

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ  
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ  
- ESMEC

# PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

DISCIPLINA: Atividade Punitiva do Estado  
PROF.: Lino Edmar de Menezes  
ALUNA: Flávia Maria Aires Pinto

1997

Monografia apresentada como requisito à conclusão do curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará - ESMEC

## **PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL**

NOME: Flávia Maria Aires Pinto

PROF. ORIENTADOR: Lino Edmar de Menezes

## *Índice*

I - INTRODUÇÃO .....	2
II- DESENVOLVIMENTO.....	5
1. Princípio da legalidade.....	5
2. Princípio da Intervenção Mínima.....	8
3. Princípio da Lesividade.....	9
4. Princípio da Humanidade.....	9
5. Princípio da Individualização da Pena.....	10
6. Princípio da Pessoalidade da Pena.....	11
7. Princípio da Culpabilidade.....	12
III - CONCLUSÃO.....	15
IV - BIBLIOGRAFIA.....	16

# PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

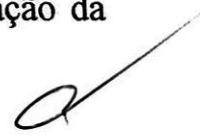
## I - *Introdução*

Os princípios, normas gerais abstratas, são vetores que guiam o intérprete do Direito, dando-lhe a compreensão do verdadeiro sentido e fim a que se propõem as regras jurídicas, para que as apliquem corretamente.

No âmbito penal a existência de princípios faz-se imprescindível, pois neste está em jogo a liberdade, bem indisponível do homem.

Tamanha é a importância destes princípios, que estão previstos em sua maioria na Lei Maior em seu capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos.

São princípios do Direito Penal o da legalidade, da intervenção mínima, da lesividade, da humanidade, da individualização da pena, da pessoalidade da pena e da culpabilidade.



## II - Desenvolvimento

### 1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (OU DA RESERVA LEGAL OU DA ANTERIORIDADE DA LEI PENAL) - ART. 5º, XXXIX e XL, CF/88

Bem o explica o brocardo latino *nulum crimen, nulla poena sine lege*, ou seja, não há que se falar em crime e muito menos em pena sem que haja previsão em lei.

A priori pareceria desnecessário este princípio vir expresso em inciso autônomo, pois o art. 5º, II, da CF/88 diz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A necessidade dessa garantia constitucional dá-se porque o Estado interfere na liberdade do indivíduo e tal interferência precisa de limites legais.

Note-se, todavia, que embora a Constituição fale em crime, na verdade quis referir-se a infração penal, de modo a englobar também a contravenção penal, pois do contrário não haveria proteção à liberdade. Nesta mesma linha de pensamento, é interessante que este princípio se aplique também às medidas de segurança, que embora não sendo penas, podem vir a restringir o direito de liberdade.

A competência para legislar é privativa da União, mas lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas de Direito Penal. Assim, a parte geral do Código Penal, porque contém os princípios e fundamentos do Direito Penal, não pode ser-lhes delegada.

A Constituição refere-se à lei em sentido estrito, devendo ser **lei ordinária**.

**Emendas à Constituição** não poderão ferir direitos e garantias individuais, dentre elas o princípio da legalidade (art. 60, §4º, IV, CF/88).

Quanto às **leis complementares**, entende CENICCHIARO (*in* Direito Penal na Constituição, 3ª ed, RT, págs. 46/47) que não podem cuidar de matéria própria das leis ordinárias. As hipóteses de lei complementar estão exaustivamente previstas na Constituição, sem falar que a maioria absoluta que aprovou a lei complementar, impediria que a mesma fosse alterada pelo procedimento comum. Todavia, neste ponto há que discorde, como o Prof. CERQUEIRA, segundo o qual a lei complementar em matéria penal pode ser revogada por lei ordinária, pois é privativa desta, quebrando, assim, a hierarquia.

Já as **leis delegadas** não podem versar sobre Direito Penal, porque não é cabível delegação da legislação sobre direitos individuais (art. 68, §1º, II, CF/88), além do que, o projeto não passa sucessivamente pelo Senado e pela Câmara dos Deputados.

As **medidas provisória**, por sua vez, só seriam aptas a criar crimes e cominar penas se apenas começassem a vigor após sua aprovação pelo Congresso Nacional, pois não se concebe qualquer norma penal com vigência apenas por deliberação do Poder Executivo. Todavia, sem a vigência imediata descaracterizada estaria a medida provisória.

