVerfGE 25, 269 (290); 49, 148 (164); 52, 131 (144).

²¹ BVerfGE 7, 89 (92 f.); 28, 264 (277); 35, 41 (47); 44, 105 (120); 52, 131 (144); 74, 129 (152).

²² BVerfGE 25, 269 (290); 35, 41 (47); 49, 148 (164); 52, 131 (144); 65, 283 (290); 74, 129 (152).

²³ BVerfGE 65, 283 (290).

²⁴ BVerfGE 57, 250 (276).

²⁵ BVerfGE 7, 89 (92 f.); 35, 41 (47); 45, 187 (246); 53, 115 (127); 65, 283 (290).

concretização do Princípio do Estado de Direito,²⁶ cuja validade não está limitada a determinados setores jurídicos.²⁷

Do Princípio do Estado de Direito mesmo deixam-se desenvolver preceitos jurídicos, como, v. g., a proibição de leis retroativas onerosas, o preceito da proporcionalidade, a solução da relação tensa entre certeza jurídica e Justiça no caso concreto e o preceito da mais completa proteção jurídica possível.²⁸ Isso se deve ao Tribunal Constitucional Federal.²⁹

II. Preceito da proporcionalidade

1. Caráter constitucional

Porque enraizado no Princípio do Estado de Direito,³⁰ o preceito da proporcionalidade é dele derivado.³¹ Em consequência, configura-se como preceito constitucional.³² Da mesma forma, o preceito da proibição de excesso,³³ que, em consonância com a situação concreta, é conjugado com o preceito da proporcionalidade.

²⁶ BVerfGE 42, 64 (80) - voto especial do juiz constitucional Geiger (S. 79 ff.).

²⁷ BVerfGE 43, 242 (288).

²⁸ BVerfGE 30, 1 (25).

²⁹ Esses pontos terão uma exposição individualizada.

³⁰ BVerfGE 22, 180 (220); 29, 312 (316); 69, 1 (2 - diretiva n. 5).

³¹ BVerfGE 30, 1 (20); 34, 261 (267); 37, 167 (188) - voto especial do juiz constitucional Hirsch (S. 186 ff.); 75, 1 (16); 52, 214 (221); 45, 272 (289); 49, 220 (232) - voto especial do juiz constitucional Böhmer (S. 228 ff.); 78, 38 (56) - voto especial do juiz constitucional Henschel (S. 54 ff.); 69, 1 (35). Ver também BVerfGE 43, 242 (288); 57, 250 (270); 76, 256 (359); 35, 382 (400 f.); 50, 166 (174); 37, 167 (185); 37, 201 (212); 39, 334 (357); 67, 1 (15); 72, 200 (242 f., 248); 75, 246 (279); 78, 249 (284); 59, 275 (278).

³² BVerfGE 19, 342 (348 f.); 23, 127 (133); 30, 173 (199); 35, 382 (401); 61, 126 (134); 65, 1 (44). Ver também BVerfGE 45, 297 (335); 86, 288 (347) - voto especial do juiz constitucional Mahrenholz (S. 340 ff.); 41, 251 (258); 57, 250 (270); 52, 1 (29); 77, 1 (44).

³³ BVerfGE 23, 127 (133); 49, 220 (232) - voto especial do juiz constitucional Böhmer (S. 228 ff.). Ver também BVerfGE 56, 298 (315).

2. Vinculação com os direitos fundamentais

O Tribunal Constitucional Federal também entende o preceito da proporcionalidade, juntamente com o preceito da proibição de excesso, como resultante da essência dos direitos fundamentais.³⁴ Esses, como direitos defensivos, têm um conteúdo de proporcionalidade distintamente reconhecível; em sua interpretação e aplicação, a jurisprudência desenvolveu critérios, praticáveis e, no geral, reconhecidos, para o controle de intervenções estatais - como, v. g., o preceito da proporcionalidade.³⁵ Nesse contexto, ele exige que o particular fique preservado de intervenções desnecessárias e excessivas; uma lei não deve onerar o cidadão mais intensamente do que o imprescindível para a proteção do interesse público.³⁶ Assim, a intervenção precisa ser apropriada e necessária para alcançar o fim desejado,³⁷ nem deve gravar em excesso o afetado, i.e., deve poder ser dele exigível.³⁸

³⁴ BVerfGE 49, 220 (232) - voto especial do juiz constitucional Böhmer (S. 228 ff.), com remissão às BVerfGE 21, 150 (155); 21, 306 (310 f.); 25, 112 (120); 26, 215 (222); 31, 275 (290); 42, 263 (295); BVerfGE 61, 126 (134), com referência às BVerfGE 19, 342 (347 ff.); 29, 312 (316).

