

Os Princípios Constitucionais Incidentes no Direito Penal Brasileiro

*José Cirilo Cordeiro Silva*¹

*Elaine Glaci Fumagalli Errador Casagrande*²

Resumo

Este trabalho tem como objetivo demonstrar a importância dos princípios constitucionais incidentes sobre matéria penal no Direito Brasileiro, para tanto é fundamental o Estado Democrático de Direito, onde o Estado tem metas, busca uma sociedade mais justa, neste conceito as leis são respeitadas e valoriza-se a dignidade da pessoa humana, como medida para aplicação das leis. O princípio da legalidade é a maior garantia constante em nosso ordenamento penal, uma vez que, para que ocorra aplicação da pena, deve existir a lei penal e o fato deve estar previsto como um ilícito penal, bem como, sua cominação legal. Trata-se de um trabalho que demonstra a interligação entre o Direito Penal e o Direito Constitucional, mostrando que os princípios presentes em nossa Constituição Federal, regem o Direito Penal, norteiam o legislador quanto da elaboração da norma, os Juizes para fazer sua aplicação, e os operadores em geral.

Palavras Chaves: Princípios, direito penal, estado democrático de direito, dignidade da pessoa humana e legalidade.

1. Introdução

Tem o presente, por finalidade, demonstrar a importância dos princípios constitucionais incidentes sobre matéria penal no Direito Brasileiro.

Não se pode olvidar que o direito advém da sociedade, pois, o conjunto de norma de conduta surge a partir das relações sociais entre os homens, e para que seja possível a vida em sociedade é necessário que existam leis para que não se interfira no direito coletivo, tanto que este se sobrepõe ao direito individual.

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Administração e Ciências Contábeis de São Roque. (2010).

² Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba. Pós-graduada em Direito Processual Civil, pelas Faculdades Integradas de Itapetininga. Pós-graduada em Direito Processual Penal e Direito Penal pela Universidade São Francisco (USF). Mestre em Direito Público pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Professora de Direito Penal e Direito Processual Penal na Faculdade de Administração e Ciências Contábeis de São Roque. Advogada.

Deve ser levado em consideração que o Direito Penal Brasileiro, é regido por um conjunto de normas, existindo entre elas uma relação de compatibilidade vertical, melhor ainda, uma hierarquia entre as leis. Neste sistema jurídico podemos ressaltar a Constituição Federal que traz em seu bojo diversos princípios norteadores constitucionais de grande envergadura e importância para o Direito Penal. O Código Penal é uma lei ordinária que se figura como instrumento *expert* de aplicação das leis. Vale ressaltar ainda, que existem leis esparsas de grande relevância nesta seara.

Posta assim a questão, demonstraremos principalmente a importância dos princípios constitucionais ao Direito Penal, contudo estes representam uma grande fonte para todas as legislações em geral, além do que, evidenciam-se como institutos ricos para o estudo do Direito e aplicação das leis.

Convém ressaltar a importância dos princípios constitucionais ao direito penal, cito o princípio da legalidade *nullun crimen, nula poena sine praevia lege*, que se apresenta como um grande limitador do poder do Estado e uma das maiores garantias dos cidadãos, pois só existe crime se a lei assim definir como conduta típica, sendo que para criação dessa norma jurídica há todo um processo legislativo e divisões de competências para criação da lei, buscando sempre a paz social e a intervenção mínima do Estado.

Cumpre-nos assinalar que o direito é uno, indivisível e indecomponível. Este está dividido em segmentos, mas com finalidade meramente didática, pois o Direito Penal está interligado a todos os ramos do Direito, especialmente Direito Constitucional.

2. Objetivos e Estrutura

Cumpre-nos analisar os princípios constitucionais incidentes no Direito Penal. Para tal análise conceituaremos princípios e sua ligação com o Direito Penal, portanto a interligação deste com o Direito Constitucional.

Para a elaboração de um determinado trabalho deve se traçar objetivos, e neste caso, o de demonstrar a importância dos princípios constitucionais incidentes no ramo do Direito Penal.

Primeiramente, deve-se lembrar das fontes do Direito Penal, as quais os

princípios fazem parte, como fonte mediata.

Não se pode olvidar, que fonte é a origem, genericamente é onde se produz o conteúdo jurídico penal aplicado no cotidiano de cada um de nós, em verdade o surgimento do direito se dá a partir das relações sociais, tão logo, os princípios constitucionais são basilares para o Direito Penal. Esse conteúdo tem origem basicamente no Estado, já que o Direito Penal é construído por meio de normas constitucionais, leis, sentenças, ademais competência para criação dessas condutas é feita em termos legislativos, portanto o Direito Penal acima de tudo é construído formalmente pelo princípio da legalidade.

Em suma, princípios constitucionais são normas genéricas contidas na Constituição Federal, que servem de base para todo o Sistema Jurídico Brasileiro.

Ao analisar os princípios propriamente ditos, é necessário que se fale de um princípio em especial, a saber, o do Estado Democrático de Direito, que vem a proporcionar a existência dos demais princípios.

Nossa Constituição Federal em seu artigo 1º assim prescreve:

Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único: Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou indiretamente, nos termos desta Constituição.

Da simples leitura do referido artigo constitucional é necessário que se faça uma análise que dê para perceber que este é um dos mais importantes princípios de nosso Diploma Constitucional.

No Estado de Direito busca-se a igualdade meramente formal entre os homens, e mesmo sendo uma grande evolução ainda carece de um conteúdo social.

O Estado Democrático de Direito é muito mais amplo, pois neste não existe somente a proclamação formal de direito entre os homens, mais também metas e deveres quanto à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, buscando o bem

comum, a cidadania e principalmente o respeito à dignidade humana. Da dignidade da pessoa humana decorrem outros princípios mais específicos, como o princípio da legalidade, da insignificância, entre outros.

O princípio da legalidade descrito no Artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e Artigo 1º do Código Penal determinam que “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Isto é, uma pessoa só pode ser punida por uma conduta se esta já estiver prevista em lei.

O princípio da legalidade é base do Direito Penal, e constitui-se ainda, amparo às liberdades individuais, ademais os crimes e penas não podem ser criados por medida provisória nem mesmo por meio de lei delegada, com efeito a trazer ao direito maior segurança jurídica. A lei penal deve ser clara, exata e precisa, só existindo crime se houver um fato lesivo a um bem jurídico.

Princípio da extra-atividade da lei penal mais favorável está definido Artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal e determina que “a lei penal retroagirá para beneficiar o réu”, nos casos em que a lei posterior for mais benéfica que a anterior.

Aplica-se ao fato, a lei vigente ao tempo de sua prática, a nova lei mais severa atingirá as práticas somente a partir de sua vigência, contudo aplica-se sempre a lei mais favorável ao réu quando a lei penal puder retroagir no tempo para beneficiar o réu.

O princípio da proibição da analogia *in Malan partem*, corolário da legalidade, este princípio proíbe a adequação típica por “semelhança” entre fatos.

Princípio da individualização da pena a luz da Constituição Federal cada indivíduo possui uma pena que lhe é individualizada, conforme estabelece em seu artigo 5º, inciso XLVI, conferindo uma garantia de aplicação de uma pena mais justa conforme o caso concreto, tornando a pena proporcional à gravidade da lesão ao bem jurídico.

Cabe a doutrina definir o que é pena, que é dividida em três fases: cominação, aplicação e execução. Cominação é a determinação, pelo legislador, de uma pena para cada crime, valorando a importância do bem jurídico e da gravidade do ataque. A cominação da pena é determina em qualidade e quantidade, a lei fixa um máximo e um mínimo para aplicação da pena, dando uma margem de liberdade ao magistrado para dosar e fixar a pena conforme a gravidade da lesão ao direito. Esta aplicação feita pelo

juiz deve ficar entre o máximo e o mínimo.

O Artigo 59, do Código Penal define a pena base, já os artigos 61 e 62, ambos do Código Penal configuram-se como condições agravantes, os artigos 65 e 66 são as condições atenuantes, se faz necessário ainda verificar as causas de aumento e diminuição de pena, que estão espalhados pelo Código Penal e leis esparsas.

