

SANDRA MARIA MESQUITA DE PAULA PESSÔA

Princípios de ~~Direito~~ Penal

Fortaleza -
1997

SANDRA MARIA MESQUITA DE PAULA PESSÔA

Princípios de Direito Penal

*Monografia referente à disciplina
Atividade Punitiva do Estado,
ministrada pelo prof. Lino Edmar de
Menezes, no III Curso de
Aperfeiçoamento de Magistrados, pós-
graduação lato sensu, da Escola
Superior da Magistratura do Estado do
Ceará.*

Fortaleza - 1998

SUMÁRIO

- I. INTRODUÇÃO, 01
- II. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, 02
 - A. LEX PRAEVIA
 - B. LEX SCRIPTA
 - C. LEX STRICTA
 - D. LEX CERTA
- III. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE, 10
- IV. PRINCÍPIO DA LESIVIDADE, 13
- V. PRINCÍPIO DA HUMANIDADE, 14
- VI. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, 17
- VII. PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE DA PENA, 22
- VIII. PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE, 23
- IX. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL, 25
- X. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, 26
- XI. CONCLUSÃO, 30
- XII. BIBLIOGRAFIA, 33


I. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como escopo à análise sistemática dos princípios norteadores de Direito Penal.

Com efeito, o Direito Penal ou Criminal, é o ramo do Direito Público constituído de regras jurídicas pelas quais o Estado proíbe determinadas condutas, sob ameaça de sanção penal, estabelecendo ainda os princípios gerais e os pressupostos para a aplicação das penas e das medidas de segurança.

Os princípios de Direito Penal surge como uma garantia para o cidadão perante o poder punitivo estatal e estão consubstanciados, explícito ou implicitamente, na Constituição Federal de 1988, no Código Penal Brasileiro e na Doutrina. Têm a função de orientar o legislador ordinário a concretização de um sistema jurídico penal direcionado aos direitos humanos.

Neste trabalho, abordaremos os princípios básicos de Direito Penal como o da legalidade, o da intervenção mínima, fragmentariedade, lesividade, humanidade, individualização da pena, pessoalidade da pena, culpabilidade, adequação social e o da insignificância.



II. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade dos crimes e das penas está insculpido no Código Penal Brasileiro (art. 1º), como também na Constituição Federal (inciso XXXIX, art. 5º), consubstanciando uma verdadeira garantia constitucional do cidadão, *in verbis*:

"Art. 5.º ...

XXXIX - Ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". (destacamos)

"Art. 1.º: Não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem pena cominação legal." (destacamos)

Na verdade, referido princípio, representa uma garantia jurídica e política do cidadão, pois este deve saber de antemão quais as condutas que lhes são proibidas, e isso está descrito na reserva legal.

Segundo o renomado mestre Damásio E. de Jesus, "o princípio da legalidade (ou de reserva legal) tem significado político, no sentido de ser uma garantia constitucional dos direitos do homem. Constituiu a garantia fundamental da liberdade civil, que não consiste em fazer tudo o que se quer, mas somente aquilo que a lei permite. À lei e somente ela compete fixar as limitações que destacam a atividade criminosa da atividade legítima. Esta é a condição de segurança e liberdade individual. Não haveria, com efeito, segurança ou liberdade se a lei atingisse, para os

punir, condutas lícitas quando praticadas, e se os juizes pudessem punir os fatos ainda não incriminados pelo legislador."¹

Assim, alguém só pode ser punido se, anteriormente ao fato por ele praticado, existir uma lei que o conceba como crime. Mesmo que o fato seja imoral, anti-social ou danoso, não haverá meios de se punir o autor, face a existência do princípio da legalidade em nossa ordem jurídica. Sendo irrelevante a circunstância de entrar em vigor, futuramente, uma lei que o preveja como crime. ✓

Vale ressaltar, por oportuno, que a Constituição Federal ao consagrar o princípio da reserva legal, não faz nenhuma distinção entre crime e contravenção penal. Assim sendo, referido princípio é válido e vinculante para ambas as modalidades, não se fazendo nenhuma distinção entre crime e contravenção.

Outro ponto relevante, consiste em saber que espécie de lei a Constituição Federal refere-se, ao tratar do princípio da legalidade dos crimes e das penas.

Com efeito, doutrinariamente, menciona-se duas espécies de lei, que face ao Direito Penal ganham particular significado. A lei, em sentido material, englobando qualquer espécie de norma jurídica, independente do órgão que a emanou, como os decretos, as portarias, as resoluções administrativas pois geram direitos e obrigações (lei em sentido amplo), e a lei, em sentido formal, restringindo à norma jurídica confeccionada pela atividade do Congresso Nacional.

O princípio constitucional da legalidade refere-se a segunda categoria de lei, ou seja, aquela proveniente do Congresso Nacional.

A reserva de lei, por sua vez, pode ser classificada em absoluta e relativa. Absoluta no sentido de que toda conduta criminosa deve estar pormenorizadamente descrita no tipo penal, não se admitindo delegação ou

¹ JESUS, Damásio E. de. In Direito Penal. Saraiva, 1997, 20ª ed., pág. 59/60, vol.1. ✓

complementação por normas inferiores, por ato administrativo, portaria, etc. A reserva absoluta é quando o tipo penal já trás o seu conteúdo todo descrito pelo legislador, não se admitindo complementação por norma inferior, é necessário que o legislador crie a conduta. A reserva relativa é aquela que a lei penal trás traços fundamentais do tipo penal, ou seja, o tipo penal descreve as regras da conduta proibida, admitindo a sua complementação por outras leis e por atos administrativos.

