

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO  
FUNDAÇÃO PAULO BONAVIDES  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO "LATO SENSU"**

**DIREITO PENAL**

**PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO DIREITO  
PENAL**

**Por:**

**Antonio Iran Coelho Sírío**

**Novembro/99**

**Antonio Iran Coelho Sírío**

---

**DIREITO PENAL**

**Princípios Constitucionais Informadores do Direito  
Penal**

**1999**

A cristo Jesus, meu Salvador, Senhor e Amigo,  
fonte de toda inspiração e sabedoria.

À Lia, minha amada esposa, a quem subtraí in-  
findáveis horas de convívio para a realização  
deste singelo trabalho.

Aos meus filhos

Marília e

Marcos Antonio,

Com a esperança de que irão viver num mundo  
melhor e a certeza de que ajudarão a construí-lo.

### **Homenagem Póstuma**

À Maria Raimunda minha mãe, que desde cedo  
plantou em meu coração a semente do evange-  
lho.

A Francisco das Chagas Sírio, meu pai, que me  
ensinou a amar o Direito.

Meus agradecimentos, ainda, a  
Lino Edmar de Menezes, meu orientador, mestre e  
Amigo, por seu incentivo e amor ao Ministério Público.

## SUMÁRIO

<b>1. Introdução.....</b>	<b>1</b>
<b>2. Conceito de Direito Penal.....</b>	<b>3</b>
<b>3. Fontes do Direito Penal.....</b>	<b>4</b>
<b>4. Interpretação da Lei Penal.....</b>	<b>5</b>
<b>5. Princípios.....</b>	<b>9</b>
<b>6. Conclusão.....</b>	<b>25</b>
<b>7. Referências Bibliográficas.....</b>	<b>26</b>

## INTRODUÇÃO

A existência de uma relação simbiótica entre a história do direito penal e a história da humanidade não pode ser negada. Ele surge com o homem e o acompanha sempre, através dos tempos.

Os graves problemas da sociedade moderna e a falta de resposta do Direito Penal tradicional (paliorepressivo) conduzem à ilação de que se torna necessário o surgimento de um novo Direito para suprimento dessa carência, que importuna a convivência social.

Vaticinou Hassemer:

“Há muitas razões para supor que os problemas ‘modernos’ de nossa sociedade causarão o surgimento e desenvolvimento de um Direito interventivo correspondentemente ‘moderno’ na zona fronteira entre o Direito Administrativo, o Direito Penal e a responsabilidade civil por atos ilícitos.”

O escopo deste trabalho consiste em apresentar considerações sobre os princípios informadores do Direito Penal, sem a pretensão de exaurir o tema. A explanação sobre o conceito e as fontes do Direito Penal, faz-se necessária, visando buscar o conteúdo dos preceitos regentes dessa seara jurídica, em face da nova ordem jurídico-constitucional.

Os princípios encontra-se inteiramente relacionados ou são corolários dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, aglutinando de forma cumulativa e sucessiva as gerações desses direitos de que nos fala o Mestre Paulo Bonavides. Tais prerrogativas buscam inicialmente proteger o indivíduo do arbítrio do próprio Estado (direitos individuais clássicos), oferecendo meios de exercer efetivamente a atividade fiscalizadora, e quando na condição de réu, observar todos os meios que permitam o exercício do contraditório e da ampla defesa, permitindo, assim, a consagração do devido processo legal.

E quando na condição de condenado, através de sentença com trânsito em julgado, verificar e aplicar os fundamentos garantidores da dignidade humana, para dar à pena um aspecto de reeducação e ressocialização frente à sociedade.

O aplicador do direito, que não deve ser “robotizado”, ao aplicar a norma jurídica ao caso concreto, deve estar atento aos princípios norteados do ordenamento jurídico ao qual essa mesma norma se insere. Como assevera o Jurista Francisco de Assis Toledo a verdadeira reforma do Direito Penal encontra-se nas mãos dos senhores magistrados.

O insigne administrativista Celso Bandeira de Melo salienta que a violação de um princípio é muito mais grave que a ofensa a uma regra por comprometer a base de todo um sistema jurídico. Violar um princípio é tão mais grave que transgredir uma norma porquanto a desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. Consubstancia-se na mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o princípio atingido porque representa um atentado contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, invectiva irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isso porque, destruirá toda uma estrutura, calcada em valores que a sociedade elegeu-os fundamentais para a sua existência.

## 1. CONCEITO DE DIREITO PENAL

Mesmo nas civilizações anteriores sabe-se que sempre existiu a necessidade de uma formação normativa, para regular, ainda que precariamente, as relações individuais e assinalar o campo de ação das autoridades sociais dos interesses de ordem privada e de ordem pública.

Inicialmente, o sistema normativo estava intimamente ligado com a ordem religiosa; o homem dessa época vivia em função de cultos religiosos; a vida primitiva era um reflexo de crenças, de julgamentos de valor sobre o bem e o mal, sobre o justo e o injusto. Nessa ordem, não há diferença apreciável entre o direito e a moral. O Direito Penal, nesse contexto, é um direito impregnado de uma moral religiosa.

Só mais tarde, com o progresso dos grupos humanos, adquirindo o homem mais viva consciência da sua condição social, com o desenvolvimento das artes, das ciências, da própria indústria e a complexidade crescente da vida coletiva, o direito começou a assumir estrutura orgânica formada por um conjunto de fatores, tais como: de ordem moral, física, política, econômica etc.