Quanto aos **decretos-legislativos** e as **resoluções**, também não se prestam para editar leis penais pois são próprios para disciplinar matéria de economia interna das casas legislativas.

A **reserva da lei** pode ser **absoluta** ou **relativa**.

Será **absoluta** quando toda a conduta criminosa dever estar pormenorizadamente descrita no tipo penal, não se admitindo sua complementação por normas inferiores como atos administrativos, decretos, etc.

Por outro lado, será **relativa** se a lei penal traz os traços fundamentais da conduta criminosa, admitindo sua complementação por outras leis ou atos administrativos. No Brasil, a reserva da lei é relativa, pois existem normas penais em branco, as quais necessitam de complementação, pois apenas a sanção que preveem é definida, ao passo que seu preceito não. Podemos citar como exemplo o art. 130 do CP que fala em expor alguém ao contágio de moléstia venérea, devendo haver ato administrativo determinando quais as moléstias venéreas.

Há quem diga diferente, como CERNICCHIARO, para quem a reserva da lei é absoluta (*in obra supra citada, págs. 41/43*), não cabendo outras fonte que não a lei formal, afirmando que assim o é mesmo havendo normas penais em branco com remissões a elementos normativos e que não se deve confundir a norma com sua interpretação, nem esquecer que o tipo é criação da lei e somente desta.

A complementação classifica-se em homóloga e heteróloga. Será **homóloga** quando a complementação é do mesmo nível da lei penal, ou seja, é lei federal. Esta por sua vez se subdivide em **homovitelina** se de natureza penal, e em **heterovitelina**, se de outra natureza que não penal, como civil, trabalhista, comercial, etc. E será **heteróloga** se a complementação é de nível inferior à lei federal, isto é, lei estadual, municipal, decreto e ato administrativo.

O Princípio da Legalidade para que seja efetivo reclama **subprincípios**. Vejamos:

*Lex previa* - Para que haja o crime e seja aplicada a pena a lei que os prevê já deve estar em vigor na época do fato que se pretende punir (*tempus regit actum*). Não há que se falar em retroatividade de leis que não beneficiem o réu. As leis penais benéficas são aquelas que trazem *abolitio criminis*, diminuição de pena, atenuante, extinção, exclusão e condições de punibilidade.

*Lex scripta* - A lei penal deve ser escrita. Por mais reiterado e aceito que seja o costume, este não tem o condão de criar crimes nem revogá-los. Contrário a este pensamento temos FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO (*in Princípios Básicos de Direito Penal, 5ª ed, Saraiva, págs. 25/26*), segundo o qual o costume “quando opera como causa de exclusão da ilicitude (causa supralegal), de atenuação da pena ou da culpa, constitui verdadeira fonte do direito penal. Nessa hipóteses, como é óbvio, não se fere o princípio da legalidade por não se estar piorando, antes melhorando, a situação do agente do fato”. Mas esclarece que “a simples omissão da autoridade em reprimir determinados crimes ou contravenções não basta para revogar por *desuetudo* a norma incriminadora penal”, e cita como exemplo o recente julgado do STJ em que o próprio fora relator (Resp. 2.202-SP, DJ 2 abr. 1990, p. 2461), no qual deferira o recurso contra acórdão absolutório da contravenção do jogo do bixo.

*Lex stricta* - A norma penal incriminadora deve ser interpretada estritamente, proibindo-se o uso da analogia para ampliar o

âmbito de incidência do tipo penal, de modo que a analogia *in bonam partem* é permitida. Assim, somente haverá crime de receptação quanto a coisas produto de crime, não abrangendo coisas produto de contravenções. Bem definiu o autor supra citado (pág. 28) a analogia como “a aplicação, a um caso concreto, de uma lei, cuja vontade não era captar este fato que aparece no horizonte da realidade quotidiana”.

*Lex certa* - A lei penal deve ser clara, sem obscuridades e ambigüidades. Para isso devem ser evitados os elementos normativos, trazendo o tipo penal elementos descritivos.

Temos o tipo penal objetivo (descrição da conduta proibida) e subjetivo (intenção-dolo), que para os finalistas coincidem no momento da conduta típica. É no tipo objetivo que encontramos os elementos descritivos e normativos. Os elementos normativos serão jurídicos quando definidos pela lei, p. ex. funcionário público, e culturais, quando sua definição não se der por lei como caso da mulher honesta.

