

# A Constituição e os princípios da necessidade e da proporcionalidade em face do direito penal vigente

(Análise a partir do quadro jurídico-constitucional português)

# The Constitution and the principles of necessity and proportionality in the light of existing of the criminal law

(Analysis within the Portuguese legal and constitutional framework)

Fernando Eduardo Batista Conde Monteiro, Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho

Resumo: o autor analisa a pertinência dos princípios da necessidade e proporcionalidade, consagrados em geral nas constituições demoliberais, a partir da Constituição Portuguesa vigente, relativamente à existência e concreta conformação legal de quaisquer modelos implantados ou a implantar pelo legislador ordinário neste plano. Conclui para o quase simbolismo que tal consagração implica.

Abstract: The author analyses the pertinence of the principles of necessity and proportionality, generally enshrined in demo liberal constitutions, starting of the current Portuguese Constitution, regarding the existence and concrete legal form of any models implanted or to be implemented by the ordinary legislator. It concludes to the almost symbolism that such consecration implies.

Constituição. Princípio da necessidade. Princípio da proporcionalidade. Direito Penal. Epistemologia jurídico-penal.

Constitution. Principle of necessity. Principle of proportionality. Criminal law. Legal-penal epistemology.

## 1. Introdução

O início do constitucionalismo está indissolavelmente ligado ao antropocentrismo característico da ideologia liberal. Nesta perspetiva, a coletividade era antes de mais vista como expressão do exercício individual dos seus membros (lembramos, por exemplo, entre outros, Adam Smith). No entanto, como este individualismo não era considerado somente como suficiente para sem mais produzir a harmonia de todos (anarquismo individual), então, seria necessário conceber uma entidade de caráter coletivo (o Estado) para, como juiz máximo dos seres humanos no plano temporal, poder disciplinar, através de um mínimo de restrições à esfera de atuação destes, as suas ações individuais.<sup>1</sup> Surgem assim singelamente e neste plano ideológico as constituições liberais a dominarem o princípio do constitucionalismo moderno.<sup>2</sup> Os

<sup>1</sup> Sobre isto, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes **Direito Constitucional**, 5.ª ed., Almedina, 1992, pp. 259-4.

<sup>2</sup> Cf. neste sentido a Constituição Portuguesa de 1822, que, no seu artigo 10, afirmava categoricamente o princípio da necessidade: “Nenhuma lei, e muito menos a penal, será estabelecida sem absoluta necessidade.”, para depois como seu corolário consagrar no artigo 11 o princípio da proporcionalidade: “toda a pena deve ser proporcionada ao delito; e nenhuma passará da pessoa do delinquente. Fica abolida a tortura, a confiscação de bens, a infâmia, os

textos constitucionais deveriam deste modo limitar-se ao indispensável no plano das restrições dos direitos imanentes aos cidadãos (liberdade, propriedade, etc.) para poderem assegurar a liberdade de todos o máximo possível.<sup>3</sup> Neste domínio, o coletivo era, como referimos, expressão acima de tudo do indivíduo, elevado agora à condição de cidadão.

A partir daqui compreende-se facilmente que o direito penal, outrora elevado à categoria de instrumento máximo de assegurar o interesse coletivo, encabeçado pelo soberano, tendencialmente ilimitado nos seus poderes (lembramos o *despotismo esclarecido*), fosse agora severamente limitado, porque desnecessário. Portanto, as leis penais (incluindo o processo penal) só poderiam ter lugar se necessárias para a sua finalidade de segurança de todos e por via disto fossem igualmente proporcionadas.

Os princípios da necessidade e da proporcionalidade no âmbito jurídico-penal continuam a constar explícita ou implicitamente das constituições atuais.

Neste contexto, iremos refletir sobre a real efetividade destes princípios axiais no plano da conformação concreta do direito penal moderno (*como*), ainda sobre a sua própria existência (*se*).

Algo que naturalmente se revela de óbvia relevância jurídica, dada a natural possibilidade de, *a priori* desde logo, se poder indagar da constitucionalidade ou não de sistemas ou normas jurídico-penais para com estes princípios (fiscalização constitucional).