A visão acerca do direito saiu do campo religioso e moral e ganhou autonomia, generalizando-se sua influência a todos os setores da vida social. Assim, foi o direito assumindo um caráter positivo e dogmático, até ser codificado.

Com a codificação do direito, surge a necessidade de disciplinar a vida coletiva, submetendo a vontade dos particulares aos imperativos da ordem social. A inobservância do particular a esse conjunto de leis veio a acarretar as violações, que também passaram a ser descritas na legislação.

A inobservância do preceito acarreta um dano a valores jurídicos, cumprindo ao Estado prevenir ou reparar. Esses danos são produzidos por atos ilícitos atos contrários ao direito, violadores das normas. Ora repercutem, direta ou indiretamente, na área privada, ora de modo direto e principal na órbita dos interesses públicos.



É válido mencionar que esse ilícito tanto pode atingir o campo civil, como o penal. O ilícito de natureza civil só mediata ou indiretamente lesa o interesse público, ao passo que o ilícito penal fere, de modo direto e imediato, o interesse geral, repercutindo fortemente na coletividade. Restringem-se ao campo do direito privado os efeitos do ato ilícito civil. No entanto, os atos ilícitos de natureza penal vem causar um perigo ou uma lesão aos bens jurídicos tutelados no vasto campo do direito público, porque essenciais à manutenção do equilíbrio e da ordem jurídica.

O ilícito penal produz consequência peculiar a sua natureza - a sanção de caráter punitivo e pessoal, ou, em linguagem mais corrente, a pena, se bem que possa produzir, concomitantemente, as consequências atribuídas ao ilícito civil.

Com estas noções poderemos verificar o nascimento do direito penal, dizendo que é a disciplina jurídica que tem por objeto os atos ilícitos, cuja consequência é a pena.

A primeira questão que surge, ao tratarmos do conceito de Direito Penal é a sua nomenclatura; decidir qual o nome preferível à disciplina - Direito Penal ou Direito Criminal. Quando se fala em Direito Penal, tem-se idéia de pena de um direito relativo à pena. Quando se diz Direito Criminal, tem-se em mente um direito relativo ao crime.

Como escreve Manoel Pedro Pimentel, cuidando do conceito de Criminologia, "... lembramo-nos da estória hindu dos cegos e o elefante, que é mais ou menos assim: confiou-se a um grupo de seis cegos a tarefa de definir o elefante. Cada um deles, dependendo da parte do corpo do animal tocada, deu a sua definição. O que tocou a perna afirmou categoricamente que o elefante é um tronco ou palmeira; o que segurou a orelha disse que o paquiderme é uma grande ventarda... Nenhum deles estava certo, evidentemente. Mas, subjetivamente, não deixavam de ter razão. Serve esta lenda para mostrar o equívoco que cometem aqueles que apenas conseguem ver uma parte do todo; avistam as árvores, não a floresta... Há, por isso mesmo, inúmeras definições que podem estar certas no particular, mas erradas no geral. Provavelmente, como os cegos da estória hindu, todos têm uma parcela de razão, mas, com certeza, nenhum deles alcança o conceito universal."<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Criminologia - Conceito e Evolução - in - RT. 645/247.

Alega-se a insuficiência da locução Direito Penal para abranger um dos grandes grupos de providências de combate à criminalidade - o das medidas de segurança, cuja natureza preventiva as distingue das penas, de finalidade primordialmente repressiva. Pretende-se que seria mais apropriado dizer Direito Criminal, porquanto as mencionadas medidas visam a evitar os crimes e pressupõem, em regra, que o destinatário tenha praticado algum.

No entanto, sabe-se que a denominação predominante é Direito Penal, não só no Brasil; como em outros países. Para essa predileção mais extensa concorre, sem dúvida, a circunstância de que a punibilidade aparece como o característico de maior projeção objetiva ao cuidar-se do crime. No Brasil o Prof. Mestieri adota a terminologia Direito Criminal.

O conceito de Direito Penal encontra-se em conexão com as diversas doutrinas e teorias penais. Para os escritores que se orientam pelos princípios da escola clássica, o direito penal é uma disciplina essencialmente jurídica, limitando-se à repressão dos delitos. Pressuposto necessário da pena, era exclusivamente o delito.

Para a escola positiva, constitui o direito penal, o capítulo jurídico de uma vasta ciência que tem por objeto o delito, o delinqüente e as sanções criminais, utilizando como instrumento comum de trabalho, o método experimental, próprio das ciências da natureza.

O Direito Penal é um conjunto de normas, que, porém, não são meras abstrações. Elas se referem a um comportamento humano - o delito, constituindo a pena nada mais que um dentre outros meios para evitar esse comportamento. E, assim sendo, é proveitoso que toda ciência do homem, seja biológica, psicológica ou sociológica, preste a sua contribuição à Ciência do Direito Penal, proporcionando ao jus-penalista assistência eficiente ao interpretar ou dar forma à norma legal, ajudando-o a encontrar o sentido da lei e a vinculá-la à realidade concreta.

O Direito Penal pela sua evolução histórica, surgiu tutelando interesses particulares, entretanto, passou à defesa e conservação da sociedade. Resguardando os homens, que formam a comunidade, as leis penais protegem precipuamente a segurança e a tranquilidade coletivas.

## 2. FONTES DO DIREITO PENAL

### 2.1. CONCEITO

A fonte, empregada metaforicamente, significa nascente, origem, causa, princípio de onde provém a norma penal. Daí a séria importância de estudar-se a lei penal, da maneira que hoje se apresenta, verificando se a partir de que princípios se formou.

