

**PUC – PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO ESTADO DE
SÃO PAULO**

FLÁVIO RICARDO DE CARVALHO ELIAS

**PRINCÍPIOS PENAIIS CONSTITUCIONAIS:
HISTÓRICO E CONCEITOS**

**São Paulo
2014**

FLÁVIO RICARDO DE CARVALHO ELIAS

**PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS:
HISTÓRICO E CONCEITOS**

Monografia exigida pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, sob orientação do Prof. Heitor Villaça.

**São Paulo
2014**

FLÁVIO RICARDO DE CARVALHO ELIAS

PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS

Monografia exigida pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de especialista em Direito Constitucional.

Nota _____

Data: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

Prof. _____

Assinatura _____

Prof. _____

Assinatura _____

Prof. _____

Assinatura _____

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, fonte de vida eterna, Aquele que era e que É, sem Ele nada disso seria possível. A toda a minha família, pelo incentivo e carinho. E em especial a minha amada avó Eurotildes Nascimento de Carvalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, que me deu muita força e inspiração para conseguir o objetivo pretendido.

Agradeço a todos os professores do Curso de Pós Graduação em Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Estado de São Paulo.

Um agradecimento especial ao professor Heitor Villaça, que me orientou de forma sobeja na construção da presente monografia.

RESUMO

Partindo da premissa de que o conhecimento do processo histórico de construção da sociedade permite uma melhor compreensão da realidade presente, este trabalho busca apresentar os principais elementos conceituais do Direito Penal no mundo e no Brasil, começando pelas idéias elementares de vingança divina, privada e pública, e chegando aos modernos princípios que de um lado coloca a doutrina acima do senso comum e do clamor público, e de outro permite aos legisladores e magistrados a busca da forma mais correta de tratar os delitos e aplicar as penalidades. Sem a pretensão de esgotar o assunto, o trabalho busca na história antiga e também na legislação brasileira, os elementos necessários a uma visão esclarecedora sobre o Direito Penal. O estudo foi feito a partir de uma pesquisa bibliográfica, sendo consultados autores diversos em livros e artigos, de modo a compor o conteúdo aqui exposto. Um dos principais resultados apontados é o que mostra o quanto a adoção de princípios consagrados pela doutrina e pela legislação nos afasta do pensamento calcado no senso comum e ainda preso às noções primitivas de justiça.

Palavras-chave: direito, direito penal, histórico do direito penal, princípios.

ABSTRACT

Partindo da premissa de que o conhecimento do processo histórico de construção da sociedade permite uma melhor compreensão da realidade presente, este trabalho busca apresentar os principais elementos conceituais do Direito Penal no mundo e no Brasil, começando pelas idéias elementares de vingança divina, privada e pública, e chegando aos modernos princípios que de um lado coloca a doutrina acima do senso comum e do clamor público, e de outro permite aos legisladores e magistrados a busca da forma mais correta de tratar os delitos e aplicar as penalidades. Sem a pretensão de esgotar o assunto, o trabalho busca na história antiga e também na legislação brasileira, os elementos necessários a uma visão esclarecedora sobre o Direito Penal. O estudo foi feito a partir de uma pesquisa bibliográfica, sendo consultados autores diversos em livros e artigos, de modo a compor o conteúdo aqui exposto. Um dos principais resultados apontados é o que mostra o quanto a adoção de princípios consagrados pela doutrina e pela legislação nos afasta do pensamento calcado no senso comum e ainda preso às noções primitivas de justiça.

Palavras-chave: direito, direito penal, histórico do direito penal, princípios.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	HISTÓRIA DO DIREITO PENAL.....	12
2.1	Nascimento do direito penal e vingança divina.....	12
2.2	Vingança privada.....	13
2.3	Lei de Talião.....	14
2.4	Vingança pública.....	15
3.	HISTÓRIA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	16
3.1	Sobre as ordenações.....	16
3.1.1	As ordenações Afonsinas.....	16
3.1.2	As ordenações Manuelinas.....	16
3.1.3	As ordenações Filipinas.....	17
3.2	O código criminal do império.....	17
3.3	O período republicano.....	17
4	PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PENAL.....	19
4.1	Princípio da legalidade ou reserva legal.....	20
4.2	Princípio da intervenção mínima.....	22
4.3	Princípio da fragmentalidade.....	23
4.4	Princípio da humanidade.....	24
4.4.1	A pena de morte no Brasil.....	26
4.5	Princípio da dignidade da pessoa humana.....	27
4.6	Princípio da culpabilidade.....	28
4.6.1	Da culpabilidade.....	30
4.6.2	Dos elementos da culpabilidade.....	31

4.6.2.1	Imputabilidade.....	33
4.6.2.2	Potencial consciência da ilicitude.....	33
4.6.2.3	Inexigibilidade da conduta adversa.....	34
4.7	Princípio da insignificância ou bagatela.....	34
4.8	Princípio da adequação social.....	39
4.9	Princípio da lesividade.....	40
4.10	Princípio à exclusiva proteção dos bens jurídicos.....	42
4.11	Princípio da alteridade ou transcendentalidade.....	43
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	44
	REFERÊNCIAS.....	46

1 INTRODUÇÃO

De um modo geral, a noção de direito e de justiça em nossa sociedade muitas vezes se confunde com as noções encontradas nas sociedades primitivas, com seus pilares fundamentados no mito, na religião e no senso comum, e com a prevalência da punição como forma de vingança, seja ela divina, privada ou pública.

Essa noção e também as ideias que lhes conferem algum fundamento são, inclusive, alardeadas sem praticamente nenhum limite crítico, na mídia em geral, à base do sensacionalismo, isto é, ressaltando e explorando à exaustão alguns fatos ou crimes do cotidiano e, de modo quase explícito, fazendo propaganda em prol da volta de métodos de punição há muito abolidos da nossa sociedade, dentre eles, a justiça pelas próprias mãos e a pena de morte.

Não é o caso de se fazer aqui as devidas críticas a esse tipo de sensacionalismo, mas sim, de chamar a atenção para o quanto a contribuição resultante desse tipo de atitude é negativa para a sociedade como um todo, pois, muitas vezes, cria na sociedade algumas ideias equivocadas, tais como: fazer justiça com as próprias mãos (sendo que a justiça calcada no Estado nasceu para dissipar esse tipo de conduta); de sanar os problemas de violência com mais violência. Com toda a tecnologia da modernidade, subentende-se que a intenção da sociedade é sempre seguir em frente, progredindo. Porém, adotar formas de justiça com as próprias mãos ou voltar a adotar penas há décadas extintas, seria, sem dúvida, uma forma de regressão.

Também não é o caso de discutir aqui as funções de direito e os poderes e deveres de cada um ou de cada instituição pública ou privada. O que se busca, e para isso servem as colocações acima, é mostrar o quanto a falta de conhecimento sobre os princípios que regem o nosso Direito, e em especial o Direito Penal, nos afasta tanto da verdade prática de direito quanto da finalidade do mesmo, conduzindo-nos ao mar do senso comum e abrindo espaço para geração de maior animosidade, violência e regressão.

O objetivo geral do trabalho é, portanto, mostrar tanto a história quanto alguns dos princípios que regem o Direito Penal, notadamente o direito adotado em nosso país, no sentido de levar a uma compreensão tal que nos permita relacionar causas e efeitos, noções de justiça com noções de direito, e, sobretudo, compreender que a ordem social não poderá ser alcançada com base no clamor público e nas ideias

preconcebidas de vingança e de castigos, mas poderá ser estabelecida quando as noções de direito penal estiverem consorciadas a Ordem; o Progresso e a Justiça.

O trabalho segue apresentado em três capítulos: história do Direito Penal e do Direito Penal Brasileiro, no primeiro e segundo capítulos, respectivamente; e princípios do Direito Penal, no terceiro capítulo.

A forma de apresentação é do tipo descritiva, isto é, apontando para as colocações e ideias dos autores.

2 HISTÓRIA DO DIREITO PENAL

Da vingança divina ou da lei do “olho por olho, dente por dente”, os conceitos sobre as punições para aquilo considerado em desacordo com o comportamento esperado passou por uma longa evolução, não apenas no tempo, mas também em função das sociedades em geral.

Em nosso país, a exemplo de outros que serviram de inspiração para os princípios gerais, adota-se o chamado direito penal, isto é, o ramo do direito voltado para análise e determinação dos direitos e das penas, respectivamente, sempre de acordo com os princípios básicos da nossa Constituição.

O estudo histórico e conceitual da evolução do direito – ou da falta dele – leva-nos a uma compreensão maior dos mecanismos gerais que regem o direito penal em nosso país.

2.1 Nascimento do direito penal e vingança divina

O direito penal é um dos mais antigos ramos do direito, pois o crime existe desde os primeiros agrupamentos humanos, remontando à proto-história universal – do mesmo modo que os meios e as formas para se punir crimes.¹

É fato, no mundo ocidental, principalmente, que o primeiro homicídio remonta aos tempos bíblicos, na história de Abel e Caim.

O direito penal passou por vários períodos, e até hoje sofre mutações, porque, igual aos demais ramos do direito, não poderia deixar de sofrer mudanças, posto que, o direito altera-se de acordo com a sociedade e suas necessidades. E com o direito penal não poderia ser diferente. Para Roberto Lyra, o direito penal pode ser dividido em pelo menos três momentos:

período primitivo (das origens à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão); período humanitário (da ‘Declaração de Direitos’ até as primeiras reformas inspiradas no movimento científico do século XIX); período científico (inicia-se com as reformas do século XIX e encontra-se ainda em desenvolvimento).²

¹ Gustav Radbruch e Enrique Gwinner. **Historia de La criminalidad**, p. 19, *apud* BONFIM, Edilson M., CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 41.

