

---

# Colisão de Princípios e Investigação Criminal

Antonio José Fernandes Vieira <sup>1</sup>

**Resumo:** Este trabalho trata das colisões de princípios constitucionais que ocorrem na investigação criminal, buscando delimitar até que ponto um direito fundamental pode ser restringido em prol do desvendamento de um delito. Após serem apresentadas as principais distinções entre princípios e regras, busca demonstrar que somente a ponderação, no caso concreto, pode indicar o limite dessa restrição. Finaliza tentando aproximar os critérios utilizados para a resolução de conflitos nos chamados *hard cases* da investigação criminal.

**Palavras-chave:** colisão de princípios, investigação criminal, ponderação.

**ABSTRACT:** This work deals with the colitions of the constitutional principles which occur in the criminal investigation, trying to delimit until what point a basic right can be restricted in favour of elucidating a crime. After being shown the main distinction between the rights and the rules, it tries to demonstrate that only ponderation, in a concrete case, can indicate the limit of that restriction. It concludes trying to approximate the criteria used to the solution of the conflicts in the so called *hard cases* of the criminal investigation.

**Keywords:** Colition of Principles. Criminal Investigation. Ponderation.

**RESUMEN:** Este trabajo trata de las colisiones de los principios constitucionales que ocurren en la investigación criminal, buscando delimitar hasta que punto un derecho fundamental puede ser restringido en favor de la elucidación de un delito. Después de sido presentadas las principales distinciones entre principios e reglas, busca demostrar que solamente la ponderación, en el caso concreto, puede indicar el limite de esa restricción. Finaliza tentando aproximar los criterios utilizados para la resolución de los conflictos en los así llamados *hard cases* de la investigación criminal.

**Palabras-clave:** Colisión de los Principios. Investigación Criminal. Ponderación.

---

<sup>1</sup> Antônio José Fernandes Vieira. Mestre em Direito (UNIVEM-Márilia/SP). Professor da Faculdade de Direito OAPC-Santa Cruz do rio Pardo/SP. Delegado de Polícia. E-mail: antoniojosefv@hotmail.com

Todas as Constituições modernas visando a garantir os direitos fundamentais dos indivíduos em face do forte poder estatal, trazem em seu bojo regras que impõem ao Estado o respeito aos direitos individuais. São as chamadas Constituições Garantistas, nas quais, segundo Silva (1999, p.174), o Brasil teria sido o pioneiro.

As constituições brasileiras sempre inscreveram uma declaração de direitos do homem brasileiro e estrangeiro residente no país. Já observamos, antes, até, que a primeira constituição, no mundo, a *subjetivar* e *positivar* os direitos do homem, dando-lhes concreção jurídica efetiva, foi a do Império do Brasil, de 1824, anterior, portanto, à da Bélgica de 1831, a que se tem dado primazia.

Essas normas limitativas na atuação estatal refletem de maneira muito forte na investigação criminal e no processo penal como um todo. Prova dessa influência é o surgimento do chamado Processo Penal Constitucional que, segundo Araújo Cintra, Grinover e Dimarco (*apud* FERNANDES, 2003, p.17), é a “condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo”.

No tocante à investigação criminal, no caso brasileiro, a Constituição de 1988 atribuiu à polícia a competência de investigar os delitos, mas também limitou, em vários aspectos, esse poder investigatório, quando, por exemplo, instituiu o controle externo da atividade policial e a necessidade de mandado judicial para a realização de busca domiciliar.

É interessante ressaltar que, do

mesmo modo que a Constituição assegura os direitos à vida, à liberdade e à intimidade, também garante o direito à segurança. Surge, então, uma relação de tensão entre o dever do Estado em promover uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do investigado na garantia de seus direitos constitucionais, a cuja observância o Estado está igualmente obrigado pela Constituição.

Comumente, para se evitar a impunidade, eram cometidos atos investigativos arbitrários, ou então, usavam-se as garantias constitucionais como desculpa para a incompetência dos órgãos encarregados da persecução penal inicial.

Talvez a maior vantagem do sistema acusatório é o fato de o juiz não ser instrutor e sim garantidor dos direitos fundamentais. Assim, o juiz é mais que simples “encaminhador de inquéritos” ao Ministério Público. Cabe a ele a importante função de determinar até que ponto o trabalho investigativo invade a esfera dos direitos e garantias individuais dos sujeitos investigados.