A execução da pena proporciona a cada condenado à oportunidade de ser re-inserido na sociedade.

O Princípio das limitações da pena consiste em uma garantia fundamental previsto no artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal, que não permite que no Brasil haja pena de morte, salvo em caso guerra declarada pelo Presidente da República, como resposta a uma agressão estrangeira. Bem como, as penas perpétuas, em que não se pode atribuir penas muito longas aos acusados, porque impediriam o condenado de viver em sociedade, uma vez que a pena tem como uma de suas finalidades a reeducação do condenado, e penas perpétuas não exprimem o interesse social, além de serem desumanas. Por iguais razões se proíbe a pena de trabalhos forçados, que é diferente do trabalho com finalidade educacional e do trabalho remunerado no estabelecimento prisional. Neste passo, também se inclui a pena de banimento, por sua vez constitui-se em privação dos direitos de cidadania e proibição perpétua de habitar o território da nação. Por último as penas cruéis que afetem a integridade física ou moral. Posto isto, convém ressaltar que estas penas não são admitidas no nosso ordenamento jurídico, pois vão de encontro aos Direitos Humanos, dos quais o Brasil faz parte, constituindo afronta aos princípios sensíveis, as garantias constitucionais, e aos princípios internacionais. Oportuno se torna dizer que o Brasil recebe no bojo de sua constituição os Direitos Humanos como sendo equivalentes a uma Emenda à Constituição.

Vale lembrar, ser a nossa Constituição lei maior em nosso ordenamento jurídico, e tais princípios implícitos devem ser conhecidos e aplicados por todos operadores de direito.

É pacífico entre os doutrinadores a ligação entre o direito penal e o direito constitucional, tais como, conceitos de Estado, direitos individuais, políticos e sociais.

O principal objetivo deste trabalho é o demonstrar a interligação dos princípios

constitucionais e sua importância, neste passo, será exposto em primeiro plano a interligação do direito penal com o direito constitucional, o conceito dos princípios constitucionais penais.

3. Relação entre Direito Penal e Direito Constitucional

Preliminarmente, vale lembrar ser o direito uno, na qual sua subdivisão é realizada por questões didáticas, facilitando sua abordagem.

Apresentam os princípios afinidades no tocante aos conceitos de Estado, direitos individuais, políticos e sociais, entre outros, pois subordina-se também à Constituição Federal o Código Penal, que não pode estar em desacordo com a Constituição, considerando ser a Constituição liberal, o referido Código também será.³

O delito político sofre influência da Constituição do Estado, nos regimes liberais não é tratada com a severidade dos autoritários.

Nosso Diploma Constitucional é fonte formal das normas penais, dispondo sobre preceitos de índole liberal (princípios) que são basilares para todo o sistema, por tal motivo nossa Constituição Federal prevê institutos sobre a irretroatividade da lei, crimes de racismo, tortura e tráfico ilícito de entorpecente, terrorismo, personalidade e individualização da pena, sendo ainda prevista a forma para elaboração das leis, efeitos políticos da condenação, entre outros.

Também existe relação aos dois direitos, quando a Constituição determina à União competência exclusiva para legislar sob matéria penal, conceder anistia, entre outros institutos de direito penal.

A Constituição tutela os direitos fundamentais do homem e cuida do funcionamento dos órgãos de soberania estatal, traça limites, define normas programáticas, sendo vedada a imposição de leis contrárias a tais dispositivos, sob pena de serem declaradas inconstitucionais.

Posteriormente neste estudo serão expostos princípios constitucionais inerentes ao direito penal, que deixará ainda mais cristalina a interligação destes.

³MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. 24ª edição, São Paulo: Atlas, 2008, p. 8.

4. Princípios Constitucionais e Princípios Constitucionais Positivados

A palavra princípio pode ter sua definição equivocada, pois da terminologia desta pode-se extrair mais de um significado. Apresenta a acepção de começo, de início. Princípios fundamentais não exprimem tal noção, mas sim de mandamento nuclear de um sistema.

A idéia de um princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do Direito, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra e por um pensamento chave, de onde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivem, se conduzam e se subordinam.

Os princípios são ordenações que irradiam e imantam os sistemas das normas, sendo um núcleo de condesações, confluindo valores e bens constitucionais, sendo a base das normas jurídicas, constituindo preceitos básicos da organização constitucional. Logo princípios constitucionais são aqueles que guardam valores fundamentais para ordem jurídica.⁴

Princípio constitucional positivado, nada mais é, do que os escritos contidos em nossa Constituição Federal, sendo verdadeiras vigas-mestres, alicerces de nosso sistema jurídico, que devem ser obdecidos, sob pena de todo o ordenamento ser afetado.

Percebe-se que os princípios constitucionais funcionam verdadeiramente como supranormas, sendo hierarquicamente superiores às demais normas escritas ou costumeiras.

Os princípios constitucionais são basicamente de duas categorias: Princípios político-constitucionais e jurídico-constitucionais.

Os princípios político-constitucionais derivam das decisões políticas fundamentais contidas em nossa Constituição, traduzindo opções políticas, tais como existência política da nação. Estão contidos nos artigos 1º a 4º do título I de nossa Constituição Federal.

Princípios jurídico-constitucionais: São princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional. Decorrem de certas normas constitucionais, e

⁴ MARCO, Carla Fernanda de. **Dos princípios constitucionais**. 2008, Disponível em: <[Http://www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)> Acesso em: 25/10/2009, p. 4.

destes derivam outros princípios. Destacando-se entre estes o princípio da legalidade e os princípios garantias.⁵

A positivação dos direitos individuais constitui elemento fundamental para sua imperatividade e obrigatoriedade, sendo reconhecida em nossa lei maior, que tem por escopo assegurar o respeito, a efetivação do gozo das garantias e ainda, a exigibilidade de direitos individuais, previsto no artigo 5º da Constituição Federal.

Uma vez, feita esta breve introdução passemos aos princípios Constitucionais propriamente ditos.

5. Da Importância do Estado Democrático de Direito

Primeiramente lembremos que no mero Estado de direito busca-se uma igualdade legal, onde a lei é uniforme para todos, o qual já se constitui um grande avanço, pois os direitos individuais eram muito limitados pelo poder dos monarcas, nesta época não havia intervenção do Estado no plano social.

Já o Estado Democrático de Direito consiste em um novo conceito, em que o Estado busca à convivência social, constituindo e construindo uma sociedade livre, justa e solidária, com o poder emanando do povo, sendo exercida por meio de seus representantes eleitos, e uma coletividade pluralista respeitando as ideias, cultura, opiniões, buscando sempre o fim social, respeitando a dignidade da pessoa humana.

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida que incorpora um componente revolucionário de transformação de "*status quo*". É aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma a República Federativa do Brasil se constitui um Estado Democrático de Direito, não como mera promessa de organizar Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e findado.⁶

Só podemos falar nos princípios que serão percorridos em tópicos seguintes quando estivermos plenamente diante de um Estado Democrático de Direito, sendo o

⁵SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31ª edição, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 93.

⁶SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31ª edição, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 119.

Brasil por constituir-se como Estado Democrático de Direito também engloba o Direito Penal com estas características.