³⁵ BVerfGE 39, 1 (71) - voto especial dos juizes constitucionais Rupp-v. Brünneck e Simon (S. 68 ff.). Cabe, aqui, uma distinção entre a validade teórica e a validade prática dos direitos fundamentais. O questionamento jurídico da validade teórica efetuar-se-ia, dado o caso, por controle normativo (ver, supra, Segunda Parte, Cap. décimo segundo, III, 3., 3.2.3.1.1). A validade prática, por sua vez, depende de uma via processual apropriada para, no caso de sua violação, poder fazê-los valer. Na República Federal da Alemanha tem-se, para tanto, o recurso constitucional (ver, supra, Segunda Parte, Cap. décimo segundo, III, 7.). Do exposto pode-se deduzir, e isso vale para o geral, que a discussão em torno da valência de direitos fundamentais (não vem ao caso, agora, a terminologia) somente toma um sentido prático e concreto quando está enfocada sobre a sua validade prática, o que pressupõe a existência daquela via processual apropriada, pois, a validade teórica, como a priori filosófico, já está, de há muito, consolidada e, como questão jurídica, tem possibilidades práticas quase nulas. Em outras palavras, o tráfego concreto de direitos fundamentais depende essencialmente de um horizonte processual apropriado.

³⁶ BVerfGE 69, 1 (35).

³⁷ BVerfGE 49, 220 (232) - voto especial do juiz constitucional Böhmer (S. 228 ff.); 61, 126 (134).

³⁸ BVerfGE 61, 126 (134); 67, 157 (178); 83, 1 (19); 2 BvL 43-92 u. a., 9.3.1994=NJW, 1994, S. 1577 (1577 - diretiva n. 2b, 1579); 48, 396 (402). Comparar com BVerfGE 68, 193 (219); 77, 84 (111); 81, 70 (92).

3. Áreas de aplicação

3.1. Direito Penal

O preceito da proporcionalidade expressa-se, aqui, pelo preceito da adequação da pena,³⁹ i.e., a pena deve manter uma relação justa com a gravidade do ato e a culpa do autor;⁴⁰ a pena aplicada não deve exceder a culpa do autor.⁴¹ O princípio da culpa,⁴² em suas consequências limitantes à pena, corresponde, nessa medida, à proibição de excesso.⁴³

3.2. Direito Processual Penal

3.2.1. Busca e apreensão

A aplicação dessas medidas coercitivas está, desde o princípio, submetida ao preceito da proporcionalidade.⁴⁴ A intervenção correspondente deve estar numa relação adequada com a gravidade do delito e com a intensidade da suspeita existente; além disso, essa medida

³⁹ Esse preceito também é de índole constitucional (BVerfGE 86, 288 (313)).

⁴⁰ BVerfGE 16, 194 (202); 28, 386 (391); 34, 261 (267); 50, 125 (133), com remissão às BVerfGE 25, 44 (54 f.); 28, 191 (197 f.); 45, 187 (228); BVerfGE 45, 187 (260); 50, 205 (215); 54, 100 (108); 73, 206 (253); 86, 288 (313); 2 BvL 43-92 u. a., 9.3.1994,=NJW, 1994, S. 1577 (1579). Ver também 2 BvL 43-92 u. a., 9.3.1994,=NJW, 1994, S. 1577 (1585 ff.) - voto especial do juiz constitucional Grafhof; 2 BvL 43-92 u. a., 9.3.1994,=NJW, 1994, S. 1577 (1588 ff.) - voto especial do juiz constitucional Sommer. Isso igualmente é aplicável ao Direito Disciplinar. Ver BVerfGE 37, 167 (188) - voto especial do juiz constitucional Hirsch (S. 186 ff.).

⁴¹ BVerfGE 54, 100 (108), com referência às BVerfGE 6, 389 (439); 9, 167 (169); 20, 323 (331); 25, 269 (285 f.); 50, 5 (12). Ver também BVerfGE 45, 187 (260).

