

FABIANE CHRISTIE DE LIMA

**PRINCÍPIOS**  
**CONSTITUCIONAIS**  
**PENAS**

SÃO PAULO

2011

FABIANE CHRISTIE DE LIMA

**PRINCÍPIOS**  
**CONSTITUCIONAIS**  
**PENAI**

Monografia apresentada como conclusão do curso de Pós-graduação em Direito Penal e Processual Penal da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Professor Antonio Carlos da Ponte.

---

---

---

Agradeço especialmente ao Professor Antonio Carlos da Ponte, pelo incentivo e apoio na realização deste trabalho.

Dedico as linhas a seguir a minha mãe, pelo amor incondicional, e a você, Dimi, “por quem os sinos dobram”.

Não terá sido tudo em vão...

## Resumo

Este trabalho foi concebido com uma finalidade pura, mas não simples: falar sobre direito penal. E, quando falamos a respeito desse tema, colocamo-nos diante de um desafio de analisar e interpretar o ramo do direito mais sedutor, envolvente, porém repleto de peculiaridades e artimanhas, voltado às questões humanas mais importantes e por que não, poderia dizer-se, vitais. É, de fato, um desafio, buscar nas raízes de uma ideologia o modo como devemos (ou deveríamos) sistematizar o aparato criminal de um estado. E esse desafio torna-se ainda mais necessário quando consideramos que a própria sociedade está desacreditada da eficácia desse sistema. A Constituição Federal brasileira de 1988 estabeleceu o chamado estado democrático de direito, e a adoção dessa ideologia passou a exigir uma releitura cautelosa do direito penal para fazê-lo adequar-se aos anseios do constituinte. A análise dos princípios penais é de fundamental importância para a adequação do direito penal à nova realidade brasileira.

Palavras-chave: Direito Penal. Ideologia. Estado democrático de direito. Princípios.

## Abstract

This paper was written for a pure but not a simple purpose: to discuss penal law. And when we go into this topic, we are faced with the challenge of analyzing and interpreting the most seductive and involving branch of Law, and yet containing a number of particulars and ruses, addressing more important human and, why not say, vital issues. It is in fact a challenge to seek out from the roots of an ideology a manner whereby we may (or should) classify a state's criminal organization. And this challenge becomes even more necessary when bearing in mind that society itself has lost faith in this system's effectiveness. Brazil's 1988 Federal Constitution defined the so-called democratic rule of law, and the adoption of this ideology required a careful review of penal law in order to adapt it to the desires of the people. The analysis of penal principles is essentially important in order to adapt penal law to the new Brazilian reality.

Key words: Penal Law. Ideology. Democratic rule of law. Principles.

## Sumário

|                                                                                                                      |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Introdução ao tema .....                                                                                             | 07 |
| 1 Formas de estado e sistemas punitivos .....                                                                        | 11 |
| 1.1 Direito e ideologia.....                                                                                         | 11 |
| 1.2 Conceito de ideologia e as consequências de sua adoção .....                                                     | 12 |
| 1.3 Estado Totalitário x Estado Democrático de Direito: diferenças.....                                              | 14 |
| 1.3.1 Estado Totalitário.....                                                                                        | 14 |
| 1.3.2 Estado Democrático de Direito .....                                                                            | 15 |
| 1.4 Sistema punitivo ideal.....                                                                                      | 18 |
| 1.4.1 Constituição e Direito Penal: os chamados mandados de criminalização<br>no estado democrático de direito ..... | 19 |
| 1.4.2 Por que julgamos mais adequado o modelo de estado democrático<br>e social de direito? .....                    | 26 |
| 2 Princípios, normas e regras.....                                                                                   | 27 |
| 2.1 O papel dos princípios jurídicos .....                                                                           | 32 |
| 2.2 Possível conflito entre princípios .....                                                                         | 33 |
| 3 Princípios constitucionais penais e estado democrático e social de direito.....                                    | 37 |
| 3.1 Princípio da legalidade .....                                                                                    | 38 |
| 3.1.1 Princípio da reserva legal .....                                                                               | 41 |
| 3.1.2 Princípio da taxatividade .....                                                                                | 43 |
| 3.1.3 Princípio da irretroatividade .....                                                                            | 44 |
| 3.2 Princípio da culpabilidade.....                                                                                  | 46 |
| 3.3 Princípio da insignificância ou bagatela.....                                                                    | 49 |
| 3.4 Princípio da adequação social.....                                                                               | 52 |
| 3.5 Princípio da proporcionalidade .....                                                                             | 54 |
| 4 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Direito Penal.....                                                       | 61 |
| 4.1 Dignidade humana: conceito .....                                                                                 | 61 |
| 4.2 Dignidade humana e direito penal .....                                                                           | 65 |
| 4.3 Brasil: releitura do direito penal .....                                                                         | 70 |
| Conclusões.....                                                                                                      | 75 |
| Referências bibliográficas e sites pesquisados .....                                                                 | 79 |

## Introdução ao tema

É inesgotável a discussão acerca da necessidade ou não da criminalização de certas condutas, da efetividade do direito penal, do papel que lhe compete, da defesa de sua intervenção mínima, em como e quando tornar típicos fatos que outrora sequer eram considerados atentatórios à sociedade sob o prisma de proteção penal.

De fato, não se trata de discussão em vão.

O ensejo sugere a interrupção dos processos legislativos, deixando de conceber leis que atendam aos clamores públicos frutos de imediatismos desesperados, assim considerados imoderados e, ao final, previsivelmente ineficazes.

É ocasião para repensar os valores sociais em jogo, de apreciar interesses relevantes e deixar de lado as incongruências que carregam e enfeitam muitas das normas jurídicas, sobretudo aquelas com conteúdo penal.

É certo que a previsão ofegante de tipos penais caminha em desfavor de um estado ideologicamente democrático, em que ao direito à liberdade é atribuído o status de valor constitucional.

É fundamental refletirmos que o sistema penal, assim como todo o ordenamento jurídico, deve estar submetido à Constituição Federal, que se trata do documento político-jurídico mais importante de nosso país.

Submissão aqui não quer significar uma trivial hierarquia de leis, mas principalmente o fato de que a Constituição Federal, além de representar o alicerce de todo o arcabouço jurídico, a ela devem respeito todas as demais normas, e isso possui uma denotação peculiar.

O que se conhece desde já é que a chamada ordem está estabelecida, pré-determinada pelos anseios democráticos dispostos na Constituição Federal de 1988, e dela não se pode afastar nem se desvincular o legislador ordinário.

Trabalho árduo ao tentar identificar quais são esses caminhos perpetrados pelo constituinte, por vezes evidentes, por vezes nebulosos, enigmáticos, mas a leitura constitucional do direito penal é necessária e deve se fazer presente quando da criação de tipos penais, como também quando da aplicação da lei.

Sabemos que o Código Penal é anterior à Constituição Federal em vigor, vislumbrando-se aqui, tecnicamente, o fenômeno da “recepção”.

Mas será que essa denominada “recepção” alcança seus objetivos e exterioriza suas expectativas na vida prática, digamos, no meio social?

Será mesmo que a legislação em comento, da década de 40, foi efetivamente “recepcionada”? Será que de fato se coaduna com o ordenamento jurídico em vigor, leia-se, um estado democrático de direito?

De cara, revelamos que não! Prática e funcionalmente, é possível afirmar que o sistema criminal não se adequa plenamente aos anseios do constituinte.

E isso significa dizer que o aparelho punitivo não é capaz de garantir a segurança e paz social, não somente porque obsoleto e disforme com a atualidade que os rodeia, mas também e, sobretudo, porque se apresenta de maneira desigual, diferenciando os sujeitos para os quais é dirigido, gerando a malfadada impunidade.

Há, por assim dizer, uma clara distinção na aplicação do sistema criminal, quer seja da lei penal material propriamente dita, da lei processual penal, como também da lei de execução penal.

E não se trata de uma diferença sutil. A regra é aberta e ingênua: não obstante ao fato de recentemente termos promulgado uma Constituição democrática, o sistema criminal apresenta ainda evidências de cunho totalitário, o que nos coloca diante de uma relevante contradição.

Está claro que não basta apontarmos para o fato de nossas legislações serem antiquadas, ultrapassadas, pois esse está longe de ser o único problema que enfrentamos para justificar a bancarrota do sistema penal brasileiro.

Esse argumento é frágil, pois a mera alegação de que o aparelho criminal é uno e igual para todos é fictícia, para não dizer utópica e política.

Há, assim, uma aparente unidade técnica, mas que no dia-a-dia deixa a desejar e coloca em xeque o funcionamento ideal de todo o aparato criminal.

É evidente que o sistema punitivo por nós adotado hoje se apresenta ineficaz e não exprime os anseios da Constituição em sua totalidade, entretanto, dizer que isso se deve ao fato de que existe apenas um “vilão”, é assumir uma postura vaidosa e chegar a uma conclusão inconsequente.

Este trabalho não poderia progredir, portanto, sem antes comentarmos a respeito do que revela a Constituição Federal, bem como as aspirações do constituinte, que ali se confundem, com base em determinada ideologia arquitetada pelo nosso ordenamento jurídico.

Sabemos que essa leitura é deveras importante, já que cabe ao Poder Judiciário aplicar a lei com a premissa de uma interpretação sistemática, e, portanto, com apoio na ordem constitucional estabelecida.

Assim, interpretar a Constituição Federal exige, muito além de conhecimento jurídico, a certeza do relevo ideológico traduzido pela nova ordem constitucional.

E, desde já, acrescentamos que apenas interpretar adequadamente a Constituição não basta. Ela precisa mesmo ser respeitada, e isso só é possível quando é colocada em prática, ou seja, quando externa o conteúdo existente em seu bojo.

Mais do que isso, quando a sociedade, para quem ela é direcionada, está plenamente consciente de sua função, convencida de sua importância, bem como do papel que lhe compete.

Por essa razão, a obediência aos valores e princípios constitucionais passa a assumir papel relevante.

Se assim for, não restam dúvidas, preservar-se-á a moralidade e o anseio de um estado democrático que traz consigo o texto constitucional. A condição primeira para que o ordenamento jurídico funcione e faça valer é a integridade de sua Constituição. É condição também para a efetividade das demais leis.

Se, ao contrário, a Constituição é desrespeitada, o restante do ordenamento também o será. São as consequências avassaladoras do desprestígio da Lei Maior.

A integridade da Constituição e, com maior ênfase, dos princípios constitucionais é a garantia da promoção do bem de todos e a efetividade de um estado democrático de direito.

Consideramos que, sob alguns aspectos (e o que nos interessa de perto é o sistema criminal brasileiro), caminhamos a passos lentos e frouxos, não por uma razão isolada, mas por diversos motivos.

O primeiro e talvez primordial pretexto consiste no fato de que os princípios constitucionais penais não são plenamente atendidos, por isso a análise de cada um

deles sugere o caminho mais sensato para a adequação do sistema criminal à nova ordem vigente.

## 1 Formas de estado e sistemas punitivos

### 1.1 Direito e ideologia

A divagação inaugural que aqui fazemos diz respeito à efetiva necessidade do Direito Penal no ordenamento jurídico de um país. E, desde logo, constatamos que essa necessidade é plausível, entretanto, não conhecemos em que medida isso deva acontecer.

Neste trabalho, não encontraremos fórmulas mágicas para a definição do melhor formato de sistema criminal a vigorar em um determinado país, mas apenas evidenciaremos os anseios de justiça social almejados pela constituinte brasileira, comum a tantos outros estados regidos sob o mesmo pretexto: uma ideologia sensivelmente democrática.

A razão da Constituição brasileira de 1988 está consubstanciada em uma ideologia puramente democrática, e nisso não há mistério, afinal o próprio texto constitucional assim o revela, em seu artigo 1º: “A República Federativa do Brasil,..., constitui-se em Estado Democrático de Direito ...”

É essa ideologia democrática quem dita os princípios constitucionais que aqui abordaremos e, desde já concluímos que, não obstante ao fato de esses princípios receberem assento constitucional, o sistema penal brasileiro ainda não se revelou condizente com esses postulados, fazendo com que haja uma discrepância entre a ideologia democrática e um revés de sistema penal totalitário (nossa primeira conclusão).

A Constituição de 1988, ao revelar a sua preferência por uma ideologia democrática de direito, adota alguns princípios penais para sua eficácia, princípios esses aos quais deve subordinar-se todo o aparelho criminal vigente.

O sistema criminal haverá, portanto, de obedecer a esses mandamentos constitucionais para assim fazer valer o denominado estado democrático de direito. E isso, de fato, não tem se mostrado uma tarefa fácil.

Mas, antes de adentrarmos ao tema de cada um dos princípios constitucionais penais, faremos esse contraponto entre ideologia e os sistemas punitivos que lhes são inerentes.

É, pois, a escolha da ideologia por um determinado país, ou, por assim dizer, os princípios por este contemplados, que vão alicerçar o seu ordenamento jurídico.

Sem uma ideologia, não há que se falar em Direito e, via de consequência, não se admite a existência de um sistema jurídico.

O Direito, como objeto de Ciência que é, está atrelado à determinação de uma ideologia e esta, por sua vez, está intimamente ligada à forma de estado adotada por um país. “À semelhança de outras ciências, a ciência jurídica só pode ser construída a partir da enunciação de princípios.”<sup>1</sup>

Isso nos remete, como condição primeira para o progresso deste trabalho, ao conceito de ideologia.

## 1.2 Conceito de ideologia e as consequências de sua adoção

“Derivado do grego *idea* e *logos* (ciência das idéias), originariamente significa ou designa o sistema filosófico em que a sensação é a única origem dos nossos conhecimentos.

No sentido político, no entanto, é empregado para designar a soma de princípios reguladores de uma ordem político-administrativa, que não se podem afastar das idéias instituídas como fundamentais. É a ideologia política.”<sup>2</sup>

É esse derradeiro conceito de ideologia (em seu sentido político) que nos interessa mais de perto.

Essa “soma de princípios reguladores” representa a chave mestra para o entendimento de um sistema jurídico, e a análise desse conjunto de princípios será fundamental para o desenrolar de nosso trabalho.

“Os princípios são as idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se. (...) A

---

<sup>1</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**, 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 145.

<sup>2</sup> SILVA, De Plácido e, **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro, 2001, 18ª ed., p.405.

enunciação dos princípios de um sistema tem, portanto, uma primeira utilidade evidente: ajudar no ato de conhecimento.”<sup>3</sup>

É, pois, imprescindível, para conhecer o sistema jurídico de um país, saber identificar os princípios que o determinam.

Extraímos que a ideologia político - jurídica de determinado estado pode ser fruto de um indivíduo, ou mesmo de um grupo de pessoas ou de determinada classe, e pode também ser fruto da vontade do povo desse país.

E, a depender do instituidor dessa ideologia, identificaremos um estado totalitário, ou um estado de direito.

Chegamos, com isso, a uma nova conclusão: a de que a ideologia, e por via lógica, todo o conjunto principiológico, e, portanto, o arcabouço jurídico de um país em que vigora o totalitarismo como forma de estado é absolutamente distinto daquele em que a forma convencional é o chamado estado democrático de direito. São, assim, formas de estado diametralmente opostas.

E, mais adiante, observaremos que o sistema criminal e, portanto, punitivo embutido no ordenamento jurídico de um país é a (sub) ciência que melhor definirá a forma de estado por este adotada, considerando, mais uma vez, os princípios por este admitidos. A ideologia de um país, seja este totalitário ou democrático de direito, conduzirá o seu conjunto normativo, fixando os princípios e valores a ele inerentes, a serem observados pelos seus destinatários.

Diante disso, haverá uma justificativa dos interesses jurídicos eleitos pelo titular do poder (seja ele um ditador, um partido, ou o povo), conforme a forma de estado constituída.

Assim, identificados os princípios, estar-se-á definindo os rumos jurídicos-políticos que um país seguirá, com a providencial escolha de certos e determinados bens jurídicos (bens que passam a assumir a categoria de bens jurídicos), a fim de garantir a concretização dos objetivos traçados pelo seu idealizador.

Neste passo, revelamos que o sistema criminal de um país é, portanto, fruto imediato de sua ideologia e, na contramão de idéias, podemos afirmar desde já que, por meio do

---

<sup>3</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**, 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 143.

aparelho punitivo desse mesmo país, é possível identificar a forma de estado por este adotada.

Em apertada síntese, o aparato criminal de um país, além de revelar a sua ideologia, ou o seu conjunto de princípios, define igualmente a sua forma de estado, se totalitária ou democrática de direito, e isso nos interessa de perto, pois a História já demonstrou, em incontáveis oportunidades, que a adoção de um regime totalitário, em quaisquer de suas vertentes, via de regra, não parece uma boa saída.

### 1.3 Estado Totalitário x Estado Democrático de Direito: diferenças

Para o progresso do tema, é vital que diferenciemos um estado totalitário de um estado democrático de direito e, para tanto, é preciso conhecer os meandros históricos envolvendo ambas as formas de estado.

#### 1.3.1 Estado Totalitário

“Tudo no Estado, nada fora do Estado, nada contra o Estado”.

Essa renomada afirmação do ditador italiano Benito Mussolini bem define um estado totalitário.

O totalitarismo pode ser conceituado como um sistema político em que o estado, normalmente sob o controle de uma única pessoa ou um Partido, não reconhece limites à autoridade que exerce.