Sem dúvida, alguns atos investigativos como buscas domiciliares, apreensão de bens, interceptações de comunicações, prisões temporárias, restringem direitos fundamentais do investigado como sua liberdade e intimidade. A questão fundamental é saber qual o limite de restrição desses direitos fundamentais.

Para Alexy (1993), a resposta a essa indagação reside na chamada “**lei de colisão**”, que se define como a “**ponderação**”, uma vez que ocorrendo colisão de princípios, ou seja, quando algo é vedado por um princípio, mas autorizado por outro, não é possível dizer *a priori* qual deles deve ceder. Só uma análise do caso concreto poderá apontar o princípio preponde-

rante.

Vários são os critérios para identificar um princípio e distingui-lo das regras. Princípios e regras são espécies do gênero “norma”. Alexy (1993, p. 83/84) pondera que o critério mais utilizado para mostrar a distinção é o da generalidade.

Numerosos son los criterios propuestos para la distinción entre reglas y principios. El de generalidad es el más frecuentemente utilizado. Según él , los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas normas con un nivel relativamente bajo de generalidad. Un ejemplo de una norma con un nivel relativamente alto de generalidad es la norma que dice que cada cual goza de libertad religiosa. En cambio, un norma según la cual todo preso tiene derecho a convertir a otros presos tiene un grado relativamente bajo de generalidad. Según el criterio de generalidad, se podría pensar que la primera norma podría ser clasificada como principio y la segunda como regla.

Contudo, para Alexy (1993, p.86), a principal diferença entre princípios e regras é qualitativa e não a maior ou menor generalidade.

La tercera tesis dice que las normas pueden dividirse en reglas y principios y entre reglas y principios existe no sólo una diferencia sino *cuantitativa*. Esta tesis es cor-

recta.

Sintetizando o pensamento de Alexy, princípios seriam normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Seriam mandados de otimização, que se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus, dependendo tanto das possibilidades reais, quanto jurídicas.

Já as regras seriam normas que podem ser cumpridas ou não, e quando uma regra é válida deve ser feito exatamente o que ela determina. Quando regras entram em conflito, a solução é mais fácil, já que o conflito pode ser resolvido com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a introdução de uma cláusula de exceção.

A resolução da colisão de princípios se dá de forma diferente. Se uma determinada situação é proibida por um princípio, mas permitida por outro, não há que se falar em nulidade de um princípio pela aplicação do outro. No caso concreto, em uma “relação de precedência condicionada”, determinado princípio terá maior relevância que o outro, preponderando. Não se pode aceitar que um princípio reconhecido pelo ordenamento constitucional possa ser declarado inválido, porque não aplicável a uma situação específica. Ele apenas recua frente ao maior peso, naquele caso, de outro princípio também reconhecido pela Constituição. A solução do conflito entre regras, em síntese, dá-se no plano da validade, enquanto a colisão de princípios constitucionais, no âmbito do valor.

Alexy (1993, p. 91/92), ao falar da colisão de princípios diz que:

Esta situación no es solucionada declarando que

uno de ambos principios no es válido y eliminándolo del sistema jurídico. Tampoco se la soluciona introduciendo una excepción en uno de los principios de forma tal que en todo los casos futuros este principio tenga que ser considerado como una regla satisfecha ou no. La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación de precedencia condicionada*.

Dantas (2004, p.64), ao discorrer sobre a lei de colisão, assevera:

A lei de colisão é um dos fundamentos da teoria dos princípios em Alexy, refletindo o caráter dos princípios enquanto determinações de otimização, com duas **nuanças**: a) não há hierarquia absoluta de precedência e b) os princípios referem-se a situações e ações a ações que não são matematicamente quantificáveis.