⁴² Ele equivale à máxima "nulla poena sine culpa". Esse princípio significa, orientado pela ideia de Justiça material, que o tipo penal e as consequências jurídicas precisam estar ajustados de forma apropriada (BVerfGE 20, 323 (331); 25, 269 (286); 27, 18 (29); 2 BvL 43-92 u. a., 9.3.1994,=NJW, 1994, S. 1577 (1579); 41, 121 (125); 45, 187 (259 f.); 50, 205 (214 f.); 54, 100 (108); 80, 244 (255); comparar com BVerfGE 86, 288 (313); 86, 288 (345 f.) - voto especial do juiz constitucional Mahrenholz (S. 340 ff.), do que sobrevém a adequação da pena. Ver também, acerca disso, inf., V., 1., 1.4.

⁴³ BVerfGE 50, 125 (133), com remissão à BVerfGE 34, 261 (266); BVerfGE 73, 206 (253), com referência à BVerfGE 50, 205 (215); BVerfGE 86, 288 (313).

⁴⁴ BVerfGE 20, 162 (186 f.), com remissão às BVerfGE 19, 342 (348 f.); 17, 108 (117); 16, 194 (202). Ver também BVerfGE 27, 211 (219); 28, 264 (280); 49, 220 (235) - voto especial do juiz constitucional Böhmer (S. 228 ff.); 59, 95 (97), com referência à BVerfGE 42, 212 (219 f.).

será aplicada estritamente quando necessária para a investigação e o seguimento do delito. Não é o caso, quando outros meios, menos incívicos, estão à disposição. Por fim, a busca deve prometer o êxito de fornecer provas apropriadas.⁴⁵ O juiz deve, antes de ordenar a busca e apreensão, pelo menos, constatar se o preceito da proporcionalidade está mantido.⁴⁶

3.2.2. Prisão preventiva

O preceito constitucional da proporcionalidade tem significado não apenas para a determinação da prisão preventiva, mas também para a sua duração. A prisão preventiva, em vista da sua duração, deve, sobretudo, guardar relação com a provável pena que é esperada. Mas, independentemente da pena esperada, o preceito da proporcionalidade estabelece limites à duração da prisão preventiva.⁴⁷ O exame dessa relação cabe, em princípio, aos tribunais ordinários.⁴⁸ A intervenção na liberdade só deve ser admitida se, e na medida em que, por um lado, há dúvidas justificadas quanto à inocência do suspeito em razão da grande suspeita, amparada em pontos de apoio concretos e, por outro, se o legítimo direito da sociedade ao esclarecimento completo do fato e à rápida sanção contra o autor não puder ser garantido de outra forma que não a prisão provisória do suspeito. A persecução de outros fins por meio da prisão preventiva está, em qualquer caso, excluída. A prisão preventiva não deve, particularmente, à maneira de uma pena, antecipar a proteção de um bem jurídico a que o Direito Penal material deve servir.⁴⁹

⁴⁵ BVerfGE 20, 162 (186 f.). Ver também BVerfGE 28, 264 (280), com remissão às BVerfGE 16, 194 (202); 17, 108 (117); 23, 127 (133 f.); 27, 211 (219); BVerfGE 59, 95 (97), com referência à BVerfGE 42, 212 (219 f.). Essas considerações também têm aplicação no procedimento disciplinar militar (BVerfGE 28, 264 (280)). Em relação ao controle de correspondência, ver BVerfGE 35, 35 (39 f.); 35, 311 (321).

⁴⁶ Comparar com BVerfGE 57, 346 (356).

⁴⁷ BVerfGE 20, 45 (49 f.); 20, 144 (148).

⁴⁸ BVerfGE 10, 271 (271 - diretiva n. 1, 274). Comparar com BVerfGE 16, 194 (202); 27, 344 (352), com remissão à BVerfGE 17, 108 (117).

⁴⁹ BVerfGE 19, 342 (347 f.). Ver também BVerfGE 44, 105 (120).