No Brasil, a reserva é relativa pois se admite as chamadas normas penais em branco. As normas penais em branco são disposições cuja sanção é determinada, permanecendo indeterminado o seu conteúdo. É o que ocorre por exemplo com o art.269 do Código Penal, *in verbis*:

" Art. 269 - Deixar o médico de notificar doença contagiosa que teve conhecimento em razão da função. Pena: 06 meses a 01 ano".

A pena é certa, mas o preceito não menciona quais as doenças consideradas contagiosas. Dessa forma, a sanção vem determinada, enquanto que a definição legal do crime é incompleta, pois está condicionada à expedição de um ato administrativo da saúde pública mencionando quais as doenças consideradas contagiosas.

A complementação das normas penais em branco, podem ser classificadas em homólogas(homovitelina e heterovitelina) e heterólogas. A complementação é homóloga quando o complemento da norma penal em branco é do mesmo nível da lei penal, ou seja, é uma lei federal. É heteróloga quando a complementação é de nível inferior a lei federal, como por exemplo uma lei estadual, municipal, decreto, ato administrativo. A complementação homóloga pode, ainda, ser

dividida em homovitelina (se a lei federal for de natureza penal), ou heterovitelina (quando a lei federal tem natureza diversa da penal, ou seja, é civil, trabalhista, comercial).

Imperioso ressaltar que o princípio da legalidade não se restringe em dizer que o crime foi criado por lei, ele reclama a existência de alguns subprincípios, senão vejamos:

A. LEX PREVIA

O subprincípio da "*lex previa*" deriva do princípio da legalidade, segundo ele não basta que o crime seja criado por lei, é necessário que essa lei esteja em vigor antes do fato, pois a lei penal é irretroativa. A *lex previa*, portanto, proíbe a retroatividade maligna da norma, ou seja, a retroatividade para incriminar condutas até então consideradas lícitas. A lei penal para ter aplicabilidade deve estar em vigor antes do fato, ela não retroage para atingir fatos atípicos.

" O princípio da legalidade equívale à certeza da lei, no sentido de que a lei emite normas para o futuro, não podendo ser aplicada a atos praticados antes de sua vigência. É o conhecido princípio da irretroatividade da lei penal incriminadora, que encontra exceção apenas na hipótese em que a lei nova favoreça, de qualquer modo, o agente."²

B. LEX SCRIPTA

A lei penal além de ter que estar em vigor antes dos fatos, ela deve ser escrita. Por mais reiterado que seja o costume, ele não tem o condão de edificar crimes, nem de revogá-los.

² FRANCO, Alberto Silva e outros. Código penal e sua interpretação jurisprudencial. Revista dos Tribunais, 5ª edição 1995, pág. 36, vol. 1.

O princípio da legalidade(*lex scripta*) não admite o direito consuetudinário, não podendo pois, os costumes criarem nem revogarem os tipos penais. Desta forma, não pode o juiz negar tipicidade ao fato que o Direito Penal considera crime sob o argumento de que a conduta criminosa não contrasta com o sistema axiológico e os padrões culturais da sociedade brasileira. Ao Poder Legislativo, não ao Judiciário, cabe discriminalizar as condutas que, eventualmente, deixem de representar um desvalor. Enquanto não o fizer permanece a ilicitude formal e material do comportamento.

Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, *verbis*:

" O chamado "jogo do bicho" é, e continua sendo ilegal, embora seja tolerado até pelo Poder Público em determinadas situações, dependa dele para sobreviver enorme força de trabalho, venham seus recursos a ser utilizados em dadas hipóteses até em benefício de parte da coletividade carente. Ainda em vigor o Dec.-lei 6.259/44 (art.58) que o coibiu, até que seja revogado continuará subsistir e gerar efeitos. **Uma lei, como se sabe, só se revoga por outra, de igual ou maior hierarquia. Não perde a eficácia por se haver tornado velha, ou ter caído em desuso**" (TACRIM-SP - AC - Rel. Luiz Ambra - RT 703/313) - Destacamos.

" A exploração do jogo pelo Estado e a diminuição do grau de reprovabilidade à prática do "jogo do bicho" pela consciência popular não servem para excluir a criminalidade resultante da norma penal. Assim é, porque a consciência social é fonte apenas remota do Direito penal, não bastando para, só ela, tornar dispensável a lei, esta sim; é fonte mediata e formal.

Como consta do art. 2º da LICC, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue, o que enseja a conclusão de que uma norma penal não revogada terá sempre aplicação, mesmo que entre em desuso ou ainda que a consciência popular não mais reprove a conduta incriminada. Aliás, isso está em conformidade com o princípio da legalidade, segundo o qual é a lei a fonte e a medida do direito de punir: como bem explica Damásio E. de Jesus, "se é certo que o Estado não pode castigar um comportamento que não esteja descrito em suas leis, não é menos verdade que são elas, precisamente, que asseguram as pretensões punitivas" (Direito Penal, vol. 1.º/55, Saraiva, 1982)" (TACRIM-SP - AC 381.183/9 - Rel. Ralpho Waldo).
- Destacamos.