A norma penal deve respeitar à dignidade humana, não colocando em perigo valores fundamentais da sociedade, devendo os princípios constitucionais e as garantias individuais servir como norte para aplicação e elaboração das leis. Neste conceito a lei é presente, sendo totalmente respeitada, tendo como finalidade o respeito à igualdade, buscando-se o equilíbrio e a ordem social. Se faz necessários tais princípios, pois a norma não deve ter um simples fim arbitral, devendo esta encaixar-se com a realidade social. Fernando Capez assim afirma:

1. O Direito Penal brasileiro somente pode ser concebido à luz do perfil constitucional do Estado Democrático de Direito, devendo, portanto, ser um direito penal democrático.
2. Do Estado Democrático de Direito parte um gigantesco tentáculo, a regular todo o sistema penal, que é o princípio da dignidade humana, de modo que toda incriminação contrária ao mesmo é substancialmente inconstitucional.
3. Da dignidade da pessoa humana derivam princípios constitucionais do Direito Penal, cuja função é estabelecer limites à liberdade de seleção típica do legislador, buscando, com isso, uma definição material do crime.
4. Esses contornos tornam o tipo legal uma estrutura bem distinta da concepção meramente descritiva do início do século passado, de modo que o processo de adequação de um fato passa a submeter-se à rígida apreciação axiológica.
5. O legislador no momento de escolher os interesses que merecerão a tutela penal, bem como o operador do direito, no instante em que vai proceder a adequação típica, devem, forçosamente, verificar se o conteúdo do material daquela conduta atenta contra a dignidade da pessoa humana ou os princípios que dela derivam. Em caso positivo, estará manifestada a inconstitucionalidade substancial da norma ou daquele enquadramento, devendo ser exercitada o controle técnico, incompatibilidade vertical com o Texto Magno.
6. A criação do tipo e a adequação concreta da conduta ao tipo devem operar-se em consonância com os princípios constitucionais do Direito Penal, os quais derivam da dignidade humana que, por sua vez, encontra fundamento no Estado Democrático de Direito.⁷

Dos Princípios do Estado Democrático de Direito e da Dignidade da Pessoa Humana decorrem um rol enorme de demais princípios, pois ambos tutelam bens que tenham uma grande relevância social.

Ademais, o regime adotado visa superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social.

⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 13.

6. Princípios da Insignificância ou Bagatela

O Princípio da Insignificância ou Bagatela tem origem no Direito Romano, de cunho civilista, inserido posteriormente pelo Direito Penal no ano de 1964 por Claus Roxin, devido sua utilidade na realização dos objetivos traçados na atual política criminal.

Segundo tal princípio, o Direito Penal não deve se preocupar-se com bagatelas, do mesmo modo que não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevem condutas incapazes de lesar o bem jurídico.⁸

A tipicidade penal exige o mínimo de lesividade ao bem jurídico protegido, uma vez que, a finalidade das leis não são somente a aplicação da sanção como um castigo, pois o legislador não visa inserir um tipo penal no ordenamento jurídico com condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o interesse protegido.

Saliente-se que a finalidade do tipo penal é tutelar o bem jurídico, e caso a lesão seja insignificante a ponto de ser incapaz de lesar o interesse protegido, não ocorrerá a adequação típica. Este tem sido o entendimento de nossas cortes, reconhecendo a tese da exclusão da tipicidade nos chamados delitos de bagatela, aos quais se aplica o princípio da insignificância, vez que, a lei não se preocupa com infrações de pouca monta, insuscetíveis de causar o mais ínfimo dano a coletividade, porém existe grande resistência em sua utilização em tipos penais que contenham violência ou grave ameaça.

Não se pode confundir delito insignificante ou de bagatela com crimes de menor potencial ofensivo. O referido princípio não se aplica no plano abstrato, ou seja, devemos analisar o caso concreto, com todas as suas especificidades.

Tal princípio é criticado por alguns doutrinadores, com fundamento de que uma vez tutelado o bem jurídico pelo direito penal, este deve ser protegido.

A finalidade do referido princípio é a de auxiliar o intérprete quando da análise do tipo penal, evitando situações absurdas.

7. Princípio da Intervenção Mínima e Princípio da Fragmentariedade

O direito penal só deve se preocupar com os bens jurídicos mais importantes e

⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 14.

necessários a vida em sociedade conforme preleciona Muñoz Conde:

O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o direito penal somente deve intervir nos casos de ataque muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do direito.⁹

Este princípio não está explícito em nossa Constituição Federal, no entanto, decorre do Estado Democrático de direito.

Segundo tal princípio o Estado deve interferir o menos possível na vida em sociedade, se importando o Direito Penal a tutelar os bens jurídicos mais relevantes (exemplo claro, a vida).

Tal instituto já estava previsto na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 8º, determinando que a lei só deve prever penas estritamente necessárias.

Cumpre-nos ressaltar que busca-se tutelar a proteção política do cidadão em face do poder punitivo do Estado.

Diante ainda deste princípio, vale dizer que a intervenção mínima tem dois principais destinatários. O primeiro é o legislador, que tem como função eleger as condutas que merecerão punição criminal, bem como, a eventual retirada de proteção penal sobre bens que não necessitem mais de seu manto. Já o segundo é o próprio operador do direito que não deve promover o enquadramento típico, quando notar que aquela pendência pode ser satisfatoriamente resolvida com atuação de outros ramos do direito menos agressivos do ordenamento jurídico.

Logo, nota-se que o ramo do Direito Penal só deve ser acionada, quando os controles sociais e formais tenham perdido eficácia, ou seja, quando a pena se mostrar como último recurso a proteger o bem jurídico.

Do princípio da intervenção mínima decorre o princípio da fragmentariedade, por isso devem ser estudados conjuntamente.

A intervenção mínima tem como ponto de partida a característica da fragmentariedade do Direito Penal. Este se apresenta por meio de pequenos *flashes*, que são pontos de luz na escuridão do universo. Trata-se de um

⁹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 4ª edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 52.

gigantesco oceano de irrelevância, ponteados por ilhas de tipicidade, enquanto o crime é um naufrago à deriva, procurando por uma porção de terra a qual possa chegar.¹⁰

O caráter fragmentário do direito penal consiste que uma vez escolhido aqueles bens fundamentais e comprovada a lesividade e também a inadequação das condutas que os ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal, originando-se, assim, a sua natureza fragmentária.

A fragmentação é uma consequência da adoção dos princípios da intervenção mínima, da lesividade e adequação social, que servem para orientar o legislador no processo de criação de tipos penais. Após a escolha das condutas que serão reprimidas, a fim de proteger os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, passará a fazer parte do pequeno mundo do Direito Penal. A fragmentariedade, portanto, é a concretização da adoção dos mencionados princípios, analisados no plano do abstrato anteriormente à criação da figura típica.

O Direito Penal não protege todos os bens jurídicos de violações, protegendo somente os mais importantes, e dentre os bens escolhidos, tutela as lesões de maior gravidade, protegendo o fragmento dos interesses jurídicos, por tal fato decorre o mencionado princípio.

8. Princípio da Lesividade, Princípio da Alteridade ou Transcendência e Princípio da Ofensividade

O princípio da lesividade detém grande ligação com o princípio da intervenção mínima, enquanto o primeiro permite a intervenção do Direito Penal em bens jurídicos de elevada importância, o segundo limita ainda mais o poder do legislador, pois as condutas penais somente se justificam quando afetem gravemente o direito de terceiros.

Tem como raiz o período iluminista, e possui quatro principais funções.

- a) proibir a incriminação de uma atitude interna;
- b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor;
- c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais;

¹⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 19.

d)proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.¹¹

Em regra tais funções visam impedir injustiças e abuso de poder, ou seja, para que ocorra atuação do Direito Penal é necessário que um bem jurídico relevante de terceira pessoa esteja sendo efetivamente atacado.

Frise-se ainda, que só existirá punição quando for lesionado o bem jurídico de terceiro, não podendo ser punido pensamentos, sentimentos, autolesões, não punindo a pessoa por aquilo que ela representa, mas sim pela lesão ao bem de terceiro, também não ocorrerá sanção se a conduta, mesmo que desviada, não afetar terceiros.

Podemos afirmar que para que ocorra eventual punição, por violar um bem jurídico de terceiro, este direito deve ser efetivamente ofendido, pois deve existir um mínimo de tolerância ao convívio social, não sendo necessário acionar o Poder Judiciário quando irrelevante.

Já o princípio da alteridade ratifica o princípio da lesividade, uma vez, que não permite incriminação de atitude meramente interna, subjetiva do agente. O fato típico pressupõe um comportamento que transceda a esfera individual e seja capaz de atingir o bem jurídico de outrem.

Com base em tal instituto podemos afirmar que ninguém será punido por fazer mal a si mesmo, salvo se tiver intenção de prejudicar terceiros.