Em um estado totalitário, não há obediência a um ordenamento jurídico pleno e consolidado pela vontade popular e, se presente uma Constituição, esta não é tida como escudo de direitos e garantias fundamentais. Neste caso, terá lugar a chamada Constituição aparente, constituindo “meras fachadas para disfarçar sua verdadeira natureza” absolutista.<sup>4</sup>

Aqui, o titular do poder não é o povo; não é ele, portanto, quem define os valores e princípios a serem consagrados para a construção do ordenamento jurídico.

---

<sup>4</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e constituinte**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.58.

As características mais significativas, em nosso contexto, de um regime totalitário é o fato de que se “fundamenta em um partido único, que se sobrepõe às instituições jurídicas e à organização do Estado; apóia-se no mecanismo do terror policial como forma de predomínio, convencimento e repressão; é formado em torno de um líder, ditador absoluto, que toma as decisões de ordem política, legal e doutrinária, sem contestação (há, portanto, concentração absoluta do poder); denota-se a combinação de ideologia ao terror e ao fato de que a violência organizada, em larga escala, torna-se permissível e algumas vezes necessária”.<sup>5</sup>

Em um regime totalitário, não há que se falar em direitos naturais da pessoa humana, mas tão somente aqueles direitos reconhecidos pelo seu idealizador.

O regime totalitário, portanto, não reconhece esses direitos dito naturais à pessoa, não compartilha com a doutrina dos direitos humanos, segundo a qual há direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e que apenas foram, ao longo de anos e anos, reconhecidos por legislações e convenções em escala mundial.

A doutrina totalitária nega, conseqüentemente, a existência da dignidade da pessoa humana de forma natural. Essa doutrina prega que, se existe direito, este estará positivado pelo próprio Estado.<sup>6</sup>

Assim, nesse modelo de estado, o sistema punitivo será mais rigoroso e não obedecerá aos princípios da legalidade e o da *ultima ratio*, tudo com a finalidade de manter o ditador o controle absoluto sobre as ações das pessoas, restringindo o quanto possível suas liberdades.

Ainda em relação ao sistema criminal de um estado totalitário, observar-se-á a existência de uma polícia sem rosto, arbitrária, que se mune de um poder absoluto e sujeita a população à figura de inimigos do regime.

Trata-se, portanto, de um típico estado de polícia.

### 1.3.2 Estado Democrático de Direito

---

<sup>5</sup> Disponível em < [http://www.philosophy.pro.br/totalitarismo\\_e\\_democracia.htm](http://www.philosophy.pro.br/totalitarismo_e_democracia.htm) > Acesso em 21/08/10, às 14:20h.

<sup>6</sup> Disponível em < <http://pt.wikilingue.com/es/Totalitarismo> > Acesso em 23/08/10, às 20:14h.

Em um estado democrático de direito, por sua vez, o titular do poder é o povo e este é quem elege seus representantes para a elaboração das Leis, promulgadas sob o fundamento e à obediência de uma Lei Maior, qual seja, uma Constituição legítima.

Nesse regime, ao contrário do que ocorre em um estado totalitário, há a separação de poderes, uma de suas principais características, e não há que se falar em concentração do poder em mãos de um só dirigente, que age discricionariamente, absorvendo todas as faculdades.

Nessa forma de estado, há o respeito pleno aos direitos humanos, e o reconhecimento de que esses direitos fundamentais são inatos no ser humano, sendo apenas reconhecidos ao longo do tempo (dimensões de direitos humanos).

“A expressão estado democrático de direito significa não só a prevalência do regime democrático como também a destinação do poder à garantia dos direitos”.<sup>7</sup>

Nele, vigora o chamado império da lei, e isso denota que as leis não são elaboradas de acordo com a vontade de um ditador, mas, não obstante serem criadas pelo próprio estado, isso ocorre em razão de um mandato, que é exercido em nome do povo (representantes constituídos pelo povo para atuarem em seu nome).

Outro aspecto de um estado de direito é que, uma vez sistematizado o ordenamento jurídico, todos a ele devem respeito, inclusive o próprio estado que a ele se submete plenamente, não havendo arbitrariedades (a exemplo do que acontece em um regime totalitarista).

Podemos dizer ainda que, em razão de o estado estar adstrito ao cumprimento das leis, é plenamente possível que, em havendo excessos ou desvios cometidos, é admissível o controle, preventivo e repressivo, dessa atuação estatal ilegítima e/ou ilegal, e isso se dá por meio do Poder Judiciário, que deve possuir autonomia para garantir que o cumprimento efetivo das leis aconteça.

Neste passo, é importante destacar o papel da Constituição em um estado democrático de direito, que assume considerável relevância.

A Constituição, além de reconhecer os direitos e a instrumentária para o alcance desses, trará em seu bojo os limites para a atuação estatal. É o carro-chefe para a promoção da dignidade da pessoa humana, aspecto que abordaremos adiante, pois de

---

<sup>7</sup> SILVA, De Plácido e, **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro, 2001, 18ª ed., p.322.

alta relevância (senão de maior relevância) para a caracterização e o reconhecimento de um legítimo estado democrático.

É, portanto, a responsável pela possibilidade de justiça social.

Como revela Dalmo de Abreu Dallari:

só o fato de ter uma Constituição não é suficiente para que sejam eliminadas as injustiças sociais de uma sociedade ou para que esta se torne democrática. Mas sem uma Constituição legítima e bem elaborada é praticamente impossível a existência de uma sociedade democrática e justa.<sup>8</sup>

De toda a sorte, a Constituição torna-se o instrumento basilar para a configuração de um estado democrático de direito, e o respeito a este documento é condição primeira para sua efetivação.

O sistema punitivo de um estado democrático submeter-se-á à ordem constitucional vigente que, por sua vez, abarcará os princípios e regras decorrentes dessa forma de estado.

Assim, ao contrário do que ocorre em um regime totalitário, o aparato criminal de um estado democrático será menos denso, menos repressivo e, portanto, menos violento e absolutamente amparado no texto constitucional que o recomenda, fazendo-o de forma expressa ou de maneira implícita.

Assim, vemos a premente necessidade de realizar-se uma nova leitura constitucional de todo o sistema penal, sobretudo no que tange às políticas criminais concebidas pelo estado.

O Direito Penal, em um estado democrático de direito, como veremos, obedece ao chamado princípio da intervenção mínima, e isso significa que ele vai de encontro à possíveis arbitrariedades do legislador, evitando-se a previsão exaustiva de crimes e a imposição desnecessária de penas, priorizando, dessa maneira, a atuação dos demais ramos do Direito.

---

<sup>8</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e constituinte**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.19.

No regime democrático, portanto, há uma maior valoração ao aspecto liberdade e o estado tem uma atuação mínima no que diz respeito à esfera penal, que deverá revelar-se como última razão à escolha do legislador.

Um ponto de desequilíbrio entre ambos os regimes é que o estado totalitário gera insegurança social e jurídica, ao contrário de um estado democrático de direito, que se caracteriza pela existência de um documento político-jurídico bem estruturado, garantidor dos direitos fundamentais inerentes ao ser humano, e em que há estrita obediência à Constituição e às demais leis decorrentes do sistema.

No dizer de Márcia Dometila Lima de Carvalho:

A diferença, entre o Direito Penal totalitário e o Direito Penal democrático, reside no tratamento que é dado ao valor liberdade, como reflexo da dignidade humana, e não na utilização do Direito para a implementação de uma ordem sócio-econômica e cultural mais justa, mais humana e, por isso mesmo, mais digna.<sup>9</sup>

#### 1.4 Sistema punitivo ideal

Após as considerações acima, a indagação que aqui fazemos é qual seria o sistema criminal mais adequado a vigorar em determinada sociedade e sob qual forma de estado, conseqüentemente?

Um aparelho criminal manifestado por um poder totalitário, em que as normas incriminadoras possuem conteúdo mais repressivo, atuando o Direito Penal como primeiro recurso utilizado para preservar os valores ligados ao próprio estado, e concomitantemente, afastando-se da idéia de proteção às liberdades públicas? Ou um sistema punitivo fragmentário, caracterizado pela defesa de determinados bens jurídicos assim considerados de alta relevância e, sobretudo, qualificado pelo princípio da reserva legal, da anterioridade penal e da necessidade?

Em análise objetiva e ainda superficial, já podemos supor que o sistema punitivo ideal é aquele em que impera o respeito à estrita legalidade e, mais ainda, aquele em que se

---

<sup>9</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 31.

reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento jurídico, sendo corolário à promoção da justiça social.

Nessa hipótese, trazemos à baila o que se denominou estado constitucional, que para além de um estado de direito, quer significar que à Constituição cabe a tarefa de alicerçar todo o ordenamento jurídico de um país, a ela devendo obediência todas as demais leis que lhe são hierarquicamente subordinadas.

Assim, o fundamento de validade de uma norma jurídica é tão somente sua adequação ao texto constitucional, que a ele não pode contrariar.

No moderno estado constitucional de direito, a preservação da Constituição em detrimento de qualquer produto legislativo (ato normativo) que lhe seja contrário deve ser aferida sob uma dupla perspectiva, a qual passa pela dissociação dos atributos de vigência e validade da norma. Quer-se dizer: a formação da lei, como ato dotado de significação jurídica, não mais se submete unicamente às regras procedimentais sobre sua criação (vigência), senão que também envolve um processo de necessária submissão ao conteúdo material decorrente da Constituição (validade).<sup>10</sup>

Dessa forma, as normas de caráter penal igualmente estarão subordinadas ao contexto postulado na Constituição, não podendo, portanto, desvincular-se dos mandamentos traçados pelo constituinte.

#### 1.4.1 Constituição e Direito Penal: os chamados mandados de criminalização no estado democrático de direito

É evidente que, em um estado democrático de direito, em que impera uma Constituição legítima, toda e qualquer atividade do legislador ordinário fica vinculada aos fundamentos, diretrizes e princípios constitucionais, mas essa assertiva possui uma ênfase ainda mais relevante quando a lei importa matéria penal.

Isto porque, em atenção aos bens jurídicos penais providencialmente elencados, foram designados, pelo constituinte, poderes - deveres ao legislador penal ordinário para fazer valer a eficaz proteção a esses bens.

---

<sup>10</sup> FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 33.

Trata-se, pois, dos denominados mandados de penalização, que são verdadeiros mandamentos do constituinte, determinando o escudo penal a determinados bens, que assumiram o patamar de bens jurídicos penais, considerada a sua relevância.

Os mandados de criminalização não são um privilégio do ordenamento jurídico brasileiro, mas, ao contrário, já vêm sendo adotados há muito por grande parte das Constituições européias.

Esses mandados têm por escopo a proteção do próprio estado, que vai delimitar quais bens ou interesses necessitam de especial proteção do legislador infraconstitucional, dispensando-lhes tratamento na esfera penal.

“Os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral.”<sup>11</sup>

Desde já, esclarecemos, entretanto que, não obstante a existência dessa previsão constitucional expressa de determinação de penalização, assumimos a existência dos convencionados mandados implícitos de criminalização, que não estão aparentemente evidenciados no texto da Lei Maior, mas, pelo fato de decorrerem do próprio sistema, são admitidos como de igual relevância para a proteção do estado.

Assim, a Constituição impõe ao legislador a criação de tipos penais a fim de preservar aqueles bens por ela considerados relevantes, merecedores de escudo penal para sua preservação.

Nasce para o legislador, então, uma atividade legislativa vinculada, a despeito da independência dos poderes, para coibir determinadas condutas lesivas à ordem social.

É de se notar, conforme falamos, que a Constituição Federal não traz um rol exaustivo de mandados de penalização, mas, ao contrário, adota uma metodologia de mandamentos explícitos e implícitos que, por vezes, exigem interpretação teleológica a fim de não escapar o legislador às diretrizes constitucionais, excedendo-se ou omitindo-se das cláusulas ventiladas no texto constitucional.

E essa representa uma tarefa assaz peculiar, pois, a exemplo do que ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, os mandados de criminalização, veremos adiante, não são observados em sua totalidade, e as consequências dessa ‘infidelidade

---

<sup>11</sup> PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 152.

constitucional' são graves e atentatórias ao estado democrático, com vistas a invertê-lo, na prática, a um totalitarismo que precisa ser repudiado, às pressas. Dessa forma, definidas as concepções pela Constituição Federal vigente, defensora dos princípios fundamentais que inspiram todo o ordenamento jurídico, deverá o legislador observá-las, buscando a harmonização do sistema, visando a proteção penal daqueles bens jurídicos penais evidenciados pelo constituinte.

Sabe-se que a previsão dos mandados de criminalização representa, como a própria nomenclatura informa, uma ordem ao legislador ordinário, visto que este vinculado estará ao atendimento das cláusulas previstas na Lei Maior para resguardo dos bens jurídicos apontados pelo constituinte.

É o que revela, aliás, a lição de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves a respeito do tema, quando afirma que “a Constituição priva o legislador ordinário da discussão sobre se haverá criminalização; avança muitas vezes a decisão sobre como deverá ser o tratamento penal do assunto”.<sup>12</sup>

A Constituição Federal impõe a necessidade de proteção penal àqueles bens e / ou valores nela definidos, tratando-se, em verdade, de um poder-dever do legislador, acorrentado às imposições do texto constitucional.

Assim, os mandados de criminalização orientam a atuação do legislador ordinário, tendo em vista que o atendimento desses é obrigatório e dele não poderá esquivar-se.

É cabível evidenciar, entretanto, conforme pondera Antonio Carlos da Ponte, que “no ordenamento jurídico brasileiro, o não-atendimento a um mandado de criminalização por parte do Poder Legislativo não traz, no âmbito legal, qualquer consequência, a não ser a instituição do Congresso Nacional em mora legislativa, desde que, para tanto, tenha sido proposta ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental ou mandado de injunção. Esse é o grande problema que acomete o assunto, qual seja, não há qualquer tipo de sanção efetiva

---

<sup>12</sup> **GONÇALVES**, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileiro de 1988**. Tese de Doutorado, 2006, PUC/SP, São Paulo, p. 105.

destinada ao legislador que, de forma dolosa ou não, deixa de proceder ao enfretamento de matéria que seria obrigatório.”<sup>13</sup>

Cabe salientar que o constituinte, ao prever tais cláusulas mandamentais, não quis apenas a proteção negativa ou inerte por parte do estado, mas exigiu atividade legislativa positiva, a fim de tornar eficaz a própria Constituição.

Com isso, não se quer dizer que o legislador penal ordinário deve obedecer estritamente aos mandados de punição expressos na Constituição, mas deve, além de provocar a atividade legislativa para tanto, observar a necessidade social e atender àqueles mandamentos de penalização implícitos, decorrentes do próprio sistema e igualmente importantes.

Luciano Feldens, na mesma linha, afirma que “inequivocamente, dos mandados constitucionais de penalização resultam limitações à liberdade de configuração do legislador”.<sup>14</sup>

Não faria sentido a previsão limitada, quer dizer, taxativa de mandados de punição, visto que a própria sociedade vive em constante mutação, atuando o direito penal quando for necessária a sua interferência.

Isso significa dizer que, não obstante a previsão expressa dos denominados mandados expressos, encontram-se difundidos na Constituição os chamados mandados implícitos de penalização, ou seja, mandamentos reconhecidos de forma tácita, em decorrência do sistema, não havendo que se falar, portanto, em omissão do constituinte, ou mesmo descaso com esses bens jurídicos passivos de tutela na ordem penal.

Cabe destacar a difícil tarefa do legislador ordinário, vez que baseada em interpretação de todo o sistema constitucional.

É de bom alvitre lembrar que essa atividade legislativa deverá estar plenamente vinculada aos princípios constitucionais penais à disposição. São eles (os princípios) as diretrizes para a efetiva e necessária proteção dos interesses jurídicos penais, e são essas linhas mestras que passaremos a analisar, uma a uma.

Certo é que algumas dessas “cláusulas de punição” implícitas são de fácil percepção, como, por exemplo, se denota do bem jurídico vida.

---

<sup>13</sup> PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 152.

<sup>14</sup> **FELDENS**, Luciano. A Constituição Penal. **A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle das Normas Penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.76.

É dispensável analisar o cabimento do tipo penal homicídio, pois evidente a sua necessária proteção, considerado o mais essencial de todos, mas veremos, as diversas nuances que esse tipo integra provocam discussões relevantes. Nesse passo, o tema da culpabilidade assume especial acentuação.

Caberá, desse modo, ao legislador exercer um juízo de valor daqueles bens que se afigurem necessários à defesa do estado social, bem como a conveniência e oportunidade de sua inserção no ordenamento jurídico.

Trata-se, pois, de penosa missão para o legislador ordinário, em enfrentar a questão de penalizar ou não algumas condutas, em determinar a proteção ou não de certos interesses jurídicos, sob quais circunstâncias deverá fazê-lo, o momento oportuno para tanto, quando se percebe a ineficácia de outros ramos do Direito, tal qual o Administrativo ou Civil e, ademais, sabendo-se o quando, delimitar o como, jamais esquivando-se dos princípios constitucionais de caráter penal, tal como o da proporcionalidade, tanto sob o aspecto do excesso da pena, tanto sob a feição de proibição insuficiente.

Não se pode negar, portanto, a existência desses mandados penalizantes implícitos, decorrentes que são de todo o ordenamento constitucional.