Para oferecer um melhor estudo, pode-se dividir as fontes em formais e materiais. Esta última aponta a origem do direito, configurando a sua gênese, daí ser fonte de produção, aludindo a fatores éticos, sociológicos, históricos, políticos, que produzem o direito, condicionam o seu desenvolvimento e determinam o conteúdo das normas.

As fontes formais são os modos de manifestação do direito, mediante os quais o jurista conhece e descreve o fenômeno jurídico. É a exteriorização do direito.

### 2.2. FONTES MATERIAIS

Compõem as fontes materiais não só fatores sociais, bem como os valores de cada época, dos quais fluem as normas jurídico-positivas. São elementos que emergem da própria realidade social e dos valores que inspiram o ordenamento jurídico.

A pessoa responsável para captar esses valores sociais e históricos é o Estado, considerando que no âmbito do Direito penal, consoante preceito constitucional compete privativamente à União legislar sobre "direito penal"(art.22,1).

Essa competência não pode ser exercida de maneira ilimitada, tampouco arbitrária, tendo em vista seu fundamento maior que é manter e proporcionar a paz social. Diante disso, encontra várias limitações e freios que protegem o cidadão de leis arbitrárias.

"Em suma, as fontes materiais consistem no conjunto de fatos sociais determinantes do conteúdo do direito e nos valores que o direito procura realizar fundamentalmente sintetizados no conceito amplo de justiça".<sup>2</sup>

### 2.3. FONTES FORMAIS

Como já foi afirmado, essas fontes fornecem forma exterior ao Direito Penal. Existe nos Estados Modernos uma supremacia da lei ante a crescente tendência de codificar o direito para atender a uma exigência de maior certeza e segurança para as relações jurídicas, devido à possibilidade de maior rapidez na elaboração e modificação do direito legislado.

Nesse contexto, e considerando o princípio da Reserva Legal, a fonte formal, por excelência, do direito penal é a lei. Esta editada através da observância de todos os procedimentos verificados na Constituição Federal. Uma conduta só pode ser considerada criminosa se descrita em lei.

Os costumes, como fontes formais, ficam à sombra da lei. Não há no Direito Penal Brasileiro um costume considerado delito, para que assim seja observado, faz-se necessário a lei. Entretanto, alguns conceitos dentro do Código Penal necessitam dos costumes para oferecer exatos significados a esses termos.

Princípios Gerais do Direito constituem uma importante fonte formal. São fundamentos éticos extraídos da legislação. A consciência ética de um povo influi diretamente em seus contornos.

A equidade, em sentido amplo, seria o princípio universal da ordem normativa, a razão prática extensível a toda conduta humana, configurando-se como uma suprema regra de justiça a que os homens devem obedecer, confunde-se com a idéia de justiça absoluta ou ideal, com os princípios de direito, com a idéia do direito.

---

<sup>2</sup>Daniel Coelho de Souza - Introdução, ob. Cit., p. 140 e 141.

## 2.4. ANALOGIA ✓

É forma de integração do direito, está prevista no art. 40 da LICC. Caracteriza-se pela aplicação ao fato não regulado expressamente pela norma jurídica um dispositivo que disciplina hipótese semelhante.

Diante do princípio da Reserva Legal não se pode aplicar a analogia para instituição de ilícitos penais ou estabelecer sanções criminais. No entanto, não há qualquer vedação para seu uso a bem da situação do réu. É a chamada "analogia *in bonam partem*", que não contraria o princípio no já citado artigo 4º, da LICC.

## 3. INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL ✓

"Interpretar é descobrir o sentido e alcance da norma, procurando a significação dos conceitos jurídicos. Devido aos motivos já mencionados - vaguidade, ambigüidade do texto, imperfeição e falta de terminologia técnica, má redação - o magistrado, a todo instante, ao aplicar a norma ao caso *sub judice*, a interpreta, pesquisando o seu significado. Isto é assim porque a letra da norma permanece, mas seu sentido se adapta a mudanças que a evolução e o progresso operam na vida social. Interpretar é, portanto, explicar, esclarecer; dar o verdadeiro significado do vocábulo; extrair da norma, tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão".<sup>3</sup>

A interpretação pode ser realizada de forma autêntica, jurisprudencial e doutrinária.

A interpretação autêntica é a que procede da mesma origem que a lei e tem força obrigatória.

Pela interpretação jurisprudencial, verifica-se um conceito ou um sentido razoavelmente constante por meio de manifestações judiciais sobre determinado assunto legal.

A Doutrinária pode ser verificada através de um conjunto de entendimentos de grandes estudiosos da área penal.

<sup>3</sup>Maria Helena Diniz - Compêndio de Introdução à Ciência do Direito, ob. cit., p. 381.

Para facilitar o processo interpretativo, pode-se recorrer a várias técnicas, entre elas: gramatical, lógica, sistemática, histórica e sociológica ou tecnológica.

Na técnica gramatical, o hermeneuta busca o sentido literal do texto normativo. Essa espécie de técnica é pobre quando aplicada de forma única e individualizada.

No emprego do processo lógico, o que se pretende desvendar é o alcance da norma, através de meios de raciocínios lógicos, analisando os períodos da lei e combinando-os entre si, com escopo de atingir a perfeita compatibilidade.

Pelo processo sistemático, a norma é analisada como parte de um todo e para verificar o seu sentido toma-se necessário estudar o sistema no qual esta norma se insere.