## 2. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA (OU DA FRAGMENTARIEDADE OU DA INSIGNIFICÂNCIA)

O Direito Penal só deve atuar quando para proteger os bens primeiros da sociedade como a vida, a integridade física, a honra e o patrimônio, e quando as outras esferas do Direito não forem suficientes para reprimir o fato que ofenda a tais bens. Isto significa que o Direito Penal não cuida de coisas de boa importância.

Este princípio serve para limitar a atuação do Direito Penal, pois só se poderá perder a liberdade, que é direito personalíssimo, em virtude de fatos graves que firam os bens mais valiosos da sociedade, caso contrário não haveria proporcionalidade.

Tem por fundamento dois princípios constitucionais básicos, quais sejam, o da dignidade da pessoa humana e o da plena liberdade.

O Direito Penal é fragmentário no sentido de ser seletivo, pois escolhe as condutas mais gravosas para puní-las, que causem danos consideráveis. A punição no Direito Penal não é contínua para todo e qualquer ilícito. Daí porque todo ilícito penal é cível, mas a recíproca não é verdadeira.

Muitos crimes em nossa legislação, tidos pela doutrina como crimes anões, não são previstos em legislações estrangeiras. Há hoje, no entanto, um grande movimento pela descriminalização destes crimes, devido ao seu pequeno teor ofensivo.

### 3. PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

Para que uma conduta humana seja punida, faz-se necessário que tenha causado lesão a bem de terceiro. ✓

Conseqüentemente, não poderá ser punidos o simples estado de ânimo de uma pessoa, ou seja, seu estado íntimo, seus pensamentos, de que é exemplo a cogitação de um crime, já que não se sai da esfera íntima da pessoa. Também não serão penalizadas as condutas que não extrapolem a esfera do próprio agente, como a auto-lesão, o suicídio, embora este seja punido em alguns países que tem o Estado como vítima, os atos preparatórios, o crime impossível, que em virtude da ineficácia do instrumento ou impropriedade do objeto, tornam também impossível a lesão, e por fim, a tentativa de participação.

Questiona-se sobre o uso da maconha, pois que a fuma na verdade está praticando auto-lesão. Ocorre que a sanção dá-se pelo fato de que tal conduta pode gerar imitação por parte do resto da sociedade, gerando um problema de saúde pública.

Portanto, a tipicidade formal (mero enquadramento no tipo) não é suficiente, deve haver a antijuridicidade material (lesividade). Caso contrário, embora estando caracterizado o crime, não deverá o mesmo ser punido.

### 4. PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

É aplicado especialmente na fase da execução penal, tendo em vista que quem está cumprindo pena é um ser humano e como tal deve ser tratado, impo-se o respeito a sua integridade física, honra, moral, imagem, etc. ✓

Sem este princípio não se poderia sequer se cogitar em ressocialização dos presos.

Infelizmente, aqui no Brasil, isto está apenas na letra da lei, havendo os já conhecidos casos dos chamados presos morcegos, que se amarram nas grades para poderem ter um espaço na sela para dormirem.

## 5. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA - ART 5º, XLVI, CF/88

Inicialmente, vale esclarecer que pena é a restrição ou excepcionalmente a anulação do direito do condenado e se caracteriza como retributiva, pois é ao mesmo tempo castigo e restauração.

Segundo CERNICCHIARO (*in* obra supra, pág. 118), “a individualização significa adaptar a pena ao condenado, consideradas as características do agente e do delito”, ou seja, deve-se poderar o caso concreto. Daí porque na pena cominada deve está previsto o mínimo e o máximo, sendo inconstitucional a lei que assim não dispor, pois a Constituição diz que “a lei individualizará a pena (...)”.

É na fixação da pena *in concreto* que o juiz individualizará a pena utilizando-se do seu poder discricionário, comodispõe os arts. 59 e 60 do CP.

Este princípio se dá em três níveis. O primeiro é o **legislativo**, cuida-se da criação do crime pela lei discriminando o mínimo e o máximo da pena, é a fixação abstrata do legislador. O segundo é o **judicial**, no qual há a fixação *in concreto* na sentença, pelo juiz, da pena cabível, necessária para a repressão e prevenção do crime. O terceiro e último é o **administrativo** presente no cumprimento da pena no âmbito da penitenciária, neste o condenado é submetido a exames criminológicos, da personalidade, psicotécnicos, e entrevistas para se inferir qual a melhor maneira de sua pena ser executada. Estretanto, quanto a este último nível a realidade é outra, sendo nossas penitenciárias meros depósitos em que a única separação que há entre os presos é a de homens e mulheres.