² *Apud* BONFIM, Edilson M., CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 41.

O direito penal nasceu na época em que a vingança era feita para aplacar a fúria divina. Na era primitiva, acreditava-se que quem infringisse as regras, provocaria a ira dos deuses, fazendo com que o grupo ou clã ficasse em perigo, os fenômenos da natureza, eram vistos, então, como castigos aplicados pelos deuses, em paga da infração ou desobediência cometida pelo infrator.

A punição devia ser aplicada, pois sem ela a ira divina recairia sobre todo o grupo. A vingança contra o infrator era, então, uma tentativa de aplacar a fúria divina.

Conforme Charles Letorneau:

O medo do castigo se fixado na célula nervosa humana, converteu-se em causa orgânica, consciência, sentimento, que desviou o homem de certas ações, fez o homem temer a si mesmo colocando-lhe sob os olhos o fantasma roedor do remorso.³

Assim, surgem as ideias primordiais sobre delito e pena, muito embora ainda se estivesse longe a ideia de análise de dolo ou de culpa, pois bastava existir uma causalidade (nexo causal objetivo) em relação ao resultado, não importando conduta nem finalidade; a única coisa que importava era compelir a ira divina, a fim de evitar os seus castigos, geralmente na forma de peste, fome, morte e desastres naturais.

Acreditava-se nas forças sobrenaturais, que, por vezes, não passavam de fenômenos da natureza, como a chuva ou o trovão, motivo pelo qual, quando a punição era concretizada, imaginava o povo primitivo que poderia acalmar os deuses.⁴

Nessa fase, conforme Guilherme de Souza Nucci, surgem os totens, que eram estátuas em formato de animais ou vegetais. Acreditava-se que no totem, estaria presente o espírito dos antepassados do clã, e que nele seriam encontrados proteção e auxílio.

Com o estabelecimento do totem, as pessoas passaram a ser punidas quando infringissem alguma regra sagrada tida como tabu.

O tabu consistia na proibição dos profanos de se relacionarem com pessoas, objetos ou lugares determinados, ou dele se aproximarem, em virtude do caráter sagrado que possuíam, e sua violação acarretava ao culpado ou ao seu grupo o castigo da divindade.⁵

Diante disso, caso a sanção não fosse aplicada, ocorreria a vingança divina, ou seja, a vingança feita pelos deuses, trazendo fome, pestes e desastres.

³ *Apud* BONFIM, Edilson M., CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 42.

⁴ NUCCI, Guilherme de S. **Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 62.

⁵ *idem*.

2.2 Vingança privada

A vingança privada consistia no castigo imposto pela comunidade ao infrator; era a justiça pelas próprias mãos. Esse tipo de vingança gerava infundáveis rivalidades e retribuições, o que aplicava verdadeiros extermínios de todas as pessoas do grupo ou dos grupos.

Quem ofendia, não ofendia apenas a pessoa, de forma individual, mas, sim, todo o grupo ao qual a pessoa pertencesse.

Esse tipo de vingança era quase sempre desproporcional, uma verdadeira agressão que, por conseqüência, gerava cada vez mais violência, sendo que o círculo vingativo não tinha fim, levando ao risco de extermínio dos clãs.

O vínculo sanguíneo imperava e os mais fortes eram o que prevaleciam.

A vingança privada, também chamada de vingança de sangue, podia recair sobre os integrantes do grupo infrator; crianças; animais e coisas; tida como desproporcional.

2.3 Lei de Talião

Do latim *talis*, que equivale a tal qual. Na lei de Talião, a retribuição tornou-se um pouco mais justa e é vista até hoje pelos doutrinadores como um grande avanço na ciência penal.

Era o critério do olho por olho, dente por dente, uma forma um pouco mais equilibrada de se penalizar alguém, pois esse tipo de punição guardava certa conexão entre o crime cometido pelo infrator e a pena a ele empregada. Por conta desse equilíbrio é que alguns doutrinadores afirmam ter o direito penal evoluído.

A lei de Talião era vista com bons olhos, posto que, era tida como uma devolução de mesmo nível pela ofensa causada. Foi uma das primeiras manifestações do princípio da proporcionalidade. Conforme preceitua Cléber Massom⁶, foi a primeira manifestação de tentativa de humanização da pena.

Com base na lei de Talião é que foi criado o Código de Hamirábi, que dispunha, por exemplo, que, o médico que cometesse erro de profissão (erro médico), sofreria a pena de ter a sua mão decepada, era a lei da troca ou paga pela mesma moeda.

⁶ MASSOM, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral**. São Paulo: Método, 2009, p. 44.

Apesar de ser uma boa solução para a época, pois o castigo era proporcional, com o passar do tempo, por conta dos inúmeros infratores, a população foi ficando cada vez mais deformada, gerando uma nova forma de retribuição, a chamada composição, que evoluiu e faz parte da composição do dano no Direito Civil e penas pecuniárias.

Era uma forma de conciliação entre o ofendido ou seus familiares e o infrator. Constituía-se numa prestação em dinheiro, também chamado de dinheiro da paz para que o dano fosse reparado.

2.4 Vingança pública

Com a evolução da sociedade e sua organização política, surge a vingança pública. Modelo em que o Estado passa a deter o poder de punir, que é o modelo utilizado pelo Brasil, até os dias de hoje.

Aqui, segundo Cléber Massom⁷, surge a figura do Estado. E para Guilherme de Souza Nucci⁸, é a assunção por parte do chefe da tribo ou clã, da responsabilidade da tarefa de punir. Ou seja, para um é o Estado, para o outro, é o chefe da tribo.

Centralizou-se de vez a tarefa de punir, cabendo ao Estado, representando a coletividade, decidir a pena a ser imposta.

Nesse momento, a pena assume caráter público, sendo que, ainda assim, existia muita arbitrariedade e as penas ainda eram cruéis, tais como, decapitação, amputação, forca, esquartejamento, entre outros meios que eram aplicados ao condenado.

⁷ MASSOM, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral**. São Paulo: Método, 2009, p. 44.

⁸ NUCCI, Guilherme de S. **Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 62.

3 HISTÓRIA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Na época da descoberta do Brasil, o que os portugueses encontraram aqui foi um povo primitivo que para fazer justiça adotavam a vingança privada. O que vigorava naquele tempo, em relação às punições eram as penas corporais, porém, sem o emprego de tortura.⁹

Naquele tempo, os tabus, sempre carregados de misticismos, comandavam o convívio social. Era um direito consuetudinário, por assim dizer, e era transmitido apenas verbalmente.¹⁰

E junto com a descoberta veio a colonização, sendo que, esse país de terras desconhecidas até então, passou a adotar o direito aplicado em Portugal, utilizando-se as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

3.1 Sobre as ordenações

Existiram na fase da vingança pública e possuíam crueldade extrema com penas severas, inclusive com a pena de morte o que buscavam era difundir o medo da punição.

3.1.1 As Ordenações Afonsinas

As Ordenações Afonsinas foram promulgadas em 1446, por Dom Afonso V e vigoraram até 1514. Elas possuíam conteúdo do Direito Romano de Justiniano e de Direito Canônico. Era carregada de traços cruéis nas imposições de suas penas.

Princípios como legalidade e ampla defesa só viriam a existir e ser postos em prática muito tempo depois e o resultado disso era a arbitrariedade total por parte dos magistrados no momento da fixação da pena. A prisão já nesta época possuía caráter preventivo.

3.1.2 As Ordenações Manuelinas

As Ordenações Manuelinas foram editadas em 1514, por Dom Manuel, conhecido como venturoso.

⁹ MASSOM, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral**. São Paulo: Método, 2009, p. 47.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de S. **Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 62.

Correspondiam à fase da vingança pública e pouco se diferenciava das Ordenações Afonsinas, pois, também trazia em seus bojos penas tão cruéis quanto.

3.1.3 As Ordenações Filipinas

As Ordenações Filipinas datam de 1603, e por conta de medida tomada pelo Rei Filipe II, vigoraram até o ano de 1830. As Ordenações Filipinas, permaneceram com as mesmas visões das anteriores.

Foi nessa mesma época que Tiradentes foi morto, sendo que as conseqüências penais de seu comportamento estenderam-se aos seus descendentes, pois não vigora o princípio da personalidade da pena, ficando sempre, a critério do magistrado da época, qual pena adotar.

Outra característica era o fato de o infrator não ter o direito de apresentar sua defesa. A desigualdade era manifesta, posto que, cada classe social tinha seu tratamento punitivo.

3.2 O Código criminal do império

Em 1824, vigorava o artigo 179 da Constituição, e segundo seu inciso XVIII, existia a urgência de criação de um Código Criminal. O projeto desse Código foi apresentado em 1827 e sancionado em 1830, pelo imperador Dom Pedro I, e foi o primeiro código autônomo da América Latina.

Com a junção existente entre Código Criminal e Constituição, o Direito Penal sofreu grande evolução em favor da humanidade. Até porque, foi a Constituição de 1824 que trouxe a primeira pontinha de raciocínio acerca do princípio da personalidade da pena no Brasil, em seu artigo 179, inciso XX, aboliu inclusive, as penas cruéis, tais como, os açoites, as penas de galés, trabalhos forçados, de degredo, de desterro, morte na forca e assim por diante, conforme artigo 179, inciso XIX. E entre todas essas inovações, veio também o artigo 55 do Código Criminal do Império que estabeleceu o dia-multa.