## 2. Metodologia

Metodologia significa de forma abrangente e mesmo algo ingénua o “Estudo dos métodos aplicados nas diferentes ciências, segundo as leis do raciocínio.”<sup>4</sup> Trata-se, por outro lado, naturalmente de uma definição formal que nada nos refere sobre os específicos conteúdos metodológicos inerentes às distintas ciências, a terem efetivamente lugar em todas elas. Deixa ainda de fora o próprio conceito de método. Este em termos também muito latos diz respeito a procedimentos com vista à realização de finalidades, quer num plano individual, quer em termos coletivos ou ainda no âmbito das ciências (aspeto epistemológico).<sup>5</sup> Particularmente neste último item, interessar-nos-á debruçarmo-nos sobre o conceito em causa, ainda que por via das limitações impostas neste trabalho tenhamos necessariamente de sermos muito contidos. Efetivamente, no plano científico e historicamente, a utilização de diferentes métodos ou metodologias enquadraram-se na busca do conhecimento, consistentemente adquirido e o mais possível verdadeiro (*teoria da verosimilhança*).<sup>6</sup>

---

açoites, o baraço e pregão, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis ou infamantes.”

<sup>3</sup> Sobre as características deste tipo de direitos, CANOTILHO, J. J. Gomes Canotilho; MOREIRA, Vital **Fundamentos da Constituição**, Coimbra Editora, 1991, pp. 101-2; sobre os aspetos históricos dos mesmos, CLAPHAM, Andrew **Human Rights, A Very Short Introduction**, Oxford, 2007, pp. 6 -12.

<sup>4</sup> **Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia de Ciências de Lisboa**, II Vol., Verbo, 2001, “metodologia”, 2.

<sup>5</sup> Sobre isto, cf. NEVES, Castanheira A. **Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais**, STVDIA IVRIDICA 1, Reimpressão, Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 10-1.

<sup>6</sup> De notar, contudo, que a busca da verdade, mesmo no plano das ciências empíricas mais básicas (por exemplo, a física ou a química), constitui simplesmente um mito, pois, e de forma muito rápida, para além das nossas próprias limitações gnosiológicas (pense-se desde logo no *idealismo transcendental* de Kant), nunca até agora “ninguém foi capaz de dizer sequer o que deve entender-se por *mais perto da verdade*, para já não falarmos da apresentação de critérios determinando como se poderia medir essa

Por outro lado, poderemos ainda neste último plano encontrar quatro níveis de conhecimento: o formal ou lógico (apanágio das ciências matemáticas); o de facto ou empírico (existente nas ciências empíricas); o de carácter ético (comum a ciências normativas); o de natureza metafísica (característico das ciências teológicas). É, por outro lado, óbvio que à medida que nos ancoramos a níveis mais elevados dos nossos objetos também a questão metodológica se torna mais complexa. Se a lógica formal dedutiva domina nas ciências matemáticas, já o nível empírico pressupõe a lógica em conjunto com a observação e a experiência e o ético, ambas e ainda as suas próprias metodologias ou a sua ausência, para o metafísico abranger todas e ainda e acima de tudo o lado da revelação transcendental (caso das religiões com raízes no judaísmo como o cristianismo e o islamismo) ou da experiência íntima do sujeito trabalhada também pela experiência (caso, por exemplo, do budismo).<sup>7</sup>

No que se refere à ciência jurídica, esta, nos quadros histórico-culturais atuais, compartilha das metodologias das ciências matemáticas (lógica), do empirismo inerente às ciências naturais, no seu lado de facto (empírico), tanto quanto possível, ainda do contributo da ética, no seu aspeto normativizante.<sup>8</sup>

Particularmente no plano da ciência jurídico-penal estes três aspetos conectionam-se igualmente de modo que no âmbito do texto em causa deles nos serviremos para irmos de encontro às questões que colocamos. Fá-lo-emos assim tendo em consideração os aspetos empíricos relevantes e na forma em que nos aparecem, usando antes de mais, a reflexão crítica perante os específicos problemas que anteriormente delimitamos.<sup>9</sup>