Para Alexy, enquanto os conflitos de regras se solucionam no plano da validade, os conflitos de princípios só encontram resposta no plano dos valores – na dimensão do peso, o princípio que na situação tenha o maior peso relativo prepondera. A questão decisiva, pois é saber sob quais condições determinado princípio tem precedência sobre o(s) outro(s). Para respondê-la, Alexy observa que o Tribunal alemão se uti-

liza da metáfora do peso: “*O conceito de relação de precedência condicionada permite uma resposta simples. O princípio P1 tem, no caso concreto, um peso maior que o princípio oposto P2, quando existiam razões suficientes para que P1 preceda P2, sob as condições C dadas no caso concreto*”. “*Se o princípio P1, sob as condições C, precede ao princípio P2: (P1 P P2) C, e se P1 sob as condições C resulta a consequência R, então vale uma regra que contem C como hipótese de fato e R como consequência jurídica: C-R. Uma formulação um tanto menos técnica seria: as condições sob as quais um princípio precede a outro constituem a hipótese de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente.*”

Deste modo, uma norma será princípio ou regra pelo modo particular que se apresenta quando em colisão com outras normas. Se a norma, ao colidir com outra, cede sempre ou triunfa sempre, será por ter ela nota típica de regra. Mas se, de acordo com as situações concretas, o conflito com outras normas resulta vitórias e derrotas é porque se está diante de um conflito de princípios.

Uma vez identificado que se está diante de um conflito de princípios, é necessário, então, estabelecer-se até que ponto esses princípios podem ser restringidos.

Inicialmente cabe dizer que um direito fundamental só pode ser restringido por uma norma que seja constitu-

cional. É nesse sentido o magistério de Alexy (1993, p.272):

Una norma puede ser una restricción de derecho fundamental sólo si es constitucional. Si no lo es, su imposición puede, por cierto, tener el carácter de una intervención pero no de una restricción. Con esto, puede fijarse ya una primera característica: las normas son restricciones de derechos fundamentales sólo si son *constitucionales*.

Tanto regras quanto princípios podem restringir direitos fundamentais. Uma regra (de acordo com a Constituição) restringe um direito fundamental, quando com a sua vigência, surge, no lugar de um direito fundamental, um não direito definitivo de igual conteúdo. Para explicar isto, Alexy (1993, p.274) cita o exemplo de um motociclista, falando que enquanto não estiver em vigência uma norma segundo a qual os motociclistas têm que usar capacete, o indivíduo titular do direito fundamental, em virtude do princípio da liberdade geral de ação, tem uma liberdade jusfundamental *prima facie* de usar ou não o capacete. A regra que obriga os motociclistas a usar o capacete protetor é uma restrição de direito fundamental porque, em virtude de sua vigência, no lugar da liberdade *prima facie* aparece aquela não-liberdade definitiva de igual conteúdo.

Do mesmo modo, um princípio é uma restrição de um direito fundamental quando existe uma razão para que, em lugar de uma liberdade jusfundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, aparece uma não-liberdade definitiva ou um não-

direito definitivo de igual conteúdo. Alexy (1993, p. 275) assevera:

Hasta ahora, el concepto de restricción de derecho fundamental ha sido definido sólo para las reglas. Pero, también principios pueden ser restricciones de derechos fundamentales. Cuando el Tribunal Constitucional Federal dice que “derechos fundamentales de terceros que entren en colisión y otros valores jurídicos de rango constitucional” pueden limitar derechos fundamentales, se refiere a restricciones de derechos fundamentales que tienen el carácter de principios. Desde luego, por sí solos, tales principios restrictivos no pueden colocar al individuo en determinadas posiciones definitivamente restringidas (no-libertades, no-derechos).

Os direitos fundamentais são normas de classe constitucional e, como tais, podem ser restringidos somente por meio de normas igualmente constitucionais, ou por normas inferiores à Constituição, mas cuja imposição foi autorizada por ela. No primeiro caso são restrições “diretamente constitucionais” e no segundo são restrições “indiretamente constitucionais”. Alexy (1993, p. 279-280) pondera:

De acuerdo con la interpretación del Tribunal Constitucional Federal, pertenece al orden constitucional toda norma de rango constitucional como así también “toda norma que formal y mate-

rialmente sea conforme con la Constitución. Sólo las normas de rango constitucional son restricciones directamente constitucionales. En la medida en que la cláusula “orden constitucional” permite la restricción a través de normas de rango inferior a la Constitución, es una cláusula de reserva: autoriza al legislador a establecer restricciones mediatamente constitucionales.

É interessante observar que as restrições indiretamente constitucionais em muito se assemelham com o que Silva (1982, p.89-91) entende por normas constitucionais de eficácia contida.

Normas constitucionais de eficácia contida são aquelas que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.