3.3 Período republicano

Em 1890, foi aprovado o Código Penal elaborado por João Baptista Pereira, isso na mesma época do período Republicano e antes da Constituição de 1891. Porém, seu trabalho restou-se carregado de deficiências, motivo pelo qual, surgiram

várias leis extravagantes, foi então que, em 1932, promulgou-se a Consolidação de Leis Penais, de Vicente de Piragibe.

Em 1937, durante a fase do Estado Novo, Alcântara Machado, apresentou um projeto de lei, o Código Penal brasileiro, que foi sancionado em 1940 e passou a vigorar em 1942 e é o que permanece até os dias de hoje, porém, com algumas alterações tais como: a Lei 6416/77, 7209/84, 12015/2009 entre outras.

É na reforma da Parte Geral do Código Penal Brasileiro que as sanções penais tornaram-se mais humanizadas; adotou-se sistemas alternativos ao enclausuramento, além da reintrodução do sistema dias-multa que permanece até os dias atuais.

4 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PENAL

Princípio é o núcleo de um sistema. É de onde emanam valores que balizam todo o ordenamento jurídico.

As Constituições promulgadas nas últimas décadas, tem-se mostrado carregadas de direitos e garantias individuais tutelando bens coletivos ou transindividuais.

Segundo Luisi¹¹, os princípios se dividem em dois grupos, os *Rechtssaats* e os *Sozialstaats*. O primeiro assegura os direitos humanos e a cidadania e o segundo está presente na tutela dos valores sociais.

O *Rechtssaats* surgiu na época do Iluminismo, século XVII e XVIII, constituindo-se, efetivamente nas constituições americanas do século XVIII e também na constituição da França de 1791. Mas a sua maior afirmação são os direitos do homem e do cidadão, impondo limites ao Estado, no que diz respeito a garantir a efetivação e eficácia dos direitos acima citados.

E como dificilmente conseguimos separar liberdade de libertinagem, com tantas garantias surgiram também injustiças e enormes desproporções no que diz respeito ao homem em sociedade: “mas a liberdade no campo da economia e o direito da propriedade *le plus absolue* geraram uma sociedade profundamente injusta, com evidentes e chocantes desigualdades.”¹²

Ao conciliar os princípios de Estado Liberal com os princípios de Estado Social, as Constituições modernas renovaram por um lado as garantias individuais e ao mesmo tempo, por outro lado, incorporaram valores de interesse da coletividade, como trabalho, assistência social, educação, meio ambiente, entre outros, fazendo com que tornasse real a possibilidade de igualdade e liberdade para o homem em sociedade.

Ressalta-se que as constituições do século XVIII até as atuais estão calcadas sobre princípios que ou são penais ou são concernentes à matéria penal.

Para a análise dos princípios penais faz-se necessário o raciocínio que de um lado está o Estado com o seu direito de punir e de outro, está o alcance ou a força e as fontes dos enunciados desses princípios, fazendo com que o Direito Penal cumpra o seu papel na sociedade.

¹¹ LUISI, Luiz. **Princípios Penais Constitucionais**. Porto Alegre: Sete Mares, 1991, p. 09.

¹² Idem.

Em verdade nos princípios constitucionais se situam de um lado, os fundamentos do direito de punir do Estado, indicando seus fins e seu alcance como também suas fontes e as exigências de seus enunciados e, principalmente fixando os seus infranqueáveis limites, e de outro lado, as exigências do Sozialstaats, fazendo do Direito Penal um instrumento na construção de uma sociedade que, mantendo-se fiel às instâncias inderrogáveis dos postulados iluministas, almeje, também, ser mais igualitária, isto é, mais justa.¹³

Modernamente, a presença de matérias penais na Constituição se faz através de princípios especialmente penais, quer dizer, de princípios de direito penal constitucional e também de princípios que são constitucionais, mas influenciam na disciplina penal.

4.1 Princípio da legalidade ou reserva legal

Previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXIX, que dispõe que: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Divergente se faz a resposta sobre em que momento nasceu o princípio da legalidade. Manzini¹⁴ sustenta que o postulado nasceu no direito romano, pelo fragmento do *Digesto*: “*Poena non irrogatur, nis i qual quaquelege vel que alio jure apcialiter hic delicto imposita est*”, e que hoje, conforme Luisi¹⁵, se desdobra em três postulados: 1) quanto as fontes das normas penais incriminadoras (reserva legal); 2) concernente a enunciação dessas normas (determinação taxativa); 3) relativo a validade das disposições penais no tempo (irretroatividade). O primeiro dos postulados é o da reserva legal.

Para Frederico Marques¹⁶, esse princípio existia desde a época medieval, já em 1816, quando Afonso IX, declara sob juramento que, não procederá contra pessoa e a propriedade de seu súdito, enquanto não fosse chamado perante a cúria.

É um princípio destinado a controlar a arbitrariedade estatal, seu excesso no poder de punir. É necessário, posto que, o Estado emprega meios graves no tocante à repressão do crime, intervindo energicamente nos direitos mais essenciais e, portanto, fundamentais ao cidadão, e por ter uma função de *ultima ratio*, necessita

¹³ LUISI, Luiz. **Princípios Penais Constitucionais**. Porto Alegre: Sete Mares, 1991, p. 12.

¹⁴ *Apud* LUISI, Luiz. **Princípios Penais Constitucionais**. Porto Alegre: Sete Mares, 1991, p. 14.

¹⁵ LUISI, Luiz. **Princípios Penais Constitucionais**. Porto Alegre: Sete Mares, 1991, p. 14.

¹⁶ *Apud* LUISI, Luiz. **Princípios Penais Constitucionais**. Porto Alegre: Sete Mares, 1991, p. 131-2.

de um freio, um contrapeso. Podemos dizer que esse princípio se traduz no que diz nossa Carta Magna de 1988, artigo 5º, inciso XXXIX, ao estabelecer os direitos e garantias fundamentais, ao dispor que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Princípio consagrado no século XIX, através do brocardo latino *nullun crimen, nulla poena sine lege*, está intimamente ligado à questão de justiça dentro da sociedade. Estabelece uma obrigatoriedade de que para se falar na existência de um crime e em sua devida cominação, deve haver uma lei para tal, ou seja, a lei deve trazer de maneira clara e precisa de que determinada conduta é crime, esclarecendo também qual a pena estabelecida para o mesmo. Isto é, não há que se falar em crime ou pena, sem que antes exista uma lei, uma norma incriminadora que defina aquela conduta como criminosa e qual a penalidade a ser aplicada a quem infringir dito preceito.

Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida.¹⁷

Não se admite para esse princípio, no que diz respeito a norma incriminadora, o uso de analogia e do direito consuetudinário como fonte do direito penal, salvo se *in bonam partem*, ou seja, em favor do réu.

Esse tema abre espaço para uma temática, pois se questiona o alcance desse princípio no que tange o cumprimento de pena, eis que, a Constituição de 1988, estabelece a obrigatoriedade da lei prévia para a execução da pena. No artigo 5º, incisos XLVIII, XLIX, XLVI e L, que tratam respectivamente: “cumprida em estabelecimento de acordo com a natureza dos delitos, a idade e o sexo do apenado”; “aos presos o respeito à integridade física e moral”; que as presidiárias serão garantidas “condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período da amamentação”; e por último, a lei regulará a individualização a pena, estendendo-se obrigatoriamente ao momento da execução da pena.

Fica claro que, por força dos artigos constitucionais, o princípio aplica-se também à execução de penas, cedendo ao Estado o direito de punir, dentro do que estabelece a lei, sem arbitrariedades, e ao direito penal uma função de garantia, pois

¹⁷ BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal**. 9 ed. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 10.

torna o delito e a pena como algo seguro ao homem em sociedade, pois este confiará que só poderá ser processado e condenado, nos crimes e nas penas previamente estabelecidos ou previamente estabelecidos em lei.

Ao dispor sobre esse princípio, a Constituição Federal do Brasil não só manteve vivo um princípio que há séculos existia como se igualou às demais Constituições e Códigos de outros países, já que citado princípio é sinônimo de garantia da liberdade do homem em sociedade e também de equidade.

4.2 Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima é o instituído para impor limites à criação de leis que sejam injustas e inapropriadas, restringindo, assim, o arbítrio do legislador.

Conforme estabelece o artigo 8º da Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão do ano de 1789: “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias”, percebe-se assim que, já naquela época, visava-se impor restrições ao poder criativo do crime, posto que, só se legitima a criminalidade de um fato se ele efetivamente buscar o resguardo de um bem jurídico, porque, se outras formas de proteção se fizerem aptas, ou suficientes, então essa criminalização ou proteção tornam-se insuficientes, inaptas e incorretas.

Para Everardo da Cunha Luna “é um princípio imanente que por seus vínculos com outros postulados explícitos, e com os fundamentos do Estado de Direito se impõem ao legislador, e mesmo ao hermeneuta.¹⁸

Nossa Carta Magna, traz em evidência o princípio da dignidade humana e explícita os direitos invioláveis previsto em seu artigo 5º, direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, para a doutrina, a restrição a esses direitos considerados invioláveis, justifica-se somente se rigorosamente necessária a sanção do direito penal para a guarda desses direitos fundamentais e também dos meios necessários para sua efetivação.