Em síntese, face ao princípio da *lex scripta*, o crime só existe enquanto estiver descrito na lei. A conduta por mais censurável que seja, senão estiver descrita na lei penal como crime não pode ser assim considerada.

C. LEX STRICTA

A lei penal incriminadora deve ser interpretada estritamente, ou seja, o aplicador da norma não pode elasticar o tipo penal além dos limites traçados pelo legislador.

Dessa forma, o artigo 288 do Código Penal Brasileiro, que tipifica o crime de quadrilha ou bando, deve ser interpretado restritivamente, *in verbis*:

"Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes; Pena - reclusão, de um a três anos". (Destacamos)

Caracteriza-se o crime de quadrilha ou bando, quando a organização ocorre para a prática de qualquer espécie de crimes, considerando-se como crimes os fatos assim definidos em lei. Caso a associação tenha como escopo a prática de contravenções, não há que se falar em ilícito penal, pois a lei penal brasileira fala exclusivamente em crimes.

Em Direito Penal, o princípio da reserva legal exige que os textos legais devem ser interpretados sem ampliações ou equiparações por analogias, salvo quando *in bonam partem*. O tipo é sempre uma garantia para o cidadão, não podendo ser distendido, para coibir hipóteses nele não contidas.

D. LEX CERTA


A efetiva realização do princípio da legalidade não reclama apenas que os delitos e as penas se achem descritos por uma lei anterior, mas também que tal lei determine com suficiente exatidão os contornos e os limites dos fatos puníveis e suas penas.

" Um direito penal que não definisse de forma diferenciada as classes distintas de condutas típicas, mas se limitasse a castigar quem "causar um mal a outrem" ou a recorrer a outras cláusulas gerais semelhantes, não respeitaria a exigência de determinação, porque tais cláusulas não permitiriam ao cidadão saber, com um mínimo de segurança, quais os comportamentos que neles se incluíam. A técnica de descrição de tipos de conduta pretende evitar este inconveniente. Destarte, tipos penais que se caracterizam pela indeterminação ou vacuidade de seus termos; que não permitem captar o que realmente é proibido ou ordenado; que não estabelecem fronteiras, possuindo uma enorme capacidade de expansão; que são dotadas de "cláusulas gerais", que necessitam de uma atividade de preenchimento de

seus elementos de composição, por parte do juiz, lesionam, porque não atendem do ponto de vista de sua formalização, o princípio da legalidade."³

O princípio da *lex certa*, assegura a nitidez dos tipos penais. É necessário que o fato constitutivo do delito apareça descrito na própria lei de maneira exhaustiva. "Quer dizer, exige que a lei emanada do Parlamento descreva, mediante a indicação dos diversos caracteres da conduta delitiva, a matéria de proibição, a fim de que os limites entre o lícito e o ilícito não fiquem à mercê da decisão judicial. Do contrário o legislador nada mais faria do que transferir sua missão ao juiz, sobrecarregando-o com tarefas, que não lhe incumbem, por serem próprias do poder legislativo."⁴

A lei penal deve ser elaborada sem ambigüidades, ou seja, não devem ensejar dúvidas nem abusar do emprego de termos genéricos. A lei penal deve ser, enfim, clara.



³ Ob.Cit. pág. 38/39

⁴ Ob. Cit. pág. 38

III. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, tem como escopo orientar e limitar o poder incriminador do Estado, apregoando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Caso já exista outras formas de sanção ou outros meios de controle social de tutela desse bem jurídico, a sua criminalização é inadequada e não recomendável.

Assim, se medidas civis e administrativas já são suficientes para o restabelecimento da ordem jurídica violada, não há que se falar na adoção de medidas de cunho criminal. O Direito Penal deve incidir somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de proporcionar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

O preclaro professor Julio Frabine Mirabete, ao tratar do tema, aduz que "o crime não se distingue das infrações extrapenais de forma qualitativa, mas apenas quantitativamente. Como a intervenção do Direito Penal é requisitada por uma necessidade mais elevada de proteção à coletividade, o delito deve consubstanciar em um injusto mais grave e revelar uma culpabilidade mais elevada; deve ser uma infração que merece a sanção penal. O desvalor do resultado, o desvalor da ação e a reprovabilidade da atitude interna do autor é que converte o fato e um "exemplo insuportável", que seria um mau precedente se o Estado não o

reprimisse mediante a sanção penal. Isso significa que **a pena deve ser reservada para os casos em que constitua o único meio de proteção suficiente da ordem social frente aos ataques relevantes. Não se deve incriminar os fatos em que a conduta não implique risco concreto ou lesão a nenhum dos bens jurídicos reconhecidos pela ordem normativa constitucional.** O ordenamento positivo, pois, deve ter como excepcional a previsão de sanções penais e não se apresentar como um instrumento de satisfação de situações contingentes e particulares, muitas vezes servindo apenas a interesses políticos do momento para aplacar o clamor público exacerbado pela propaganda. Além disso, a sanção penal estabelecida para cada delito deve ser aquela "necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime" (na expressão acolhida pelo art.59 do CP), evitando-se o excesso punitivo sobretudo com a utilização abusiva da pena privativa de liberdade. Essas idéias, consubstanciadas no chamado *princípio da intervenção mínima* servem para inspirara o legislador, que deve buscar na realidade fática o substancial deve-ser para tornar efetiva a tutela dos bens e interesses considerados relevantes quando dos movimentos de criminalização, neocriminalização, descriminalização e despenalização".⁵(destacamos)


Dessa feita, em nome do princípio da intervenção mínima, o Direito Penal só deve atuar depois de esgotados todos os meios extrapenais de controle social.