Na interpretação histórica, o hermeneuta deve captar o desenvolvimento histórico das instituições jurídicas, a fim de verificar o exato significado das normas, tendo sempre em vista a razão delas, ou seja, os resultados que visam atingir.

No uso do processo sociológico, deve o intérprete buscar a finalidade da norma frente aos fatos sociais. Essa técnica procura o fim, para a partir dele determinar o seu sentido.

Passaremos a enveredar pelo tema objeto principal do presente trabalho.

#### 4. PRINCÍPIOS ✓

A autonomia desse ramo específico do Direito impõe a existência dos seus próprios princípios.

Considerações sobre o conceito de princípio, de forma perfunctória, serão feitas, antecedendo aos princípios do Direito Penal, que representam o objeto deste trabalho.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento (1992:58), "princípio é uma proposição que se coloca na base das Ciências, informando-as (Cretella Jr). É um ponto de partida. Um fundamento. O princípio de uma estrada é o seu ponto de partida, ensinam os juristas". Nas lições de Miguel Reale (1988: 299), "princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis". Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que princípio "é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade de sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico"(1980:230).

O eminente constitucionalista Paulo Bonavides (I 996:265) em seu "Curso de Direito Constitucional", após ninucioso exame do tema Princípios, conclui que "a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicista (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições- a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios."

No dizer deste grande mestre os princípios fazem a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Por situarem-se no ápice da pirâmide normativa, elevam-se ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São Qualitativamente a viga-mestra do

sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o melhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição.

#### 4. 1. PRINCIPIO DO RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA ✓

A Constituição da República Federativa do Brasil em seus artigos primeiro e terceiro que tratam dos fundamentos e objetivos da República elege, de forma assaz expressa, **a dignidade da pessoa humana como valor essencial**, espalhando-se por todo o sistema constitucional, servindo como verdadeiro norte para a interpretação das demais normas que o compõem.

Alguns doutrinadores aplicam de forma específica ao Direito Penal, a denominação **princípio da humanidade**.

Visando proteger o princípio da dignidade da pessoa humana, o Texto Excelso estabelece o primado dos direitos fundamentais, ao consagrar, em seus primeiros capítulos, um avançado elenco de direitos e garantias individuais, com *status* de cláusulas pétreas. Restando demonstrada a vontade constituinte de priorizar os direitos humanos como traço peculiar da Lei Suprema.

O homem sempre encontrou na sua imaginação as formas mais cruéis de sanções a serem impostas aos seus semelhantes, que desrespeitassem as normas vigentes em determinado agrupamento humano. Os seres humanos, nitidamente mais lúcidos, ao contrário daqueles, sempre buscaram incansavelmente, no perpassar evolutivo do Direito Penal, aplicar penas que não degradassem tanto a personalidade humana. Das penas de morte e corporais passou-se, de modo progressivo, as penas privativas de liberdade e destas as penas alternativas (tais como, multa, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fim-de-semana).

Conseqüência do princípio comentado, representa a regra que veda a criação, a publicação ou execução de pena que atente de qualquer maneira contra a dignidade humana. Uma clara demonstração desse princípio encontra-se também nos seguintes dispositivos: "não haverá penas a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis" (art. 5º, XLVII, CF).



Em suma, esse princípio deve estar presente sempre que seja necessária a interpretação de qualquer norma do sistema jurídico, pois o homem é, em última análise, o verdadeiro titular e destinatário de todas as manifestações do poder, pois quase todos os direitos, ainda quando projetados em instituições, remontam a idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas.

Todos os demais princípios aplicados ao Direito Penal são, de forma direta ou indireta, corolários do princípio da dignidade da pessoa humana.

#### 4.2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE OU DA RESERVA LEGAL E SEUS DESDOBRAMENTOS

De acordo com o Princípio da Legalidade, nenhum fato poderá ser considerado crime e nenhuma pena criminal poderá ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por lei o tipo delitivo e a sua respectiva pena, consubstanciando-se em real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais e, decorrendo daí sua inserção na Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, XXXIX e XI, *verbis*: "não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"; "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu."

O Princípio da Legalidade, mais conhecido por intermédio da expressão latina *tzullum nullum crimen, poena sine lege*, significa em última análise que a elaboração das normas incriminadoras e das respectivas sanções é matéria de reserva legal ou mais precisamente é função exclusiva da lei.

O Princípio de que ora tratamos remonta à *Magna Charta Libertatum* (século XIII), ao *Bill of Rights* das colônias inglesas da América do Norte e ao *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, da Revolução francesa, de onde se propagou para os demais países.

A concepção atual do *nullum crimen, nulla poena sine lege* é a de função de garantia da lei penal, apresentando como desdobramentos os seguintes princípios, a saber:

- a) *nullum crimen, nulta poena sine lege praevia;*
- b) *mullum crimen, nulla poena sine lege scripta;*
- c) *mullum crimen, nulla poena sine lege stricta.*
- d) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa.*

a) *LEX PRAEVIA* ✓

O Princípio da *Lex Praevia* está pautado na exigência de que a lei instituidora do crime e da pena deve ser anterior ao fato que se pretende punir. Decorre ainda desse Princípio que somente a lei em sentido estrito pode criar crimes e cominar penas. De sorte que outros instrumentos legais tais como Medidas Provisórias não são meios idôneos a criar figuras delitivas e seus conseqüentes, as penas.