Do princípio da intervenção Mínima também surge a ideia de ser o direito penal fragmentário e subsidiário. O direito penal não é um sistema que esgota a proteção dos bens jurídicos, mas é um sistema não contínuo de ilícitos que decorrem da necessidade de criminalização. Além do que, o direito penal deve ser a

¹⁸ Luna, *apud* LUISI, Luiz. **Princípios Penais Constitucionais**. Porto Alegre: Sete Mares, 1991, p. 25.

ultima ratio, o último remédio, o qual a presença só se torna necessária quando os demais ramos do direito não estiverem aptos a dar a devida tutela aos bens jurídicos imprescindíveis à vida do homem em sociedade.

Apesar do princípio da intervenção mínima ter sido previsto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, versando o pensamento iluminista, em meados do século XIX, preocupa-se com a quantidade de normas desmedidas e pouco claras, em especial na área penal, alarmando juristas de diversas áreas culturais.

Já naquele tempo questionava-se o âmbito de ampliação desse ramo do direito, posto que, como temia Giuseppe Puccioni, a ampliação da área do direito penal conduziria

a duas indúvidas conseqüências: a primeira é de que os Tribunais se achariam sobrecarregados, retardando a administração da justiça punitiva; e a segunda é de um agravamento das finanças públicas sobre quem recai o encargo de manutenção dessa indigente massa de condenados.¹⁹

Faz-se, portanto, imprescindível que o legislador saiba que possui direito de intervenção mínima, quer dizer, tem o direito de instituir tipos penais apenas quando o trajeto da tutela penal apresente-se inseparável e sem qualquer outra opção, ou seja, deve se lançar mão desse recurso chamado direito penal, apenas quando outros meios mostrarem-se inaptos, não restando alternativa a não ser a tutela do ramo penal.

4.3 Princípio da fragmentariedade

Corolário dos princípios da intervenção mínima e da reserva legal. Nem todo bem jurídico lesionado será protegido pelo direito penal e nem todas as ações que lesionam esses bens são proibidas pelo direito penal. O direito penal se ocupa apenas de uma parte dos bens jurídicos tutelados pela lei. O direito penal apenas se limita a punir aquela conduta que tenha cunho de maior gravidade praticada contra um bem jurídico protegido pelo direito penal, daí seu caráter fragmentário.

Para alguns doutrinadores, esse princípio é na realidade, uma característica do direito penal, que estabelece que, as normas penais devem punir apenas uma pequena parte ou um fragmento das ações delituosas, certamente aquelas ações que venham a ferir de maneira mais grave os bens jurídicos relevantes.

¹⁹ LUISI, Luiz. **Princípios Penais Constitucionais**. Porto Alegre: Sete Mares, 1991, p. 27-8.

Nas palavras de André Estefam

[...] mencionada por alguns autores também sob a forma de princípio, estabelecendo que as normas penais somente devem-se ocupar de punir uma pequena parcela, um pequeno fragmento dos atos ilícitos, justamente aquelas condutas que violem de forma mais grave os bens jurídicos mais importantes.²⁰

São muitos os autores que consideram que o princípio da fragmentariedade anda lado a lado com o princípio da intervenção mínima. De fato, enquanto o princípio da intervenção mínima indica que apenas os bens mais importantes serão protegidos pelo direito penal, o princípio da fragmentariedade indica que o direito penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, o último recurso a ser utilizado, pois tolhe a liberdade do cidadão. A justificativa elementar é que nos casos em que os demais ramos do direito desconsideram ou não dão relevância a certos fenômenos, como a cobrança de valores inferiores a uma determinada quantia, não há porque o direito penal se ocupar disso. Além disto,

[...] em certos ramos do direito (administrativo e tributário, por exemplo) há punições que são muito temidas: o motorista que tem medo de ver sua CNH suspensa; as multas do direito tributário. O direito penal é subsidiário. Quando fracassam os outros ramos do direito o DP entra em ação. Para o NUCCI Princípio da Intervenção mínima é sinônimo de Princípio de subsidiariedade. O princípio da fragmentariedade indica que nem todas as lesões a bens jurídicos protegidos devem ser tuteladas e punidas pelo direito penal. Apenas alguns bens jurídicos devem ser penalmente tutelados, apenas uma parte, apenas alguns FRAGMENTOS, apenas os mais graves.²¹

O direito penal não pode cuidar de todas as condutas que lesionem os bens jurídicos, mas apenas cuidar das condutas que se demonstrarem mais gravosas e periclitantes aos bens jurídicos indispensáveis.

4.4 Princípio da humanidade

A base do princípio da humanidade é o reconhecimento do condenado como pessoa humana, razão pela qual deve ser tratado como tal.

Foi consagrado no século XVII e XVIII, no período conhecido como iluminismo. Na época do iluminismo os pensadores pregavam uma mudança no estado, trazendo consigo duas idéias, a primeira, de que existiam condições intimamente ligadas à condição de homem enquanto pessoa; e a segunda,

²⁰ ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 121.

²¹ CANHETTI, Bruno A. de P.; FERREIRA, Thaís C.; MELLO JÚNIOR, Mauro F. **Aspectos relevantes sobre o princípio da insignificância**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2394/1918>>

estruturação do Estado como se ele se originasse de um contrato, sendo que, ao ser afirmado este contrato, os direitos do homem seriam resguardados e garantidos. Daí afirmar ser o direito penal entrelaçado à leis preambulares e indubitáveis, restritas ao mínimo imprescindível e sem punições degradantes.

O princípio da Humanidade pode ser encontrado em várias Constituições pelo mundo afora, como é o caso da Emenda VII à Constituição da Filadélfia que foi ratificada em 1791, proibindo penas cruéis e incomuns. Encontramos também na maioria das Constituições do século XIX e permanece também nas Constituições atuais. Princípio tratado inclusive, no artigo 5º da Declaração dos Direitos do Homem, que dispõe: “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”. A Convenção Americana sobre direitos humanos, também em seu artigo 5º, inciso II estabelece que “ninguém será submetido à tortura nem a penas ou tratamentos ou cruéis, desumanos ou degradantes; toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido a dignidade inerente ao ser humano”.

Nossa Carta Magna de 1988 consagra em diversos dispositivos o princípio da dignidade da pessoa humana. Em seu artigo 5º, por exemplo, inciso XLIX dispõe que é “assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Depois, há o inciso que estabelece o direito que as presas terão de permanecerem com seus filhos, inciso L “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”, e um dos incisos mais relevantes é o inciso XLVII que estabelece que “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; de banimento; e) cruéis”.

Tal princípio, nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt

a proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infra-estrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são corolários do princípio da humanidade.²² (Grifo no original).

Nossa Carta Magna garante e prevê a garantia de cumprimento desse princípio, portanto, deve haver uma proporcionalidade entre a pena aplicada e a dignidade humana.

4.4.1 A pena de morte no Brasil

²² BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 35.

Nossa Constituição Federal, seguindo outras Constituições como a Italiana de 1947, a de Portugal de 1976, a da Espanha de 1978, entre outras, também não adota a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, conforme artigo 84, inciso XIX. Porém, a Constituição de Portugal é clara ao expressar em seu artigo 24 que “Em caso algum haverá pena de morte nem em casos de guerra. Dos países Europeus o último a abolir a pena de morte foi a França, fazendo-o apenas em 1981.

Mas não foi sempre assim em nosso país. No Código do Criminal do Império de 1830 havia a previsão da pena de morte, sua revogação ocorreu somente em 1851, quando um fazendeiro foi condenado ao enforcamento e depois se descobriu que ele não havia cometido crime algum. Esse fazendeiro era chamado Mota Coqueiro e sempre havia negado a autoria do crime que lhe era atribuído, quando se constatou a verdade, Mota Coqueiro já havia sido enforcado. Foi então que o Imperador Dom Pedro II começou a substituir as penas de morte em galés perpétuas.

Modernamente, a questão passou a ser discutida novamente, cogitando-se o retorno da pena de morte no Brasil. Porém, nossa legislação é clara no sentido de que não se pode alterar a matéria contida no artigo 5º da Constituição da República por meio de Emenda, pois são matérias pertinentes às garantias individuais. A proibição da pena de morte está inserida no capítulo que trata dos deveres e garantias individuais e coletivos, integrantes do título dos Direitos e Garantias Fundamentais, não podendo ser alterado por Emenda Constitucional.

O princípio em comento visa garantir que a pessoa seja tratada com humanidade, ou seja, levando-se em consideração que a pessoa é humana e deve ser tratada como tal. Para tanto, nossa Carta Magna estabelece em seu artigo 5º, certas prerrogativas inerentes à condição humana sem impedir, no entanto, que o Estado cumpra seu papel no tocante a fazer com que se cumpra a Justiça.

Tal princípio, nas palavras de Hans Heirich Jescheck

O direito penal não pode se identificar com o direito relativo a assistência sócia. Serve em primeiro lugar a Justiça distributiva, e deve por em relevo a responsabilidade do delinqüente por haver violentado o direito, fazendo com que receba a resposta merecida da Comunidade. E isto não pode ser atingido sem dano e sem dor principalmente nas penas privativas dos valores morais, e fazer do crime uma ocasião de prêmio, o que nos conduziria ao reino da utopia. Dentro destas fronteiras, impostas pela natureza de sua

missão, todas as relações humanas disciplinadas pelo direito penal devem estar presididas pelo princípio da humanidade.²³

O Brasil por ser um país que vela pelas liberdades individuais, não pode ter como pena a pena de morte, pois não pode haver penas tão cruéis a ponto de desconsiderar a pessoa como ser humano que é.