A pena não é arbitrária, adotando o Código Penal expressamente em seu art. 68 o **sistema trifásico** de Nelson Hungria. Por este sistema o juiz fixa inicialmente a pena base, para a qual levará em

consideração os fatores previstos no art. 59 do CP, quais sejam, a culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente, os motivos, circunstâncias e conseqüências do crime e o comportamento da vítima; depois considera as circunstâncias agravantes e atenuantes; e por fim as causas de aumento (majorantes) e de diminuição (minorantes) da pena.

Todas estas fases devem estar fundamentadas e seguir a referida seqüência, sob pena de nulidade por ausência de formalidade essencial à validade do ato.

A doutrina é majoritária em dizer que as agravante e atenuantes não podem ir além do máximo ou aquém do mínimo, respectivamente, mas há opinião contrária como a de CERNICCHIARO, que diz que pode ir abaixo do mínimo.

Todavia, este princípio cuida não só da dosagem da pena, mas também da determinação do regime.

No que tange ao regime, dispõe a L. 8.072/90 em seu art. 2º que a pena nos crimes neste previstos será cumprida em regime integralmente fechado. O STJ a tem neste ponto por inconstitucional, por ferir o princípio em tela, mas o STF a tem como constitucional. Ocorre que a L. 9.455/97 (lei da tortura), traz em seu art 1º, § 7º, que o regime será inicialmente fechado, de modo que por analogia *in bonam partem* aplica-se também aos crimes hediondos, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, conforme já decidiu o STJ (Resp. nº 140.617-GO), cujo relator foi o ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, tendo em vista que a Constituição, ao cuidar destes crimes no mesmo inciso (ART. 5º, XLIII, CF/88), deu-lhes o mesmo tratamento e valoração.

## 6. PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE DA PENA (OU DA RESPONSABILIDADE PESSOAL) - ART. 5º, XLV, CF/88

Significa que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, sendo atribuída apenas ao autor do fato devido a sua natureza personalíssima e intransferível.

Decorre do princípio da culpabilidade, pois quem não agiu com dolo ou culpa não pode ser punido, de forma que a pena só pode ser aplicada a quem agiu culposamente. E também do princípio de que ninguém responde por fato de terceiro.

É interessante trazer a colação o caso do pai que entrega as chaves do carro ao filho menor ou embriagado. Aqui não há que se falar que o pai estaria respondendo por um fato de seu filho, pois agiu imprudentemente, e assim em concurso.

Quanto as contravenções penais, embora o DL 3.688/41 diga em seu art. 3º que “para a existência da contraveção, basta a ação ou omissão voluntária. Deve-se, todavia, ter em conta o dolo ou a culpa, se a lei faz depender, de um ou de outra, qualquer efeito jurídico”, a Constituição repele a responsabilidade objetiva.

Como a reparação patrimonial ou moral não são sanções penais, a elas não se aplicam este princípio, havendo repercussão no direito dos sucessores.

Por outro lado, a força maior e o caso fortuito excluem a responsabilidade penal, pois a conduta ilícita não é praticada de forma livre e consciente.

## 7. PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

A culpabilidade é pressuposto de aplicação da pena. Significa reprovabilidade, censurabilidade, da conduta do agente que agiu com dolo ou ao menos com culpa *stricto sensu*. Daí porque se o fato resultou de mero acidente, não há que se falar em punição, pois não houve o elemento moral, psicológico ou ético.

Percorreu a culpabilidade várias fases com o desenrolar do desenvolvimento da doutrina criminológica. De modo que tem-se a culpabilidade objetiva, psicológica, psicológica-normativa e normativa.

Nos primórdios da história a responsabilidade era **objetiva**, bastando para tal o nexos causal entre a conduta humana e o dano. Não havia a preciação da culpabilidade pois sequer se fazia idéia do que fosse dolo e culpa. Assim, também não se questionava sobre a evitabilidade e conseqüentemente sobre a previsibilidade e a voluntariedade.