Até mesmo porque não faria sentido a previsão limitada, quer dizer, taxativa de mandados de punição, visto que a sociedade vive em constante mutação, a sugerir a criação de novos tipos penais e a declarar a exclusão de outros, atuando o direito penal quando for necessária a sua interferência.

Ademais, o legislador ficaria amarrado apenas a mandamentos constitucionais explícitos, jamais podendo exercer a liberdade que é peculiar à função a ele atribuída, e, sobretudo, voltada à interpretação adequada dos princípios que a Constituição lhe determina como ponto de partida e de chegada.

Nesse sentido, alerta Luciano Feldens:

Logicamente, não se requer seja o Código Penal um espelho, um retrato fiel da Constituição, pois que se assim fosse estaríamos dirigindo, sem fronteiras, a atividade do legislador democrático, cuja liberdade de configuração seria, ao invés de regra, exceção. A relação entre bens

jurídicos constitucionais e penais não haverá de ser necessariamente de coincidência, senão de coerência.<sup>15</sup>

Dessa maneira, a atividade legislativa requer vinculação à Constituição, concatenando-se com os princípios por ela traçados, mas não está o legislador arraigado a tão somente aquilo que determina o texto constitucional, atribuindo-lhe, muito além, uma margem de atuação mais ampla e, portanto, mais livre.

Por outro lado, o legislador não pode agir em excesso, determinando sanções de cunho penal para todo e qualquer ato, sob pena de encontrarmos (como já é possível contextualizar no ordenamento jurídico brasileiro), a denominada “inflação penal patológica”, dado o absoluto exagero de leis penais.

Estamos diante, portanto, de um ponto de equilíbrio entre o minimalismo penal, caracterizado pela absoluta fragmentariedade do Direito Penal, e conseqüente intervenção mínima estatal nessa esfera e a denominada fuga ao Direito Penal, em desacordo com o princípio da *ultima ratio*.

Assim, nem uma, nem outra, representa uma solução para a segurança social cobiçada pelas Constituições democráticas. Na primeira hipótese, porque o Direito Penal se mostrará ineficaz, ao atender tão somente àqueles mandados de penalização explícitos no texto constitucional, em detrimento de também atender-se aos chamados mandamentos implícitos, que são de vital importância para a manutenção da paz social. Na segunda hipótese, também mostrar-se-á ineficaz o sistema punitivo por causa diametralmente oposta, que é o excesso de normas penais incriminadoras, provocando o uso abusivo da pena para um (falso) controle social, gerador do que há muito se denominou “hipertrofia penal”. Isso faz com que o sistema criminal perca “parte de seu crédito, e, portanto, de sua força intimidatória, já que o corpo social deixa de reagir do mesmo modo que o organismo humano não reage mais a um remédio administrado abusivamente”.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> FELDENS, Luciano. A Constituição Penal. **A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle das Normas Penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.94.

<sup>16</sup> LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 113.

Cabe ao legislador ordinário conter-se em sua ânsia criminalizadora, e verificar, diante das necessidades e agruras sociais, quais os bens ou interesses jurídicos que de fato exigem proteção penal.

Não obstante ao fato de que cabe ao legislador ordinário zelar pela congruência constitucional quando da elaboração de normas penais criminalizadoras, e daí decorre um perigo iminente, pois incumbe à sociedade, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário frear eventuais devaneios legislativos, não nos restam dúvidas de que a adoção de uma ideologia democrática e, por sua vez, a constituição plena de um estado democrático de direito representam, pelo reconhecimento de direitos e garantias ao indivíduo, e pela valoração à dignidade da pessoa humana, a forma mais sensata para abarcar um sistema punitivo mais adequado a vigorar em uma sociedade.

Isso porque, não somente os estudiosos, e mesmo os doutrinadores das ciências jurídicas e, mais especificamente, das ciências criminais, revelaram e têm constatado, ao longo da História, que um regime com vistas ao totalitarismo, e, portanto, autoritário, é gerador de um estado policial e isso está longe de ser aceitável.

Existe, todavia, nisto, todo um perigo de tentação de abuso político, de autoritarismo além do necessário, a ser evitado pelos próprios limites constitucionais, traçados para o Direito Penal, e pela sua própria exigência de eticidade.

A dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, é o valor expresso no princípio da humanidade do Direito Penal, que não pode deixar de ser considerado quando da criminalização de qualquer fato, etiquetado como socialmente agressivo, ou quando da cogitação de qualquer sanção criminal.

Princípios como o da legalidade, o da culpabilidade, juntamente com outros, de cunho processual, herdados do Estado liberal, bem como o desenvolvimento dogmático desses princípios, dentro do Direito Penal e Processual Penal, dão uma certa segurança jurídica contra o arbítrio estatal. Não se pode negar, ao princípio da culpabilidade, um sentido humanístico-garantidor.<sup>17</sup>

O legislador ordinário deve pautar-se de acordo com os princípios reveladores do Direito Penal, os quais analisaremos mais adiante, e isso quer significar que aqueles interesses jurídicos que escapam aos comandos delineados por esses princípios

---

<sup>17</sup> **CARVALHO**, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p.45.

devem ser objeto de proteção dos demais ramos do Direito, não cabendo ao Direito Penal atuar, ao menos em um primeiro momento, vez que o ordenamento constitucional adota o princípio da *ultima ratio* e da fragmentariedade, não justificando sua intervenção sem antes revelarem-se ineficazes outras formas de prevenção do delito.

Significa dizer que a Constituição, hierarquicamente superior que é, restringe o conceito de delito, e possui um viés de atendimento à justiça social, preocupação que só existe em um estado democrático e social.

1.4.2 Por que julgamos mais adequado o modelo de estado democrático e social de direito?

Constituir-se um estado em democrático de direito é o mesmo que afirmar que nesse estado vigora o império da lei, e isso não denota uma mera certeza de aplicação da lei, mas, mormente, associa-se ao fato de que a autoridade da lei é fruto da vontade popular.

É a decisão do povo que determina o conteúdo da lei, e, especialmente no que se refere à matéria criminal (pivô de nosso trabalho), a norma é responsável por afastar as arbitrariedades estatais tão características de um estado totalitário, em que, longe de imperar a vontade do povo, verdadeiro titular do poder, prevalece a ambição de um ditador, cuja aspiração está intimamente ligada a um poder absoluto e opressor.

Em um estado democrático de direito, ao contrário, privilegia-se o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, por meio de um ordenamento jurídico pleno, capaz de garantir a eficácia dos direitos nele amparados.

Linhas acima, concluímos, de antemão, que o Direito Penal de um estado totalitário diferencia-se e muito daquele de um estado democrático de direito.

Nesse sentido, como acentua Antonio Carlos da Ponte:

O Direito Penal de um Estado Totalitário certamente não é o mesmo de um Estado Democrático de Direito. É bem verdade que determinados bens jurídico-penais fundadores dos chamados crimes naturais (vida, integridade corporal, patrimônio, costumes, etc.) serão preservados em ambos, porém com maior ou menor ênfase dependendo

do modelo político adotado. Todavia, alguns bens encontrarão proteção apenas em uma das modalidades de Estado.<sup>18</sup>

O mesmo autor revela que:

Em um Estado Totalitário haverá a preocupação precípua com os valores ligados ao Estado em si, ficando as liberdades públicas em segundo plano; a imposição de padrões de comportamento os campos da moral, ideologia e religião serão suas marcas. Já num estado Democrático de Direito haverá uma grande preocupação em salvaguardar as liberdades públicas, assegurar intransigentemente respeito às garantias individuais e estimular a pluralidade, a diversidade e a tolerância. A lei penal será o último recurso destinado àqueles que se insurjam contra a ordem social, fruto de uma construção coletiva.<sup>19</sup>

Verificamos que, ao analisarmos o conjunto de princípios contemplados pelo ordenamento jurídico de um país, identificamos a forma de estado por este adotada.

Averiguamos também que, por meio da identificação do sistema punitivo em vigor, é plenamente possível concluir-se sob qual forma de estado esse se subordina, bem como os princípios regentes de seu arcabouço jurídico.

Constatamos, enfim, que o sistema punitivo de um estado democrático de direito é mais recomendável do que aquele subordinado a um estado totalitário, sobretudo pela atribuição de liberdades civis, direitos e garantias fundamentais, bem como em razão da leitura que é dada ao chamado princípio da dignidade humana.

É, pois, um passo importante para, *a posteriori*, conhecermos cada um dos princípios constitucionais penais que regem um estado democrático de direito.

## 2. Princípios, normas e regras

Grande parcela da doutrina tem se manifestado acerca do conceito de princípios, bem como se preocupado, com bastante ênfase, em diferenciá-los das chamadas regras.

Toda essa discussão é deveras válida, pois, além de ser vital à ciência jurídica a enumeração e a correta interpretação dos princípios, já é possível notar considerável

---

<sup>18</sup> PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 143.

<sup>19</sup> Idem.

evolução do tema, o que torna a aplicação do direito mais sensata e condizente, proporcionando, assim, segurança e eficácia jurídica.

Assim, não obstante ao fato de, linhas acima, termos evidenciado o conceito e a importância dos princípios jurídicos, aqui pretendemos adentrar com maior profundidade a matéria, considerando a função que os princípios carregam consigo, bem como a representatividade desses no ordenamento jurídico.

Neste passo, faz-se necessário encontrarmos um conceito mais preciso, ou mais adequado às idéias que ora apresentamos.

O princípio é o 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 do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.<sup>20</sup>

Este conceito nos remete, primariamente, a importância que os princípios jurídicos detêm, pois servem de alicerce ao sistema e, assim sendo, como fundamento para as demais normas.

A apreciação de seu sentido, bem como de suas nuances representa um importante passo para caminharmos adiante na compreensão do tema a que nos propusemos.

Assim, antes de adentrarmos na discussão e análise minuciosa de cada um dos princípios constitucionais penais, é providencial que, em tentativa de análise mais profícua, ingressemos no universo dos princípios a fim de reconhecer a origem dos comandos determinados pelo constituinte para a construção de um sistema criminal.

Isto porque são eles, os princípios, os responsáveis pela estruturação de um ordenamento jurídico, bem como pela fundamentação de todo um sistema legal, propiciando-lhe coesão e harmonia.

É, portanto, primordial que percorramos esse *iter* obrigatório, da determinação dos princípios e, sobretudo reconhecer o papel que lhes compete para, ao final, podermos

---

<sup>20</sup> Apud SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**, 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 146.

compreender e delinear os limites constitucionais penais traçados pela vigente Constituição Federal.

Será preciso também, aspecto de considerável relevância, distinguir princípios de regras, duas espécies normativas que, em conjunto, compõem nosso ordenamento jurídico. E, sabe-se, essa composição deve ser feita de maneira harmoniosa.

Diferenciar princípios e regras não representa tarefa fácil, até porque não é possível afirmar que estão esgotadas todas as discussões acerca dessa disciplina, ao contrário, hoje se verifica que é corriqueiro o debate a respeito, tanto doutrinário, como também jurisprudencial.

Destacamos, pois, a autoridade dos princípios, ou seja, essas “idéias centrais”<sup>21</sup>, por meio das quais é possível identificar a qual sistema pertencem, distinguindo-os dos demais.

“É verdade que o importante não é saber qual a denominação mais correta desse ou daquele princípio. O decisivo, mesmo, é saber qual é o modo mais seguro de garantir sua aplicação e sua efetividade.”<sup>22</sup>

A esse respeito, Carlos Ari Sunfeld esclarece que o ordenamento jurídico contém duas espécies de normas: regras e princípios, e exemplifica: A norma do art. 151 do Código Penal é uma regra: “Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem: Pena – detenção, de 1 a 6 meses, ou multa”. A norma do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal é um princípio: “Todos são iguais perante e lei.”<sup>23</sup>

Assim, já é possível afirmarmos que ambos, princípios e regras, integram o ordenamento jurídico e são considerados imprescindíveis, na medida de sua funcionalidade, pois afirmam a própria identidade do sistema, mas é fato que cada qual possui uma característica e um alcance próprios, que devem ser bem definidos, sob pena de prejudicar sua correta efetividade.

---

<sup>21</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**, 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 143.

<sup>22</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 24.

<sup>23</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**, 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 145.

Acrescentamos também, conforme Humberto Ávila, que ambos, princípios e regras, devem coexistir e não há que se falar em normas independentes, não se podendo idealizar uma sem a existência da outra.

“Os princípios jurídicos constituem a base do ordenamento jurídico, a parte permanente e eterna do direito e também a cambiante e mutável, que determina a evolução jurídica; são as idéias fundamentais e informadoras da organização jurídica da Nação.”<sup>24</sup>

Nesse sentido, Humberto Ávila defende:

Demonstrar-se-á, de um lado, que os princípios não apenas explicitam valores, mas, indiretamente, estabelecem espécies precisas de comportamentos; e, de outro, que a instituição de condutas pelas regras também pode ser objeto de ponderação, embora o comportamento preliminarmente previsto dependa do preenchimento de algumas condições para ser superado. Com isso, ultrapassa-se tanto a mera exaltação de valores sem a instituição de comportamentos, quanto a automática aplicação de regras.<sup>25</sup>

Afirmamos, desde já, que há uma escala hierárquica, sob o aspecto valorativo e, portanto, um divisor de águas entre princípios e regras e, por via de consequência, essas últimas se subordinam ou devem respeito às primeiras.

Não há que se falar em paridade entre princípios e regras, visto que não ocupam eles o mesmo status normativo do ordenamento jurídico, isto porque, veremos, os princípios constituem as diretrizes e os fundamentos normativos para a correta aplicação do Direito. Isso não significa dizer, entretanto, que as regras podem ser extraídas ou despojadas do ordenamento jurídico, pois igualmente desempenham papel fundamental, que não pode ser afastado pelo mero reconhecimento dos princípios a que se subordinam.

“O princípio jurídico é uma norma de hierarquia superior à das regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a

---

<sup>24</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**, 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 146.

<sup>25</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 25.

globalidade do ordenamento jurídico. Deve haver coerência entre os princípios e regras, no sentido que vai daqueles para estas.”<sup>26</sup>

Para Humberto Ávila, o critério distintivo dos princípios em relação às regras também seria a função de fundamento normativo para a tomada de decisão, sendo essa qualidade decorrente do modo hipotético de formulação da prescrição normativa.<sup>27</sup>

Não há que se falar, portanto, em uma distinção estanque entre princípios e regras. E isso acontece justamente porque, não obstante ao fato de que os princípios se antecipam às regras e são os responsáveis por fazer incidir a própria elaboração e interpretação dessas, não é possível afirmarmos que um ordenamento jurídico esteja plenamente desenvolvido sem a enumeração mínima de, além dos princípios, seu conjunto de regras.

De fato, nos parece que aos princípios cabe uma (ou muitas) tarefa peculiar de nortear e harmonizar todo o sistema jurídico, pois eles devem ser observados, não somente para a elaboração de uma nova norma, como também devem ser utilizados para aplicar essas normas já em vigor.

Isto porque pode ocorrer, e muitas vezes acontece, de algumas normas apresentarem uma espécie de conflito ou ‘colisão’ entre elas. Assim ocorrendo, competirá aos princípios, orientando a aplicação correta das regras, definir qual delas destoa do ordenamento jurídico, a exigir o reconhecimento de sua invalidade, ou ainda, a determinar a existência de uma regra de exceção para que se faça respeitar a harmonia sistêmica, ou, em última análise, afastar a eficácia de determinada regra, mas não sua validade, em respeito ao princípio da razoabilidade, que permitirá, em muitas ocasiões, sua convocação em prol da segurança jurídica, e da desnecessidade de se desfazer determinado ato já em plena eficácia.

É, inclusive, neste ponto que podemos visualizar uma das principais diferenças e, ao mesmo tempo, uma nítida proximidade entre ambos: princípios e regras. Em preceito, os primeiros permitem essa dualidade, enquanto que os segundos não, entretanto

---

<sup>26</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**, 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 146.

<sup>27</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 36.

admite-se, para ambos, a aplicação do princípio da razoabilidade, a fim de garantir certa equidade na interpretação das normas jurídicas.

Princípios e regras são, indistintamente, passíveis de interpretação, não se podendo categorizar que a hermenêutica apenas dirá respeito à aplicação dos princípios. Por sua vez, “a aplicação das regras também depende da conjunta interpretação dos princípios que a elas digam respeito (por exemplo, regras do procedimento legislativo em correlação com o princípio democrático) e, de outro, que os princípios normalmente requerem a complementação de regras para serem aplicados.”<sup>28</sup>

Trata-se, em resumo, de figuras distintas, que se aproximam e se entrelaçam para, juntas, comporem um sistema jurídico plenamente válido e eficaz.

## 2.1 O papel dos princípios jurídicos

Aos princípios competem dois importantes papéis fundamentais: eles sugerem a ideal interpretação das regras, proporcionando uma relação de concordância entre ambos, e garantem a integração das normas, preenchendo eventuais lacunas encontradas no ordenamento jurídico.

Em relação à interpretação das regras, é possível afirmarmos que, em razão da já evidenciada superioridade dos princípios, como normas basilares de um sistema jurídico, que estará incorreta a interpretação das regras quando essa evidenciar alguma contrariedade com os princípios.

Isto porque são os princípios que devem determinar a adequada aplicação das regras e, portanto, essas não podem escapar aos preceitos daqueles.