4.5 Princípio da dignidade da pessoa humana

Princípio previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Não é genuinamente do direito penal, mas deve reger todo o ordenamento jurídico, principalmente o penal. É um dos pilares que sustentam nosso ordenamento.

É citado no preâmbulo da Carta da Organização das Nações Unidas (Onu), citado também pelo parágrafo 3º do art. 29 e o art. 30 da Declaração dos Direitos Humanos e nos preâmbulos dos Pactos de Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966.

Para São Tomás²⁴ de Aquino, a dignidade é própria do homem “é inerente ao homem, como espécie; e ela existe *in actu* só no homem como indivíduo, passando desta forma a residir na alma de cada ser humano”.

Nas palavras de Canotilho:

Perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos), a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios.

A compreensão da dignidade da pessoa humana associada à ideia de *homo noumenon* justificará a conformação constitucional da República Portuguesa onde é proibida a pena de morte (art. 24º) e a prisão perpétua (art. 30º, 1). A pessoa ao serviço da qual está a República também *coopera* na República, na medida em que a pessoa é alguém que pode assumir a condição de *cidadão*, ou seja, um membro normal e plenamente cooperante ao longo da vida.²⁵

As palavras acima citadas tem plena relação com o direito penal brasileiro conforme inclusive o já exposto no princípio da humanidade.

²³ *Apud* LUISI, Luiz. **Princípios Penais Constitucionais**. Porto Alegre: Sete Mares, 1991, p. 35.

²⁴ ANDRADE, Paulo H. M. **A dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <<http://WWW.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigo&id=1467&idAreaSel=16&seeArt=Yes>>

²⁵ CANOTILHO, José J. G. **Direito constitucional e a teoria da constituição**. Lisboa (Portugal): Almedina, 2007, p. 225.

Não é nada fácil, definir em quais aspectos esse princípio afeta ou influencia o direito penal. Limitar onde esse princípio se inicia e onde termina é tarefa ainda mais complicada, posto que, vênia, sempre degradante o encarceramento de um ser humano, mas nesse sentido bem ensina André Estefam:

“[...] não se pode afirmar que o encarceramento de um criminoso viola dignidade da pessoa humana, porque as penas privativas de liberdade são expressamente autorizadas pelo Texto Maior (CF, art. 5º, XLVI, a). Pode-se dizer de outra banda, que a aplicação de penas cruéis vulnera a dignidade da pessoa humana, até porque se cuida de proibição prevista no art. 5º, XLVII, e.²⁶

Esse princípio visa proibir que condutas socialmente inofensivas tornem-se crimes e impede penas degradantes, cruéis e vexatórias.

Não há como falar nesse princípio sem citar sua intrínseca ligação com a identidade e integridade do homem em sociedade.

É inerente à pessoa, e não pode ser medido por um único elemento, pois carrega consigo uma reunião de aspectos, tais como: econômicos; sociais; políticos e morais.

É princípio fundamental de um Estado Democrático como o Brasil. Tal princípio, acompanhado do direito à vida e à liberdade, são garantias individuais asseguradas pela Carta Magna de 1988. E um dos deveres do Estado é assegurar que o homem será tratado com dignidade e outro dever ainda tão importante quanto, é que o Estado dê condições para que isso aconteça.

4.6 Princípio da culpabilidade

Da base constitucional, encontra-se implícito no artigo 5º, inciso LVII que diz “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Princípio que determina que, não há crime sem culpabilidade. Modernamente, o direito penal adota o raciocínio *nullum crimen sine culpa*, mas primitivamente falando, o direito penal adotava a teoria da culpa objetivo, sendo que, bastava causar um resultado para existir a culpabilidade, hoje em dia, o princípio da culpabilidade veda a responsabilidade objetiva.

Diversos documentos jurídicos da Idade Média demonstram a existência do *versari in re illicita*, que segundo Luiz Luisi é “responsabilidade por fatos causados

²⁶ ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 118.

por uma conduta ilícita, mas que não foram previstos ou queridos, e nem eram previsíveis".²⁷

Com o advento desse princípio, a questão da pena passa a ser mais justa, sendo que, dessa forma, toda a sociedade passa a se beneficiar.

A culpabilidade não é um fenômeno incomunicável, individual, que exerce influência apenas sob o autor do delito, mais é um fenômeno social.

Conforme preceitua Muñoz Conde:

[...] não é uma qualidade da ação, mas uma característica que se lhe atribui, para poder ser imputada a alguém como seu autor e fazê-lo responder por ela. Assim, em última instância, será a correlação de forças sociais existentes em um determinado momento que irá determinar os limites do culpável e do não culpável e do não culpável, da liberdade e da não liberdade.²⁸

Ainda conforme, Muñoz Conde, a culpabilidade,

[...] não é uma categoria abstrata ou aistórica, à margem, ou contrária às finalidades preventivas do Direito Penal, mas a culminação de todo um processo de elaboração conceitual, destinado a explicar por que, e para que, em um determinado momento histórico, recorre-se a um meio defensivo da sociedade tão grave quanto a pena, e em que medida se deve fazer uso desse meio.²⁹

A culpabilidade pode ser dividida em três linhas de raciocínio.

O primeiro visa esclarecer a culpabilidade como fundamento da pena, ou seja, faz menção a possibilidade de ser possível ou não a aplicação de uma sanção penal ao autor de um delito. Mas para tanto, faz-se necessário, a presença de três fatores, quais sejam: capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta, sendo que, não estando presente qualquer um dos três fatores, não há que se falar em aplicação de sanção penal, quer dizer, a ausência de qualquer dos três fatores é o suficiente para impedir que o sujeito cumpra pena.

O segundo é a culpabilidade como medida ou proporção da pena. Nesse caso, a culpabilidade não exerce a função de fundamento da pena, mas sim com, limite para ela, obstando que a pena seja estipulada abaixo ou acima daquilo que prevê a lei, tudo isso ajustado entre culpabilidade e outros requisitos como fins preventivos e também, por exemplo, importância do bem jurídico a ser tutelado.

²⁷ LUISI, Luiz. **Princípios penais constitucionais**. Porto Alegre: Sete Mares, 1991, p.34.

²⁸ *Apud* BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal**. 9 ed. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 13

²⁹ *Idem*, p. 14.

E em terceiro a culpabilidade contrária à responsabilidade objetiva. Nessa hipótese, a culpabilidade irá tratar da não responsabilidade quando o resultado for imprevisível e não tiver contribuído com dolo ou culpa.

Conforme resume Cezar Roberto Bitencourt, não há que se falar em pena sem que haja culpabilidade gerando três conseqüências materiais, a saber: “a) *não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado; b) a responsabilidade penal é pelo fato e não pelo autor; c) a culpabilidade é a medida da pena*”.³⁰

Para André Estefam, esse princípio se divide em três dimensões, quais sejam:

a) a proibição de responsabilização penal sem dolo ou culpa; b) a vedação de aplicação da pena sem culpabilidade, isto é, desprovida de imputabilidade, possibilidade de conhecimento da ilicitude do ato e exigibilidade de outra conduta; c) a gravidade da pena deve ser proporcional à gravidade do fato cometido.³¹

Ainda para o professor André Estefam, as três dimensões acima citadas foram respeitadas pelo nosso legislador ordinário, pois, a extinção da responsabilidade penal objetiva esta demarca pelos artigos 18 e 19 do Código Penal. A não imposição de pena sem culpabilidade está descrita nos artigos 21, 22 e 26 a 28 também do Código Penal, os quais reputam respectivamente, a aplicação desses artigos à imputabilidade, a possibilidade de conhecimento da ilicitude do ato e a possibilidade de se exigir do agente conduta adversa. Citando-se ainda, a que os artigos 59 a 68 do Código Penal iguala a duração da pena a ser cumprida em relação à gravidade do ato cometido, seria a chamada dosimetria da pena.³²

4.6.1 Da culpabilidade

No início da humanidade, as penalidades impostas aqueles que infringissem as normas ou costumes da época eram determinadas pelos castigos dos deuses por meio de catástrofes ou fenômenos naturais os quais as pessoas atribuíam a castigos enviados pelos deuses. Não existia a figura do direito penal, de forma que, na tentativa de abrandar a fúria dos deuses, criavam-se mecanismos de proibições, chamado tabus para que as regras não fossem transgredidas.

Bastava simples conexão entre ato praticado e o resultado, nexa causal, para que surgisse a responsabilização pelo fato praticado.

³⁰ BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 14.

³¹ ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 117.

³² Idem.

Com a fase da Lei de Talião, os castigos ou penas passaram a ter um caráter mais pessoal, porém, a responsabilidade ainda era objetiva.

Com a evolução da humanidade e do direito, por influência do direito romano, do iluminismo, pela obra de Cesare Bonnesana o Marques de Beccaria, Dos Delitos e das Penas e diversas obras ligadas ao ramo do Direito Penal, nasce o período clássico, onde tem início a ideia de que não basta o nexo existente entre ato e dano causado, plantando as ideias de responsabilidade penal subjetiva. *“A culpabilidade é entendida como, pela maioria da doutrina nacional, como o juízo de reprovação que recai sobre o autor culpado por um fato típico e antijurídico”*.³³

4.6.2 Dos elementos da culpabilidade

De acordo com Valente³⁴, as teorias funcionalistas no âmbito da culpabilidade se referem mais à função que a culpabilidade deve exercer no direito penal moderno do que à reformulação de seu conceito. O conceito de culpabilidade também passou por uma evolução em etapas históricas, gerando teorias diversas, tais como: psicológica; psicológica normativa e normativa pura.