### 3. Resultados e discussão

#### 3.1. Ponto de partida: o artigo 18 da Constituição da República Portuguesa (CRP) atual.

O n.2 do artigo 18 da CRP (segunda parte) dispõe que as restrições legais aos direitos, liberdades e garantias devem “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente garantidos.” Portanto, se quaisquer restrições impostas pelo legislador ordinário aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos se revelarem desnecessárias, porque do ponto de vista empírico ineficazes ou axiologicamente desproporcionadas, dado poderem ser substituídas por outras de menor custo axiológico, tal será, por conseguinte, ilegítimo nestes termos e, portanto, materialmente inconstitucional. O n. 3 (última parte) deste mesmo dispositivo, ao

---

proximidade.” As palavras citadas são de Laudan (**Progress and its Problems**, Berkley: University of California Press, 1977, pp. 125-6) e refletem um posicionamento até agora não desmentido neste âmbito.

<sup>7</sup> Sobre este, neste domínio, BAREAU, André **Buda**, trad. de Maria de Lourdes Penedo do original Boudha, Círculo de Leitores, 1976, pp. 41 – 56.

<sup>8</sup> Para uma caracterização geral dos grandes quadros metodológicos inerentes à ciência jurídica, veja-se o inevitável, LARENZ, Karl, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, Springer, 1992, ainda e entre nós, NEVES, Castanheira A. **Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais**, STVDIA IVRIDICA 1, Reimpressão, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2013. De notar que em ambos os casos aqui citados não se procede a uma autêntica análise epistemológica da fenomenologia jurídica e dos seus resultados relativamente à questão metodológica, ficando-se por pressupostos neste âmbito não fundamentados. Sobre isto infra 3.2-3.5.

<sup>9</sup> Sobre igualmente questões metodológicas agora da ciência jurídico-penal, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, **Concepto y método de la ciencia del Derecho penal**, Tecnos, 1999; cf. ainda DIAS, Jorge de Figueiredo, **Sobre o estado actual da doutrina do crime**, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano I, Janeiro-Março 1991, AEQUITAS, pp. 9-22. Sobre as insuficiências das perspetivas destes autores, cf. infra 3.2-3.5.

proibir que as leis restritivas dos direitos, interesses e garantias em causa, de “diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”, mais não faz do que concretizar os princípios enunciados no n.2 (princípios da necessidade e proporcionalidade).<sup>10</sup>

### 3.2. A ciência jurídico-penal: o problema epistemológico de base.

Num estado de direito democrático, como o é o português, um qualquer modelo puro ou misto de intervenção jurídico-penal <sup>11</sup> deve assegurar a proteção de direitos, interesses, valores, bens jurídicos constitucionalmente relevantes. A realização desta tarefa deve, num plano epistemológico e jurídico-constitucional, obedecer a um duplo requisito. Por um lado, deve-se revelar o mais possível eficaz na execução dessa tarefa, princípio da máxima eficácia (aspeto empírico), por outro, deve implicar menores custos axiológicos, princípio da menor lesividade valorativa (aspeto ético).<sup>12</sup>

### 3.3. O problema da aferição concreta da legitimidade de quaisquer modelos jurídico-penais

Aferir empírica e axiologicamente se um determinado modelo jurídico penal, por exemplo, o português, é simultaneamente o mais eficaz e ao mesmo tempo aquele que produz menores custos axiológicos é simplesmente uma utopia.

Empiricamente é naturalmente impossível (tem sido) saber se existe um qualquer modelo que na prática se revele totalmente eficiente.<sup>13</sup> Diga-se mesmo em verdade que tal nem sequer é desejável. A sua construção pressuporia *a priori* a realização de estudos empíricos nunca feitos e mesmo em certos casos impossíveis de realizar. Por outro lado, uma total execução de todas as disposições penais a partir da sua concreta violação conduziria inevitavelmente a um totalitarismo penalístico, para além de pressupor meios de concretização de tal desiderato nunca postos ao serviço de qualquer modelo jurídico-penal existente até agora.<sup>14</sup>

Axiologicamente a questão em causa revela-se igualmente sem solução. O garantismo imanente aos modernos sistemas jurídico-penais é simplesmente e de forma realista um óbice à eficácia. Sem o princípio da legalidade, da jurisdicionalidade, da humanidade, das limitações probatórias, etc. qualquer sistema seria obviamente mais eficaz. Estabelecer critérios neste plano que se configurassem ser simultaneamente os mais adequados, por simultaneamente protegerem proporcionalmente os cidadãos, ao mesmo tempo que igualmente se revelassem os mais eficazes empiricamente coloca questões epistemológicas simplesmente irresolúveis, antes de mais, pela própria indeterminação no estabelecimento de critérios desta natureza.<sup>15</sup>

<sup>10</sup> Sobre isto, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital **Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1.º a 107.º**, Vol. I, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, 2007, Artigo 18.º, XII, XV.