Assim como o princípio da lesividade este também veda a punição de mero pensamento e ou de condutas moralmente censuráveis, mas incapazes de penetrar no altero.

Podemos observar uma grande semelhança entre o princípio da lesividade e princípio da alteridade ou transcendência, bem como, o princípio da ofensividade.

O princípio da ofensividade consiste em não existência do crime quando a conduta não causar um perigo concreto, real ou efetivo, e comprovado ao bem jurídico tutelado.

Com relação ao referido princípio Andreucci assim prescreve:

Segundo este princípio,não há crime quando a conduta não tiver oferido, ao menos, um perigo concreto, efetivo e comprovado, ao bem jurídico.
Não deve o Direito Penal, de acordo com esse princípio, se preocupar com as

¹¹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 4ª edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 56.

intenções e pensamento das pessoas, enquanto não exteriorizada a conduta delitiva, devendo haver, pelo menos, um perigo real (ataque efetivo e concreto) ao bem jurídico.

Esse princípio tem como função limitar a pretensão punitiva do Estado, de modo a não haver proibição penal sem conteúdo ofensivo aos bens jurídicos.

Portanto, segundo esse princípio, não seriam admitidos os crimes de perigo abstrato.¹²

Visa-se neste caso uma defesa social, contra eventual atuação demasiada do Estado. O referido princípio não permite que o direito penal se ocupe das intenções e pensamentos das pessoas, de seu modo de viver e suas atividades internas. A atuação repressivo-penal pressupõe que ocorra um efetivo ataque a um interesse social relevante, ocorrendo uma ofensividade real ao bem jurídico. Pouco importa se a conduta é imoral ou pecaminosa, pois segundo tal princípio deve existir a ofensa a um bem jurídico tutelado.

Consideram-se inconstitucionais todos os delitos sem comprovada lesão ou perigo a um bem jurídico, limitando-se assim a pretensão punitiva estatal.

Cabe ao legislador se abster de formulações incapazes de lesar ou no mínimo colocar em perigo de fato o interesse tutelado pela norma.

Ressalte-se ainda que, toda a norma deve manter uma relação de compatibilidade vertical com a Constituição, e, caso não esteja vislumbrado claramente o bem jurídico e sua relevância social, a norma perderá sua função.

No ordenamento pátrio que veda os crimes de perigo abstrato buscam uma cautela em tutelar certos interesses, porém, no caso de excesso deve ser evocado o princípio da proporcionalidade.

9. Princípio da Adequação Social

Na precisa lição de Luiz Regis Prado:

A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, significa que apesar da conduta se subsumir ao modelo legal não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida estoricamente condicionada.¹³

¹² ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de direito penal**. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 7.

¹³ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 4ª edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 60.

A vida em sociedade nos impõe riscos que não podem ser punidos pelo Direito Penal, uma vez, que a sociedade com eles precisa conviver.

Este tem duas funções, a de restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando sua interpretação, e dele excluindo as condutas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade. A segunda função consiste em orientar o legislador quanto a formação das normas, com a finalidade de proteger os bens jurídicos mais importantes.

Verificamos que o Direito Penal só pune atividades que tenham relevância social, que agridam o interesse coletivo, e por tal motivo as condutas aceitas pela sociedade, normais não sofrem com uma valoração negativa, sob pena da lei incriminadora padecer do vício de inconstitucionalidade.

Tal princípio parte de um critério subjetivo de aceitação ou reprovação por parte da sociedade, sendo esta reponsável pelo “senso de justiça”, lembrando-se que a lei não deve punir algo considerado “normal” pela sociedade. Podemos exemplificar tais fatos com o crime de adultério, que antigamente estava previsto no artigo 240 do Código Penal Brasileiro, sendo que, para a sociedade tal conduta deixou de ser vista como criminosa, motivo que levou o legislador a adequar tal conduta conforme o costume, ratificando que as leis devem ser adequadas conforme a sociedade.

A diferença entre o princípio da adequação social e o princípio da insignificância consiste que, no primeiro a conduta deixa de ser punida, por ser considerada normal, quanto no segundo sua lesividade é insignificante.

Tal instituto sofre críticas em seu tocante, pois o costume não pode revogar lei, e também não pode o Magistrado substituir o legislador e dar por revogada uma lei em plena vigência, conforme dispõe Fernando Capez:

Crítica-se essa teoria porque, em primeiro lugar, costume não revoga lei, e, em segundo, porque não pode o juiz substituir-se ao legislador e dar por revogada uma lei incriminadora em plena vigência, sob pena de afronta ao princípio constitucional da separação de poderes, devendo a atividade fiscalizadora do juiz se complementar e, em casos extremos, de clara atuação abusiva do legislador na criação do tipo.¹⁴

Frise-se ainda que, o conceito de adequação social é muito vago, criando uma

¹⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004, página 19.

insegurança e excesso de subjetividade na análise material do tipo, não se adequando as exigências dogmática penal.

Mesmo com tais críticas, é notória sua importância, sendo fundamental na interpretação da subsunção de um fato concreto a um tipo penal. Atuando ao lado de outro princípios pode levar à exclusão da tipicidade.

10. Princípio da Proporcionalidade

Funda-se na imperatividade do respeito a dignidade da pessoa humana, este não está previsto expressamente em nossa Constituição, porém verifica-se sua presença em passagens de nosso Diploma Constitucional.

Artigo 5º, XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

Nesse caso aboliu certos tipos de sanções.

Artigo 5º, XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição de liberdades;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

Nesse caso exige a individualização da pena;

Artigo 5º XLII – A prática de racismo constitui crime inafiançável, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei.

Artigo 5º XLIII – A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que podendo evitá-los, se omitem.

Artigo 5º XLIV – Constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Tais dispositivos definem um maior rigor para casos de maior gravidade.

Artigo 98 – A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

- I – Juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei a transação e julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau;

Do artigo 98, inciso I, da Constituição podemos notar que o mesmo é um dispositivo de eficácia limitada, vindo a ser regulamentada pela lei 9099/1995, esta tem

como finalidade no ramo penalista, a moderação das infrações de menor potencial ofensivo, que vai ao encontro do referido princípio.

Toda vez que é criado um novo delito, impõe-se um ônus à sociedade, sendo a ameaça de punição que todos estão sujeitos, compensa-se tal fato com a proteção do interesse tutelado do tipo incriminador.

Tal princípio em suma consiste no custo benefício do referido tipo penal ou seja, se o seu ônus é compensatório, devendo em um primeiro momento refletir o legislador sob a proporcionalidade. O direito penal democrático não pode conceber uma incriminação que traga mais temor, limitação social do que o benefício a coletividade.

Somente pode se falar de tipificar um comportamento humano, na medida que se revele vantajoso em uma relação custo benefício e benefícios sociais. Caso a criação do tipo não se revelar proveitoso para sociedade, estará ferido pelo princípio da proporcionalidade, sendo inconstitucional. Como se nota a resposta punitiva estatal ao crime, deve guardar proporção com o mal infligido ao corpo social.

Dámasio classifica como princípio fundamental, o princípio da proporcionalidade da pena, ou seja, proibição em excesso, salientando que a pena deve ser medida conforme a culpabilidade do autor, ou seja, a culpabilidade medida para aplicação da pena¹⁵.

No livro das *Dos delitos e das Penas* já se observa que o princípio da proporcionalidade descrito pelo Ilustre Cesare Bonessana concluía que, para não se praticar um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta e necessária, a menor das penas aplicável nas circunstâncias referidas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.

O princípio da proporcionalidade nada mais é, do que a pena ser compatível ao delito, proporcional ao mal cometido.

11. Princípio da Individualização da Pena

Nossa Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLVI, assim dispõe:

Artigo 5º, XLVI: a lei regulará a individualização da pena e adotará entre outras, as

¹⁵ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 29ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008, p.11

seguintes:

- a)privação ou restrição de liberdades;
- b)perda de bens;
- c)multa;
- d)prestação social alternativa;
- e)suspensão ou interdição de direitos;

Nota-se que nosso legislador constituinte originário tratou de individualizar as penas, as tratando como garantia fundamental. Uma vez, realizada tal seleção cabe a valoração da conduta para posterior cominação da pena, conforme a importância do bem resguardado.