O caráter fragmentário do Direito Penal, por sua vez, decorre do princípio da intervenção mínima e da reserva legal. Segundo o princípio da fragmentariedade, o Direito Penal não deve punir todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas, tão-somente, aquelas consideradas mais gravosas, praticadas contra bens jurídicos mais valorosos.

⁵ Manual de direito penal. Editora Atlas, 8ª edição, 1994, vol. 01, pág.114/115.

Na verdade, nem todas as condutas humanas que lesionam bens jurídicos são sancionadas pela norma penal, como nem todos os bens jurídicos são por ela amparados. A lei penal brasileira restringe-se a sancionar as ações mais gravosas praticadas em detrimento dos bens jurídicos mais relevantes.

Assim, o Direito Penal tem caráter fragmentário e seletivo, haja vista que seleciona as condutas mais gravosas para punir. Com efeito, nem toda conduta ilícita reúne os elementos necessários para subsumir-se a um fato típico penal, e por outro lado, o crime deve constituir sempre um fato ilícito para todo o direito. Eis aí o caráter fragmentário do direito penal: dentre a imensidão de fatos ilícitos possíveis, somente alguns – os mais graves – são escolhidos para serem introduzidos no ordenamento penal.



IV. PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

Em atendimento ao princípio da lesividade somente é punível aquelas condutas humanas que atinjam bens jurídicos de terceiros, ou seja, bens jurídicos alheios. Nesse contexto, pode-se afirmar que não são puníveis:

O simples estado de animo, como por exemplo a cogitação, vez que ainda se encontra na esfera íntima do agente. E, não se pune estado íntimo, pensamentos. Nem mesmo a cogitação externada a terceiros, levará a qualquer punição, a não ser que constitua, de per si, um fato típico, como ocorre com o crime de ameaça previsto no art.147, de incitação ao crime(art. 286), de quadrilha ou bando (art.288) etc,

Da mesma forma não são puníveis condutas que não extrapolam a esfera do próprio agente, v.g. autolesão, não é considerada crime, pois não afetou bem jurídico de terceiro; tentativa de suicídio; atos preparatórios, não são puníveis pois ainda não atingiu nenhum bem jurídico. Ambas as condutas carecem de lesividade. O mesmo ocorre com relação ao crime impossível e a tentativa de participação.

V. PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

O princípio da humanidade do Direito Penal, por sua vez, é mais dirigido para a fase da execução penal. Este princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que maculem a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. O executado antes de ser um condenado ele é um ser humano, e como tal, é passível de direitos como: integridade física, moral, o respeito a sua honra, a sua imagem, etc.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt e Luiz Régis Prado, "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 dissociação dos condenados são corolário do Princípio de Humanidade."⁶

E acrescenta, "que o Direito Penal não é necessariamente assistencial e visa primeiramente à Justiça distributiva, responsabilizando o delinqüente pela violação da ordem jurídica. E isso na lição de Jescheck, não pode ser conseguido sem dano e sem dor especialmente nas penas privativas de liberdade, a não ser que se pretenda subverter a hierarquia dos valores morais e utilizar a prática delituosa como oportunidade para premiar, o que conduziria ao reino da utopia. Dentro destas fronteiras, impostas pela natureza de sua missão, todas as relações

⁶ Princípio fundamentais do direito penal. Revista de Ciências Criminais - 15, pág 84.

humanas reguladas pelo Direito Penal, devem ser presididas pelo princípio da humanidade"⁷

Em nome do princípio da humanidade, o preso não pode ser manipulado pela administração carcerária, como se fosse um objeto, pois, não obstante a perda de sua liberdade, é ainda sujeito de direitos. Assim, a administração penitenciária deve manter relações jurídicas de direitos e obrigações, e o Estado-juiz deve se fazer presente não apenas nos incidentes próprios da fase da execução penal, mas também nos conflitos que possam resultar da relação preso-administração.

Nesse contexto, Alberto Silva Franco⁸, enumera algumas conseqüências inafastáveis:

- a) a pena privativa de liberdade deixa de atender, com exclusividade, na execução penal, a uma função estritamente retributiva: objetiva também a reeducação do condenado e reinserção social. Destarte, os regimes penitenciários não podem ser mais concebidos como mecanismos estatais destinados apenas à disciplina do preso e à obtenção de padrões máximos de segurança;
- b) o preso continua a ser sujeito de direitos (direito à vida, à integridade física, ao trabalho remunerado, à educação, à saúde, etc., em resumo a dignidade da pessoa humana) e, por isso, conserva todos aqueles cujo gozo e exercício não dependem imediatamente da própria liberdade;
- c) a execução da penal é jurisdicionalizada, isto é, o juiz tem uma atuação de controle da administração penitenciária, e a missão judicial consiste em assegurar o cumprimento das disposições legais que regulam a execução penal e a observância do direito devido aos direitos e aos interesses

⁷ Ob. Cit.

legítimos dos detidos e internos. Nada que ocorra na execução da pena pode, portanto, ser estranho ao juiz.