A possibilidade da existência de restrições indiretamente constitucionais tem sido muito criticada. Comentando a Constituição da República Francesa, Marx (1960, *apud* ALEXY, 1993, p. 314) considerava ser um ardil prometer a liberdade plena, estabelecendo os mais belos princípios, mas deixar sua aplicação a cargo de leis posteriores. Na mesma linha de argumentação, Jellinek (1946, *apud* ALEXY, 1993, p.314-315) se pergunta o que adianta a primeira frase de um artigo

sobre direito fundamental conferir solenemente um direito, se a segunda permite restrições através de leis?

Importante ressaltar que quando se fala em restrição de direitos fundamentais deve-se ter em mente que cada direito possui um conteúdo essencial que funciona como restrição à própria restringibilidade do direito. Ademais, uma restrição de direitos fundamentais só é admitida se, no caso concreto, os princípios opostos têm maior peso que o princípio jusfundamental restringido. Ensina Alexy (1993, p.286):

Una restricción de los derechos fundamentales es sólo admisible si en caso concreto a principios opuestos les corresponde un peso mayor que al principio iusfundamental. Por ello, se puede decir que los derechos fundamentales, en tanto tales, son restricciones a su restricción y restringibilidad.

El artículo 19 párrafo 2 LF parece normar una valla adicional de restricción y restringibilidad que prohíbe afectar a los derechos fundamentales en su contenido esencial.

Se de um lado deve-se evitar uma excessiva restrição dos direitos fundamentais, de outro também é conveniente evitar uma excessiva expansão dos direitos fundamentais, o que geraria a jusfundamentação de todo o direito, criando uma espécie de “ditadura do Poder Judiciário”. A esse respeito, Alexy (1993, p 315):

Cuanto más ampliamente son concebidos los supuestos de tanto mayor es el

número de casos en los cuales tienen relevancia las normas iusfundamentales y, por lo tanto, tanto mayor es también el número de colisiones de derechos fundamentales. En contra de esto se objeta una “iusfundamentalización de todo el derecho”, una “expansión de los derechos fundamentales”, que encerraría en sí misma el peligro de una excesiva expansión de la competencia del Tribunal Constitucional Federal.

Rousseau já alertava para o risco de uma ditadura do poder judiciário. Ao discorrer sobre o Tribunato, ensina que é um corpo moderador, não é parte constitutiva da cidade, não possui qualquer parcela do poder legislativo, tampouco do poder executivo. Sua missão é conservar as leis do poder legislativo, atuando entre o príncipe e o povo, entre o príncipe e o soberano, ou entre ambos os lados. É o defensor das leis. Assevera ainda que “O tribunato degenera em tirania quando usurpa o poder executivo, do qual não passa de moderador, e quando deseja dispensar as leis cuja proteção lhe compete.”(ROUSSEAU, 1995, p. 120)

Obviamente o modelo proposto por Alexy não traz soluções para todas as colisões de princípios, mas têm sido de suma importância, ao lado de outras teorias, como a de Dworkin<sup>1</sup>, para a resolução dos chamados *hard cases*. Ora, se tais ensinamentos são úteis para os casos difíceis, porque não utilizá-los na investigação criminal, principalmente na jurisdicionalização dos incidentes (prisões temporárias, buscas domiciliares, seqüestro, etc). O processo penal e a investigação criminal não comportam posições imutá-

veis, pois só a análise do caso concreto, pode mostrar até que ponto as medidas investigativas invadam o *status libertatis* do indivíduo submetido à investigação.

No garantismo, como já mencionado, o juiz assume a posição de garantidor dos direitos humanos fundamentais, cumprindo-lhe, inclusive reparar injustiças eventualmente praticadas. Assim, o juiz não pode estar alheio à investigação criminal. Sua importante função faz que um “simples pedido de prazo num inquérito policial” seja também uma oportunidade para que o juiz tome conhecimento da investigação que se está realizando, não com olhos de instrutor, mas sim com o fito de verificar o efetivo respeito aos direitos fundamentais do investigado.

### Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. São Paulo: Madras, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance Fernandes. *Processo Penal Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social e outros escritos*. Tradução Rolando Roque da Silva. São Paulo: Editora Cultrix, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 16<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

### **Notas**

<sup>1</sup> O jurista norte-americano Ronald Dworkin entende a igualdade como sendo a virtude suprema, de modo que o princípio da igualdade seria preponderante sempre que entrasse em conflito com outros princípios.