Bom é dizer que cabe ao legislador na elaboração da norma valorar o tipo penal, com a referida cominação levando em conta diversos aspectos, tais como: vontade do agente, se o crime fora consumado, tentado, interessante se faz lembrar que o legislador utiliza-se de um critério político para valorar os bens que são objeto de proteção pelo direito penal.

Uma vez em vigor a norma, proibindo ou impondo condutas sob pena de sofrer uma sanção, que varia de acordo com a relevância do bem, se o agente, ainda insistir em cometer a infração penal, deverá por ela responder.

Tendo o julgador chegado à conclusão de que o fato praticado é típico, ilícito e culpável, estará a infração penal praticada pelo agente e este ilícito gerará uma pena individualizada.

A individualização da pena está no plano abstrato, presente na cominação dada pelo legislador, quanto no plano concreto que se verifica na aplicação desta pelo julgador.

Saliente que a individualização da pena parte de um princípio constitucional que deve ser efetivamente aplicada em nosso sistema jurídico, inclusive na execução da pena.

A individualização da pena ocorre em três aspectos, a saber: legislativo, judicial e executória.

Quanto à individualização da pena, sabe-se que há três aspectos a considerar: individualização legislativa: o primeiro responsável pela individualização da pena é o legislador, afinal, ao criar um tipo penal incriminador inédito, deve-se estabelecer

a espécie da pena (detenção ou reclusão) e faixa a qual o juiz pode mover-se (ex: 1 a 4 anos; 2 a 8 anos; 12 a 30 anos) b) individualização judicial: na sentença condenatória, deve o magistrado fixar a pena concreta, escolhendo o valor cabível, entre o mínimo e o máximo, abstratamente previstos pelo legislador, além de optar pelo regime de cumprimento e pelos eventuais benefícios (penas alternativas, suspensão condicional da pena e etc); c) individualização executória: a terceira etapa da individualização da pena se desenvolve no estágio de execução penal. A sentença condenatória não é estática, mas dinâmica. Um título executivo judicial, na órbita penal, é mutável. Um réu condenado ao cumprimento de pena de doze anos, em regime inicial fechado, pode cumpri-la exatamente em doze anos, no regime fechado (basta ter péssimo comportamento carcerário, recusar-se de trabalhar e etc.) ou cumpri-la em menor tempo, valendo-se dos benefícios específicos (remição, comutação, progressão de regime, livramento condicional etc.).¹⁶

Corroborando com o princípio de dignidade da pessoa humana, o inciso XLIX, do artigo 5º de nosso diploma legal, assegura ao preso o respeito a sua integridade física e moral.

12. Princípio da Limitação das Penas

Nosso diploma Constitucional em seu artigo 5º, inciso XLVII, assim prescreve:

Artigo 5º, XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

Tal dispositivo visa impedir qualquer cominação de penas destas espécie, indo em acordo com os princípios do Estado Democrático de Direito e da Dignidade da pessoa humana.

Ferrajoli afirma com precisão, que acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à quantidade e qualidade da pena. É este o valor sob o qual se funda, irredutivelmente, o rachaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas. E prossegue, concluindo que um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, como contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos delinquentes.¹⁷

¹⁶NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 3ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 399 e p. 400.

¹⁷ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 4ª edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 92.

Em nosso ordenamento jurídico é proibida a existência de pena de morte, salvo em caso de guerra declarada pelo Presidente da República, (por uma questão de defesa de sua soberania), de caráter perpétuo, de trabalho forçados, de banimentos e penas cruéis, ainda mais além, a existência de tais tipos de penas em nossa atual Constituição além de serem proibidas também são vedadas eventuais emendas para modificá-las, sendo que, para a implantação contrária destas proibições seria necessária a criação de uma nova Constituição, pois é expressamente vedado no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal.

Artigo 60 – A constituição poderá ser emendada mediante proposta:

Parágrafo 4 – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - Os direitos e garantias individuais.

As referidas vedações de penas são garantias individuais previstas em nossa Constituição, não podem ser alteradas conforme prescreve o artigo supra citado.

Nos dias atuais essas espécies de penas ganham muito enfoque pela imprensa, pois para muitos estas seriam a solução para a diminuição da criminalidade, o que não expressa a realidade em outros países que a aceitam em seu sistema jurídico.

É expressamente vedada a pena de morte no Estado Brasileiro, sendo somente feita a ressalva no próprio artigo Artigo 5º, XLVII, a, que permite nos casos de guerra declarada, sendo realizada na forma do artigo 56 do Código Penal Militar.

Merece bastante atenção o item que trata sob “trabalhos forçados”, pois a Constituição na verdade veda apenas aqueles trabalhos humilhantes, desabonantes, sendo permitido o trabalho do preso, conforme artigo 28 da lei 7,210/1984, o qual é de cunho obrigatório, com a finalidade de reeducação do preso, diferente disso não pode se exigir do preso o trabalho sob penas de castigos ou outras formas de punição ativa, interessante se faz destacar que o trabalho do preso é, inclusive, remunerado e com benefícios da Previdência Social.¹⁸

Com relação as penas de banimentos esta foi muito utilizada durante a ditadura militar, contudo com o reestabelecimento da democracia esta também deixou de existir.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 418 e p. 419.

Por fim, não existem penas cruéis de qualquer espécie, como ocorrem em alguns países, cito a mutilação de presos, castração, entre outras crueldades.

13. Princípio da Necessidade e Idoneidade

Tais princípios são decorrentes do princípio da proporcionalidade.

A incriminação de determinada situação só pode ocorrer quando a tipificação revelar-se necessária, idônea e adequada ao fim que se destina, ou seja, concreta e real proteção ao bem jurídico.¹⁹

Na concepção de Estado Democrático de Direito é assegurado que, somente em último caso deve-se aplicar penas punidas com restrição de liberdade individual, pois a liberdade é a regra, por constituir como a principal garantia constitucional, depois do direito à vida .

Mister se faz ressaltar que a intervenção estatal penal tem de ser idônea para a tutelar o bem jurídico, demonstrando-se a capacidade de meio, entre o crime e a pena, para atingir o fim esperado, revelando-se inadequada toda proibição ou pena exagerada para alcançar o fim perseguido.

Quando comprovado que o tipo penal não precisa tutelar aquele interesse, pois este é abrangido por outro campo do direito, que tem plenas condições de fazê-lo com sucesso, ou quando a descrição for inadequada, ou ainda seu rigor for excessivo, sem trazer em contrapartida a eficácia pretendida, o dispositivo incriminador padecerá de insuperável vício de incompatibilidade vertical com os princípios constitucionais regentes do sistema penal.

Nenhuma incriminação substirá em nosso ordenamento jurídico, quando a definição legal revelar-se incapaz, seja pelo definidor empregado, pelo rigor excessivo, afronta a dignidade da pessoa humana, em tutelar concretamente o bem jurídico.

Logo, surge a necessidade da precisa definição do bem jurídico, sob pena da norma subsistir, buscando-se a necessidade e idoneidade da referida norma.

14. Princípio da Humanidade

¹⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 24.

Como é sabido a Constituição tem uma função social, deste fundamento emerge diversos trechos e princípios de nossa Constituição.

Somente a título de ilustração, pedimos vênia para citar alguns destes dispositivos a seguir, senão vejamos:

Artigo 5º, III – Ninguém será submetido a tortura ou tratamento nem tratamento desumano ou degradante.

XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

LIX – é assegurado ao preso o respeito a integridade física e moral.

L – às presidiárias serão asseguradas as condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurado a assistência da família e de advogado;

LXIV – o preso tem direito a identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI – ninguém será levado à prisão, ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança;

Nossa Constituição veda a tortura, tratamento degradante ou desumano a qualquer pessoa, proibição da pena de morte (salvo em caso de guerra declarada), prisão perpétua, trabalhos forçados, banimentos e penas cruéis, respeita a figura do preso, disciplina as prisões, impondo ao legislador controle aos tipos legais.