A teoria psicológica da culpabilidade concebia inicialmente a culpabilidade como um vínculo de natureza psicológica entre o autor e o ato praticado.

A culpabilidade pela teoria psicológica segue determinada vinculação psicológica entre o autor e seu ato; caso contrário não se poderia afirmar a relação de causalidade de vontade com o ato ilícito. Torna-se necessário referir que neste ponto reside mais uma crítica a tal teoria, embora exista relação causal entre a vontade e o ato, quando o autor tenha querido a sua realização, mas atua amparado por uma causa de inculpabilidade (ex. estado de necessidade exculpante). Em tal hipótese, faltarão culpabilidade, mas haverá ainda relação psicológica.³⁵

A teoria psicológica normativa busca antes superar a vulnerabilidade da teoria psicológica, criando como elemento independente da culpabilidade, junto ao dolo e a culpa, a motivação normal, o que leva à definição de culpabilidade como reprovabilidade. Assim, conforme Valente,

O dolo e a culpa não esgotam a culpabilidade, como também não podem ser considerados espécies de culpabilidade. Para ele, a culpabilidade deve fundar-se em todos os elementos que influem sobre a valoração jurídica da ação e não só sobre a relação

³³ ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 259.

³⁴ VALENTE, Lúcio. **Culpabilidade**. Disponível em: <<http://www.fortium.com.br/blog/material/CULPABILIDADE.doc>>

³⁵ Idem.

psicológica entre o autor e o resultado, mas também sobre a imputabilidade e nas circunstâncias em que a conduta é realizada [...] Desta forma, passa a culpabilidade a constituir um conceito complexo, visto que em sua composição integram-se o dolo e a culpa, a imputabilidade e a normalidade das circunstâncias em que se realiza a ação, o que poderia levar à inexigibilidade de conduta diversa. Assim, pode existir o dolo e faltar a normalidade da motivação. Culpabilidade para Frank é reprovabilidade, e esta falta na ausência de qualquer um dos elementos em que se funda o juízo de reprovação.³⁶

Conforme Valente, a teoria normativa pura, por sua vez,

sustenta que o dolo e a culpa integram a conduta, logo a culpabilidade passa a ser puramente valorativa ou normativa, isto é, puro juízo de valor, de reprovação, que recai sobre o autor do injusto penal excluída de qualquer dado psicológico. Assim, em vez de imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e dolo ou culpa; a teoria normativa pura exigiu apenas imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa, deslocando o dolo e a culpa para a conduta. O dolo que foi transferido para o fato típico não é, no entanto, o normativo, mas o natural, composto apenas de consciência e vontade. A consciência da ilicitude destacou-se do dolo e passou a constituir elemento autônomo, integrante da culpabilidade, não mais, porém, como consciência atual, mas possibilidade de conhecimento do injusto.³⁷

Ou seja, não se exime da culpa aquele que tinha condições de saber sobre a ilicitude do ato.

Dessa forma, para a Teoria Normativa Pura, a culpabilidade é composta dos seguintes elementos: imputabilidade; b) potencial consciência da ilicitude; c) exigibilidade de conduta diversa.

Como consenso geral, sabe-se que a responsabilidade no direito penal é subjetiva, devendo existir dolo ou culpa para que tal ocorra. A regra para a fundamentação e legitimação da punição é, portanto, o dolo do agente. Por outro lado, isto é, em relação à responsabilidade objetiva, apenas em hipóteses extremadas e devidamente previstas em lei é que a mesma pode ser adotada, fundada em ato voluntário do agente, mas sem que, no momento da prática criminosa estejam presentes o dolo ou a culpa, tal como ocorre com a embriaguez voluntária.³⁸

³⁶ VALENTE, Lúcio. **Culpabilidade.** Disponível em: <<http://www.fortium.com.br/blog/material/CULPABILIDADE.doc>>

³⁷ Idem

³⁸ Disponível em: <<http://pontosdompf.forumeiros.com/t21-principios-do-direito-penal-parte-02>>

São elementos da culpabilidade: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude, inexigibilidade de conduta diversa.

4.6.2.1 Imputabilidade

A imputabilidade refere-se ou é aplicada nos casos de incapacidade mental de compreender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento (ou seja, de conter-se).³⁹

Essa incapacidade está relacionada a causas diversas, tais como: menoridade; doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado; embriaguez completa decorrente de caso fortuito ou força maior; dependência de substância entorpecente.

4.6.2.2 Potencial consciência da ilicitude

Como encontrado em⁴⁰, uma pena só é devidamente merecida quando o sujeito tiver agido com a consciência de que sua conduta era ilícita. Se não detiver o necessário conhecimento da proibição, sua ação ou omissão não terá a mesma reprovabilidade. Em tal contexto, dar-se-á o erro de proibição. Partindo do pressuposto de que a ignorância ou desconhecimento de lei não se confundem com a sua errada compreensão e que, portanto, somente o erro acarreta conseqüências na esfera criminal, cumpre considerar que a errada compreensão de uma determinada regra legal pode levar o agente a supor que certa conduta injusta seja justa, a tomar uma errada por certa, a encarar uma anormal como normal, e assim por diante. O erro de proibição pode ser:

- a) inevitável ou escusável: o agente não tinha como conhecer a ilicitude do fato, em face das circunstâncias do caso concreto. Se não tinha como saber que o fato era ilícito, inexistia a potencial consciência da ilicitude, logo, esse erro exclui a culpabilidade. O agente fica isento de pena;
- b) evitável ou inescusável: embora o agente desconhecesse que o fato era ilícito, ele tinha condições de saber, dentro das circunstâncias, que contrariava o ordenamento jurídico. Se ele tinha possibilidade, isto é, potencial para conhecer a ilicitude do fato,

³⁹ VALENTE, Lúcio. **Culpabilidade.** Disponível em: <<http://www.fortium.com.br/blog/material/CULPABILIDADE.doc>>

⁴⁰ LUISI, Luiz. **Princípios constitucionais penais.** Disponível em: <http://www.chicoleite.com.br/leitura.php?id_materia=48>

possuía a potencial consciência da ilicitude. Logo, a culpabilidade não será excluída.⁴¹

Destarte para podermos classificar um ato como doloso, o autor deverá conhecer a existência das circunstâncias fundamentadoras do dever jurídico.

4.6.2.3 Inexigibilidade de conduta adversa

Conforme Luisi⁴², a inexigibilidade de conduta diversa pode ocorrer por causas diversas: coação moral irresistível; coação física e obediência hierárquica em respeito a ordens de diversos tipos.

O fenômeno da inexigibilidade de conduta adversa se dá quando o sujeito não tem como agir de maneira diferente que não aquela determinada seja por coação ou por ordem de outrem a quem ele deva obediência hierárquica.

4.7 Princípio da insignificância ou bagatela

Esse princípio prega que direito penal existe para a proteção subsidiária de bens jurídicos, portanto, condutas que produzam danos de pouco valor aos bens jurídicos tutelados pelo direito penal devem ser reputadas com pouca importância.

Para ser considerado fato típico exige-se que haja a ofensa aos bens jurídicos tutelados pelo direito penal, logo, não é qualquer ofensa que caracterizará o injusto penal.

Para Klaus Tiedemann⁴³, que chamou esse princípio de princípio da bagatela, é necessário haver uma proporcional gravidade entre o ato praticado e a intervenção estatal.

Fica a cargo do poder Legislativo a classificação e os critérios de seleção dos bens jurídicos a serem tutelados pelo direito penal, vedando-se a interpretação ou classificação desses bens por parte dos aplicadores do direito, sob pena de ferir o princípio da reserva legal e da separação dos Poderes.

Destarte, haver aqui, uma importante diferenciação a se fazer. Infração de menor potencial ofensivo não se confunde com princípio da insignificância, este

⁴¹ Disponível em: <<http://pontosdompf.forumeiros.com/t21-principios-do-direito-penal-parte-02>>

⁴² LUISI, Luiz. **Princípios constitucionais penais**. Disponível em: <http://www.chicoleite.com.br/leitura.php?id_materia=48>

⁴³ Tiedemann, *apud* BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 19.

consagrado por Claus Roxin em 1964, o outro, previsto como, por exemplo, o artigo 98, inciso I da Constituição Federal.

As condutas de menor potencial ofensivo são, por exemplo, lesão corporal leve, injúria, ameaça, e outros, esses já valorados pelo legislador através da lei. E este mesmo legislador, buscando atender-se para as necessidades sociais e históricas já atribuiu as conseqüências jurídicas essenciais a esse tipo de conduta, em que pese essas condutas sejam relevantes, quando comparadas a outros bens jurídicos como liberdade sexual, por exemplo, ou até mesmo o bem jurídico mais precioso como a vida, torna-se de baixa relevância. Não é só porque de pequeno potencial ofensivo que será considerado insignificante, posto que, ainda assim, são relevantes para o direito penal. Após valoração feita pela lei, valoração do bem jurídico atingido, deve-se também analisar com que intensidade esse bem jurídico foi lesionado, como bem ensina Claus Roxin,

mau trato não é qualquer tipo de lesão à integridade corporal, mas somente uma lesão relevante; uma forma delitiva de injúria é só a lesão grave a pretensão social de respeito. Como força deve ser considerada unicamente um obstáculo de certa importância, igualmente também a ameaça deve ser sensível para ultrapassar o umbral da criminalidade.⁴⁴

Princípio consagrado por Roxin em 1964 e muito utilizado modernamente. Tarefa difícil, porém, é a análise na sociedade atual do que é ou não insignificante. No exame de um caso concreto, chegando-se a conclusão de que a lesão ao bem jurídico foi insignificante o fato torna-se atípico.