<sup>11</sup> Sobre a natureza mista do sistema jurídico-penal português, MONTEIRO, Conde **Consequências Jurídico-penais do Crime**, ELSA – UMINHO, 2015, pp. 11-3.

<sup>12</sup> Sobre a dupla natureza do direito penal (empírica e ética), MONTEIRO, Conde **Direito Penal I**, ELSA – UMINHO, 2015, pp. 12-4.

<sup>13</sup> Já apontando para isto, MONTEIRO, Conde **Algumas Reflexões Epistemológicas Sobre O Direito Penal**, in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 757-4.

<sup>14</sup> Sobre o fenómeno da seleção enquanto realidade imanente a todos os sistemas jurídico-penais, DIAS, Figueiredo/ANDRADE, Costa **Criminologia, O homem delincente e a sociedade criminógena**, Coimbra Editora, 1984, p. 365 e segs.

<sup>15</sup> Neste sentido, afirmando quando muito uma legitimidade histórico-cultural, MONTEIRO, Conde **Crime e Democracia: algumas Reflexões Epistemológicas sobre o Papel do Direito Penal na Defesa dos Valores do Estado de Direito Democrático e Social da Constituição da República Portuguesa**, in Revista

### 3.4. O sentido ou ausência de sentido dos princípios em causa no plano estritamente jurídico

A partir daqui que sentido útil apresentam os princípios em causa? Naturalmente que pouco ou nenhum. São antes de mais expressão do racionalismo cartesiano que via na racionalidade abstrata a solução dos problemas humanos, algo omnipresente no constitucionalismo galopante de todo o séc. XIX e que esteve como referimos anteriormente no surgimento destes princípios, concebidos deste modo como fórmulas geométricas ancoradas num idealismo platónico pouco preocupado com a realidade terrena.<sup>16</sup>

Deste modo torna-se amplamente compreensível as enormes reservas que, quer a doutrina,<sup>17</sup> quer a jurisprudência<sup>18</sup> lhe colocam, remetendo habitualmente a tarefa da sua concretização para o legislador ordinário, como se este fosse dotado de quaisquer dotes inerentes a um demiurgo, o que naturalmente se revela uma completa falácia.<sup>19</sup>

### 3.5. Consequência de tudo isto: a natureza ideológica do direito penal

Se nunca conseguimos até agora (nem saberemos se algum tal será possível) saber como construir efetivamente um direito penal intrinsecamente validado em termos epistemológicos e constitucionais, então, aquilo que designamos por direito penal nada mais é do que ideologia, ou seja, um conjunto de asserções não fundadas metodologicamente e, portanto, constituindo um amplo vazio epistemológico (também constitucional).

## 4. Conclusão

Os princípios da necessidade e da proporcionalidade consagrados constitucionalmente na CRP não passam de abstrações racionalistas desprovidas em larga medida de conteúdo útil. Tal deriva acima de tudo da ausência de fundamentos epistemologicamente válidos no que se refere aos modelos de direito penal vigentes.

## Referências

BAREAU, André **Buda**, trad. de Maria de Lourdes Penedo do original Boudha, Círculo de Leitores, 1976

CANARIS, C.-W. **Grundrechte und Privatrecht**. Archiv für die civilistische Praxis, vol. 184, 1984

Portuguesa de Filosofia, Braga, vol. 72 (2016), p. 1084.

<sup>16</sup> Neste plano, CUSSON, Maurice **Criminologia**, trad. de Josefina Castro, 2.ª ed., Casa das Letras, 2007, p. 44.