Francisco de Assis Toledo (1994:24) em análise do tema assevera: "a medida provisória, pelos seus contornos constitucionais, é espécie do gênero 'lei delegada', de eficácia condicionada à expressa aprovação do Congresso Nacional; a Constituição veda delegação em matéria de legislação sobre direitos individuais (art. 68, § Iº), dentre os quais se destaca de modo maiúsculo o direito à liberdade, enunciado no *caput* do art. 5º e explicitado em vários dos incisos da proclamação dos direitos e garantias fundamentais. Tal vedação será atingida, por via reflexa, se permitida for a criação de tipos penais por medida provisória". Ademais, a medida provisória, antes de aprovada pelo Congresso Nacional, não é lei. E por não ser lei, por conseqüência lógica, não pode instituir crime ou pena criminal. Se o fizer ferirá letalmente o princípio da reserva legal, que por sua vez provocará situações e males irreversíveis e irreparáveis, incompatíveis com a segurança das relações jurídicas.

b) *LEX SCRIPTA* ✓

Tem-se por este princípio que o crime é uma entidade jurídica, uma criação do legislador, por isso mesmo a lei penal deve ser escrita. A *contrario sensu*, o costume não cria-tipos, não edifica crimes. A lei penal somente poderá ser escrita.

Em que pese a proibição supra, o direito costumeiro não está totalmente abolido da esfera do Direito Penal. Tem ele papel de importância na elucidação dos tipos, na interpretação da lei penal. Ademais, quando opera como causa de exclusão da ilicitude (causa supralegal), de atenuação da pena ou da culpa, constitui verdadeira fonte do direito penal.

É pacífico em doutrina o entendimento de que o costume sempre que beneficie o cidadão é fonte do Direito Penal. Nada obstante, o nascimento do direito consuetudinário exige certos requisitos essenciais, tais como reconhecimento e vontade gerais de que a norma costumeira atue como direito vigente, não identificáveis com a mera tolerância ou omissão de algumas autoridades.

c) *LEX STRICTA* ✓

A proibição da aplicação da analogia para fundamentar ou agravar a pena (analogia *in malam partem*) é outro corolário do princípio da legalidade. Por ser uma forma de integração das lacunas da lei, a analogia supõe, para sua aplicação, a inexistência de norma legal específica, baseando-se na semelhança.

Estando uma situação particular regulamentada em lei, aplica-se por analogia essa mesma regulamentação a outra situação particular, semelhante mas não regulamentada.

É a analogia um procedimento quase lógico, que envolve duas fases: a constatação, por comparação, de que há uma semelhança entre fatos-tipos diferentes e um juízo de valor que mostra a relevância das semelhanças sobre as diferenças, tendo em vista uma decisão jurídica procurada.

A analogia é um processo revelador de normas implícitas.

É necessário que além da semelhança entre o caso previsto e o não regulado haja a mesma razão, para que o fato não contemplado seja decidido de igual modo. Daí o célebre adágio romano: *ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio*.

Requer a aplicação analógica:

Que o caso *sub judice* não esteja previsto em norma jurídica. Isto porque direito expresso ou literal disposição legal não abrange analogia; esta dilata a aplicação da lei a casos por ela não declarados e que, por identidade de razão, devem submeter-se a ela. A analogia compara e, da semelhança, conclui pela aplicação da norma ao caso em tela, sendo portanto, um processo mental. Se houvesse lei regulando o caso, ter-se-ia interpretação extensiva.

Que o caso não contemplado tenha com o previsto, pelo menos, uma relação de semelhança;

Deve haver a mesma razão entre ambas as situações. Meras semelhanças aparentes, afinidades formais ou identidades relativas a pontos secundários não justificam o emprego da argumentação analógica.

Em direito penal, entretanto, convém distinguir duas espécies de analogia: a analogia *in malam partem* e a analogia *in bonam partem*. A primeira fundamenta a aplicação ou agravação da pena em hipóteses não previstas em lei, semelhantes às que estão previstas. A segunda fundamenta a não-aplicação ou a diminuição da pena nas mesmas hipóteses. A primeira agrava a situação do acusado, a segunda traz-lhe benefícios.

A existência da lei prévia e estrita obstaculiza a aplicação, no direito penal, da analogia *in malam partem*, mas não impede a aplicação da analogia *in bonam partem*, que encontra sua justificativa na equidade.

Em matéria penal, o emprego da analogia encontra limites bem precisos: não pode ser utilizada em normas incriminatórias, nem naquelas verdadeiramente excepcionais, mesmo que eximentes. No mais, quaisquer outras normas do Código Penal são suscetíveis de interpretação analógica.

As restrições feitas à analogia não se aplicam por inteiro à denominada interpretação extensiva, ou analógica, embora esta apresente problemas semelhantes. Na interpretação extensiva aplica-se o espectro de incidência da norma legal de modo a situar sob seu alcance fatos que, numa interpretação restritiva, ficariam fora desse alcance. Não se trata aqui, de analogia, visto que a ampliação referida está contida *in potentia* nas palavras mas ou menos abrangentes, da própria lei. O tema é controvertido, pois quase sempre, nestes casos, tropeça-se com a dúvida, hipótese em que o princípio *in dubio pro reo* afasta a possibilidade da extensão.

Haverá interpretação restritiva quando o exigir a compatibilização do preceito com a sua finalidade ou com o todo do sistema. Hungria nos dá um exemplo: quando o Código incrimina a bigamia (art. 125), está necessariamente implícito que abrange na incriminação a poligamia.