Ninguém dirá que a subtração de uma folha de papel ou de um dente de alho deve ser considerada como crime de furto. Outros poderão afirmar, ainda, que a subtração de um objeto avaliado em um quarto do salário mínimo é insignificante, mas certamente, num caso deste, haverá intenso debate no processo sobre a caracterização do princípio.⁴⁵

Para ajudar na resolução desse conflito, o Supremo Tribunal Federal está adotando alguns critérios que nas palavras do Professor André Estefam, “parecem ajustados”, quais sejam: “a) a mínima ofensividade da conduta, b) a ausência de periculosidade social da ação, c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica”.⁴⁶

⁴⁴ Roxin, *apud* BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 20.

⁴⁵ ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 120.

⁴⁶ *Idem*.

Porém, moderna e constante tem sido a divergência entre o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça a respeito do porte de drogas para consumo pessoal.

Processo: AI 743710 RJ

Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI

Julgamento: 08/05/2009

Publicação: DJe-090 DIVULG 15/05/2009 PUBLIC 18/05/2009

Parte(s):

PETER DE FREITAS CÂNDIDO

DPE-RJ - CLÓVIS BOTELHO E OUTROS (A/S)

DEP-RJ - ADALGISA MARIA STEELE MACABU E OUTROS (A/S)

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

“Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário criminal, sob o fundamento de que o que o tipo penal em enfoque já prevê a quantidade mínima no próprio tipo penal, o que afasta a incidência do princípio da insignificância” (fl. 81). No RE, interposto com base no art. III, a, da Constituição, alegou-se ofensa aos arts. 5º, XXXIX e X, e 1º, III, da mesma Carta. O Recorrente sustenta que, com a Lei 11.343/06, houve descriminalização do porte de drogas para uso e, além disso, requer a aplicação do princípio da insignificância, uma vez que a quantidade de droga encontrada foi mínima. O agravo não merece acolhida. Como tem consignado o Tribunal, por meio da Súmula 282, é inadmissível o recurso extraordinário se a questão constitucional suscitada não tiver sido apreciada no acórdão recorrido. Ademais, se os embargos declaratórios não foram opostos com a finalidade de suprir essa omissão, é inviável o recurso, a teor da Súmula 356 do STF. Ainda que superado este óbice, outra sorte não restaria ao recorrente. Quanto à tese de atipicidade da conduta do portador de drogas para uso pessoal com a superveniência da Lei 11.343/06, convém esclarecer que já se manifestou a 1ª Turma desta Corte no julgamento de questão de ordem no RE 430.105/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, cuja ementa transcrevo: “I. Posse de droga para consumo pessoal: natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP – que limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo ‘rigor técnico’, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado ‘Dos Crimes e das Penas’, só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão ‘reincidência’, também não se pode emprestar um sentido ‘popular’, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra feral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta

de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de ‘despenalização’, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C. Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado)” (grifos nossos). Isso posto, nego seguimento ao recurso. Publique-se. Brasília, 8 de maio de 2009. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI – Relator – 1102IIIaConstituição11.34311.343 RE 430.105/RJ1ºLICP2811.343CF/885ºXLVIXLVII11.34311.343769.099 11.3433011.3433011.343 (743710 RJ, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 08/05/2009, Data de Publicação: DJe-090 DIVULG 15/05/2009 PUBLIC 18/05/2009, undefined).⁴⁷

Ainda, conforme ensina Assis Toledo,

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai aonde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas.⁴⁸

Sobre tentativa de furto, assim o Supremo Tribunal Federal tem entendido:

19/05/2009 SEGUNDA TURMA
 HABEAS CORPUS 98.152-6 MINAS GERAIS
 RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO
 PACIENTE(S): DIOGO DA SILVA
 IMPETRANTE(S): DEFENSORIA PÚBLICA UNIÃO
 COATOR (A/S)(ES): RELATOR DO RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 23601 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 E M E N T A: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL – CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL – TENTATIVA DE FURTO SIMPLES (CP, ART. 155, “CAPUT”) DE CINCO BARRAS DE CHOCOLATE – “RES FURTIVA” NO VALOR (ÍNFIMO) DE R\$ 20,00 (EQUIVALENTE A 4,3% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) – DOUTRINA – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO PARA ABSOLVER O PACIENTE. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: “*DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR*”.
 - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção de pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os

⁴⁷ Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudência/4277332/agravo-de-instrumento-ai-743710-rj-stf>>.

⁴⁸ TOLEDO, Francisco de A. **Princípios básicos de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1984

valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade.

- O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa à bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DE TIPICIDADE PENAL.

- O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados fragmentalidade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de HC 98.152 / MG afastar a própria tipicidade penal, examinada esta na perspectiva de seu caráter material. Doutrina, Precedentes. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.

O FATO INSIGNIFICANTE, PORQUE DESTITUÍDO DE TIPICIDADE PENAL, IMPORTA EM ABSOLVIÇÃO CRIMINAL DO RÉU.

- A aplicação do princípio da insignificância, por excluir a própria tipicidade material da conduta atribuída ao agente, importa, necessariamente, na absolvição penal do réu (CPP, art. 386, III), eis que o fato insignificante, por ser atípico, não se reveste de relevo jurídico-penal. Precedentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello (RISTF, art. 37, II), na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em desferir o pedido de "habeas corpus", nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, nesse julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Eros Grau.

Brasília, 19 de maio de 2009.

CELSON DE MELLO - RELATOR.⁴⁹

Assim, vê-se que o princípio da insignificância parte da ideia de que o direito penal não deve se ater às condutas de pequena monta, isto é, não causam maiores danos sociais ou materiais.

4.8 Princípio da Adequação Social

Princípio que prega a racionalidade para a criação de leis em nosso ordenamento jurídico, sem arbitrariedades, pois o legislador ao conceber uma norma, deve observar a sociedade e não incriminar condutas que são socialmente

⁴⁹

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=108662>.

aceitas, ou seja, ao criar uma lei o legislador jamais poderá agir conforme sua própria vontade, tampouco criar leis que incriminem aquilo que é aceito pela sociedade. A sociedade possui um senso de justiça e o legislador não pode mudar isso através de suas normas.

Na visão de Welzel esse princípio tem como base o fato de que nenhum ato pode ser considerado delituoso ou socialmente repreensível, mesmo que se enquadre na lei, se o mesmo for aceito pela coletividade ou por um grupo que o exercite.⁵⁰

Nosso ordenamento não pode cominar sanção a um fato concreto, se ele for considerado como consistente e casual ou consuetudinário, ou seja, as condutas que são socialmente aceitas não podem figurar como crime, portanto, não se revestem de tipicidade. Como citados anteriormente, o direito penal trata de condutas relevantes e típicas, sim, pois, sendo uma conduta típica também será penalmente relevante.

É importante, no entanto, diferenciarmos indulgência de aceitação. Não é só pelo fato de um determinado ato ser aceito pela sociedade que será socialmente adequado. É o que ocorre, por exemplo, na contravenção do jogo do bicho que, embora aceito pela sociedade é socialmente inadequado. Uma contravenção aceita pela maioria da sociedade sustenta o hábito de crimes maiores. Como bem sustenta o mestre, André Estefam:

Ocorre que tal contravenção fomenta a criminalidade organizada, incentiva a corrupção de órgãos policiais e, na quase totalidade dos casos, vem associada com outros crimes, notadamente o porte ilegal de armas de fogo e o tráfico de drogas.⁵¹

Ainda sobre o princípio da adequação social ressalva Cezar Roberto Bitencourt:

Como 'princípio geral de interpretação' não só da norma mas também da própria conduta contextualizada, é possível chegar-se a resultados fascinantes, como, por exemplo, no caso do famigerado 'jogo do bicho', pode-se afastar sua aplicação em relação ao 'apontador', por política criminal, mantendo-se a norma plenamente válida para punir o 'banqueiro', cuja ação e resultados desvaliosos merecem a censura jurídica.⁵²

⁵⁰ Welzel, *apud* VERDAN, Tauã L., **Princípio da Adequação Social**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/11268/1/Principio-da-Adequação-Social/pagina1.html>>

⁵¹ ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 122.

⁵² BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 18.

Vê-se, portanto, que apesar de aceitas pela sociedade, existem práticas que acarretam outras práticas ainda mais ilícitas.

4.9 Princípio da Lesividade

Surgiu no período iluminista e tentou no decorrer dos séculos, dissolver a confusão em torno dos assuntos moral e direito. Princípio que tem por escopo limitar o poder do legislador, estabelecendo quais comportamentos sofrerão a rigidez da lei ou não, ou seja, quais condutas poderão ou não sofrer punição por parte da lei.

Conforme conceitua Nilo Batista⁵³, o princípio da lesividade está dividido em quatro funções, quais sejam:

- 1) proibir a incriminação de uma atitude interna;
- 2) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor;
- 3) proibir a incriminação de simples estados ou condições existências;
- 4) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

O primeiro estabelece que ninguém estará sujeito à punição por aquilo que pensa ou sente, ou seja, ninguém pode ser punido por sentimentos pessoais ou por pensamentos. Não se pode punir a cólera de um indivíduo ou mesmo sua compaixão, sua misericórdia.