Os princípios funcionam como bússolas, indicando a correta direção de todo o aparelho jurídico e, se não atendidas essas coordenadas, estará o legislador ou o aplicador do direito, conforme o caso, desviando-se do ideário perpetrado pelo sistema.

Assim, no mesmo passo, quando as regras admitirem interpretações diversas, será válida e admissível apenas a leitura mais condizente com os princípios.

---

<sup>28</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 48.

Ainda, havendo lacunas no ordenamento jurídico (e é comum que elas existam), e isso significa dizer que não há previsão legal para determinada situação fática, caberá, mais uma vez, a adoção dos princípios jurídicos.

Essa é, aliás, a própria determinação do artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, que tem a seguinte redação: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Faz-se necessário um estudo acerca dos princípios aplicáveis a cada caso, de modo a reconhecer, por vezes, além dos chamados princípios explícitos, mais fáceis de serem reconhecidos, os já citados princípios implícitos, igualmente importantes e decorrentes do sistema, mas que, por sua vez, exigem um trabalho ‘investigativo’, de descoberta intra-sistêmica.

Não se trata, pois, de inovação, ou invenção, mas de reconhecimento desses preceitos que não se encontram expressamente enunciados, mas que se encontram latentes, dissimulados no bojo no ordenamento jurídico e, por essa razão, exigem leitura mais atenta e ainda mais crítica.

Diante dessas linhas preliminares, não nos restam dúvidas de que cabe aos princípios tarefa particular de ordenar todo o sistema, proporcionando às regras subsídios para seu fiel desígnio.

## 2.2 Possível conflito entre princípios

É infundável a discussão em torno do aparente conflito entre princípios. Há quem defenda, inclusive, que é possível haver contradição entre eles, entretanto não compartilhamos com essa teoria, pois cremos que os princípios, para atingirem esse status, assumem um papel de isenção, incapaz de gerar incongruências no ordenamento jurídico.

Admitimos, todavia, que dois ou mais princípios poderão fazer-se presentes em determinada circunstância fática que, conforme o caso e os interesses jurídicos envolvidos, preferirá a adoção de um em vez do outro, ou ainda, recomendará a aplicação de um com maior ênfase e de outro em menor evidência.

Para Humberto Ávila:

A diferença entre princípios e regras (...) deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: diferença quanto à colisão, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; diferença quanto à obrigação que instituem, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes.<sup>29</sup>

Esse entendimento de que não é possível a coexistência de regras conflitantes não é por nós defendido. Ao contrário, é possível constatarmos, em escala teórica e também prática, que é plenamente admissível essa antinomia entre regras e, não obstante o reconhecimento de que são contrárias, elas podem coexistir em determinado sistema jurídico.

Nessa hipótese, faz-se necessária a atribuição de um peso para cada regra, analisando-se aquela mais pertinente ao caso concreto, com a desejável aplicação do que é mais recomendável e, portanto, mais razoável à situação.

Neste caso, a regra por ora afastada, permanecerá válida, não havendo que se falar em sua declaração de invalidade, ou mesmo a criação de uma exceção.

Diante da dualidade entre regras, é possível que uma delas seja de fato inválida, a exigir tal reconhecimento, porém é perfeitamente aceitável que, não sendo o caso de invalidade, haja um sopesamento entre essas regras, em nome do princípio da razoabilidade.

Humberto Ávila defende que:

Não é absolutamente necessário declarar a nulidade de uma das regras, nem abrir uma exceção a uma delas. Não há a exigência de colocar uma regra dentro e outra fora do ordenamento jurídico. O que ocorre é um conflito concreto entre as regras, de tal sorte que o julgador deverá atribuir um peso maior a uma das duas, em razão da finalidade que cada uma delas visa a preservar.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Apud ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 38 e 39.

<sup>30</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 53.

Em relação aos princípios, é possível seguirmos a mesma linha de raciocínio das regras válidas. Isto porque, reconhecendo-se a dualidade entre princípios, o caso concreto determinará a aplicação de um em detrimento do outro, mas esse permanecerá válido e nem se cogitará da hipótese de retirá-lo do ordenamento jurídico.

Haverá, sim, uma ponderação entres os princípios aplicáveis a cada caso.

É imprescindível, portanto, que o operador do Direito tenha conhecimento das normas, quaisquer que sejam as espécies normativas, para saber aplicá-las e mensurá-las de acordo com o que exige o caso concreto.

“É preciso operá-los em conjunto, dimensionando o peso relativo de cada qual. (...) Não há como predeterminar, para todos os casos, o peso que terá cada princípio, e qual acabará por prevalecer”.<sup>31</sup>

Definir qual princípio deverá ser aplicado não é tarefa fácil, pois exige do aplicador do Direito, além de vasto conhecimento jurídico, o reconhecimento da ideologia que fundamenta determinado sistema e, portanto, os princípios que o cercam.

“Isso significa que, em cada caso, armam-se diversos jogos de princípios, de sorte que diversas soluções e decisões, em diversos casos, podem ser alcançadas, umas privilegiando a decisividade de certo princípio, outras a recusando.”<sup>32</sup>

São, portanto, os chamados valores ideológicos que instruem essa ilusória dualidade entre os princípios, e são eles próprios, os valores ideológicos, que definirão qual princípio deverá ser convocado segundo exige determinada circunstância fática, sob pena de atentar-se à harmonia do sistema, dando ensejo a uma verdadeira insegurança e instabilidade jurídicas.

Assim, nos parece claro que não é o critério de ponderação ou peso que diferencia princípios de regras, até porque todas as normas são (e devem ser) passíveis de interpretação, argumentação e sopesamento, conforme exigir o caso concreto, e isso é perfeitamente aceitável.

Na definição de Humberto Ávila:

---

<sup>31</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**, 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 150.

<sup>32</sup> Apud SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**, 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 150 e 151.

As regras são normas imediatamente descritivas primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas (pois estabelecem um fim a ser atingido), primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

A diferença crucial entre princípios e regras está no fato de que os primeiros servem como alicerces do ordenamento jurídico. Serão eles os verdadeiros escudos dos valores intrínsecos em um determinado sistema jurídico, tornando-os pilares de um emaranhado de regras que, por sua vez, têm a missão de refletir determinados comportamentos descritivos.

Os princípios, exatamente pela característica de norma finalística que carregam, são considerados, em escala hierárquica, superiores às regras, pois definem o sentido dessas, bem como das demais normas do ordenamento jurídico, entretanto não se pode afirmar que os princípios são independentes às regras, ou são mais importantes que essas. Ao contrário, observa-se que princípios e regras devem coexistir, pois não se pode imaginar um ordenamento formado somente por princípios, ainda que esses sejam norteadores do sistema, e nem se poderia cogitar desse ordenamento ser constituído apenas por regras.

Ambos, portanto, devem conviver harmonicamente, integrando o sistema e, sobretudo, respeitando-se o papel que cada qual exerce.

Assim, não obstante ao fato de que aos princípios cabe a peculiar tarefa de representarem a bússola, por assim dizer, de todo o ordenamento jurídico, faz-se necessário reconhecer que ambas as espécies normativas desempenham importantes funções, a exemplo do que acontece no sistema normativo brasileiro, em que os princípios representam o guia para a garantia dos valores reconhecidos pelo modelo social-democrático por nós adotado, como também impõe às regras pleno reconhecimento, dado o conteúdo estrutural e, portanto, de considerável relevância, que lhes são atribuídas.

Reconhecer uma ou outra espécie normativa acarreta em implicações jurídicas também distintas: as regras estão destinadas a gerar uma solução imediata e específica, enquanto que os princípios estão voltados a um caráter mais finalístico, determinando um fim juridicamente relevante, e orientando a aplicação das regras e, portanto, todo o sistema jurídico.

Sabidamente, é vital reconhecer que essas espécies normativas diferenciam-se e desempenham funções diversas, mas é igualmente essencial que ambas sejam consideradas adjacentes, pois as primeiras não se sustentam sem as últimas e vice-versa. Trata-se, portanto, de uma relação de interdependência.

### 3. Princípios constitucionais penais e estado democrático e social de direito

No tópico anterior, abordamos o conceito de princípios, bem como destacamos a importância e a funcionalidade que esses exercem no sistema jurídico.

Neste passo, nossa tarefa consiste em discorrer acerca de cada um dos princípios constitucionais penais, relacionando-os com o modelo de estado por nós adotado, criando-se, assim, uma interrelação entre a forma de estado e os princípios por esse concebidos.

Trata-se, adiantamos, de obrigatória relação de adequação, já que os princípios jurídicos, sobretudo os princípios constitucionais penais revelam qual o modelo de estado adotado, seja ele totalitário, seja ele democrático de direito.

Assim, por meio de uma leitura constitucional, é possível, identificando-se os princípios penais ali manifestados, explícita ou implicitamente, deduzir qual a forma de estado concebida e, com isso, identificar se determinada Constituição prevê a instituição de um rol de direitos e garantias fundamentais, reconhecendo-se, portanto, um estado democrático de direito, ou se, ao contrário, prevê imperativos ao poder estatal, limitando os preceitos garantidores de direitos fundamentais, hipótese em que estaremos diante de um estado com viés totalitário.

Diante disso, a análise atenta dos princípios constitucionais penais não apenas identifica o seu modelo estatal, como também nos remete às consequências de se reconhecer ou não um estado democrático de direito, isto porque os princípios penais

constitucionais que adiante estudaremos são típicos em um estado democrático, não sendo admissível a sua existência em um estado tido como totalitário, por suas próprias nuances.

É importante destacarmos que os princípios penais inseridos no texto constitucional importam em segurança do sistema, e devem, ao menos em reflexo teórico, orientar a legislação que lhe é subordinada.

Dessa forma, não obstante ao fato de identificarmos os principais princípios consagrados pela Constituição brasileira de 1988, averiguaremos se esses mesmos princípios cumprem o papel que lhes compete, consagrando, na prática, um estado democrático social de direito.

Dentre os princípios aplicados na Constituição Federal brasileira, destacamos o princípio da legalidade, o da anterioridade, o da culpabilidade, o da insignificância, o da adequação social e, por fim, o da proporcionalidade, todos eles intrínsecos ou expressos em nosso sistema jurídico.

A análise pormenorizada de cada um desses princípios eleitos é o que passaremos a estudar nas linhas que se seguem.

### 3.1 Princípio da legalidade

Esse, não restam dúvidas, é um dos princípios chave de um sistema jurídico ideologicamente democrático. É ele o principal responsável por promover a segurança jurídica em detrimento de arbitrariedades, sobretudo no que concerne ao sistema criminal de um estado.

E isso acontece porque é o princípio da legalidade, previsto no artigo 5º da Constituição Federal, quem assegura que só existirá crime, uma determinada modalidade de crime, se uma lei própria e anterior trouxer essa definição.

É o que revela o inciso XXXIX do mencionado artigo:

Art. 5º, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Daí, já podemos vislumbrar a segurança jurídica proporcionada pelo princípio da legalidade. Isto porque, se não fosse a previsão taxativa de definição por meio legal e temporal acerca da existência ou não de determinado crime, ficaria a sociedade à mercê de arbitrariedades estatais, às quais não são aceitáveis em um estado cuja ideologia preferiu simbolizar um estado democrático e social de direito.

Se assim não o fosse (a adoção pacífica do princípio da legalidade), estaria configurado um modelo de sistema penal típico de um estado totalitário, absolutamente oposto ao ideário democrático instrumentalizado pela Constituição Federal brasileira de 1988.

Neste contexto, é possível traçarmos uma linha mestre entre a adoção de um estado democrático de direito e os instrumentos criados pelo constituinte a fim de fazer valer ou garantir a efetivação desse mesmo estado democrático.

Desse modo, se silente o constituinte quanto ao princípio da legalidade, inadmitindo a sua existência e, conseqüentemente, da previsão formal e anterior das diversas modalidades de crime, estar-se-ia admitindo que, embora proclamada uma aparente ideologia democrática, determinado estado adota, na realidade, o regime do totalitarismo.

Como vimos, a ideologia característica de um estado não reside propriamente no fato desse estado declamar esta ou aquela forma de estado (se totalitário ou democrático de direito), mas, sobretudo o que esse estado preconiza em sua Constituição, quais os valores ali consagrados, bem como pela existência do aparelho necessário a fim de fazer valer os direitos nela consagrados.

Assim, um estado que se revela democrático de direito, mas, ao contrário, sujeita a sociedade às arbitrariedades por ele impostas, está, na verdade, sob o jugo de um estado totalitário. Trata-se, portanto, de um aparente estado democrático de direito.

E não há dúvidas de que, como revelamos linhas atrás, o aparato criminal muito revela a ideologia adotada por determinado estado. Sem observar as demais matérias do constituinte e, passando a analisar tão somente os direitos e garantias consagrados no campo penal, podemos identificar se aquele estado adequa-se a um modelo totalitário ou, ao contrário, se dá guarida a um estado democrático de direito.

O sistema penal é, assim sendo, determinante para o reconhecimento de um estado democrático e social de direito e, neste ponto, fica claro que o princípio da legalidade,

com os desdobramentos que passaremos a estudar, representa uma espécie de espelho para a averiguação dessa forma de estado deveras sustentada pela Constituição brasileira de 1988.

O princípio da legalidade não apresenta uma nuance única, passível de uma leitura simples, mas sim alguns aspectos devem ser analisados com cautela.

A Constituição Federal, de forma providencial, quis dar a este princípio conotações diversas, mas que se entrelaçam e constituem um dos princípios mais vitais para o sistema criminal e, conseqüentemente, para o estado democrático de direito, do qual é representativo.

No Código Penal brasileiro, mesmo anterior à promulgação da Constituição, igualmente prevê esse princípio:

Artigo 1º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Assim, já aqui podemos constatar que esse princípio revela que ninguém poderá ser punido se não existir uma lei que considere o fato praticado como crime.

Também chamado de princípio da reserva legal, aspecto de considerável relevo, significa que a definição dos crimes e, inclusive, das respectivas penas cominadas para cada crime deve ser feita exclusivamente por lei (formal), ficando excluídas, portanto, quaisquer outras fontes legislativas.

É importante destacarmos também que o princípio da legalidade está intimamente ligado ao princípio da anterioridade. E isso ocorre pois, para a legalidade, não basta a mera previsão legal, sob o aspecto formal, mas inclusive que essa previsão seja anterior ao fato praticado. Há, assim, um aspecto temporal que deve ser observado, não obstante ao fato do crime previsto (hipótese normativa) coadunar-se com a conduta praticada pelo agente.

Deve, portanto, a lei prever aquelas condutas consideradas criminosas, obedecendo a essa condição temporal e, no mais, estabelecendo a pena cabível para determinado crime, aspecto que igualmente engloba o princípio da legalidade, sem o que não há que se falar em adequação a esse princípio.

O princípio da legalidade, como corolário de um estado democrático de direito, afasta eventuais arbitrariedades que possam ser adotadas pelo Estado-juiz e possibilita segurança jurídica e social, uma vez que garante à sociedade o direito ao prévio conhecimento das condutas criminosas estabelecidas pelo estado, como também das consequências do cometimento de determinado ilícito, hipótese em que estará o agente sujeito às penas previamente constituídas.

### 3.1.1 Princípio da reserva legal

São três as nuances ou aspectos do princípio da legalidade, os quais passaremos analisar um a um, já que cada qual apresenta sua indiscutível peculiaridade.

O princípio da reserva legal está disposto no já citado artigo 5, inciso XXXIX, da Constituição federal brasileira.

O assento constitucional justifica-se pela importância que esse princípio representa e trata-se, em verdade, da “necessidade da contenção do arbítrio judicial”, de fazer-se imperar o que dispõe a lei, pois só por meio de uma fonte legislativa adequada, é possível superar a simbologia do totalitarismo que permeia a sociedade, com a proteção efetiva dos direitos sociais e o conseqüente reconhecimento de um estado democrático e social de direito.

Para Luiz Luisi:

Pregando esta teoria a construção do Estado como se tivesse origem em um contrato social, faz do Estado um mero instrumento de garantia dos chamados direitos do homem. A missão do Estado praticamente se limita a proteção efetiva desses direitos. Nascido com a preocupação de reagir ao absolutismo monárquico, o iluminismo preconiza a limitação do poder do estado, garantindo ao cidadão uma faixa de ação. Ou seja: somente não é lícito aquilo que a lei proíbe. Dentre esses direitos se insere o da reserva legal, ou seja: somente a lei, e anteriormente ao fato, pode estabelecer que este constitui delito, e a pena a ele aplicável.<sup>33</sup>

A luta, portanto, para fazer-se respeitar o império da lei não é recente, e hoje coaduna-se perfeitamente com o ideário de estado de direito democrático e social. Assim,

---

<sup>33</sup> LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 19.

somente a lei (formal) poderá estabelecer os comportamentos ilícitos, bem como as respectivas sanções cabíveis.

“A lição mais notável e clara se encontra no “Dos Delitos e Das Penas”, o pequeno grande livro de Cesare Bonesana, Marques de Beccaria, “Só as leis” – diz o nobre Lombardo – “podem decretar as penas para os delitos. Esta autoridade não pode residir se não no legislador, que representa toda a sociedade organizada por um contrato social”.<sup>34</sup>

Dessa forma, o postulado do “*nullum crime e nulla poena, sine previa lege*” passou a ser consagrado pelas Constituições democráticas de todo o mundo, tornando-se um marco contra os arbítrios do poder estatal.