#### d) *LEX CERTA* ✓

De acordo com o princípio da lei certa, os tipos penais devem ser claros, sem deixar margens a dúvidas. A exigência de lei certa indica que o legislador deve evitar normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios. A lei deve ser facilmente entendida por todos e também a todos acessível, não só aos juristas.

### 4.3. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL ✓

A princípio reina no Direito Penal a regra da irretroatividade da lei penal. Assim qualquer lei deve prever e descrever a conduta delituosa antes de sua ocorrência.

No entanto, por comando constitucional, a lei penal mais favorável se aplica incondicionalmente. A partir daí, a lei mais severa cede seu lugar à lei benéfica.

"Ilustrativamente, mentalize-se um crime qualquer, cuja pena cominada seja de um a três anos. Antônio comete-o em 1983; em 1985, antes, durante ou depois do processo, a lei é modificada, seja para descriminalizar, provocando então a "abolitio criminis", ou para reduzir a pena. Evidentemente, mais favorável tem aplicação imediata." 4

"Caso típico da extinção da norma penal, é a "abolitio criminis" que poderá ser total (ab-rogação) ou parcial (derrogação). Revogada a lei penal, na sua Parte Geral, de forma expressa ou tácita (quando a nova lei se mostra em todo ou em parte incompatível com a velha), o crime resta excluído da tipologia contida na parte Especial. Com a revogação cessam de imediato todos os efeitos penais ( não os civis) oriundos da sentença condenatória anterior, embasada na velha sistemática penal. É um corolário lógico do princípio da legalidade. Descriminalizado o fato, não se justifica de nenhum modo prosseguir-se na execução da pena, ou insistir nas demais conseqüências advindas da condenação."5

#### 4.4. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PESSOAL

A Constituição em seu art. 5º, LXV, dispõe:

"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".

Tal princípio vem a espelhar a evolução histórica do direito penal, tendo em vista, que em épocas anteriores as penas se estendiam aos descendentes do criminoso. Fato histórico que exemplifica esse castigo aos demais familiares é o caso de Tiradentes.

Somente o delinqüente pode sofrer a pena. Todas as espécies de penas tanto as privativas de liberdade como a patrimonial, são englobadas pelo princípio da responsabilidade pessoal.

4 Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Júnior - Direito Penal na Constituição - ob.cit., p. 18.

5 Paulo José da Costa Júnior - Comentários ao Código penal, 4ª Ed., Saraiva, São Paulo, 1994, ob.cit.p.

"O princípio da personalidade abrange qualquer espécie de sanção penal. As penas privativas de liberdade (reclusão, detenção e multa), no atual sistema brasileiro, podem ser substituídas pelas penas restritivas de direito, arroladas no art. 43, do Código Penal:

I - prestação de serviços à comunidade; II - interdição temporária de Direitos; III- limitação de fim de semana." 6

Mesmo em caso de morte do réu, seus familiares não estão obrigados a pagar a multa, a título de pena. A obrigação, neste caso, é intransferível.

#### 4.5. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Consectário do importante princípio do devido processo legal, em sua dimensão material e formal. O Professor Nelson Nery Júnior afirma em sua obra que trata dos princípios constitucionais do processo civil, que somente a existência do *due process of law* em sede constitucional, calcado no tripé vida, liberdade e propriedade seria suficiente, mas o constituinte, por segurança, explicitou os demais.

Surgiu a presunção de inocência com a Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão em 1789. art. 90. e tem como corolário a impossibilidade de se decretar uma condenação original, sem prova que conduza a certeza da responsabilidade do réu pelos crimes que lhe foram atribuídos. Esse princípio evidencia-se claramente no direito processual penal, e tem sua fundamentação na discussão sobre a melhoria dos direitos do acusado.

Até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o réu tem o direito público subjetivo de não ser submetido ao estado de condenado.

6 -Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Jr., Direito Penal na Constituição, ob. cit, ~p. 43.

"Ao lado desses princípios poder-se-á também falar daquele que consagra o direito de o réu silenciar, se assim o desejar, tal como previsto no art. 5º, LXIII, da Constituição. Não se trata, aqui, do preceituado na parte final do art. 186 do CPP: "... o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa..." Mas de um direito ao silêncio na sua maior expressão, sem ter "como conseqüências o estabelecimento de indícios ou presunções," sem a consagração de um suposto ônus da verdade." Hoje, ele é também o direito, decorrente do princípio de *nemo tentur se detegere*., de falar ou calar-se, livremente, "de acordo com os ditames de sua consciência, assim inteiramente preservada." 7

Como bem se verifica, tal princípio relaciona-se mais diretamente com o Processo Penal, que trabalha com um bem jurídico indisponível, a liberdade. Daí a intensa preocupação do Estado de Direito em procurar oferecer ao processo a regularidade em conformidade com a Constituição Federal. Embora o processo penal se oriente pelo princípio da verdade real, não deve albergar atos arbitrários e ditatoriais que retirem do acusado o direito ao contraditório e à defesa. "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Compete ao Juiz na direção do processo impor todos os preceitos constitucionais aplicáveis e ao Ministério Público, na qualidade de fiscal da boa aplicação da lei, também envidar todos os esforços no sentido de que os atos praticados dentro da relação jurídico-processual penal não agridam desnecessariamente a vida, a liberdade e a propriedade da pessoa humana.

#### 4.6 PRINCÍPIO DO INTERESSE PÚBLICO

A pena era entendida por alguns legisladores como uma vingança ao ato ilícito. Esse era o entendimento de muitas sociedades do tempo primitivo e predominou até meados da Proclamação da República.