<sup>17</sup> Neste sentido, ROXIN, Claus **Strafrecht, AT, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenlehre**, vol. I, 4. ed., München: C.H. Beck, 2006, p. 47; PALMA, Maria Fernanda **Direito Constitucional Penal**, Almedina, 2006, pp. 56, 103-110; DIAS, Jorge de Figueiredo **Direito Penal, Parte Geral, T 1, 2.ª ed., Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime**, Coimbra Editora, 2007, pp. 129-31. Já também exprimindo as suas dúvidas neste plano a partir do por si designado *princípio da insuficiência*, CANARIS, C.-W. **Grundrechte und Privatrecht**. Archiv für die civilistische Praxis, vol. 184, 1984, p. 228.

<sup>18</sup> Neste sentido, cf., por exemplo, na Alemanha, o Acórdão de 25-02-75 do Tribunal Constitucional Alemão, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BverfGE)*, 39, 1, p. 46 e segs. Em Portugal, cf., entre outros, com o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 85/85. In *Acórdãos do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. 1, p. 254 e Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/2010. idem, vol. 77, p. 166.

<sup>19</sup> Independentemente dos insuperáveis obstáculos epistemológicos, há ainda os, até agora nunca em absoluto supérveis, obstáculos económicos inerentes ao combate da criminalidade, sobre isto, SILVA SÁNCHEZ **Eficiência e Direito Penal**, trad. Coleção de Estudos de Direito Penal. Vol. 11. S. Paulo: Manole, 2004, pp. 40-1.

- CANOTILHO, J. J. Gomes **Direito Constitucional**, 5.ª ed., Almedina, 1992
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital **Fundamentos da Constituição**, Coimbra Editora, 1991
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital **Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1.º a 107.º**, Vol. I, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, 2007
- CLAPHAM, Andrew **Human Rights, A Very Short Introduction**, Oxford, 2007
- CUSSON, Maurice **Criminologia**, trad. de Josefina Castro, 2.ª ed., Casa das Letras, 2007
- DIAS, Jorge de Figueiredo **Sobre o estado actual da doutrina do crime**, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano I, Janeiro-Março 1991, AEQUITAS
- DIAS, Jorge de Figueiredo **Direito Penal, Parte Geral, T 1, 2.ª ed., Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime**, Coimbra Editora, 2007
- DIAS, Figueiredo/ANDRADE, Costa **Criminologia, O homem delinquente e a sociedade criminógena**, Coimbra Editora, 1984
- Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia de Ciências de Lisboa**, II Vol., Verbo, 2001
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique **Concepto y método de la ciência del Derecho penal**, Tecnos, 1999
- LARENZ, Karl **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, Springer, 1992
- LAUDAN, L. **Progress and its Problems**, Berkley: University of California Press, 1977
- MONTEIRO, Conde **Algumas Reflexões Epistemológicas Sobre O Direito Penal**, in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2009
- MONTEIRO, Conde **Direito Penal I**, ELSA – UMINHO, 2015
- MONTEIRO, Conde **Consequências Jurídico-penais do Crime**, ELSA – UMINHO, 2015
- MONTEIRO, Conde **Crime e Democracia: algumas Reflexões Epistemológicas sobre o Papel do Direito Penal na Defesa dos Valores do Estado de Direito Democrático e Social da Constituição da República Portuguesa**, in Revista Portuguesa de Filosofia, Braga, vol. 72 (2016), pp. 1077-88
- NEVES, Castanheira A. **Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais**, STVDIA IVRIDICA 1, Reimpressão, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2013
- PALMA, Maria Fernanda, **Direito Constitucional Penal**, Almedina, 2006
- ROXIN, Claus **Strafrecht, AT, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre**, vol. I, 4. ed., München: C.H. Beck, 2006
- SILVA SÁNCHEZ **Eficiência e Direito Penal**. Trad. Coleção de Estudos de Direito Penal. Vol. 11. S. Paulo: Manole, 2004
- Jurisprudência
- Acórdão de 25-02-75 do Tribunal Constitucional Alemão, in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BverfGE), 39, 1

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 85/85. In Acórdãos do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, vol. 1

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/2010. In Acórdãos do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, vol. 77