É evidente, entretanto, que algumas legislações de cunho totalitário ou que adotam um aparente regime democrático de direito não prevêm esse princípio, ou apenas o fazem de forma relativa, ou seja, admitindo exceções e / ou analogias aplicáveis à esfera penal.

Sabe-se, essa “índole análoga” não é cabível em um regime democrático, que, ao contrário, não prevê quaisquer reservas, analogias ou normas costumeiras a esse princípio, no que diz respeito às normas incriminadoras, em desfavor do réu. Admite, entretanto, a sua aplicação quando favorável ao réu.

Luis Luiz considera:

Pode-se, apesar das exceções mencionadas dizer que o postulado da Reserva Legal é um patrimônio comum da legislação penal dos povos civilizados, estando, inclusive, presente nos textos legais internacionais mais importantes do nosso tempo. Basta lembrar o que dispõe o artigo II, 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948: “ninguém será condenado por atos ou omissões que no momento em que se cometerem não forem crimes segundo o direito nacional ou internacional. Tão pouco se imporá pena mais grave que a aplicável no momento da comissão do delito”.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Idem, p. 19 e 20.

<sup>35</sup> LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 21.

Nota-se, desde já, o caráter preventivo e repressivo do Direito Penal, pois se estabelecidos os comportamentos ilícitos que a Lei proíbe e, conseqüentemente, pune, a mera previsão já incute a prevenção ao crime.

Registre-se, ainda, que o postulado da Reserva Legal, além de arginar o poder punitivo do Estado nos limites da lei, dá ao direito penal uma função de garantia, posto que tornando certos o delito e a pena, asseguram ao cidadão que só por aqueles fatos previamente definidos como delituosos, e naquelas penas previamente fixadas pode ser processado e condenado. Daí porque é de indiscutível atualidade a lição de R. Von Hippel quando sustenta que o princípio da Reserva Legal é um axioma destinado a assegurar “a liberdade do cidadão contra a onipotência e a arbitrariedade do Estado e do Juiz.”<sup>36</sup>

Trata-se, portanto, de um instrumento de liberdade e justiça.

### 3.1.2 Princípio da taxatividade

O princípio da taxatividade, igualmente chamado de princípio da determinação, está também intrínseco ao princípio da legalidade, e essa é uma característica peculiar do Direito Penal, que, além de exigir que as condutas criminosas estejam previstas em lei adequada (lei formal), determina ainda que essas previsões sejam taxativas, ou seja, aquelas normas tidas como incriminadoras não devem admitir condutas genéricas, amplas, passíveis de interpretações ambíguas ou contraditórias.

Isso ocorre porque o Direito Penal não pode ficar à mercê da subjetividade do julgador, mas deve atender a critérios objetivos e que admitam margem remota de subjetivismo. Assim, as normas, especialmente aquelas de natureza incriminadora, devem ser as mais precisas o possível, estabelecendo critérios efetivos para a adequação da conduta praticada pelo agente com o fato descrito pela lei.

Se a lei, ao contrário, é aberta, acaba por admitir múltiplos entendimentos acerca do mesmo fato, o que torna a lei ineficaz, pois ora será aplicada, ora não.

---

<sup>36</sup> Idem, p. 23 e 24.

Trata-se de um princípio direcionado ao legislador penal, que fica subordinado (poder-dever) à elaboração de tipos penais fechados, claros, e precisos, além da tecnicidade formal e material a que devem atender.

Assim, estar-se-ia atingindo seu objetivo primordial que é proporcionar o conhecimento inequívoco do tipo penal a seus destinatários, intimidando-os, assim, a não praticarem o delito (aspecto preventivo).

Ademais, não se pode olvidar que a maior preocupação do constituinte aqui diz respeito à eventuais arbitrariedades por parte do Estado-juiz, já que tipos penais amplos e imprecisos comportam uma margem de subjetividade contrária a qualquer estado democrático de direito, em que não se admite condutas criminosas dúbias, que dão ensejo a julgamentos destoantes sobre o mesmo fato.

A lição de Luiz Luisi expõe de modo providencial a função desse princípio: “O princípio da determinação taxativa preside, portanto, a formulação da lei penal, a exigir qualificação e competência do legislador, e o uso por este de técnica correta e de uma linguagem rigorosa e uniforme.”<sup>37</sup>

E continua o mesmo Autor:

Sem esse corolário o princípio da legalidade não alcançaria seu objetivo, pois de nada vale a anterioridade da lei, se esta não estiver dotada de clareza e da certeza necessárias, e indispensáveis para evitar formas diferenciadas, e, pois, arbitrárias na sua aplicação, ou seja, para reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei.<sup>38</sup>

De modo que o princípio da taxatividade, espelho que é de um estado democrático de direito, não pode ser esquecido e caberá ao legislador ficar atento a esse mandamento, sob pena de converter-se em estado totalitário.

### 3.1.3 Princípio da irretroatividade

---

<sup>37</sup> LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 24.

<sup>38</sup> Idem

Um terceiro e último aspecto do princípio da legalidade é o denominado princípio da irretroatividade.

Trata-se, em verdade, do princípio da irretroatividade da lei penal mais severa, conforme o disposto no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal:

Art. 5º, XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Esse princípio também vem disposto no Código Penal, artigo 2º e parágrafo único, senão vejamos:

Art. 2º Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Esse princípio prevê que a lei penal posterior mais severa é irretroativa, ou seja, não pode ser aplicada aos fatos ocorridos antes de sua vigência. Destaca-se que a lei penal mais severa não retroage, pois, por equidade, a legislação mais benéfica, ainda que posterior, retroagirá sempre, pois favorecerá o réu.

É o fator temporal da lei, e importa que essa somente será aplicada aos fatos cometidos após a sua vigência, não incidindo, portanto, àqueles anteriores.

Sobre o assunto, Luiz Luisi argumenta que;

A irretroatividade da lei penal, além de assegurar exigências racionais de certeza do direito “dá ao cidadão a segurança, ante às mudanças de valorações do legislador, de não ser punido, ou de não ser punido mais severamente, por fatos que no momento de sua comissão, não eram apenados, ou o eram de forma mais branda”.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Apud LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 26.

A legislação brasileira foi feliz ao prever de modo específico como e quando ocorre a retroatividade da lei. No nosso caso, sempre que a lei beneficiar o réu, ocorrerá a hipótese de retroatividade ou, ainda, o fenômeno da ultra-atividade, conforme o caso, ainda que haja sentença definitiva em determinado processo.

A legislação brasileira traz exceções em relação a esse princípio, no que se refere às chamadas leis temporárias ou excepcionais.

Cabe esclarecer que leis temporárias são aquelas que possuem vigência pré-determinada pelo legislador. Leis excepcionais são aquelas promulgadas em caso de situações excepcionais, especiais, tais como guerras, epidemias, dentre outras.

Ambas as leis (temporárias e excepcionais) não derogam o princípio da reserva legal, pois não se aplicam a fatos ocorridos antes de sua vigência, entretanto essas leis admitem o fenômeno da ultra-atividade, na medida em que são aplicadas àqueles fatos advindos quando de sua vigência, mesmo depois de revogadas.

Admitimos, entretanto, a possibilidade de as leis temporárias, quando de sua ultra-atividade, violarem o princípio da irretroatividade da lei mais severa, pois poderá ser imposta ao agente uma lei mais rigorosa, embora esse fato tenha sido cometido quando da vigência da lei temporária.

Assim, haverá violação ao postulado constitucional quando da ultra-atividade da lei temporária, já que, assim o fazendo, estar-se-á dando eficácia a uma lei que não mais existe no ordenamento jurídico, em desfavor do réu.

### 3.2 Princípio da culpabilidade

O princípio da culpabilidade está também no elenco dos denominados princípios constitucionais penais. É o chamado princípio da responsabilidade subjetiva.

Pode-se dizer que a discussão acerca da culpabilidade é deveras histórica e inesgotável.

Ao longo dos anos, considerou-se apenas o caráter “rigorosamente objetivo” para a imputação de um fato ilícito a um agente, e, portanto, sequer cogitava-se da culpabilidade desse agente.

Assim, com o decorrer dos tempos e conseqüente desenvolvimento do direito penal, sobretudo no que se refere à teoria do crime, os sistemas criminais passaram a considerar o pressuposto da culpabilidade para a efetiva aplicação ou não da sanção ao agente, apreciando algumas condições para a imputabilidade desse agente que cometeu um fato ilícito.

Definimos culpabilidade como um “juízo de reprovação social, funcionando como pressuposto de aplicação da pena”.<sup>40</sup>

Para Damásio E. Jesus:

*Nullum crimen sine culpa.* A pena só pode ser imposta a quem, agindo com dolo ou culpa, e merecendo juízo de reprovação, cometeu um fato típico e antijurídico. É um fenômeno individual: o juízo de reprovabilidade (culpabilidade), elaborado pelo juiz, recai sobre o sujeito imputável que, podendo agir de maneira diversa, tinha condições de alcançar o conhecimento da ilicitude do fato (potencial consciência da antijuridicidade). O juízo de culpabilidade, que serve de fundamento e medida da pena, repudia a responsabilidade penal objetiva (aplicação de pena sem dolo, culpa e culpabilidade).<sup>41</sup>

Não obstante ao fato de a teoria da culpabilidade ter avançado e muito, tornando o direito penal mais condizente e, portanto, mais justo, a discussão acerca do tema é inesgotável e muitos teóricos têm desenvolvido teses sobre o reconhecimento ou não da culpabilidade do agente.

Na Constituição brasileira e, por assim dizer, nos estados democráticos de uma forma geral, “o princípio da culpabilidade impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. É indispensável a culpabilidade”.<sup>42</sup>

Assim, dada a preocupação com esse tema, e considerando as repercussões que a adoção de determinada teoria pode acarretar ao sistema penal de um país, em muitos estados democráticos, o princípio da culpabilidade recebeu assento constitucional. E

<sup>40</sup> ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**, volume 1. São Paulo: editora Juarez de Oliveira, 1999, p. 71.

<sup>41</sup> JESUS, Damásio E. **Direito Penal**, 1º volume – Parte Geral. São Paulo: editora Saraiva, 23.ª ed., 1999, p. 10 e 11.

<sup>42</sup> Disponível em <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=857>> Acesso em 13/11/10 , às 10:20h.

isso ocorre, pois certos sistemas penais, sob o manto de uma ideologia totalitária, ficam “à margem da culpabilidade”, já que, nessa hipótese, a vontade do agente não é considerada, pois se entende que o agente é um ser condicionado.

Essa teoria não foi suportada pela atual Constituição brasileira, que determinou, em seu artigo 5º, inciso XVII, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Isso quer dizer que a condenação ao cumprimento de uma pena pressupõe, seja provada e declarada a culpabilidade de um agente que seja autor ou participe de um fato típico e antijurídico. Também se deduz a presença da culpabilidade do texto do inciso XLVI, do artigo 5º, da Constituição de 1988, que consagra a individualização da pena, no seu aspecto judicial, ou seja, na aplicação da pena a um réu, tem como base fundamental a culpabilidade. É esta que vai viabilizar a condenação, a escolha da pena quando há alternativa, e a sua quantificação”.<sup>43</sup>

A respeito desse princípio, a Márcia Dometila Lima de Carvalho defende que:

Fora de dúvida que o livre arbítrio (a liberdade concreta), cuja demonstração não se logrou obter até o momento, não se presta como conteúdo da culpabilidade. Contudo, de há muito o direito penal da culpa dele se descartou, evoluindo para um conceito de culpa com conteúdo social, embora – principalmente para quem se utiliza do conceito com ferramenta de trabalho, e não se encastela no mundo da teoria – dê para sentir que, o princípio, como um princípio de direito justo, não completou a sua evolução. Sua sobrevivência deve-se ao fato de que, sendo princípio de direito justo, atua não só como fundamento do direito de punir estatal, mas, principalmente, como limite para a pena aplicável. A Constituição de 1988, fundamentando o Estado Democrático de Direito, por ela criado, na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), teria, necessariamente, de contemplar, como corolário dessa dignidade, o princípio da culpabilidade (inciso LVII do artigo 5º), ao qual se conexassem princípios outros, como o da presunção de inocência, o da individualização da pena, enfim, todo aquele feixe de princípio que materializam aquele outro “do devido processo legal”.<sup>44</sup>

A mesma Autora continua:

A natureza de princípio de direito justo, concedida ao princípio da culpabilidade, decorre de que:

<sup>43</sup> LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 37.

<sup>44</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p.64 e 65.

- a) fundamentando a pena, fornece-lhe caráter retributivo, simultaneamente demonstrando a face ética do Direito Penal, que assim tem, como centro de seu sistema, o homem, cuja responsabilidade provém de sua dignidade de pessoa, capaz, por isso mesmo, de sofrer reprovabilidade;
- b) limitando a pena, proíbe, ao Estado, o abuso da sanção punitiva, quando da satisfação da preocupação criminal, numa visão utilitarista de instrumentalização do homem para satisfação do bem comum.<sup>45</sup>

Para nós, o princípio da culpabilidade deve ser entendido como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva. Mas deve igualmente ser entendido como exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada causalmente a um resultado, lhe seja reprovável.<sup>46</sup>

Está claro que o princípio da culpabilidade, além do necessário gabarito constitucional, tem como principal fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana e, igualmente, trata-se de um postulado típico de um estado de direito.

### 3.3 Princípio da insignificância ou bagatela

O Direito Penal, em um estado democrático de direito, está consubstanciado em princípios constitucionais, tais quais o da legalidade e da culpabilidade, os quais analisamos linhas acima. Entretanto, não obstante a importância que deve ser reconhecida a ambos os princípios, existe um que receberá uma especial leitura.

Referimo-nos ao princípio da bagatela, fundamentado no brocardo jurídico *minimis non curat pretor* (o pretor não cuida de crimes insignificantes), e quer significar que o tipo penal cuida tão somente daqueles bens jurídicos relevantes à proteção social, entretanto, se o delito for incapaz de ofender o bem jurídico, não haverá como enquadrá-lo no tipo, e conseqüentemente não se faz necessária a aplicação da lei penal.

---

<sup>45</sup> Idem

<sup>46</sup> Disponível em <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=857>> Acesso em 21/11/10 , às 12:41h.

Esse postulado é consequência dos princípios da reserva legal e da intervenção penal, e não por isso menos importante que os demais, ao contrário, está adstrito à própria construção do sistema crimina, à sua aplicabilidade e à sua eficácia.

Isso ocorre porque, em um denominado estado de direito, o direito penal assume um papel diferenciado, quer seja, o de “última razão”, o oposto do que acontece em um estado totalitário. Assim, em um estado democrático, o Direito Penal somente deverá ser aplicado quando determinada conduta lesionar um bem jurídico expressivo. Trata-se do chamado princípio da lesividade que caracteriza o Direito Penal em um estado de direito. O tipo penal assume, aqui, a finalidade de assegurar a proteção a determinados bens jurídicos, não cabendo, portanto, ao Direito Penal preocupar-se com lesões insignificantes, às quais denominamos bagatelas.

Mas essa conotação de razão última do direito penal, de última instância formal, é tão peculiar que sua verificação se faz presente tanto no momento de elaboração da lei penal (função legislativa), como também quando da aplicação dessa lei (função jurisdicional). Dessa forma, não pode o legislador criar tipos penais incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico.

Isso porque a fragmentaridade determina que ao Direito Penal não cabe a proteção de todos os bens jurídicos, apenas aqueles considerados mais relevantes e, ainda em relação a esses bens, o Direito Penal atuará somente quando ocorrer houver considerável lesão, portanto a proteção diz respeito a um fragmento de interesses jurídicos.

O princípio da bagatela, também denominado princípio da insignificância, faz reverência aos chamados delitos de pequena lesão e isto significa que se a ofensa ao bem jurídico for insignificante, o Direito Penal não deve ser aplicado. Esse conceito adequa-se, inclusive, ao sistema criminal de um estado democrático.

Sobre o assunto, Damásio E. Jesus expõe que:

“Ligado aos chamados “crimes de bagatela” (ou “delitos de lesão mínima”), recomenda que o Direito Penal, pela adequação típica, somente intervenha nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, reconhecendo a atipicidade do fato nas hipóteses de perturbações jurídicas mais leves (pequeníssima relevância material). Esse princípio tem sido adotado pela nossa jurisprudência nos casos de furto de objeto material insignificante, lesão insignificante ao Fisco, maus-tratos de

importância mínima, descaminho e dano de pequena monta, lesão corporal de extrema singeleza etc.<sup>47</sup>

Assim, não haverá adequação típica quando a lesão for insignificante, tornando-se incapaz de ofender o interesse jurídico tutelado.

Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, em muitos casos, a aplicação desse princípio, entretanto enumerou algumas condições para tanto, ou seja, as circunstâncias necessárias para aferir se aplicável ou não esse princípio. São elas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente; (b) nenhuma periculosidade social da ação; (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.<sup>48</sup>

Essas circunstâncias devem ser observadas em conjunto e a falta de uma inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância. Isso ocorre porque o critério da tipicidade material deve considerar a efetiva lesividade do bem jurídico protegido.