Tanto é que as penalidades aplicadas eram cruéis e violentas e atingiam tanto o réu como seus descendentes. Não havia qualquer preocupação em ressocializar O apenado para evitar a repetição do ato ilícito, entendia-se que a total eliminação do réu era o bastante para reparar o dano frente à sociedade.

7 Ada P. Grinover, O processo em sua unidade, p. 103.



Entretanto, com o desenvolvimento e a modernização das idéias da sociedade, o Estado passou a tutelar com mais efetividade o cidadão, cuidando para que sejam cumpridos os direitos e garantias fundamentais do homem. Essa preocupação foi aos poucos tomando conta dos pensamentos da população mundial a par dos exemplos catastróficos verificados pelas Guerras Mundiais.

Nesse contexto, vem o interesse público a oferecer à pena um sentido de reeducação e ressocialização do indivíduo à sociedade. A preocupação maior do Estado é assegurar no cumprimento da pena a dignidade humana. As sanções embora úteis à sociedade, não podem estigmatizar o condenado em suas relações sociais. O princípio humanitário e o princípio do interesse público restringem o legislador no trabalho de elaboração das leis penais, ou seja, tais sanções não podem descurar-se das normas de proteção ao indivíduo.

#### **4.7. PRINCÍPIOS DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO ESPAÇO**

É importante de limitar o âmbito de aplicação da lei penal, para evitar conflitos de competência entre interesses de dois ou mais países. É necessário, portanto, que o ordenamento jurídico defina a possibilidade da aplicação da lei nacional em tais casos.

Existem cinco princípios, a nível doutrinário, acerca da aplicação da lei penal no espaço.

##### **a) PRINCÍPIO DE TERRITORIALIDADE**

Território é todo espaço estritamente geográfico ou ampliado mercê de ficção jurídica, sujeito à soberania e à jurisdição do Estado. Com relação à aplicação de referido princípio, a maioria da doutrina seguiu uma teoria mista, dita ubiqüidade, que tanto leva em consideração o momento executivo do crime quanto o seu momento consumativo.

Basta a realização de um só fragmento da conduta punível em território nacional para que a ela se aplique a lei brasileira, ainda que se verifique o restante da conduta ou mesmo o evento no exterior.

## b) PRINCÍPIO DA NACIONALIDADE

Também conhecido como princípio da personalidade, entende pela aplicação da lei do país de origem do autor do delito, não importando o local onde o crime foi praticado.

"O Estado tem o direito de exigir que o seu cidadão no estrangeiro tenha determinado comportamento. Esse princípio subdivide-se em duas subespécies: o da nacionalidade ativa, em que somente se considera se o autor do delito é nacional, sem se cogitar da vítima; e o da nacionalidade passiva, que exige, para a aplicação da lei penal sejam nacionais o autor e o ofendido do ilícito penal."

## c) Princípio DE PROTEÇÃO

Aplica-se, neste caso, a legislação do país ao fato que atinge bem jurídico nacional, sem qualquer consideração a respeito do local onde foi praticado o crime ou da nacionalidade do agente.

## d) PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA UNIVERSAL

Para entender esse princípio parte-se da premissa de que todos os países têm interesse em aplicar sanções ao ato ilícito. Por isso é competente o país, onde o criminoso for detido.

## e) PRINCÍPIO DA REPRESENTAÇÃO

Por este princípio aplica-se a lei de um país, quando por qualquer problema legislativo ou desinteresse de outro que deveria reprimir o crime não o faz.

## 4.8. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância, também conhecido como princípio da bagatela, encontra em Claus Roxin o seu importante defensor.

Por esse princípio, para que um fato constitua crime, necessário se faz que a ofensa irrogada atinja bem jurídico de relevância para a sociedade. Certos fatos, entretanto, causam lesões de pouca monta ou não têm qualquer significância para a ordem jurídica, o que leva à desnecessidade de aplicação de sanção penal.

Para a aplicação do princípio da bagatela deve-se perquirir, dizem os doutrinadores, não só da insignificância da lesão como também da própria culpabilidade do agente. Cite-se como exemplo de aplicação desse princípio o fato do agente ter em sua posse pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, que não cause uma lesão de certa expressão para o fisco, tendo-se por base o princípio de que se trata, essa sua conduta não caracterizará o crime de estelionato.

Para que uma conduta possa ser considerada relevante pelo Direito, mister se faz seja realmente danosa, exteriorizada de modo a macular o bem juridicamente tutelado.

De acordo com a doutrina, são elementos caracterizadores ou indicativos da criminalidade de bagatela:

- a) escassa reprovabilidade;
- b) ofensa a bem jurídico de menor relevância
- c) habitualidade
- d) maior incidência nos crimes contra o patrimônio e no trânsito, além de uma característica de natureza político-criminal, qual seja, a da dispensabilidade da pena do ponto de vista da prevenção geral.

Há quem vislumbre no artigo 98 da Constituição Federal a positivacão desse importante princípio.

“Art. 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 a conciliação, o julgamento e a execucao de causas civeis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumarissimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau;”

#### **4.9. PRINCIPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA OU DA FRAGMENTARIEDADE**

Em um Estado Democrático de Direito a liberdade individual do cidadão é corolário de vários outros direitos que visam a proteger e garantir as muitas vitórias alcançadas no campo do direito individual ao longo da história.

A intervenção do Direito Penal, nessa órbita, deve ser solicitada para reprimir condutas que revelem culpabilidade mais elevada.