De tais institutos qualquer lei que os viole estará eivada pelo vício da inconstitucionalidade, pois como facilmente se verifica estão explícitos nas garantias fundamentais de nosso Diploma legal.

Do princípio da humanidade decorre a impossibilidade da pena passar da pessoa do acusado, salvo os casos alguns casos extrapenais, em que até o limite da herança pode, este denominado princípio da personalidade está previsto no artigo 5º,

inciso XLV, da Constituição Federal.²⁰

Em suma, podemos afirmar que todos devem ser tratados como pessoa humana, antes e durante o processo, bem como, na execução da pena.

15. Princípio da Responsabilidade pelo Fato, Princípio da Responsabilidade Subjetiva e Princípio da Responsabilidade Pessoal

O Direito Penal não se presta a punir pensamentos, idéias, ideologias, nem a maneira de ser das pessoas, mas sim os fatos exteriorizados no mundo concreto e objetivamente descritos e identificado em tipos legais.

Ao Estado cabe a função de tutelar os bens jurídicos contra comportamentos externos, efetivas agressões previamente descritas em lei como delitos, bem como estabelecer um compromisso ético com o cidadão para melhor desenvolvimento das relações sociais.²¹

Em um passado não muito distante, em outros Estados as pessoas eram punidas tão somente pela sua cor de pele, raça ou crença religiosa, incriminando-se não as condutas, mas sim, pessoas. Castigava-se a deslealdade contra o Estado, as manifestações ideológicas contrárias à doutrina nacional-socialista, ou subversivos e assim por diante. Logo, não pode existir um direito penal do autor, mas sim do fato.

Destarte, ser tal princípio uma limitadora clássica de poder do Estado, pois segundo a nossa Constituição cidadã todos são iguais perante a lei, conforme garantia fundamental inserida no “*caput*” do artigo 5º, este é o princípio da isonomia.

É inadmissível em direito penal a responsabilidade objetiva, em que não é necessário se demonstrar a culpa ou dolo, sendo somente aplicado o princípio da responsabilidade subjetiva.

Nenhum resultado objetivamente típico pode ser atribuído àquele que não o tenha produzido por dolo ou culpa. Também não existe punição sem que se reúna todos os requisitos da culpabilidade.

Tal instituto também é conhecido como princípio da culpabilidade, do latim “*Nullum crimen sine culpa*”, que ratifica o princípio da responsabilidade subjetiva, pois a

²⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 24.

²¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 27.

pena só pode ser imposta a quem, agindo com dolo ou culpa, e merecendo juízo de reprovação, cometeu um fato típico e antijurídico. Este fenômeno recai sobre o sujeito imputável que, podendo agir de maneira diversa, tinha condições de alcançar a ilícitude do fato. De fato, a culpabilidade serve como medida da pena.

O princípio da responsabilidade pessoal, também é conhecido como princípio da pessoalidade ou intranscendência da pena, decorrente do inciso XLV, do artigo 5º da Constituição Federal, que assim prescreve:

Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do patrimônio transferido.

Em virtude de tal instituto, somente o condenado é quem terá de se submeter a sanção que lhe foi aplicada pelo Estado, de maneira alguma será transferida a outrem, podendo-se afirmar que a sanção penal tem um caráter personalíssimo.

Quer o princípio constitucional dizer que, quando a responsabilidade do condenado é penal, somente ele, e mais ninguém, poderá responder pela infração praticada. Qualquer que seja a natureza da penalidade aplicada – privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa – somente o condenado que deverá cumpri-la.²²

Mesmo que o condenado venha a falecer a pena não poderá ser estendida, seja esta de qualquer natureza (inclusive pecuniária), salvo se estivermos diante de uma sanção não penal, respondendo-se até o limite da herança.

16. Princípio da Legalidade

Como já fora citado anteriormente a temática abordada tem como objetivo demonstrar a importância dos princípios constitucionais para o Direito Penal, sendo considerado por muitos um dos princípios mais importantes de nosso ordenamento jurídico.

Com relação à matéria penal, o princípio está previsto em nosso ordenamento jurídico no artigo 1º, do Código Penal, e artigo 5º, XXXIX, de nossa Constituição

²² GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 4ª edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 88.

Federal.

Ao longo da história o homem buscou um princípio que controlasse a punição penal por parte do Estado, evitando-se assim, abusos nas punições, arbitrariedades, sua criação é fruto de longo desenvolvimento histórico-cultural, marcado em muito pelo iluminismo, que constitui divisor de águas entre o Estado Constitucional e o Estado absolutista.²³

O princípio “*nullun crimen, nulla poena sine lege*”, fora formulado por Feuerbach, tendo como origem a Magna Carta, de João sem Terra (1215), que em seu artigo 39, estabelecia que nenhum homem livre seria punido senão pela lei da terra, existindo relatos de seu uso em 1188, nas cortes de Leão, pela voz de Afonso IX.

Porém, consagra-se no iluminismo, no século XVIII, quando incluso na “declaração dos direitos do homem e do cidadão” de 26/08/1789, implícito em seu artigo 8º, nos seguintes termos “ Ninguém pode ser punido senão em virtude de lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada”. Merece destaque que as colônias americanas que anteriormente já continham tal dispositivo (Filadelfia 1774, Virgínia 1776 e Maryland 1776), vindo também posteriormente a fazer parte do Código Penal Austríaco (1787), Código Penal Francês (1791) e Código Napoleônico (1810), sendo difundido por todo o mundo. Tal princípio fora instituído no Brasil na Constituição de 1824.²⁴

Tal princípio foi ameaçado pelos regimes totalitários (demonstra mais uma vez a importância do Estado Democrático de Direito).

O Código Penal Russo em seu artigo 6º declarava que não seria considerada crime uma ação que não correspondesse a um artigo de lei, desde que, por suas circunstâncias, tivesse perdido o caráter de periculosidade social, e, no artigo 16, ao revés, tinha-se como delito uma ação que ainda que não tivesse sido especificamente prevista, desde que apresentasse periculosidade social, aplicando-se, então, os artigos de lei que prevesse delitos de índole análoga.

Tais artigos traziam analogia, moldando a lei conforme interesse do Estado

²³ CARLOMAGNO, Fernando. **Princípio da legalidade ou reserva legal**. 2008, Disponível em: <Http/www.advogado.adv.br> Acesso em: 02.11.2009.

²⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. 24ª edição, São Paulo: Atlas, 2008, p. 37.

Russo.

Em 25/12/1958 tais disposições foram ab-rogadas, voltando o princípio da reserva legal.

Na Alemanha também não fora diferente, tendo como padrão a “sã consciência do povo germânico”, no qual posteriormente foi mudado com o fim do Nazismo.

A única exceção se faz por parte da Itália, que mesmo com o totalitarismo, não desdenhou tal princípio.

No Brasil, o princípio da legalidade sempre esteve presente em nossos Códigos Penal do Império de 1830, até a reforma da parte geral de 1984.²⁵

Já pela parte histórica nota-se a importância do princípio da legalidade, bem como, sua interligação com as instituições democráticas, estando presente em várias Constituições demonstrando ser uma das maiores garantias dos cidadãos, constituí-se como grande limitador do Estado.

Logo, ao falar do princípio da legalidade vem de pronto uma definição, que a grosso modo consiste em “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, salvo em virtude de lei”, este é o enunciado do inciso II, do artigo 5º da Constituição Federal, contudo para o Direito Penal é necessário que se faça um estudo mais aprofundado.

Nosso ilustríssimo doutrinador Pedro Lenza afirma que nas relações privadas vale-se o princípio da autonomia da vontade, quanto que com relação a Administração Pública utiliza-se do princípio da legalidade restrita, esta podendo realizar atos tão somente previstos em lei.²⁶

O artigo 1º do Código Penal e o artigo 5º, inciso XXXIX assim prescrevem:

“Não a crime sem lei anterior que o defina. Não a pena sem prévia cominação legal.”