Nenhuma pena privativa de liberdade pode ter uma finalidade que atente contra a incolumidade da pessoa como ente social. O juiz das execuções não deve ser um supercarcereiro que prende ou solta o seu talante, levado tão-somente pelo bom ou mau humor do dia, mas alguém a quem incumbe zelar por aquilo que a doutrina denomina de direitos públicos subjetivos do condenado. (RT 590/339).

VI. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA ✓

A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, incisos XLVI e XLVII consagra o princípio da individualização da pena, *in verbis*:

"Art. 5º

XLVI - A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

XLVII - Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis."

Consoante prescreve o insigne ministro Vicente Cernicchiaro, o princípio da individualização da pena, apesar de parecer singelo, requer algumas considerações.

O princípio constitucional supramencionado, consiste na adaptação da pena ao condenado, levando em consideração as características do agente e do delito. O julgador não pode restringir-se à apreciação exclusiva do caso, mas também deve considerar a pessoa do criminoso, para individualizar a pena. Como bem assevera Soler, citado por E. Magalhães Noronha, "é uma tarefa delicada, para a qual

o juiz, além da competência jurídica teórica, deve possuir conhecimentos psicológicos, antropológicos e sociais, aliados a uma fina intuição da realidade histórica e uma sensibilidade apurada."⁹

A pena não tem mais em vista somente o delito. Ao lado da apreciação dos aspectos objetivos que ela apresenta, há de o juiz apreciar a pessoa de quem o praticou, suas qualidades e defeitos, fazendo, em suma, estudo de sua personalidade, sem esquecer sobretudo a possibilidade de tornar a delinquir, ou a periculosidade.

O **princípio da personalidade**, ou intransferibilidade da pena vem explícito no inciso XLV do art.5º, da Constituição Federal, *verbis*:

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

Corolário desse princípio são os incisos XLVIII e XLIX do art.5º da CF, porque, se a pena não pode passar da pessoa do delinqüente, deverá, em face do princípio da personalidade, ser adequada a ele, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, além do já mencionado respeito à integridade física e moral.

Desta forma, se a pena é pessoal e intransmissível, justificado está o inciso L do art. 5º da Constituição Federal, em relação as presidiárias, as quais devem permanecer com seus filhos durante o período da amamentação.

No tocante a individualização da pena, podemos dizer que ela ocorre em três distintas fases, a saber:

⁹ Direito Penal. Editora Saraiva, 27ª edição, 1990, pág. 238, vol. 01.

- (a) **Legislativo** – a individualização é fixada quando o legislador através de lei cria o crime (lei abstrata);
- (b) **Judicial** – o magistrado fixa a pena na sentença de forma concreta;
- (c) **Administrativo** - a individualização se dá quando o condenado cumpre a pena no estabelecimento penal. Neste, o indivíduo se submete ao exame criminológico , exame da personalidade, uma série de exames para se determinar a forma adequada de executar a pena em relação ao agente.

Na fase judicial, a individualização da pena opera-se segundo o sistema preconizado por Nelson Hungria, denominado de sistema trifásico.

O sistema trifásico, encontra-se expressamente previsto no art. 68 do Código Penal Brasileiro, e consiste primeiramente na fixação da pena-base. A segunda fase corresponde à análise e o respectivo exame das circunstâncias agravantes e atenuantes existentes e, por fim, a fase derradeira consiste em fazer incidir as causas de aumento ou diminuição de pena previstas na Parte Geral ou na Parte Especial do citado diploma legal.

Todavia, na análise do citado princípio, "nunca é demais lembrar que o fim último da pena não é o de eternizar e muito menos infernizar a situação do apenado; para reintegrá-lo, ou reinserí-lo ao meio social torna-se fundamental dinamizar o tratamento prisional estimulando o homem apenado e preparando-o necessariamente para o retorno. A esperança de momentos mais fáceis e menos rigorosos, de liberdade ainda distante, é inerente ao complexo tema da recuperação do condenado." (JUTARS 76/27)

" Na fixação da pena o juiz deve pautar-se pelos critérios legais e recomendados pela doutrina, para ajustá-la ao seu fim social e adequá-la ao seu destinatário e ao caso concreto." (RT 612/353)

Por outro lado, a pena individualizada deverá ser sempre fundamentada, caso contrário, ou se invertida alguma das fases, é nula a sentença por ausência de formalidade essencial a validade do ato.

Com o advento da lei nº 8.072/90 grandes discussões surgiram em torno da constitucionalidade do seu §1º, art.2º, que proíbe, expressamente, em relação aos crimes hediondos e aos crimes a eles equiparados, o regime progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade, maculando, dessa forma, tanto o princípio constitucional da individualização penal, como também o princípio constitucional da humanidade da pena.

Sobre o tema diverge a jurisprudência dos nossos tribunais. O Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela constitucionalidade do dispositivo, segundo ele, compete a lei ordinária fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar a concreção ou a individualização da pena. O legislador pode fazer isso, porque a própria Constituição Federal lhe outorgou essa faculdade. E argumenta, se a referida disposição é retrógrada ou não, se é justa ou injusta, se o legislador agiu bem ou mal, não é questão que compete ao julgador decidir. Não é o Judiciário o foro adequado para dirimir essa questão.