A preocupação do Direito Penal deve estar voltada à proteção dos bens fundamentais, mais relevantes para a sociedade, relegando aos demais ramos do Direito os fatos menos graves, as condutas menos gravosas. O Direito Penal não pune todas as condutas; seleciona as mais graves. Por esse motivo se diz que é descontínuo, fragmentário.

De acordo com o artigo 59 do Código Penal Brasileiro:

"O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:"

O dispositivo impõe ao Estado-juiz uma conduta no exercício do seu mister de julgar o próprio destino de seus semelhantes, no sentido de que sejam afastados o excesso punitivo e a utilização abusiva da pena privativa de liberdade.

#### **4.10. PRINCIPIO DA CULPABILIDADE**

É peculiar ao Estado de Direito democrático o postulado de que não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*) e de que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade-proporcionalidade na culpabilidade. Postulado que tal representa lídima expressão de justiça.

A culpabilidade deve ser entendida como fundamento e limite de toda pena. Esse princípio diz com o caráter inviolável do respeito à dignidade da pessoa. No Direito brasileiro, encontra ele acolhida no art. 1º, III, da Constituição Federal (dignidade da pessoa humana), corroborado nos arts. 4º, II e 5º, *caput* (prevalência dos direitos humanos e inviolabilidade do direito à liberdade, respectivamente).

O princípio da culpabilidade *lato sensu* contém o da responsabilidade penal subjetiva, como integrante de seu conteúdo material a nível de pressuposto da pena. Nesse sentido, não se pode responsabilizar criminalmente, por uma ação ou omissão quem tenha atuado sem dolo ou culpa (não há infração penal ou pena sem dolo ou culpa arts. 18 e 19, CP). Por esse princípio, afasta-se a responsabilidade penal objetiva ou pelo resultado fortuito, decorrente de atividade lícita ou ilícita. Ademais o Direito Penal só pune fatos (ação/omissão); daí estabelecer uma responsabilidade por fato próprio (direito penal do fato), opondo-se a um direito penal do autor fundado no modo de vida ou no caráter.

## CONCLUSÃO

De tudo o que acaba de ser exposto pode deduzir-se que o direito penal é, por excelência, a ciência humana destinada a proteger os valores e os bens fundamentais do homem. A sua tutela envolve também a comunidade e o Estado como expressões coletivas da pessoa humana, em torno de quem gravitam os interesses de complexa e envolvente ordem.

Em todos os trechos do funcionamento do Direito o homem deve ser a medida primeira e última das coisas, razão pela qual se proclama que, na categoria dos direitos humanos, o Direito Penal é o mais relevante, o de maior transcendência.

Os valores humanos que se engajam no Direito Penal são tão mais reconhecidos pela Constituição quanto maior for a base democrática do Estado, mais sólidos os alicerces nos quais se fundam as pilastras organizadoras do Estado de Direito material que visa, em último termo, a realização da justiça na vida comunitária de seus membros.

O respeito à dignidade da pessoa humana não pode ser afastado em nenhum momento, e que a infração das regras básicas da convivência social não tem o condão de retirar do infrator a sua condição de ser humano.

A pena não deve representar um ato de vingança do Estado, e sim, medida necessária e suficiente para prevenção e repressão do crime.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2<sup>o</sup> Vol, 1989.

BRUNO, Anibal.

Direito Penal, parte geral, tomo 1<sup>o</sup> : introdução,  
Norma penal, fato punível.  
3<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro : Forense, 1978.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Promulgada em 5 de outubro de 1988  
22<sup>a</sup> ed., atualizada e ampliada, Saraiva, 1999

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Direito Penal Objetivo  
Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

DELMANTO, Celso.

Código Penal Comentado  
4<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

DINIZ, Maria Helena

Compêndio de Introdução à Ciência do Direito  
São Paulo – Saraiva - 1994

GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio  
Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães.  
As Nulidades no Processo Penal. São Paulo:  
Malheiros Editores, 3<sup>a</sup> Ed., 2<sup>a</sup> tiragem, 1994.

- JESUS, Damásio E, de, Direito Penal  
São Paulo: Saraiva, 21<sup>a</sup> Ed., revista e atualizada  
1988, vol. 1
- MARQUES, José Frederico. Curso de Direito Penal,  
Campinas: Boobsellyr, 1997, Vol.I
- MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal  
Campinas: Bookseller, 1997, Vol. 1.
- MIRABETE, Júlio Fabrrini,  
Código Penal Interpretado.  
São Paulo : Atlas, 1994
- MORAES, Alexandre de  
Direito Constitucional  
5<sup>ª</sup> ed. Revista e ampliada  
São Paulo: Atlas, 1999
- NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal.  
São Paulo, Saraiva, 25<sup>a</sup> Ed. 1991.
- PAULO Bonavides,  
Curso de Direito Constitucional  
7<sup>ª</sup> ed., 2<sup>ª</sup> tiragem revista, atualizada e ampliada  
São Paulo – Malheiros Editores, 1999
- PINHO, Judicael Sudário de,  
Garantias Constitucionais e Processo Penal.  
Themis – Revista da ESMEC – Fortaleza-Ce  
1977, vol. 1, No. 1.



SILVA, José Afonso da,  
Curso de Direito Constitucional Positivo  
8ª, ed. Revista e atualizada,  
1992, São Paulo, Malheiros Editores

SOUSA, Daniel Coelho de,  
Introdução à Ciência do Direito  
3ª ed. Ver. E aum.  
São Paulo – Saraiva, 1980