O princípio da insignificância constitui um relevantíssimo instrumento que possibilita ao operador do direito avaliar se determinada ação prevista como crime revestiu-se, no caso concreto, de conteúdo ontológico que a possa caracterizar como tal. Tipos penais que se limitem a descrever formalmente infrações penais, independentemente de sua efetiva potencialidade lesiva, atentam contra a dignidade da pessoa humana.<sup>49</sup>

Esse princípio pressupõe estrita obediência ao princípio da reserva legal, somado à lesividade ao bem jurídico penal eleito pela norma. É possível, assim, concluir que a norma penal em um estado Democrático de Direito não é somente a que formalmente descreve um fato como infração penal, pouco importando se ele ofende ou não o sentimento social de justiça; ao contrário, sob pena de colidir com a Constituição Federal, o tipo incriminador deverá obrigatoriamente selecionar, dentre todos os comportamentos humanos, apenas aqueles que realmente possuam lesividade social. Qualquer construção típica, cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana,

---

<sup>47</sup> JESUS, Damásio E. **Direito Penal**, 1º volume – Parte Geral. São Paulo: editora Saraiva, 23.ª ed., 1999, p. 10.

<sup>48</sup> STF, 1ª Turma, HC 94439/RS, Rel. Min. Menezes Direito, j. 03/03/2009.

<sup>49</sup> Disponível em <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13762/principio-da-insignificancia-ou-bagatela>>  
Acesso em 27/11/10, às 11:37h

será materialmente inconstitucional, posto que atentatória ao próprio fundamento da existência de nosso Estado.<sup>50</sup>

Segundo o princípio da insignificância ou bagatela, para que ao agente seja atribuída uma sanção, é necessário que se avalie a tipicidade formal da conduta (a observação do princípio da reserva legal), e também a tipicidade material, ou seja, é preciso averiguar se determinado fato típico lesou significativamente o bem jurídico protegido pela norma penal. Se assim ocorrer, o agente é passível de sanção, havendo então incidência da lei penal. Se, ao contrário, apesar de o fato estar descrito em lei e ocorrer a subsunção à norma, não houver lesividade, ao agente não pode ser invocada a pena prevista em lei. É tarefa do Direito Penal em um estado democrático incorrer tão somente quando da lesão ou ameaça de lesão efetiva aqueles bens jurídicos penais sensíveis a manutenção da paz social, não devendo importar-se com bagatelas.

Esse conceito, enunciado na Alemanha por Klaus Roxin tem sido tema corrente de nossas doutrina e jurisprudência. Nossos tribunais têm visto com bons olhos esse princípio, pois coerente com o texto constitucional e sensível aos objetivos traçados pelo moderno direito criminal.

As normas penais assumem, portanto, um papel social em um estado democrático de direito, não se admitindo tipos penais desnecessários, sob pena de tornar ineficaz o próprio sistema penal e, além disso, afrontar o ideário adotado pela nossa Constituição.

### 3.4 Princípio da adequação social

Outro princípio constitucional de bastante relevância no campo penal é o denominado princípio da adequação social.

De acordo com esse princípio, não podem ser considerados criminosos fatos socialmente adequados, ou seja, aquelas condutas que não são passíveis de reprovação social não podem ser consideradas criminosas pelo legislador.

Esse princípio deve ser observado conjuntamente ao princípio da fragmentariedade e da insignificância.

---

<sup>50</sup> Idem

Vimos no tópico anterior que o Direito Penal moderno assumiu o papel de proteção de determinados bens jurídicos, fundamentais para a vida em sociedade. Identificamos que esse ramo do Direito consubstancia-se nos princípios da fragmentaridade, bem como no da intervenção mínima e, portanto, só deve intervir em casos excepcionais, de ataque aos bens jurídicos mais relevantes. Assim, para que haja aplicação da lei penal, a lesão ao bem jurídico tutelado deve ser a tal ponto grave.

Isso faz com que o Direito Penal atue somente quando os demais ramos do Direito mostrarem-se insuficientes para prevenir ou punir uma conduta socialmente reprovável, daí a característica de subsidiariedade do direito penal. A pena, como instrumento de direito penal, deve existir e ser aplicada de forma excepcional, sob pena de configurar-se em um estado revestido de totalitarismo, o que vai de encontro aos anseios do constituinte de 1988.

Além do mais, mesmo diante do reconhecimento de um fato típico, a sanção estabelecida para cada delito deve ser adequada, necessária e proporcional, atingindo, assim, o caráter repressivo e punitivo do direito penal. Não são admissíveis, em um estado democrático, penas com caráter desumano ou desproporcional. A pena deve aproximar-se do justo, evitando-se excessos na punição a um delito.

O princípio da adequação social, por sua vez, revela a impossibilidade de se considerar punível determinado comportamento aceito ou tolerado pela sociedade. Dessa forma, se uma conduta, justificada pela circunstância, não é passível de reprovação social, não que se falar em fato punível.

O tipo penal não pode alcançar condutas lícitas, que são consideradas legítimas pelo meio social. Um exemplo de conduta típica que, no entanto, tem a tipicidade excluída são as lesões corporais causadas em partidas de futebol. Essas ações são destituídas de tipicidade material, pois admitidas pela sociedade.

Esse princípio baseia-se em um critério de aceitação ou reprovação social. Assim, fica adstrito ao que o meio social determina, impossibilitando ao legislador criar leis que contrariem o senso comum, tornando criminosas condutas consideradas lícitas pela sociedade. A regra vale também para o aplicador do direito que, em havendo conduta típica e, sendo a circunstância socialmente autorizada, não há que falar em atribuição de pena ao autor do fato.

A teoria da adequação social foi concebida pelo penalista Hans Welzel e revela que, não obstante determinada conduta se subsumir a um fato típico, é perfeitamente possível (e necessário) deixar de considerá-la típica quando as circunstâncias o determinarem, ou seja, quando socialmente adequada, estando em congruência com a ordem social vigente.

Nessa linha de raciocínio, a teoria da adequação social se revela como um princípio geral de interpretação dos tipos penais, posto que deles exclui os comportamentos considerados socialmente adequados (aceitos). É possível afirmar que, em razão da sua aplicação, não são consideradas típicas as condutas que praticadas dentro do limite de ordem social normal da vida, haja vista serem, assim, compreendidas como toleráveis pela própria sociedade. Note-se que o objeto dessa teoria não é a tipicidade da conduta. Em outras palavras, o comportamento continua sendo formalmente típico, haja vista que se subsume perfeitamente à norma penal incriminadora. O que se atinge com a sua aplicação é a tipicidade material. A conduta somente é materialmente típica quando há lesividade em face do bem jurídico protegido. Partindo dessa premissa, se um comportamento é aceito pela sociedade, ou seja, se está dentro do considerado adequado, ou, pelo menos, tolerável, pela sociedade, não há como puni-lo, em razão, principalmente, da inexistência de reprovação social.<sup>51</sup>

Dessa forma, mais uma vez concluímos que, somado aos princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima, o princípio da adequação social igualmente coaduna-se com o ideário de um estado democrático de direito adotado pela Constituição brasileira de 1988, em que o direito penal não é tido como um instrumento de repressão, mas como forma de proteger aqueles bens jurídicos mais relevantes para a sociedade.

### 3.5 Princípio da proporcionalidade

Grande parcela da comunidade jurídica faz hoje referência ao princípio da proporcionalidade.

---

<sup>51</sup> Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/22312/exclusao-da-tipicidade-pelo-principio-da-adequacao-social>> Acesso em 28/11/10, às 12:17h.

Na verdade, esse princípio acaba sendo mencionado de forma acidental, muitas vezes sem o tecnicismo que o termo exige.

É inegável a potencialidade expansiva que vem assumindo o princípio da proporcionalidade nas últimas décadas. Sua moderna formulação dotou-lhe de especial relevância, despertando um tal interesse na comunidade jurídica a ponto de fazê-lo disputar com o princípio da igualdade a preponderância na pauta da jurisprudência constitucional dos países ocidentais. Nada obstante, o manejo do princípio da proporcionalidade, pela complexidade que o reveste, nem sempre tem recebido contornos técnicos mais precisos, o que pode se revelar temerário, se considerados os riscos que lhe são inerentes. Decerto, o reconhecimento acerca da existência de parâmetros de controle reconduzíveis ao princípio da proporcionalidade é algo que se enquadra no problema geral do controle da discricionariedade legislativa.<sup>52</sup>

Não obstante as mais diversas posições a respeito do tema, consideramos que a proporcionalidade tem status de princípio e trata-se, em verdade, de “princípio imanente à cláusula do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CRFB), esta a lhe propiciar as condições de possibilidade à sua aplicação”.<sup>53</sup>

Entre nós, o princípio da proporcionalidade tomou assento constitucional e, no que se refere ao direito penal, ele recebe uma leitura bastante importante. Trata-se da proporcionalidade da pena, que também recebe a denominação de princípio da proibição do excesso, o que significa dizer que, em um estado cuja ideologia é democrática, a pena atribuída a um agente que comete um delito não pode ser, em qualquer hipótese, superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato criminoso. Aqui, a sanção penal tem como característica a exata medida da culpabilidade.

A proporcionalidade então assume um papel absolutamente relevante na interpretação e aplicação do Direito, sobretudo na esfera penal. E isso ocorre porque o princípio da proporcionalidade serve como critério de controle das normas penais. Há, aqui, uma dupla finalidade: a da proibição do excesso de normas penais e, conseqüentemente, de penas, e, ainda, a proibição de insuficiência de normas penais, ou seja, ausência de penas para determinadas condutas. É uma faca de dois gumes, portanto.

---

<sup>52</sup> Apud FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 155.

<sup>53</sup> Idem, p. 159.

Assim, a proporcionalidade reside tanto na elaboração das normas penais, como também na medida certa da sanção penal estabelecida, isto é, se adequada a formulação de determinada norma penal, a pena correspondente a ser aplicada deve ser proporcional à conduta típica. Haverá, dessa forma, uma relação harmoniosa entre os crimes previstos na legislação, bem como às penalidades a esses impostas.

Nota-se desde já que o critério da necessidade da pena está intimamente ligado à aplicação do princípio da proporcionalidade. Portanto, se uma pena é desnecessária, é também desproporcional que essa pena seja aplicada.

A necessidade é, pois, um dos elementos de composição da proporcionalidade, como o são a adequação e a denominada proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, “o meio previsto pelo legislador deve ser adequado e exigível para alcançar o objetivo proposto. Um meio é considerado adequado “quando mediante sua utilização torna-se possível lograr o resultado desejado”; é necessário (exigível) “quando o legislador não poderia ter optado por um meio distinto, igualmente eficaz, que não limitasse, ou que o fizesse em menor grau, o direito fundamental”. A proporcionalidade em sentido estrito, a seu turno, estaria a exigir um juízo concreto de ponderação, havendo de verificar-se a partir da constatação de que “a gravidade da lesão e a transcendência de suas razões justificativas devem estar em adequada proporção”, a indicar que as vantagens da promoção do fim superam as desvantagens da intrusão no âmbito do direito fundamental restringido.”<sup>54</sup>

O exame do critério de adequação exige verificação acerca do bem jurídico envolvido e seu ajuste com o texto constitucional, bem como se esse mesmo bem é socialmente relevante sob o aspecto da norma penal.

Luciano Feldens argumenta:

Acaso constatada a ilegitimidade da tutela penal sob os pressupostos recém visitados, desde logo a norma incriminadora será inadequada e, portanto, ofensiva ao princípio da proporcionalidade. Por outro lado, nas hipóteses em que a tutela penal é constitucionalmente requerida (a Constituição como fundamento normativo do Direito), essa análise já vem previamente afirmada pela

---

<sup>54</sup> FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 161 e 162.

Constituição, não sendo possível ao intérprete questionar sua legitimidade neste particular.<sup>55</sup>

Em relação ao critério da necessidade, é pertinente a averiguação de que a norma penal é necessária para a proteção de determinado bem jurídico. Se a norma penal não atende a esse juízo, certamente haverá ofensa ao princípio da proporcionalidade, destoando, assim, com o mandamento constitucional.

O mesmo autor afirma:

Na seara jurídico-penal, devemos indagar se a utilização da norma penal é necessária para alcançar a finalidade de proteção do bem jurídico. A intervenção penal (medida) será necessária se tal finalidade protetiva (fim) não poderia ser conquistada com a mesma eficácia recorrendo-se a uma medida alternativa menos restritiva (sanção civil ou administrativa). Essa análise se projeta mediante uma prévia consideração acerca do grau de eficácia das medidas *a priori* sujeitas à implementação, completando-se a partir de uma constatação empírica sobre a ineficácia – ou mesmo escassa eficácia – de uma ou mais medidas que, conquanto em primeiro plano adequadas à realização do fim proposto, não o realizam satisfatoriamente, razão por que cedem espaço àquela que, nada obstante mais lesiva, atinge eficazmente o interesse público perseguido.<sup>56</sup>

Diante do que colocamos, esse critério de necessidade, que muito se confunde com medida eficaz, aproxima-se do princípio antes citado da fragmentariedade do direito penal.

E complementa:

Afora situações evidentes, nas quais a necessidade de tutela jurídico-penal parece revelar-se desde logo como a única (relativamente) eficaz (v.g., casos de homicídio, graves violações da liberdade e da dignidade humana), uma constatação dessa natureza tem raro caráter universal. Significa dizer que essa análise está a depender de um juízo que envolva a realidade social em suas coordenadas locais e temporais. Por exemplo: se constatarmos, hoje ou amanhã, que sanções exclusivamente tributárias (administrativas) demonstram-se (relativamente) suficientes para coibir a prática da sonegação fiscal – consideradas, no particular, as finalidades constitucionais que a partir do

---

<sup>55</sup> FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 163.

<sup>56</sup> Idem

hígido funcionamento da ordem tributária se lograria promover -, o recurso ao Direito Penal não mais se revelaria necessário. E isso, como tangenciamos, varia conforme a realidade local, de país para país e à luz do específico momento histórico.<sup>57</sup>

O juízo de adequação está atrelado à eficácia da norma penal, de modo que aquelas condutas penalmente irrelevantes não podem ser objeto de norma penal. Se, entretanto, isso ocorre, a própria eficácia do Direito Penal fica prejudicada. Resultado disso é o excesso de leis penais, protegendo bens jurídicos que, em tese, deveriam ser indiferentes à esfera penal.

Note que o critério de adequação deve ser observado pelo legislador tanto na determinação de um fato típico, na escolha de uma norma penal incriminadora, como também na perspectiva da pena a ser aplicada para cada conduta.

Isso porque não se admite uma valoração da norma primária em si, mas igualmente da dose sancionatória cominada. Assim, ao legislador é prudente observar duas questões básicas: a norma penal incriminadora para essa conduta é adequada? Se positivo, qual a pena mais adequada a ser aplicada?

Com isso, é possível indagar a respeito da proibição do excesso da norma e da pena, como também acerca da proteção deficiente.

O legislador deve ficar atento e, além de não permitir que se elabore tipos penais desnecessários e, portanto, inadequados, averiguar se aqueles bens jurídicos relevantes, têm previsão legal e, ademais, possuem uma sanção correspondente adequada e eficaz.

Sob o aspecto da proporcionalidade em sentido estrito, as normas penais incriminadoras devem ter o que a doutrina chama de “justa medida”, o que significa dizer que são analisadas, por meio da ponderação de valores, “as desvantagens dos meios em relação às vantagens dos fins”.

Assim, para atingir determinado fim, não se admitem meios desproporcionais.

“Remontado ao Direito Penal, esse exame procura determinar se a pena não é desproporcional em seu sentido estrito, que é o que sucede quando se detecta um desequilíbrio patente e excessivo entre a sanção e a finalidade da norma, considerado,

---

<sup>57</sup> FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 164.

no particular, o bem atingido em face de sua incidência (proporcionalidade em sentido estrito).<sup>58</sup>

Nessa seara, é bom lembrar que não há que se confundir proporcionalidade com razoabilidade, embora ambos os princípios sejam próximos, entretanto são muitas as hipóteses em que a proporcionalidade não abarca razoabilidade.

Evidente, pois, que os critérios da proporcionalidade devem ser observados de acordo com o que se apresenta em determinado ordenamento jurídico, levando-se em conta as aspirações sociais subjacentes.

No Brasil, por exemplo, não obstante o status constitucional reconhecido a esse princípio constitucional, coadunado com o modelo de estado democrático de direito, é bastante tímido o seu desenvolvimento, tanto sob o enfoque legislativo, como também nos Tribunais.

Não obstante essa escassa obediência aos princípios constitucionais, sobretudo em relação ao princípio da proporcionalidade, já se admite um controle jurisdicional de proporcionalidade das leis penais.

Lembra Luciano Feldens:

Os Tribunais Constitucionais, bem assim as Cortes supranacionais, têm admitido o exercício da jurisdição constitucional sobre leis penais (ou mesmo processuais penais, quando imediatamente referíveis a direitos fundamentais catalogados em favor do acusado), especialmente no que concerne ao quantum da pena cominada, a qual pode revelar-se, diante de situações concretas, como ofensiva ao princípio da proporcionalidade e, portanto, constitucionalmente ilegítima.<sup>59</sup>

O princípio da proporcionalidade dá ao Direito Penal um caráter de humanidade, de justiça social.

Esse desenvolvimento acanhado do sistema penal brasileiro não é fruto de uma só causa, mas são diversos os fatores que se apresentam impeditivos para a adequação do país ao modelo por ele adotado, qual seja, democrático de direito e social, sobretudo no que concerne ao sistema penal.