O STF entendeu que a fase da combinação tem prevalência sobre as demais fases. O legislador, que é responsável pela primeira fase, poderá, dependendo do caso concreto, impedir as demais fases. A combinação prevalece sobre a aplicação e a execução.

Por outro lado, o ministro Marco Aurélio, aduz que o citado dispositivo é manifestamente inconstitucional, pois afronta com a Constituição Federal, "considerado quer o princípio isonômico em sua latitude maior, quer o da individualização da pena previsto no n. XLVI do art. 5º da Carta, quer, até mesmo, o princípio implícito segundo o qual o legislador ordinário deve atuar tendo como escopo maior o bem comum, sendo indissociável da noção deste último a observância da dignidade da pessoa humana, que é solapada pelo afastamento, por completo, de contexto revelador da esperança, ainda que mínima, de passar-se ao cumprimento da pena em regime menos rigoroso."¹⁰

Nesse contexto, vem a lume a lei nº 9.455/97 que dispõe sobre o crime de tortura, crime este equiparado tanto pelo legislador constitucional como pelo infraconstitucional, no mesmo nível dos crimes hediondos, recebendo inclusive o mesmo tratamento (tortura, terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes, crimes hediondos, têm o mesmo tratamento tanto na Constituição Federal como na lei nº 8.072/90). Referida lei preceitua que o início da pena do crime de tortura seja efetuado em regime fechado. Note-se que a lei fala, apenas, em início da pena. Logo, face ao tratamento isonômico outorgado pelo legislador, tanto na Constituição Federal como também na lei nº 8.072/90, pode-se afirmar, por analogia, que essa nova regra também deve ser aplicada aos demais crimes.

¹⁰ STF - HC 69.603-1 - Voto vencido: Marco Aurélio.

VII. PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE DA PENA

O princípio da pessoalidade da pena está consagrado na Constituição Federal, no inciso XLV, art. 5º, *verbis*:

"Art. 5º

XLV- nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de repara o dano e decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executada, até o limite do valor do patrimônio transferido."

O princípio da responsabilidade penal, surge no ordenamento jurídico com uma máxima: "*somente o delinquente pode sofrer a pena*". A pena deve ser cominada ao autor do fato, pois ela é personalíssima e intransferível.

Este princípio é corolário do princípio da culpabilidade, pois a pena só pode ser imputada a quem agiu culpavelmente, isto é, o terceiro que não agiu nem com dolo nem com culpa não pode ser punido.

VIII. PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Segundo o princípio da culpabilidade, em sua acepção mais elementar "não há crime sem culpabilidade". A pena para ser aplicada depende de pressupostos: a censurabilidade, a reprovabilidade da conduta praticada.

Essa censurabilidade, por sua vez, requer que o agente tenha agido com dolo ou ao menos com culpa, ou seja, uma conduta intencional ou imprudente. Fora desses limites máximo de responsabilidade não há que se falar em culpabilidade.

A culpabilidade passou por alguns estágios. No Direito Penal primitivo a responsabilidade era objetiva, bastava apenas a existência do nexo de causalidade. Não se tinha noção de dolo nem culpa, à análise era feita apenas com relação ao lado objetivo da conduta. Depois surgiu a chamada culpabilidade psicológica, onde questionavam o lado objetivo e subjetivo do fato (dolo e culpa). Em seguida descobriram que embora o agente agindo com dolo (culpabilidade psicológica, tinha momentos que não era exigível conduta diversa. Daí saber se era possível exigir ou não conduta diversa ao caso, era de natureza normativa, criou-se então a culpabilidade psicológica normativa, que apregoava que além do dolo era necessário não ser exigível conduta diversa. Por fim, surge a teoria dos finalistas é a chamada culpabilidade normativa, o elemento psicológico migrou para dentro do tipo.

Consoante os mestres César Roberto Bitencourt e Luiz Régis Prado, em Direito Penal atribui-se um triplo sentido ao conceito culpabilidade. " Em primeiro lugar, a culpabilidade - como fundamento da pena - refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico, antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos: - "capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta" - que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. A ausência de qualquer destes elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal."¹¹

E acrescentam, "em segundo lugar, a culpabilidade - como elemento da determinação ou medição da pena - Nesta acepção a culpabilidade funciona não fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta aquém ou além da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios como importância do bem jurídico. E, finalmente, em terceiro lugar, a culpabilidade como conceito contrário à responsabilidade objetiva. Nesta acepção o princípio da culpabilidade impede a atribuição da responsabilidade objetiva. Ninguém poderá por um resultado absolutamente imprevisível, se não houver obrado com dolo ou culpa."¹²

Desta feita, o princípio da culpabilidade significa que não há crime sem culpabilidade.

¹¹ Ob.Cit. pág.84

IX. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

O princípio da adequação social, foi introduzido no Direito Penal por Welzel, segundo ele o ordenamento penal somente tipifica condutas que tenham um certo grau de relevância social, caso contrário não poderia ser caracterizados como delitos.