Segundo o princípio da legalidade, alguém só pode ser punido se, anteriormente ao fato por ele praticado, existir lei que o considere crime, ou seja, a lei necessariamente precisa descrever a conduta e sanção .

²⁵ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 4ª edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 106.

²⁶ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 10ª edição, São Paulo: Método, 2006, p. 536.

Pouco importa ser o fato imoral, antissocial ou danoso, não poderá ser-lhe aplicada qualquer sanção de cunho material, ficando ao máximo sancionado moralmente, em seu foro íntimo.²⁷

Nota-se que tal princípio tem significado político e jurídico. Seu significado político esta contido no limitador do poder do Estado, sendo uma garantia fundamental do homem, não permitindo que o Estado faça suas regras e puna a seu bel-prazer. É pacífico ser competência exclusiva da União para legislar sobre direito penal, obdecendo todo processo legislativo, no qual não é mais permitida a edição de medidas provisórias. Quanto ao aspecto jurídico não são aceitas leis de caráter genérico, devendo ser totalmente descrita sua conduta e seu resultado, atualmente definido como “tipicidade”.²⁸

A norma portanto, deve ter uma legalidade formal e material. Na primeira deve-se observar os ditames quanto a sua elaboração, e, materialmente se tal lei não fere as garantias inerentes à coletividade.

Não basta a lei somente possuir a legalidade formal e material, sendo-lhe exigida também a sua vigência.

Portanto, podemos afirmar que a lei surtir seus efeitos ela deve gozar da legalidade formal, material e estar em plena vigência.

Como se nota, o princípio da legalidade é de fundamental importância, denominado “função de garantia penal”, se desdobrando em quatro funções, a saber:

(A) “*nullun crimen, nulla poena sine lege praevia*”, que veda leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade. A regra Constitucional é de irretroabilidade da norma penal, salvo quando for para beneficiar o réu. Logo existe a certeza que ninguém será punido por uma fato, que no tempo da ação ou da omissão, era tido como um indiferente penal, pois na época o fato não era tido como um ilícito penal;

(B) “*nullun crimen, nulla poena sine lege scripta*”, que veda a fundamentação ou agravamento da punibilidade pelo direito consuetudinário, afirmando-se assim que só a lei pode crimes e penas, sendo nosso direito positivado;

(C) “*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*”, veda a fundamentação ou

²⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. 24ª edição, São Paulo: Atlas, 2008, p. 38.

²⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 40 à p. 42.

agravação da punibilidade pela analogia; pois como suscitado anteriormente nosso direito é positivo, não ocorrendo à analogia *“in malam partem”* que prejudique de alguma forma o agente, seja criando crimes, seja incluindo novas causas de aumento de pena, entre outros. Se o fato não foi expressamente prevista pelo legislador não cabe ao intérprete fazê-lo.

(D) *“ nullun crimen, nulla poena sine lege certa”*, veda leis penais indeterminadas, pois os tipos penais devem ter a máxima precisão em seus elementos, não contendo conceitos vagos ou imprecisos, devendo existir a *“taxatividade”*.²⁹

Para muitos o Princípio da legalidade é o mais importante para o Direito Penal, sendo basilar para o Estado de Direito e Estado Democrático de Direito.

O princípio também é conhecido como princípio da reserva legal. A maior parte da doutrina concorda em não existir diferença entre tais institutos, sendo legalidade sinônimo de reserva legal.³⁰

Para que se realize um maior estudo, passamos a discorrer sobre o princípio da reserva legal, e princípio da anterioridade da lei penal.

17. Princípio da Reserva Legal

Segundo o princípio da reserva legal somente a lei em sentido estrito pode definir crimes e suas respectivas penalidades.

Nenhuma outra fonte subalterna pode gerar norma penal, uma vez que a reserva da lei proposta pela Constituição é absoluta. Logo, podemos afirmar que só a lei devidamente elaborada pelo crivo do Poder Legislativo pode produzir efeitos.

Atualmente não se admite a edição de medidas provisórias sobre matérias de direito penal e processo penal. Neste sentido o artigo 62, parágrafo 1º, inciso I, alínea “b” da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 32 de 11 de Setembro de 2001. Nota-se que estamos diante de um aspecto político do princípio da legalidade, este será debatido em tópicos seguintes.

Mesmo antes da referida Emenda Constitucional já existiam divergências doutrinárias, pois o poder competente para elaboração de leis é o Poder Legislativo,

²⁹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 4ª edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 107e p. 108.

³⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 39.

bem como, as medidas provisórias tem suas próprias singularidades, e gozam tão somente de força de lei emanadas pelo Presidente da República, mas não são leis.

Outro aspecto interessante está contido na hipótese da referida medida provisória ser mais benéfica ao agente, sendo entendido, que enquanto seja uma medida provisória não terá qualquer eficácia. Entretanto, caso seja convertida em lei beneficiará o agente. Somente a título de informação, jamais uma lei nova que prejudique o réu será admitida, uma vez que se aplica a lei mais benéfica.

Com relação às leis delegadas elas também não podem versar sobre matéria penal, pois existe a vedação legal, conforme estabelece o artigo 68, parágrafo 1º, da Constituição Federal.³¹

Conforme o princípio da reserva legal é vedada a analogia no Direito Penal, sendo exigido a taxatividade.

A norma penal deve ser precisa, deve guardar perfeita correspondência entre ela e a norma que descreve. Somente será aceita a lei que delimitar a conduta lesiva, apta a pôr em perigo um bem jurídico de relevância, precrevendo uma consequência punitiva, sendo vedado a extensão a uma conduta que se mostre aproximada ou semelhante. O tipo penal deve definir a conduta delituosa, todos seus elementos e circunstâncias, para que no caso de integral correspondência possa o agente ser punido.

Não são admitidos tipos penais genéricos, demasiadamente abrangentes, exigindo-se a taxatividade. De nada adiantaria exigir a prévia definição da conduta na lei se fosse permitida a utilização de termos muito amplos. A garantia nesse caso seria meramente formal, pois genericamente poderia ser enquadrada a ação de várias maneiras, fato este, que daria uma grande insegurança jurídica e social.

Destarte, porém que na modalidade culposa do delito o legislador não tem condições de taxar todas as situações detalhadamente, sendo qualquer conduta culposa capaz da caracterização de tal modalidade, tão somente se existir sua definição legal (estar presente no tipo penal) e sua respectiva pena.

Já nos delitos dolosos a sua grande maioria exige descrição detalhada, salvo algumas exceções, cito como exemplo o crime de adultério (artigo 240 do Código Penal, já revogado pela lei 11.106/2005.)

³¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 42 à p. 44.

Frize-se que a descrição genérica enseja ao intérprete poderes amplos, indo em desacordo aos mandamentos constitucionais.

Com relação ao conteúdo material do princípio da reserva legal é necessário dizer que estamos diante de um Estado Democrático de Direito, em que se busca uma sociedade democrática e pluralista, com um fim social, respeitando a dignidade da pessoa humana, não se admitindo a imposição de certas convicções estatais, nem a punição de condutas internas.

Busca-se na realidade um conceito material, segundo o qual, somente os delitos que afetem verdadeiramente a sociedade sejam punidos, tendo uma visão social do direito penal.

Como já suscitado anteriormente muitos doutrinadores entendem não existir diferença entre o princípio da legalidade e da reserva legal, no entanto os que defendem idéias contrárias afirmam que o primeiro esta submisso ao respeito da lei, quanto o segundo esta ligado a instituição de normas, se expressa necessariamente por meio de lei formal.

Outra distinção esta contida que no princípio da legalidade envolve uma situação hierárquica de lei, quanto o da reserva legal prende-se na competência.

Sustenta-se que a diferença reside no fato de que, quando se fala tão somente no princípio da legalidade estaria se permitindo a adoção de todos os diplomas elencados pelo artigo 59 da Constituição Federal, quando na verdade a reserva da lei esta prevê tão somente a criação de normas penais por atos do Poder Legislativo.

É de ser relevado que a maior parte da doutrina entende não haver distinção entre os institutos, tal colocação acima serve como norte para um maior estudo.