---

<sup>58</sup> FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 165.

<sup>59</sup> Idem, p. 180.

Neste trabalho, não abordaremos as problemáticas de um país em desenvolvimento e que procura se concatenar com os mandamentos constitucionais, entretanto é preciso reconhecer que a ideologia democrática ainda não está completamente enraizada na cultura jurídica, muito menos na legislação infraconstitucional. E isso se torna mais sensível em relação às normas de caráter penal, pois, como falamos, o Direito Penal, por sua própria característica, acaba por evidenciar com mais propriedade a ideologia suportada por um estado.

Quanto ao arcabouço jurídico brasileiro, há evidente contradição de normas e, mais do que isso, observamos um manifesto contra-senso de ideologias. Exemplo disso: a Constituição brasileira é enfaticamente democrática, enquanto que muitas normas penais possuem nítido escudo totalitário. Isso, não há dúvidas, deve ser revisto e a sociedade clama com urgência.

É preciso, em verdade, uma leitura da Constituição no que diz respeito aos princípios acima assinalados.

Os bens jurídicos penais devem passar por um “processo de avaliação diante dos valores postos na Constituição de 1988”.

A respeito do tema, Márcia Dometila Lima de Carvalho pondera:

A doutrina moderna tem entendido, como função primordial do Direito Penal, a proteção dos denominados bens jurídicos. Isto é explicado, por vários juristas, como consequência, mesmo, do postulado da garantia, impedindo, não só a intensificação dos aspectos subjetivos estranhos à realidade social, mas, também, a interferência do poder autoritário do aplicador da lei sobre condutas que, mesmo juridicamente relevantes, não ofendam esses bens jurídicos.

Pois bem, partindo-se de que a Lei Maior traz em si os princípios máximos da justiça, que se quer impor, qualquer ofensa a bem jurídico, protegido penalmente, terá que ser cotejado com os princípios constitucionais. Deixa, assim, a ofensa aos citados bens, de ter relevância penal, se os princípios constitucionais não restarem por ela arranhados.

Conseqüentemente, o bem jurídico, protegido pela norma penal, deve sofrer um processo de avaliação, diante dos valores constitucionais de âmbito e relevância sendo certo que o Direito Penal, como parte do sistema global tutelado pela norma maior, dela não poderá afastar-se.

Esta afirmação é tanto mais verdadeira quanto se trata de lei penal anterior à Constituição, cuja subsistência, pelo princípio da recepção, só tem cabimento quando existente uma congruência material daquela com esta.

Assim, não desconforme com a Lei Maior, a norma ordinária é por ela recebida, passando a ter nela o seu novo fundamento de validade e eficácia.<sup>60</sup>

Assim, considerando ainda que o Código Penal brasileiro, bem como algumas leis penais esparsas são anteriores à Constituição promulgada em 1988, é fundamental a releitura desses bens jurídicos eleitos por essas normas, para que se coadunem com o texto constitucional.

Se a norma não estiver em desacordo com a Constituição, será mantida sua plena validade e eficácia. Se, ao contrário, a norma for incompatível com os anseios do constituinte, ela deve ser retirada do ordenamento jurídico.

O sistema penal brasileiro precisa passar por uma revisão dos valores constitucionais e a consequência disso resulta em um processo de despenalização e, também, de penalização, conforme os ditames da nova ordem constitucional, e os princípios constitucionais de caráter penal são a fonte primária para essa mudança.

#### 4. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Direito Penal

##### 4.1 Dignidade humana: conceito

“... a dignidade humana é o fundamento filosófico e jurídico, a razão de ser dos direitos fundamentais.”<sup>61</sup>

A dignidade da pessoa humana, antes de ser um princípio, um postulado normativo e, ao mesmo tempo, fundamento jurídico, é, sobretudo, um valor moral inerente a toda e qualquer pessoa e constitui o princípio máximo do estado democrático de direito.

Ao longo dos anos, o conceito de dignidade humana passou por um processo de mutação. Deixando de ser um atributo da aristocracia, hoje recebe uma conotação ligada ao juízo de liberdade e igualdade.

---

<sup>60</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 33 e 34.

<sup>61</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.38.

Essa idéia atual de dignidade é fruto de uma generalização porque passou o conceito, antes atrelado a uma gama de pessoas pertencentes à determinada casta.

O principal marco dessa mudança no conceito de dignidade é perceptível quando do término da segunda guerra mundial, por toda a desumanidade que ali se praticou.

“Após o final da 2.<sup>a</sup> Guerra, o conceito de dignidade humana ressurgiu com vigor e é utilizado para demonstrar absoluto repúdio aos horrores nela ocorridos, estruturando a retomada do direito natural. Também nesse período, sua constitucionalização ganha impulso.”<sup>62</sup>

A positivação da dignidade humana foi uma reação às desumanidades praticadas durante a grande guerra.

Evidente que, ao ganhar assento constitucional, a dignidade humana torna-se fator determinante aos demais princípios e às normas que compõem o ordenamento jurídico. E, exatamente pela sua importância, acredita-se que a dignidade humana, muito além de ser apenas um princípio matriz nas Constituições democráticas, é, ao mesmo tempo, um postulado normativo e reconhecidamente fundamento jurídico.

A própria Constituição de 1988, em seu artigo 1º, declara que a dignidade humana da pessoa humana é um de seus fundamentos.

Mas não foram apenas as Constituições que positivaram o princípio da dignidade humana. Merecem destaque a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, dentre outros documentos internacionais.

Esse reconhecimento da dignidade humana é deveras importante, pois provoca reflexão a respeito do tema, e isso significa um avanço na história da humanidade.

Para Helena Regina Lobo da Costa:

Após a positivação formal, a doutrina e a jurisprudência passaram a interpretar e a aplicar o princípio da dignidade humana de forma mais expressiva. A primeira fase do desenvolvimento doutrinário, no período pós-guerra, caracterizou-se por almejar o rechaço à experiência totalitária, afirmando-se o valor da personalidade.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.26.

<sup>63</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.28 e 29.

Já se observa uma patente evolução do assunto em vias práticas. Antes, a dignidade humana refletia apenas previsões negativas por parte do estado. “A jurisprudência foi, pouco a pouco, alargando o âmbito de aplicação do princípio da dignidade humana, incluindo direitos sociais que dependem de prestações positivas do Estado.”<sup>64</sup>

Assim, o Estado passa a proteger de fato a dignidade das pessoas, trazendo em seu ordenamento as garantias necessárias para fazer valer essa dignidade.

Creemos que a inexistência de garantias pelo estado, a fim de assegurar esses direitos, torna o próprio estado indefeso, enfraquecido.

Por essa razão é que, além da previsão constitucional acerca do direito da dignidade, o estado previu igualmente alguns instrumentos capazes de garantir a efetivação dessa dignidade.

É possível arriscar que não bastaria a mera referência constitucional à dignidade humana, ou ainda, a proclamação desse direito pelos documentos internacionais. É preciso que o estado proporcione os meios para que esse direito seja exercido na prática.

Se, entretanto, o estado se mostra fraco para fazer valer esses direitos, não obstante a previsão constitucional, a dignidade passa a ser palavra morta.

Isto porque as garantias, apesar de limitarem o poder público, somente funcionam por meio desse, e, via de consequência, se o estado for inerte, não há que se falar em prevalência dos direitos fundamentais, sobretudo no que se refere à dignidade humana.

No mesmo sentido, Helena Regina Lobo da Costa questiona:

Diante de um Estado enfraquecido, que perdeu poder para novos centros de tomada de decisão, como garantir a dignidade humana e os direitos humanos dela decorrentes? Será que as instâncias internacionais de proteção serão suficientes para assegurar a todos os seres humanos uma vida digna?<sup>65</sup>.

Desde já, revelamos que, por mais que os documentos internacionais apresentem considerável relevância, não é possível afirmar que a dignidade humana estará garantida apenas com sua existência.

---

<sup>64</sup> Idem, p. 30.

<sup>65</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.32.

O exemplo real que temos a respeito do assunto revela que, em inúmeras situações, os diplomas e / ou apelos internacionais mostram-se inoperantes. E isso ocorre, pois alguns estados adotam o instrumento da soberania para impedir a ingerência do direito internacional em seu território. Em muitos casos, faz-se necessário o chamado embargo comercial para fazer valer a dignidade humana e os direitos daí decorrentes. Em outras situações, mesmo essa ferramenta é inócua, e o manto da soberania prevalece.

Desse modo, não é possível afirmar que a instância internacional é suficiente para garantir o reconhecimento e a efetivação da dignidade humana. Faz-se imprescindível sua previsão e relevo no ordenamento jurídico interno, com ênfase ao texto constitucional e coadunado com a previsão internacional.

É dispensável mencionar que a previsão da dignidade humana enquanto princípio constitucional é absolutamente compatível com um estado democrático de direito. Aliás, não é admissível que, em um estado que adote a ideologia democrática, não contenha a dignidade humana como seu alicerce, como seu fundamento e estrutura.

Além disso, é preciso lembrar que o princípio da dignidade humana reflete em todos os ramos do direito, mas isso se torna ainda mais intenso quando referimo-nos à esfera penal.

O Direito Penal tem essa faceta, pois pode representar um verdadeiro atentado à dignidade humana, como também pode propiciar um excepcional meio para sua configuração.

Sobre o tema, socorremo-nos a Helena Regina Lobo da Costa:

A dignidade humana possui uma forte carga de fundamentação jurídica, especialmente no que concerne à limitação do poder do Estado e aos direitos fundamentais. O art. 1º da CF de 1988 exprime esta força fundamentadora. Ao eleger a dignidade humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nossa Constituição traduz uma escolha política elementar – a de que o Estado e a sociedade estão centrados na pessoa e objetivam seu respeito e a promoção de uma vida digna, isto é, a escolha de que o Estado é feito para as pessoas e não o contrário.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 36 e 37.

Essa “escolha” está totalmente voltada à questão da ideologia que abordamos anteriormente. Não se admite um estado ideologicamente democrático, com viés para a restrição de direitos humanos. A dignidade humana é peça central em um modelo democrático e dela não pode esquivar-se.

Helena Regina Lobo da Costa considera:

Isto porque atualmente não mais se concebe o Estado de Direito como uma construção formal: é preciso que o Estado respeite a dignidade humana e os direitos fundamentais para que possa ser considerado um Estado de Direito em sentido material. O Estado de Direito legitima-se pela subordinação à lei e, ao mesmo tempo, a determinados valores fundamentais, consubstanciados na dignidade humana.<sup>67</sup>

E continua a mesma autora:

O princípio da dignidade humana é de grande densidade semântica, constituindo princípios de menor densidade, cujo sentido conforma e a que confere unidade. Diferentemente ocorre com o postulado normativo da dignidade humana, que estrutura a interpretação e aplicação de outras normas, especialmente dos direitos fundamentais, de três formas: aumentando seu âmbito de aplicação, reduzindo-o ou auxiliando na resolução de conflitos entre direitos fundamentais.<sup>68</sup>

Trata-se do que a doutrina denomina de “sobrepincípio”. Vemos o princípio da dignidade humana como orientador para os demais princípios, e como fonte primária para a interpretação a aplicação de todas as normas jurídicas.

#### 4.2 Dignidade humana e direito penal

Adiantamos linhas acima que a dignidade da pessoa humana assume especial relevância na esfera penal.

Isso ocorre porque esse ramo do Direito restringe o principal atributo da dignidade, qual seja, a liberdade da pessoa.

---

<sup>67</sup> Idem, p. 37.

<sup>68</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 39.

Por essa razão, afirmamos outrora que o Direito Penal pode ser um meio para a proteção da dignidade da pessoa humana, como também ao mesmo tempo, um instrumento de ameaça a essa dignidade. É uma faca de dois gumes.

No direito penal, a dignidade humana adquire ainda maior relevância, isto porque se trata do ramo do direito tido como o meio mais poderoso para a tutela da dignidade humana e, contraditoriamente, a maior ameaça a ela. Neste paradoxo já se delineiam as duas principais questões aportadas pela dignidade humana ao direito penal: como tutelar a dignidade humana por meio do direito penal e como proteger a dignidade humana do direito penal.<sup>69</sup>

Também para o Direito Penal, a dignidade humana assume três facetas: enquanto fundamento jurídico, como postulado normativo e, por fim, enquanto princípio.

Como fundamento jurídico, significa dizer que o direito penal deve preocupar-se com os valores da pessoa, até mesmo porque esse ramo do direito possibilita drástica intervenção estatal na liberdade da pessoa.

Por essa razão, o direito penal, para proteger a dignidade da pessoa, deve ser legítimo, ou seja, consubstanciado nos limites constitucionais deles decorrentes.

Neste passo, fazemos nova remição aos princípios já visitados linhas acima, sobretudo o da legalidade, o da fragmentariedade, bem como o princípio da proporcionalidade.

Isto significa dizer que serão objeto de tutela penal apenas aqueles bens jurídicos que representem efetivo potencial de lesividade, ou seja, aqueles interesses, apesar de jurídicos, que não simulam hipótese de lesão, não devem assumir o status de bem jurídico penal, podendo ser objeto dos demais ramos do direito, conforme a fórmula da necessidade – utilidade.

Sobre o assunto, Helena Regina Lobo da Costa afirma:

Com relação aos fins tuteláveis pelo direito penal, a dignidade humana deve “definir as características do fato que dá lugar à pena”, determinando que apenas bens jurídicos com referibilidade à pessoa possam ser objeto de tutela penal. Dessa forma, não é legítima a aplicação de sanções penais para a punição de condutas que não causem ou não tenham a potencialidade concreta de causar lesões à pessoa. Importa dizer que a referibilidade à pessoa não é o único critério

---

<sup>69</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 59.

para a definição de bens jurídicos, sendo apenas um dos elementos que compõe o conceito de dignidade penal de bens jurídicos. Além disso, também não implica numa automática necessidade de criminalização de todo e qualquer bem jurídico componente do conceito de dignidade humana, devendo ser examinada a necessidade concreta de tutela penal.<sup>70</sup>

Importa dizer que, além dos demais princípios constitucionais penais estudados há pouco, a dignidade humana, enquanto fundamento jurídico primeiro de um estado democrático de direito, recebe o status de valor constitucional para delinear a positivação e a aplicação do direito penal. Sem isso, ou seja, extraindo-se o critério da dignidade, não se reconhece uma ideologia tipicamente democrática.

Enquanto postulado normativo, a dignidade humana assume o papel de critério para a adequada interpretação das normas de caráter penal. Novamente aqui destacam-se os demais princípios constitucionais penais, principalmente o da legalidade, que, associado à dignidade, impede a elaboração de tipos penais desnecessários e contrários aos valores consagrados no texto constitucional, ideologicamente democrático.

A mesma regra vale para as normas penais processuais. Exemplo disso é a inadmissão de provas obtidas por meios ilícitos.

Destacamos também o papel que a dignidade humana assume enquanto princípio, aspecto, inclusive, que nos interessa de perto.

Como princípio aplicável ao direito penal, a dignidade humana determina, diretamente, a adoção de certos comportamentos, tais como a absoluta proibição da tortura pelo sistema penal, além de constituir princípios de maior concretude, que intermedeiam sua aplicação. Entre eles, os de maior importância para o direito penal são o princípio da culpabilidade e da humanidade das penas.<sup>71</sup>

Novamente aqui, o princípio da dignidade humana está acompanhado de outros princípios constitucionais de caráter penal, até mesmo porque seu objeto somente pode ser alcançado por meio da atuação desses outros princípios, em conjunto.

---

<sup>70</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 60.

<sup>71</sup> Idem, p. 62.

Via de consequência, se esses princípios auxiliares são, de alguma maneira, afetados, violando seu conteúdo, a própria dignidade humana igualmente será violada.

Assim, podemos afirmar, sob uma ótica sistemática, que os princípios constitucionais penais, os quais analisamos acima, representam o núcleo do sobreprincípio da dignidade humana.

O princípio da culpabilidade, por exemplo, ostenta especial relevância neste aspecto. E isso ocorre porque esse princípio, como dissemos em tópico anterior, determina que a sanção aplicada a determinado agente deve ter caráter subjetivo e analisar todas as circunstâncias que permeiam o fato típico (princípio da legalidade), bem como as condições desse agente.

A dignidade humana determina, antes, que a sanção penal somente será aplicada na condição de juízo de reprovação social e o instrumento dessa análise é a culpabilidade. É, pois, a dignidade humana que dá razão ao princípio da culpabilidade, na medida em que determina a análise de reprovação ou não da conduta praticada pelo agente.

Neste passo, destacamos a análise de Helena Regina Lobo da Costa:

O sobreprincípio da dignidade humana, ao estruturar o princípio da culpabilidade, determina também um conteúdo material mínimo, qual seja, a obrigatoriedade do juízo acerca da reprovação do delito se referir à conduta praticada pelo delinqüente – e não a exigências da finalidade da pena ou de política criminal – e aludir a pessoa concreta, e não a um modelo concebido abstratamente.

A *contrario sensu*, a imposição de uma pena que não corresponde à resposta por uma escolha pelo ilícito viola frontalmente o núcleo da autonomia humana, subjugando a pessoa, pois impõe a sanção mais grave de todo o ordenamento jurídico em face de um ato que não decorreu da escolha livre do condenado. Desta forma, o princípio da dignidade humana é, por consequência, violado.<sup>72</sup>

Além do princípio da culpabilidade, podemos destacar o princípio da humanidade das penas.