Desta feita, pode-se inferir que existem condutas que dada a sua adequação social não podem ser consideradas como delitos e, por isso, não se revestem de tipicidade. "O tipo penal implica uma seleção de comportamento e, ao mesmo tempo, uma valoração (o típico já é penalmente relevante). Contudo, também é verdade, certos comportamentos em si mesmos típicos carecem de relevância por serem coerentes no meio social, pois muitas vezes há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado."

A tipicidade atribuída a um determinado comportamento proibido é enriquecida pelo desvalor da ação e pelo desvalor do resultado lesando efetivamente o bem juridicamente protegido (tipicidade formal). Assim, a conduta que se ajusta a determinada descrição típica formal, porém materialmente irrelevante, adequando-se ao socialmente permitido ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica.

¹² Ob.Cit. pág.84

X. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância penal, foi apregoado pela primeira vez por em 1964, por Claus Roxin, (Política Criminal y Sistema del Derecha Penal). Sendo o crime uma ofensa a um interesse dirigido a um bem jurídico relevante, preocupa-se a doutrina em estabelecer um princípio para excluir do direito penal certas lesões insignificantes. Alguns autores chegaram até a confundir com o princípio da adequação social, dada a sua similitude.

Todavia, é forçoso reconhecer que o princípio da insignificância apenas atua paralelamente ao princípio da ação socialmente adequada. Distingue um do outro dada a circunstância de que o princípio da insignificância não pressupõe a total aprovação social da conduta, por sua escassa gravidade.

Desta feita, "diversas condutas humanas que coincidem com o tipo, do ponto de vista formal, não apresentam o menor relevo material. São condutas de pouco ou escasso significado lesivo, de forma que tem aplicação, nesses casos o princípio da insignificância porque, na realidade, o bem jurídico não chegou a ser, seriamente, ofendido. A redação do tipo legal pretende certamente incluir apenas os prejuízos graves à ordem jurídica social, mas não pode impedir que entrem também em seu âmbito os casos leves. Nessas hipóteses, no entanto, as formas de conduta que tipicamente só comportam o caráter do injusto da bagatela não se subsumem no

conceito material de delito e, obviamente, não são objeto de penalização admissível"¹³

Em síntese, o princípio da insignificância atua como causa que exclui a presença de um tipo penal, a insignificância da ofensa afasta o tipo penal. Todavia, essa insignificância só pode ser valorada por meio de uma consideração global da ordem jurídica.

Assim, "não há crime de dano ou furto quando a coisa alheia não tem qualquer significação para o proprietário da coisa; não existe contrabando na posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, que não cause uma lesão de certa expressão para o fisco; não há peculato quando o servidor público se apropria de ninharias do Estado (folhas de papel, caneta esferográfica etc); não há crime contra a honra quando não se afeta significativamente a dignidade, a reputação, a honra de outrem; não há lesão corporal em pequenos danos à integridade física; não há maus tratos quando não se ocasiona prejuízo considerável ao bem-estar corporal; não há corrupção passiva quando o funcionário aceita um mimo de pequena expressão econômica etc. É preciso, porém, que estejam comprovados o desvalor do dano, o da ação e o da culpabilidade. Nos casos de ínfima afetação do bem jurídico, o conteúdo do injusto é tão pequeno que não subsiste nenhuma razão para o *phatos* ético da pena. Ainda a mínima pena aplicada seria desproporcional à significação social do fato".¹⁴

Por fim, vale ressaltar o posicionamento do eminente Assis Toledo, ressaltado pelo magistrado federal, Agapito Machado, "O princípio da insignificância não deve ser confundido com a regra expressa no §2º do art. 155 Cod. Penal, de aplicação obrigatória pelo magistrado e cuja decisão será condenatória. O princípio

¹³ Ob. Cit., pág. 40

¹⁴ Mirabete, Julio Frabine. Ob. Cit. pág 113/114.

da insignificância é de aplicação facultativa, dependendo, *destarte*, da formação jurídica de cada juiz e, uma vez adotado apenas aos réus de bons antecedentes praticantes de crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa, a sentença é absolutória."¹⁵

Nesse sentido, impera a jurisprudência dos nossos Tribunais,

verbis:


" O princípio da insignificância é proposto com o auxiliar interpretativo do aplicador da lei penal na verificação da tipicidade do material da conduta e independe de expressa permissão legal, visto que diz respeito com a economia do delito. Os romanos já o conheciam. Daí a fórmula "de mínima non curat Praetor". É bem de ver, portanto, que sua utilização não está em absoluto vinculada ao movimento do denominado "direito alternativo". Esta egrégia câmara Criminal, em mais de uma oportunidade, já se valeu deste princípio para fazer cessar acusações penais infundadas (Revista Julgados - 69/101)" (TARGS - AC 292183894 - Rel. Vladimir Giacomuzzi)

"A lesão patrimonial relevante deve possuir um peso. Já observara Aldo Moro que o "crime não tem apenas um modo de ser objetivo que o caracteriza, mas também, por assim dizer, um peso de sorte que "há um limite de suficiência, por qualidade e quantidade, da empresa criminosa. Aquém desse limite qualitativo-quantitativo, não há racional consistência de crime, nem justificação da pena"(cit. por Frederico Stella, "La teoria del bene giurídico e i cd. Fatti inoffensive conformi al tipo", in Revista Italiana del Diritto e Procedura Penale 9/10, 1973) Daí derivar para o intérprete o entendimento de que deve negar relevância penal aos fatos que, por sua escassa lesividade, se achem abaixo daquele

¹⁵ O juiz na condução do processo penal. Revista AJUFE, 1995.

limite". A criminalidade de bagatela se situa exatamente no campo dessas lesões inofensivas, de pouca ou mínima significação e sua relevância para a justiça criminal consiste não apenas na "carga excessiva" provocada pelo *montón de minudencias*, que impede a persecução de fatos puníveis graves, mas também, numa atitude, cada vez mais lassa da população sobre âmbito do punível, produzida inevitavelmente pelo emprego indiscriminado do Direito Penal" (Zipf, *Introducción a la Política Criminal*, 1979, pp. 102-103)" (TACRIM-SP - AC - Rel. Silva Franco - JUTACRIM 69/441).