3.2.3. Execução de pena privativa da liberdade

Há mister de pesar com cuidado se a intervenção, admissível, na liberdade da pessoa, garantida pela Constituição,⁵⁰ permanece nos limites impostos pelo preceito da proporcionalidade.⁵¹ Se a Lei Fundamental caracteriza a liberdade da pessoa como inviolável,⁵² então é porque uma decisão constitucional fundamental foi tomada, no sentido de dever considerar-se esse direito à liberdade como um bem jurídico especial, que somente pode ser restringido diante de motivos importantes.⁵³

3.2.4. Intervenção no direito fundamental à integridade corporal

Na apreciação da intervenção nesse direito fundamental, entra em questão a ponderação sobre os interesses conflitantes com a observância do preceito da proporcionalidade.⁵⁴ Se dessa ponderação resultar que os interesses, opostos à intervenção, do inculpado, no caso concreto, pesam manifesta e essencialmente mais em comparação com aqueles aos quais a medida estatal deve servir, então, a intervenção, apesar de havida, viola o preceito da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do inculpado, inscrito no art. 2º, alínea 2, frase 1, da Lei Fundamental.⁵⁵ No juízo acerca dessa questão podem exigir atenção, sobretudo, o tipo, a extensão e o tempo provável do procedimento criminal, a espécie e a intensidade do dano temido, bem como as possibilidades de reação contra elas.⁵⁶

⁵⁰ Art. 2º, alínea 2, da Lei Fundamental (ver, supra, nota 16) e art. 104, alínea 1, da Lei Fundamental.

⁵¹ BVerfGE 29, 312 (316), com referência à BVerfGE 23, 127 (133).

⁵² Art. 2º, alínea 2, frase 2, da Lei Fundamental (ver, supra, nota 16).

⁵³ BVerfGE 29, 312 (316), com remissão às BVerfGE 10, 302 (322); 19, 342 (348 f.); 22, 180 (219).

⁵⁴ BVerfGE 51, 324 (346), com referência às BVerfGE 17, 108 (117); 27, 211 (219); 44, 353 (373).

⁵⁵ Ver, supra, nota 16. BVerfGE 51, 324 (346), com remissão à BVerfGE 44, 353 (373).

⁵⁶ BVerfGE 51, 324 (46). No procedimento criminal [independente do processo] o preceito da proporcionalidade requer, antes, que a medida seja imprescindível, que ela esteja numa relação adequada para com a gravidade do ato e que a intensidade da suspeita a justifique (BVerfGE 17, 108 (117)).

3.2.5. Aconselhamento jurídico às testemunhas

Não seria compatível com o postulado da continuidade de uma administração judicial funcionalmente apta e eficaz, a admissão, em todos os casos, ilimitada do aconselhamento jurídico⁵⁷ às testemunhas. O preceito da proporcionalidade pede, ao contrário, uma avaliação confrontadora do direito das testemunhas e do interesse público em vista da eficiência do processo penal e processos semelhantes, a ser efetuada pelas autoridades e tribunais sob a consideração de todas as circunstâncias, pessoais e reais, do caso concreto.⁵⁸

3.3. Direito Administrativo

3.3.1. Limites ao exercício da profissão⁵⁹

Para a constitucionalidade das regulações legais do exercício da profissão, o preceito da proporcionalidade tem, como critério normativo, os significados seguintes:

a) o legislador somente pode limitar o livre exercício da profissão no interesse do bem-estar comum e para a solução daquelas tarefas objetivas, que podem justificar o seu tornar-se ativo e não contrariam a ordem de valores da Lei Fundamental. Além disso, o legislador deve ter condições de poder justificar a intervenção nesse direito fundamental com considerações apropriadas e razoáveis e não deve abusar de sua potestade legislativa para fins inadequados,⁶⁰

b) o meio empregado pelo legislador deve ser apropriado e necessário para alcançar a finalidade almejada. O meio é apropriado se, com o seu auxílio, o resultado desejado pode ser promovido; é necessário, se o legislador não pôde escolher um outro meio, igualmente

⁵⁷ Esse aconselhamento pode ser realizado, também, por uma pessoa, que se denomina aconselhador jurídico, que não é bacharel em Direito. Para mais comprovações, ver CREIFELDS, C. *Rechtswörterbuch*, 11. Aufl., München, 1992, Art. Rechtsbeistand e Rechtsberatung, S. 929 f.

⁵⁸ BVerfGE 38, 105 (118).

⁵⁹ O fundamento normativo encontra-se no art. 12, alínea 1, frase 2, da Lei Fundamental (ver, supra, nota 16).

⁶⁰ BVerfGE 30, 292 (316), com referência às BVerfGE 7, 377 (405 ff.); 23, 50 (56).