Isso porque a dignidade funciona também como norte para a aplicação da pena, determinando que essas não tenham caráter cruel e / ou perpétuo.

---

<sup>72</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 64.

Estendemos, igualmente, esse conceito à fase de execução da pena, pois, em um estado democrático de direito, em que é determinante a dignidade da pessoa humana, não se pode admitir o reconhecimento de penas atroztes, nem tampouco a aplicação de tortura ou outro meio desumano na fase de execução da pena.

Nota-se, mais uma vez, que o sistema criminal adotado por um país é fator determinante para o reconhecimento da verdadeira ideologia por ele reconhecida.

O que verificamos na prática, a exemplo do que acontece no Brasil, é que, não obstante a previsão e o anseio do constituinte de constituir um estado democrático social de direito, encontramos algumas incongruências, manifestamente em relação ao aparelho criminal por ele adotado.

Não é que vivamos sob o manto de um estado totalitário, mas é possível encontrar diversas influências do regime totalitarista no ordenamento jurídico penal e processual penal brasileiro.

É possível afirmar, entretanto, que sofremos um processo de mutação, a conciliar com a ideologia almejada pelo constituinte.

Pode-se dizer que o Direito Penal é reflexo direto da ideologia adotada por um país, na medida em que estabelece restrições a um dos valores mais respeitados em um estado de direito, qual seja, a liberdade, e o princípio da humanidade das penas é também espelho desse sistema.

O princípio da humanidade determina a proibição de penas que violem nuclearmente a vida, a integridade física e psíquica, a autonomia ou a igualdade de modo a subjugar a pessoa, destacando que, no que se refere à liberdade, este princípio determina que sua restrição deve ser limitada à liberdade de locomoção, respeitando-se a liberdade de pensamento, de crença, de ensino e qualquer outra expressão da liberdade que não seja abrangida pela restrição à liberdade de locomoção.<sup>73</sup>

Sendo a liberdade, portanto, um valor constitucionalmente reconhecido, além de integrar o rol dos direitos humanos idealizados por qualquer estado democrático, o estado não poderia utilizá-la como ferramenta para fins de prevenção ao crime, a qualquer custo, mas sim à luz do que reza a Constituição Federal.

---

<sup>73</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 65.

A dignidade humana assume o papel de protagonista dos princípios constitucionais, sobretudo no que se refere à esfera penal. Significa dizer que, não restam dúvidas, seja enquanto princípio, postulado normativo, ou até mesmo como fundamento jurídico, a dignidade humana representa o alicerce de todo o ordenamento jurídico estabelecido de acordo com uma ideologia democrática.

O princípio da dignidade humana é também o meio mais legítimo de se galgar a sistemática de um direito penal mais condizente com o estado democrático de direito, por isso o denominamos sobreprincípio.

#### 4.3 Brasil: releitura do direito penal

Não nos resta a menor dúvida de que as leis penais, assim como todas as demais normas, devem compatibilizar-se com a Constituição, sobretudo com os princípios que ela carrega em seu bojo, pois em um sistema hierárquico como o nosso, em que a Constituição assume o status de maior relevo normativo, tutora que é de uma ideologia democrática de direito, não se admite a possibilidade de qualquer legislação contrária aos seus mandamentos.

Sabe-se que o Código Penal, de 1940, dentre outras legislações esparsas da mesma matéria, precisa passar por uma releitura para adaptar-se aos novos anseios da atual Constituição, promulgada em 1988.

É o que revela Márcia Dometila Lima de Carvalho a esse respeito:

A lei penal necessita ficar circunscrita dentro dos limites bem definidos do texto constitucional. O resultado disso é que, na hierarquia dos valores expressos no texto da lei Maior, capta-se a necessidade da realização de um processo despenalizador, e de outro processo de penalização, realizados, ambos, a partir de premissas constitucionais. Despenalização com referência a infrações, abrigadas nas leis penais, mas que não ofendem, significativamente, os novos interesses tutelados pela Constituição, perdendo a sua razão de ser, a sua relevância social. Penalização de fatos, até então atípicos, mas que, diante da Lei Maior, passaram a ter relevância social, fatos até então indiferentes ao legislador, mas que não poderão continuar sendo por ofenderem, significativamente, interesses tutelados constitucionalmente. Aqui, pode-se observar, ainda, a existência de fatos que já eram apenados mas cuja

apenação deve ser melhor graduada, diante de seu significado de maior relevo para a Constituição.<sup>74</sup>

E continua a mesma autora:

Portanto, com o advento de uma nova era constitucional, torna-se imprescindível uma revisão dos bens jurídicos tutelados pela lei penal, determinando-se, à vista da nova Constituição, onde deve estar o acento dos tipos penais, como devem ser hierarquizados e, conseqüentemente, como devem ser graduadas as penas à luz da importância daqueles bens para os objetivos constitucionais.

A nova Constituição traz um caráter limitador das leis penais, no momento em que regula os direitos e liberdades fundamentais, contemplando, implicitamente, ou mesmo de forma explícita, os limites do poder punitivo e os princípios informadores do direito repressivo: as proibições penais não se podem estabelecer para fora dos limites que permite a Constituição, isto significando, também, que não podem ser afrontados os princípios éticos, norteadores da Lei Maior, mesmo que instituídos em dispositivos programáticos, sem regulamentações que lhe garantam uma existência real.<sup>75</sup>

Assim, há que se repensar o atual modelo criminalizador existente, pois, se de um lado verifica-se o excesso de tipos penais muitas vezes desnecessários ou desproporcionais, de outro, conclui-se que a legislação vigente não cumpre, de forma escoreta, àqueles mandamentos de penalização expressos ou implícitos no texto constitucional.

Note-se, portanto, que a legislação penal não cumpre os comandos constitucionais, na medida em que os bens jurídicos eleitos estão em desacordo com os princípios constitucionais penais.

Estamos diante de evidente contradição entre a Constituição vigente e a legislação penal, o que desperta a discussão acerca desse tema e, muito além, a consciência da necessária revisão do sistema adotado, até mesmo para alcançar o objetivo de justiça social estampado pelo constituinte de 1988.

A nova ordem constitucional traçou os objetivos considerados fundamentais a fim de se estabelecer um estado democrático: construir uma sociedade livre, justa e solidária;

---

<sup>74</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p.38.

<sup>75</sup> Idem, p.37 e 38.

garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade, e quaisquer outras formas de discriminação.

Oportuno esclarecer que tais objetivos foram traçados com determinado propósito e resultam de toda uma evolução histórica e social, bem como consequência dos anseios da sociedade, e não por acaso foram delineados pelo constituinte.

No texto constitucional e até para alcançar os objetivos fundamentais elencados, foram inseridos alguns instrumentos para a defesa de um estado democrático, sendo o direito penal o aparelho mais eficaz para tanto, se considerarmos determinados interesses jurídicos envolvidos. Para outros, esse ramo do direito não deve atuar, pelo menos não em um primeiro momento.

E isso acontece porque o constituinte, apesar de proporcionar instrumentos penais para a defesa de certos bens jurídicos, prevendo, inclusive, os chamados mandados de criminalização, também impôs certos limites para a ingerência do Direito Penal, não o adotando de forma absoluta, em respeito ao modelo de estado democrático e, portanto, não autoritário.

E é justamente nessa possibilidade de intervenção do direito penal que surgem as problemáticas de sua real utilidade – necessidade, do momento oportuno de sua interferência, de como fazê-lo e em que medida.

Assim, para dirimir essas problemáticas, o legislador ordinário deverá delinear sua atividade com base nos princípios constitucionais penais e, em atenção ao sobreprincípio da dignidade humana.

Falamos linhas acima da fragmentariedade, que revela que o direito penal não protege todos os bens jurídicos de violações, mas somente aqueles considerados como de maior relevância, protegendo um fragmento de interesses jurídicos.

Analisamos, igualmente, dos princípios da adequação social, da culpabilidade, bem como da proporcionalidade, que impedem a criação de tipos penais desnecessários, bem como a imposição de penas injustas, desproporcionais, devendo, assim, o direito penal incidir apenas e tão somente quando inoperantes os demais ramos do direito, ou seja, quando as outras esferas não conseguirem prevenir ou remediar a conduta ilícita, sendo, desse modo, ineficientes, e o bem jurídico em questão exigir a tutela penal.

Lembremos, nesse ponto, da questão da lesividade, que argumenta que o direito penal somente deve ser aplicado quando a conduta de fato lesionar um bem jurídico, não sendo suficiente a sua ingerência quando a conduta for apenas considerada imoral.

Escapando aos denominados princípios constitucionais penais e à dignidade da pessoa, norteadora que é desses princípios, não deve o direito penal atuar, vez que o ordenamento constitucional utiliza-o como *ultima ratio*, não justificando sua intervenção sem antes revelarem-se ineficazes outras formas de prevenção ao delito.

Diante disso, expostos os alicerces de todo o sistema punitivo, faz-se necessária uma releitura da legislação penal, considerando-se os bens jurídicos passivos de proteção penal, à luz da ordem constitucional vigente, atenta, sobretudo, aos valores e objetivos por ela delineados.

A esse respeito, conclui Márcia Dometila Lima de Carvalho:

Como isto poderá ser feito – elencando-se os valores constitucionais, só na medida necessária, sem esquecer o caráter fragmentário do Direito Penal, a sua indispensável eticidade, a conveniência de que sejam utilizadas, antes da sanção penal, todas as outras de que dispõe o direito (administrativas, civis, fiscais, com cautela inclusive as premiais) – é toda uma problemática a ser resolvida.

Mas dúvida não há de que esta infiltração constitucional faz-se necessária. Só a infiltração desses valores maiores no próprio cerne do bem jurídico, objeto da tutela penal, e não, somente, sobre os seus aspectos formais e estruturais modificará, quiçá, o drama do Direito Penal de hoje, no Brasil, onde uma dogmática jurídica impecável esmaga uma realidade social violenta.

Há, na atualidade, uma exigência de funcionalidade para o Direito, à qual não pode permanecer estranho o direito penal. E, com relação a essa funcionalidade do direito penal, cresce em importância a noção de bem jurídico.

A formulação rigorosa de um elenco de bens jurídicos compatibilizados com a Constituição, evitará o abuso do poder punitivo, em detrimento dos seus valores mais primordiais.

A ordem dos bens jurídicos tuteláveis deve guardar, com parâmetro, a ordem dos valores constitucionais. Para isso, torna-se imprescindível a elaboração de um conceito material de delito, adequado à nova ordem constitucional.<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p.46.

Significa dizer que a Constituição, hierarquicamente superior que é, restringe o conceito de delito, com isso, quer fazer valer um estado democrático, em que a liberdade é tida como seu valor símbolo.

Nas palavras de Márcia Dometila Lima de Carvalho, o reajuste faz-se premente a fim de que o delito venha a corresponder à concepção própria do Estado Social e Democrático de Direito que a nova Constituição sanciona, significando isto, ainda, um processo inverso de despenalização e de atenuação de penas bem evidente.

Diante dessas considerações, cremos que o sistema criminal brasileiro clama por uma adequação à Constituição de 1988, passando por um processo de penalização e, ao mesmo tempo, de despenalização, como também de revisão e reajustes das penas já cominadas, tendo em vista os comandos constitucionais (princípios) determinantes.

A análise da função social que a Constituição vigente atribui à pena é de extrema relevância.

É preciso, pois, uma nova leitura desses bens jurídicos, a fim de determinar-se um típico estado democrático de direito. Trata-se da dignificação constitucional do bem jurídico.

## Conclusões

I

A Constituição brasileira preferiu adotar uma ideologia tipicamente democrática de direito e, sendo o documento de maior importância na escala hierárquica normativa, essa ideologia deve refletir em todas as demais normas que compõem o ordenamento jurídico.

II

Ao revelar a sua preferência por uma ideologia democrática de direito, a Constituição Federal adota alguns princípios de caráter penal para sua eficácia, princípios esses aos quais deve subordinar-se todo o aparelho criminal vigente.

III

Ao contrário do que acontece em um estado sob uma ideologia totalitária, em um estado democrático há o respeito pleno aos direitos humanos, e o reconhecimento de que esses direitos fundamentais são inatos no ser humano.

IV

Adotando-se uma ideologia democrática, o Direito Penal deve ser utilizado como ferramenta para a busca de justiça social, e não como instrumento propulsor de injustiças sociais.

V

O sistema criminal de um país é fruto imediato de sua ideologia e, na contramão de idéias, podemos afirmar que, por meio do aparelho punitivo desse mesmo país, é possível identificar a forma de estado por este adotada.

## VI

A Constituição Federal determina, por meio de princípios, como deverá ser estruturado o sistema penal e, desde a criação da lei até sua aplicação, esses princípios regentes não podem ser esquecidos.

## VII

O fundamento de validade de uma norma jurídica é tão somente sua adequação ao texto constitucional, que a ele não pode contrariar. As normas de caráter penal igualmente estarão subordinadas ao contexto postulado na Constituição que lhe rege, não podendo desvincular-se dos mandamentos traçados pelo constituinte.

## VIII

Não são todos os bens jurídicos que merecem a proteção do Direito Penal. A esfera penal fica adstrita àqueles interesses jurídicos mais relevantes e que são passíveis de efetiva lesividade.

## IX

O Direito Penal, em um estado democrático de direito, obedece ao chamado princípio da intervenção mínima, e isso significa que ele vai de encontro à possíveis arbitrariedades do legislador, evitando-se a previsão exaustiva de crimes e a imposição desnecessária de penas, priorizando a prévia atuação dos demais ramos do Direito.

## X

No regime democrático, há uma maior valoração ao aspecto liberdade e o estado tem uma atuação mínima no que diz respeito ao direito penal, que deverá revelar-se como última razão à escolha do legislador.

## XI

A Constituição Federal também adota os denominados mandados de penalização, que são verdadeiros mandamentos do constituinte, determinando o escudo penal a

determinados bens, que assumiram o patamar de bens jurídicos penais, considerada a sua relevância.

## XII

A Constituição impõe ao legislador a criação de tipos penais a fim de preservar aqueles bens por ela considerados relevantes, merecedores de escudo penal para sua preservação.

## XIII

O legislador ordinário deve pautar-se de acordo com os princípios reveladores do Direito Penal, e isso quer significar que aqueles interesses jurídicos que escapam aos comandos delineados por esses princípios devem ser objeto de proteção dos demais ramos do Direito, não cabendo ao Direito Penal atuar, ao menos em um primeiro momento, vez que o ordenamento constitucional adota o princípio da *ultima ratio* e da fragmentariedade, não justificando sua intervenção sem antes revelarem-se ineficazes outras formas de prevenção do delito.

## XIV

Há uma interrelação entre a forma de estado e os princípios por esse concebidos.

Trata-se de obrigatória relação de adequação, já que os princípios jurídicos, sobretudo os princípios constitucionais penais revelam qual o modelo de estado adotado, seja ele totalitário, seja ele democrático de direito.

## XV

Com o advento da Constituição Federal de 1988, faz-se necessária a revisão do direito penal, que não está plenamente de acordo com os anseios do constituinte.

## XVI

O sistema penal deve passar por uma releitura constitucional, ou seja, por um processo de penalização e ao mesmo tempo, de despenalização, consubstanciado no texto da nova Constituição, retirando-se do ordenamento determinado tipos com viés totalitário.

## XVII

A culpabilidade assume especial relevância quando da atribuição da pena, visto que se trata de um fenômeno social, na medida em que traduz a vontade da sociedade em que o fato é cometido. Há a necessidade de se observarem os valores intrínsecos em determinada sociedade.

## XVIII

O Direito Penal, desde que observados os mandamentos constitucionais, sobretudo os princípios constitucionais penais e o sobreprincípio da dignidade humana, promoverá a concretização de um estado democrático de direito.

## Referências bibliográficas

**ANDREUCCI**, Ricardo Antonio. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

**ÁVILA**, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

**BOBBIO**, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 4<sup>a</sup> edição, 1999.

**CAPEZ**, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 7<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

**CARVALHO**, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

**COSTA**, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

**DALLARI**, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

**FELDENS**, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

**FERREIRA FILHO**, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 22<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

**FOUCAULT**, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete. 35. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

**JESUS**, Damásio E. de. *Direito Penal. Parte Geral*. 23<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

**LENZA**, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*, 11.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Método, 2007.

**LUISI**, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

**MIRABETE**, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

**MORAES**, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2002.

**NUCCI**, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3<sup>a</sup> ed., 2008.

**PONTE**, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

**STRECK**, Lenio Luiz, **FELDENS**, Luciano. *Crime e constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

**SUNDFELD**, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros editores, 2009.

**TOLEDO**, Armando, coordenador. *Direito penal: reinterpretção à luz da Constituição: questões polêmicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

Sites pesquisados:

<http://www.stf.jus.br;>

<http://www.stj.jus.br;>

<http://www.mp.sp.gov.br;>

<http://www.estadao.com.br;>

<http://www.jus.uol.com.br;>

<http://www.fundaj.gov.br;>

<http://pt.wikipedia.org;>

<http://www.conjur.com.br;>

<http://www.folha.uol.com.br;>

<http://www.abrampa.org.br;>

<http://reservadejustica.wordpress.com;>

<http://ultimosegundo.ig.com.br;>

<http://nevusp.org;>

<http://www.philosophy.pro.br> .