"Não se admite que alguém seja processado por Ter imaginado subtrair objeto de tão insignificante valor. A defesa do patrimônio não pode extravasar os limites da relevância e invadir a esfera da superficialidade" (TACRIM-SP - AC - Rel Nogueira Camargo - JUTACRIM 73/334).



XI. CONCLUSÃO

Em síntese, pode-se concluir que os princípios do Direito Penal, exercem um papel preponderante no sistema normativo penal.

O princípio da legalidade ou da reserva legal tem significado político e constitui uma garantia fundamental da liberdade do cidadão. **A lei e somente ela pode traçar os parâmetros de limites entre a atividade criminosa e a atividade legítima.** Este princípio reclama, ainda, a existência de quatro subprincípios: *lex praevia, lex scripta, lex stricta e lex certa.*

O princípio da intervenção mínima, por sua vez, ressalta que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Caso já exista outras formas de sanção ou outros meios de controle social de tutela desse bem jurídico, a sua criminalização é inadequada e não recomendável, pois " **a pena deve ser reservada para os casos em que constitua o único meio de proteção suficiente da ordem social frente aos ataques relevantes. Não se deve incriminar os fatos em que a conduta não implique risco concreto ou lesão a nenhum dos bens jurídicos reconhecidos pela ordem normativa constitucional.**"

Já o princípio da fragmentariedade, preceitua que o Direito Penal não deve punir, indistintamente, todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas sim aquelas condutas mais graves e mais perigosas, praticadas contra bens jurídicos

mais relevantes. Dada a imensidão de fatos ilícitos, somente alguns, ou seja, os mais gravosos, devem ser introduzidos no ordenamento penal.

Por outro lado, somente é punível aquelas condutas humanas que atinjam bens jurídicos de terceiros, ou seja, bens jurídicos alheios. Eis o princípio da lesividade.

O princípio da humanidade pode ser caracterizado como sendo um princípio tipicamente da execução penal. Na verdade, o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que ofendam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados, pois o executado antes de ser um condenado ele é um ser humano, e como tal, sujeito de direitos (integridade física, moral, o respeito a sua honra, a sua imagem, etc.)

O princípio da individualização da pena, consagrado explicitamente no texto constitucional, exerce um papel importante no momento da aplicação da pena. É necessário que o julgador, ao individualizar a pena, leve em consideração a pessoa do criminoso, ou seja, é preciso adaptar a pena ao condenado, levando em conta as características do agente e do delito.


Ainda no âmbito do estudo da pena, nós temos o princípio da pessoalidade da pena, que consiste na máxima de que: "somente o delinqüente pode sofrer a pena".

O princípio da culpabilidade aduz que a pena só pode ser imputada a quem agiu culpavelmente. O terceiro que não agiu nem com dolo nem com culpa não pode ser punido.

O ordenamento jurídico penal somente tipifica condutas que tenham um certo grau de relevância social. Desta feita, pode-se inferir que existem condutas que dada a sua adequação social não podem ser consideradas como delitos

e, por isso, não se revestem de tipicidade. O princípio da adequação social determina que a conduta que se ajusta a determinada descrição típica formal, porém materialmente irrelevante, adequando-se ao socialmente permitido ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica.

Por fim, temos o princípio da insignificância, que serve como "auxiliar interpretativo do aplicador da lei penal na verificação da tipicidade do material da conduta e independe de expressa permissão legal, visto que diz respeito com a economia do delito".



XII. BIBLIOGRAFIA

- BITENCOURT, Cezar Roberto e outros. Princípio fundamentais do direito penal.
Revista de Ciências Criminais - 15.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente e outros. Direito penal na Constituição. São Paulo,
Saraiva, 3ª edição, 1995.
- DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. Rio de Janeiro, Renovar, 3ª edição,
1991.
- FRANCO, Alberto Silva e outros. Código penal e sua interpretação jurisprudencial.
São Paulo, Revista dos Tribunais, 5ª edição, 1995, vol 01.
- JESUS, Damásio E. de. Direito penal. São Paulo, Saraiva, 20ª edição, 1997, vol.01.
- MACHADO, Agapito. O juiz na condução do processo penal. Revista AJUFE, 1995.
- MIRABETE, Julio Frabine. Manual de direito penal. São Paulo, Atlas, 8ª edição,
1990, vol.01.
- NORONHA, E. Magalhães. Direito penal. São Paulo, Saraiva, 27ª edição, 1990, vol.
01.
- REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. São Paulo, Saraiva, 16ª edição,
1988.