18. Princípio da Anterioridade da Lei Penal

Conforme depreende tal instituto é necessário que a lei esteja em vigor na data em que o fato é praticado.

Se entende como norma penal, toda e qualquer norma que venha a criar, diminuir, extinguir, aumentar ou reduzir a satisfação do direito de punir do Estado.

Nossa Constituição também trata da irretroabilidade da lei, na qual a norma é editada para o futuro e não para o passado.

O artigo da Constituição Federal 5^º, inciso XL, assim prescreve:

“A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.”

Em primeiro plano, é necessário que se faça uma distinção entre lei penal material e lei penal processual. A primeira versa sobre o direito penal propriamente dito, segundo a regra do artigo 5^º, inciso XL, acima descrito, enquanto a segunda versa sobre a forma de aplicação do Direito Penal, esta vindo a retroagir, salvo se a referida norma tiver em seu bojo normas materiais.

A regra da anterioridade (*nullum crimen sine preavia lege*): do enunciado deste art. 1^º decorre também a regra da anterioridade da lei penal. Para que qualquer fato possa ser considerado crime, é indispensável que a vigência da lei que o defina como tal seja anterior ao próprio fato. Por sua vez, a pena cabível deve ter sido cominada (prevista) também anteriormente, remontando o bofardo *nullum crimen sine preavia lege* (não a crime nem pena sem lei prévia). E, **irretroabilidade (consequência da regra da anterioridade):** Além das duas regras acima referida (legalidade e anterioridade), o postulado enunciado no artigo 1^º traz a consequência de que, sendo as leis editadas para o futuro, as normas incriminadoras não podem ter efeito para o passado, a menos que seja para favorecer o agente (*vide*, ainda, art. 2^º do CP). Também não retroagem as leis posteriores que, mesmo sem incriminar, prejudicam a situação a situação do agente.³²

19. Princípio da Igualdade perante a Lei Penal

Está previsto no “*caput*” do artigo 5^º de nossa Constituição Federal, impedido a aplicação das lei por critérios discriminatórios como cor, raça, crença religiosa, entre outros.

Este instituto tem um caráter essencialmente formal, pois existe a concepção clássica de que devemos tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual.

As Constituições somente reconhecem a chamada igualdade formal, que nada mais é do que a igualdade perante a lei. Tal princípio veda a distinção em vários pontos, tanto pela opção sexual, cor da pele, religião, entre outros, lembrando sempre que o Estado Democrático de Direito tem como finalidade a diminuição das

³² DELMANTO, Celso, Roberto Jr e ALMEIDA, Fabio Machado de. **Código penal comentado**. 7^a edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 14 e p. 15.

desigualdades.³³

Com relação ao Direito Penal, este instituto significa que a mesma lei penal e seu sistema de sanções devem ser aplicadas a todos que pratiquem crimes.

Essa igualdade não há de ser entendida, já dissemos, como aplicação da mesma norma para o mesmo delito. Mas deve significar que a mesma lei penal e seus sistemas de sanções não de se aplicar a todos que o pratiquem o fato típico nela definido como crime. Sabemos por experiência, contudo, que os menos afortunados ficam muito mais sujeitos aos rigores da justiça penal que os mais afortunados de bens materiais. As condições reais de desigualdade condicionam o tratamento desigual perante a lei penal, apesar do princípio da isonomia assegurado a todos pela Constituição (art. 5º).³⁴

Em realidade, isto não ocorre em nosso país, no entanto devemos lutar pela igualdade prevista em nosso Diploma Constitucional.

20 Considerações Finais

Vislumbramos no referido estudo uma série de princípios, que são o fundamento para o Direito Penal.

Por conseguinte percebe-se a importância política e jurídica dos princípios constitucionais, que fora demonstrado no Direito Penal Brasileiro.

Como se nota, os dois ramos do direito tem grande ligação. Em primeiro momento, é o Estado o responsável pela elaboração das normas, devendo respeitar critérios como competência e princípios norteadores, que tem como finalidade principal conceder garantias mínimas aos cidadãos, bem como, o Estado é quem tem o direito punir aquele que comete um ilícito penal, uma vez que a sociedade ao longo do tempo o elegeu para manter a paz social, devendo seguir também os mesmos princípios.

A história nos mostra que eram adotadas medidas e punições sem critério nenhum, não se dando quaisquer garantias á sociedade.

Desde o registro da primeira Constituição já existem relatos de direitos aos cidadãos, mesmo que de maneira arcaica. Com a evolução do constitucionalismo o Estado tem uma nova noção, tendo as Constituições Federais ganhado duas principais

³³ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 29ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 10.

³⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31ª edição, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 222 e p. 223.

funções: limitar o poder do Estado e dar garantias fundamentais aos cidadãos.

Nos dias atuais é inimaginável a vida sem o Princípio da Legalidade, da Dignidade da Pessoa Humana, e do Estado Democrático de Direito, e seus princípios decorrentes, estes princípios constituem conquistas históricas para todos, de modo que sem estes institutos basilares a todo ordenamento e, principalmente ao Direito Penal, nosso sistema jurídico estaria gravemente ferido e cheio de inseguranças jurídicas, portanto nosso Estado estaria desprotegido.

Do Estado Democrático de Direito derivam uma série de princípios, que mencionados no trabalho, demonstraram sua importância, indicando os bens jurídicos (sua insignificância, a ofensividade do ataque, auto-lesão) que devem ser tutelados, a responsabilidade pela prática de um ilícito penal, o quanto o Estado deve intervir na sociedade, e importância da adequação social, a legalidade e a finalidade da lei. Demonstrou-se que a lei não deve ter um simples fim arbitral, mais sim buscar manter um equilíbrio social, atingindo assim, a ordem e a paz social.

Em última análise, nosso Código Penal advém do decreto-lei 2.848. de 07.12.1940, e nossa Constituição Federal é de 05.10.1988, porém a referida lei deve seguir o Diploma Constitucional, sob pena de não ser recepcionada. Vale ressaltar que o Código Penal vive sofrendo alterações, e tais alterações se norteiam sempre pelos princípios constitucionais penais.

Como se pôde notar, os Princípios Constitucionais auxiliam os julgadores, como a base maior de nosso ordenamento jurídico. Por fim, podemos afirmar que os princípios constitucionais incidentes no Direito Penal Brasileiro como a base maior do Sistema Jurídico oferecem maior confiabilidade as relações jurídicas e principalmente evitam arbitrariedades, colocando o Ordenamento Jurídico como um sistema que possui maior segurança jurídica.

Referências Bibliográficas

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de direito penal**. 4ª edição, São Paulo: Sariaiva, 2008.

CARLOMAGNO, Fernando. **Princípio da legalidade ou reserva legal**. Disponível em: <[Http://www.advogado.adv.br](http://www.advogado.adv.br)> Acesso em: 02.11.2009.

CAPEZ, Fernando. **Direito constitucional**. 14^a edição, São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

_____. **Curso de direito penal**. 8^a edição, São Paulo: Saraiva, 2004.

DELMANTO, Celso, Roberto Jr e ALMEIDA, Fabio Machado de. **Código penal comentado**. 7^a edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 33^a edição, São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Código penal, código de processo penal, legislação penal e processual penal, constituição federal**. 11^a edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 4^a edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 29^a edição, São Paulo: Saraiva, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 10^a edição, São Paulo: Método, 2006.

MARCO, Carla Fernanda de. **Dos princípios constitucionais**. 2008. Disponível em: <[Http/www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)> Acesso em: 25/10/2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. 24^a edição, São Paulo: Atlas, 2008.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 26^a edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 14^a edição, São Paulo: Atlas, 2003.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 37^a edição, São Paulo: Saraiva, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 3^a edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNNES, Rizzato. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 4^a edição, São Paulo: Saraiva, 2002.

PALAIA, Nelson. **Noções essenciais de direito**. 3^a edição, São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31^a edição, São Paulo: Malheiros, 2007.

VERDAN, Tauã Lima. **Princípio da adequação social**. 2008. Disponível em:

<[Http/www.webartigos.com](http://www.webartigos.com)> Acesso em: 02.11.2009.