Já na culpabilidade **psicológica** há a análise do dolo e da culpa, os quais eram suas espécies. O dolo estaria presente quando houvesse

intenção ou assunção do risco de produzir o resultado e a culpa quando, embora não havendo a intenção ou assunção do risco, o resultado ocorresse em virtude do negligência, imprudência ou imperícia por parte do agente.

A culpabilidade passa a ser, no dizer de FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO (*in* obra supra citada, pág. 219) “uma ligação de natureza anímica, psíquica, entre o agente e o fato criminoso”. Estava portanto na cabeça (psiquismo) do agente.

Entretanto, quando se observa a culpa inconsciente vê-se que nesta não existe relação psíquica do autor com o seu fato, o que leva ao desmoronamento desta teoria. A culpa, ao contrário do dolo, é normativa.

Era pois, necessário introduzir-se um elemento comum à estas espécies de culpabilidade.

Foi Frank que introduziu este novo elemento, que era o juízo de reprovabilidade da conduta praticada. Chegou a este entedimento através da análise do art. 54 do CP alemão que cuida do estado de necessidade, pelo que constatou que existem condutas dolosas que não podem ser culpáveis, por não poder ser exigida conduta diversa, daí porque não poderem ser censuradas, pois possuem dolo deformado.

Surge então a teoria da **culpabilidade psicológico-normativa** que, segundo DAMÁSIO E. JESUS (*in* Direito Penal, 1º v, 11ª ed., Saraiva, pág. 400) “não é só um líame psicológico entre o autor e o fato, ou entre o agente e o resultado, mas sim um juízo de valoração a respeito de um fato doloso (psicológico) ou culposo (normativo). Desta forma o dolo e a culpa deixam de ser espécies para se transformarem em elementos da culpabilidade, além da imputabilidade e da exigibilidade de conduta diversa.

Assim, a culpabilidade não estará na cabeça do réu, mas na do juiz, ao contrário do dolo que, este sim, estará na cabeça do réu.

Para a doutrina finalista a culpabilidade é **normativa pura**.

Os finalistas retiram o dolo da culpabilidade e o coloca no tipo penal e excluem do dolo a consciência da ilicitude a pondo na culpabilidade.

Isto se dá porque a ação humana é sempre dirigida a um fim, dotada portanto de intencionalidade, de dolo. Se não há dolo não há crime, a

não ser que seja previsto em lei como culposos. Daí porque o erro sobre o tipo exclui o crime, ao passo que o erro de proibição (ilicitude) exclui a culpabilidade.

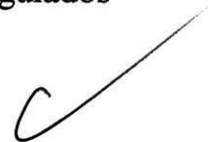
São elementos da culpabilidade a imputabilidade, que é a capacidade de entender caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, a exigibilidade de conduta diversa, pois do contrário não haverá reprovação, e a potencial consciência da ilicitude, não necessariamente real e atual, bastando que tenha possibilidade de conhecer esta ilicitude.

### III - Conclusão

Vê-se, pois, quão importantes são estes princípios na interpretação e aplicação do Direito Penal.

O cidadão tem a garantia de que só será condenado por crime previsto em lei (princípio da legalidade). Só será crime, por outro lado, a conduta que ferir os bens mais valiosos da sociedade e que não possa ser reprimida suficientemente pelas outras esferas do Direito (princípio da intervenção mínima). E tais crimes só serão punidos quando lesionarem bens de terceiros (princípio da lesividade). Tal punição dar-se-á de forma humana (princípio da humanidade) e de forma individualizada (princípio da individualidade), não passando da pessoa do condenado (princípio da pessoalidade), e desde que este tenha agido de modo reprovável (princípio da culpabilidade).

Portanto todo o crime, a pena e sua execução são guiados por princípios que servem de garantia a toda a sociedade.



#### IV - *Bibliografia:*

1. TOLEDO, Francisco de Assis - *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5ª ed, 1994, Saraiva.
2. CERNICCHIARO, Luiz Vicente  
COSTA JR., Paulo José da - *Direito Penal na Constituição*, 3ª ed, 1995, RT.
3. JESUS, Damásio Evangelista de - *Direito Penal* - 1º vol - Parte Geral, 11ª ed, 1986, Saraiva.
4. Código Penal Brasileiro (DL 2.848/40).
5. Constituição Federal de 1988