O segundo preceito diz respeito a não punição de comportamentos que tragam prejuízo apenas aos próprios bens do agente, quer dizer, o direito penal, não poderá punir condutas que não prejudiquem bens de terceiros, pois não excedem a esfera de seu infrator, não transcendem a terceiro. É o exemplo de autolesão e tentativa de suicídio.

Nesse princípio, volta à tona a discussão sobre o uso de drogas. Na antiga Lei nº 6368 de 1976, discutia-se sobre a proibição do uso de entorpecentes, e ainda com a nova Lei nº 11.343 de 2006, a controvérsia persiste. Para Rogério Greco,

O que houve, na verdade, foi uma despenalização, melhor dizendo, uma medida tão somente descarcerizadora, haja vista que o novo tipo penal não prevê qualquer pena que importe em privação de liberdade do usuário, sendo, inclusive, proibida sua prisão em

⁵³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 9 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 92-4.

flagrante, conforme se deduz da redação constante do § 2º do art. 48 da Lei Antidrogas.⁵⁴

O terceiro preceito impede que o agente seja condenado pelo que ele é e não pelo que cometeu. O direito penal, por ser uma norma reguladora do comportamento humano, não pode punir o “ser”, mas apenas o “agir”.

E por último, o princípio da lesividade busca garantir que ninguém que pratique uma conduta mesmo que imoral, mas que não atinja bens de terceiro, venha a ser punido.

Como bem conceitua Rogério Greco:

Os princípios da intervenção mínima e da lesividade são duas faces de uma mesma moeda. Se, de um lado, a intervenção mínima permite a interferência do Direito Penal quando estivermos diante de ataques a bens jurídicos importantes, o princípio da lesividade nos esclarecerá, limitando ainda mais poder do legislador, quais são as condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal. Na verdade, nos orientará no sentido de saber quais são as condutas que não poderão sofrer os rigores da lei penal.⁵⁵

O fato é que, mesmo que imoral, não tendo o agente atingido bens da esfera de outrem, não há que se falar em punição, até porque, aqui ressalta-se novamente o princípio da intervenção mínima, posto que, o direito penal há de cuidar de crimes ou comportamentos que lesem efetivamente aqueles bens considerados essenciais pela lei, fora isso, o direito penal não interferirá.

4.10 Princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos

Derivado, como vários dos princípios citados anteriormente, do princípio da dignidade da pessoa humana. Instituído também pelo fato de nosso país ser um Estado Democrático de Direito, quer dizer, todos devem respeitar a lei e viver conforme o que ela estabelecer, sendo que ela, a lei, deverá possuir conteúdo e adequação social.

Este princípio visa garantir que o direito penal não irá tratar de valores morais, religiosos, éticos ou ideológicos, mas apenas tutelar aqueles bens jurídicos previstos como essenciais ou fundamentais pela Constituição Federal.

Por esse raciocínio, normas que tratem em seu conteúdo de comportamentos imorais, antiéticos ou pecaminosos serão consideradas completamente

⁵⁴ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 12 ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2010, p. 50.

⁵⁵ Idem.

institucionais, posto que, não é a esse tipo de comportamento que o direito penal se presta a tutelar. O direito penal se presta a tutelar tão somente aqueles bens jurídicos considerados fundamentais pela nossa Lei Maior.

Assim sendo, por exemplo, não poderia o direito penal sujeitar-se a cuidar de problemas que tratem da profissão de prostituição, posto ser essa questão muito mais imoral do que penal, até porque, destarte, essa profissão existe desde os primórdios da terra, sendo uma questão muito mais cultural e moral do que penal.

A função principal do princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos é a de delimitar uma forma de direito penal, o direito penal do bem jurídico, daí que não seja tarefa sua proteger a ética, a moral, os costumes, uma ideologia, uma determinada religião, estratégias sociais, valores culturais como tais, programa de governo, a norma penal em si etc.⁵⁶

O direito penal há de cuidar sim, dos crimes de exploração da prostituição, sendo que, ninguém pode manter um local para esse fim, nem tampouco aproveitar-se da prostituição alheia.

4.11 Princípio da alteridade ou transcendentalidade

Claus Roxin foi precursor desse princípio que prega que, o direito penal não pode considerar como crime condutas que sejam simplesmente subjetivas, quer dizer, não pode incriminar condutas que não lesionem bens alheios. Sendo a conduta puramente contrária a moral pecaminosa, o direito penal não está legitimado a intervir, mesmo que seja uma conduta de ação ou omissão.

O princípio segue ainda no raciocínio de proibir a criminalização de atitudes meramente internas do indivíduo. Cite-se como exemplo, o uso de drogas. O artigo 28 da Lei 11.343/2006, não traz em seu núcleo o verbo usar. Em outras palavras, ninguém pode ser punido por produzir mal a si mesmo.

O fato só poderá ser considerado como típico a partir do momento em que sair da esfera individual e atingir bens jurídicos alheios. Sendo assim, como bem conceitua Fernando Capez, esse princípio:

Proíbe a incriminação de atitude meramente interna, subjetiva do agente e que, por essa razão, revela-se incapaz de lesionar o bem jurídico. O fato típico pressupõe um comportamento que transcenda

⁵⁶ GOMES, Luiz F. **Princípio da ofensividade no direito penal**. Vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43.

a esfera individual do autor e seja capaz de atingir o interesse do outro.⁵⁷

Ainda conforme o mesmo autor, “não há lógica em punir o suicida frustrado ou a pessoa que se açoita, na lúgubre solidão de seu quarto. Se a conduta se esgota na esfera do próprio autor, não há fato típico.”⁵⁸

Consideremos então que a autolesão não é fato típico, salvo se tiver sido causada com a intenção de prejudicar terceiros, como por exemplo, fraude ao seguro, conforme preceitua o artigo 171, parágrafo 2º, inciso V, do Código Penal.

⁵⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 13.

⁵⁸ Idem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De um modo geral, os princípios são como um guia ou uma plataforma a partir da qual se pode lançar luz sobre as questões tratadas no direito penal de uma sociedade.

Toda sociedade se guia por princípios, inclusive as primitivas e que se apóiam nos mitos para resolver seus problemas de comportamento ou de desrespeito aos mesmos.

As sociedades modernas, no entanto, tem o privilégio de poder agir à luz de milhares de anos de sabedoria e conhecimento, ou seja, tem a história e também outras ciências sociais nas quais podem se apoiar na busca de uma ordenação capaz de manter a harmonia e o bem-estar.

É esse fundamento histórico que permite as sociedades modernas estabelecerem alguns princípios básicos no campo do direito penal, tais como os princípios da lesividade ou ofensividade; da intervenção mínima, da legalidade ou da reserva legal; da humanidade e da culpabilidade, entre outros, bem como os seus desdobramentos que, por sua vez, geram outros princípios, sempre com o objetivo não apenas de oferecer uma forma ideal de conduta aos legisladores e magistrados e aos cidadãos, mas também, e principalmente, com vistas a superar a visão restrita ao senso comum.

A superação dessa visão, por sua vez, busca controlar as formas de punição por parte do Estado – ou pela própria sociedade – de modo a se evitar os abusos punitivos e a fazer com que cada delito receba punição na medida certa, longe do sentimento de vingança, normalmente expresso pelo clamor público.

Desse modo, ao apresentar o histórico do direito e do direito penal, ainda que apenas em seus aspectos mais importantes, e do mesmo modo, descrever os principais princípios que regem ou que orientam a conduta de legisladores e magistrados em nossa sociedade, este trabalho apresentou alguma forma de contribuição também para os leigos no assunto, pois não há a necessidade de uma formação em Direito para se procurar compreender os mecanismos que fazem funcionar a sociedade e os contratemplos que interferem no bom funcionamento desses mecanismos.

Superar o sendo comum é, no mínimo, compreender que antes das conseqüências, são as causas que precisam ser tratadas, o que nos leva a inferir que punição como sinônimo de castigo, vingança ou qualquer coisa parecida não produz, de modo algum, resultados positivos rumo a uma sociedade melhor.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Paulo H. M. **A dignidade da pessoa humana**. Disponível em <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1467&idAreaSel=16&seeArt=Yes>.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 9 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal**. 9 ed. São Paulo, Saraiva, 2004.
- BONFIM, Edilson M., CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CANOTILHO, José J. G. **Direito constitucional e a teoria da constituição**. Lisboa (Portugal): Almedina, 2007.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 121.
- GOMES, Luiz F. **Princípio da ofensividade no direito penal**. Vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 12 ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2010.
- LIMA, André E. A. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LUIZI, Luiz. **Princípios penais constitucionais**. Porto Alegre: Sete Mares, 1991, p. 09.
- MASSOM, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral**. São Paulo: Método, 2009.
- NUCCI, Guilherme de S. **Direito penal**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- TOLEDO, Francisco de A. **Princípios básicos de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- VALENTE, Lúcio. **Culpabilidade**. Disponível em: <<http://www.fortium.com.br/blog/material>>.
- VERDAN, Tauã L. **Princípio da adequação social**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/11268/1/Principio-da-Adequacao-Social/pagina1.html>>.
- Disponível em: <<http://pontosdompf.forumeiros.com/t21-principios-do-direito-penal-parte-02>>.
- Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4277332/agravo-de-instrumento-ai-743710-rj-stf>>
- Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=108662>>
- CANHETTI, Bruno A. de P.; FERREIRA, Thaís C.; MELLO JÚNIOR, Mauro F. **Aspectos relevantes sobre o princípio da insignificância**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2394/1918>>

LUIZI, Luiz. **Princípios constitucionais penais.** Disponível em:
<http://www.chicoleite.com.br/leitura.php?id_materia=48>