

O DIREITO PENAL E SEUS PRINCÍPIOS

Arnaldo Alegria [1]

A importância da pesquisa é conhecer o Direito Penal e seus Princípios como uma ciência cultural e normativa de valores sociais, que estuda o “dever ser”, pois, são normas jurídicas especiais, que definem os crimes e atribuem sanções. Este artigo foi realizado após leitura atenta de livros doutrinários e textos legais, culminando com a interpretação da forma, em que as normas são aplicadas pelo Estado para reprimir os fatos ofensivos à segurança social, e também, são vistas, como medidas antecipadas para que eles não ocorram, formando o conjunto Penal, ou seja, o Direito Penal como sendo o segmento do ordenamento jurídico brasileiro, que seleciona, enuncia e determinam, quais as infrações ou comportamentos humanos, antissociais graves, que serão por ele tutelados e, quais as sanções punitivas serão correspondentes e aplicadas aos responsáveis pelas transgressões tipificadas. Esta seleção de comportamentos humanos, ofensivo aos valores sociais é explicada sistematicamente, usando discernimento da ciência penal, impondo limites à subjetividade da aplicação, evitando arbitrariedades no poder punitivo do Estado, assim sendo, os princípios constitucionais devem determinar a flexibilidade da força estatal. A pesquisa versa sobre os princípios penais da norma incriminadora, pois eles, objetivamente estabelecem os critérios que vão servir de barreira ao arbítrio, buscando uma justiça igualitária.

Palavras-chave: Direito Penal. Princípios do Direito Penal. Princípio da legalidade. Dever punitivo do Estado.

1 INTRODUÇÃO

A partir das formas mais rudimentares, até as mais complexas de organização social, o Direito garante a convivência dos homens organizados em grupos sociais, objetivando um convívio pacífico e harmonioso, pois muitas vezes, para compartilhar os mesmos ares e recursos naturais, as liberdades têm que ser limitadas pela lei, para garantir a sobrevivência da organização social.

O direito Penal surge num contexto Social a fim de regular esta convivência em sociedade, através de normas e regras que se fazem cumprir pela ameaça das sanções correspondentes, também, conhecido por Direito Criminal é um ramo do Direito com procedimento conveniente para manter a sociedade regada, através da noção de justiça e princípios valorativos e normativos, ou seja, materialmente e formalmente competente para punir aqueles considerados culpados dos fatos atentatórios á ordem social.

O Estado emprega este conjunto de normas preventivamente, para evitar as infrações tipificadas, também, para impor as sanções punitivas correspondentes aos autores culpados pelos fatos antijurídicos. Os valores fundamentais como o direito a vida, a liberdade, a propriedade, e outros, são bens jurídicos tutelados pelo Estado, portanto, amparados pelo Direito Penal, com intuito de manter a harmonia social, propagam o temor aos prováveis delinquentes, ameaçando-os com imposições de penas e medidas de segurança, assegurando o não cometimento de crimes.

Ao se falar em direito a liberdade, pode parecer que a norma penal é atentatória a um princípio básico da dignidade humana, ela além de formalmente descrever um fato como infração penal, ao impor a sanção, aparentemente estará contradizendo a Constituição, mas vale lembrar, que ao condenar o autor de fato tipificado como crime à pena privativa de liberdade, o Direito Penal não dará importância ao sentimento do apenado, pois, ao selecionar o comportamento humano, certamente a norma vislumbrou que o fato afrontou e lesionou os valores da sociedade, portanto, não há de se dizer em inconstitucionalidade da punição, tendo em vista, o Estado ser legítimo e estar em consonância com os princípios derivados do perfil de Estado Democrático de Direito.

Cumpra observar preliminarmente, que o Estado Democrático de Direito reúne princípios constitucionais que regem as ações humanas, regula democraticamente o sistema Penal, de modo geral e na esfera criminal, pois, surgem inúmeros princípios penais, derivados da dignidade da pessoa humana, onde, todo fato tipificado que contrariar a dignidade humana, estará contrariando o Direito Penal, ou ainda, atentando ao fundamento existencial do Estado Democrático de Direito.

A natureza jurídica material dos princípios, hierarquicamente superior às normas formais, é caracterizada pela generalidade, abstração e baixa densidade normativa, ou seja, os princípios regulam uma imensa gama de situações concretas de forma generalizada, com poder de limitar a subjetividade e o arbítrio estatal.

Convém ressaltar, que as propriedades transcendentais, tipificadas formalmente como crime, algumas vezes, pode materialmente não ser consideradas delituosas, por não ferir valores sociais, em virtude dessas considerações, os princípios gerais do Direito, estando expressos ou intrínsecos na previsão legal, possuem aplicabilidade e vigência, pois, são normas jurídicas substanciais que estabelecem modelos de conduta, critérios diretivos com juízo de valor social, que norteiam o Direito Penal, dando garantias que o Estado não abusará do direito de punir.

2 O DIREITO PENAL

A existência humana sempre exhibe seus aspectos obscuros, que se traduzem no mundo do direito por meio das palavras, crime e pena, entretanto, nesse domínio sombrio e não inteligível brilha a luz do Direito Penal e seus princípios, que ilumina, com seus raios de compreensão, a vida de todos. (PAGLIUCA, 2009, p 35).

A Sociedade suprimiu há tempos à vingança privada, nos dias atuais entrega a responsabilidade de se fazer justiça ao Estado, este por sua vez, monopoliza a fonte de normas, determina seu cumprimento e aplica coercitivamente as sanções, quando essas são descumpridas. Douto que não subsiste norma de Direito Penal desamparada de sanção, sendo que, esta, tem a finalidade de proteger e garantir o respeito a bens jurídicos e valores sociais relevantes acaba subdividindo-se em vários níveis, correspondentes com a gravidade do delito, portanto, a sanção será cominada de acordo com o valor transcendental do bem jurídico desrespeitado, para que não represente apenas, à reposição do estado anterior a lesão sofrida pela vítima, com relação à conduta ilícita. (MIRABETE, 1994, P 46).

Não somente tem a função de defesa social, o Direito penal exerce a função de garantir aos cidadãos, que o Estado não abuse do direito de punir. No ordenamento jurídico pátrio, o Direito penal possui a função de classificar as ações humanas e seu comportamento

antissocial, principalmente, daqueles que colocam em risco os valores fundamentais, descrevendo como infrações e prevendo sanções penais, ou seja, a “missão do direito penal é proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc., denominados bens jurídicos”. (CAPEZ, 2011, p 19).

Frederico José Marquez vislumbra o direito Penal em duas vertentes, sendo uma, no direito de punir, outra, no direito limitador para punir, ou seja, o direito penal como tutela da liberdade individual, e outra, do direito que tipifica o crime como fato e a pena como sua consequência, disciplinando as relações jurídicas, derivadas deste fato, estabelecendo a aplicação da medida de segurança e a tutela do direito de liberdade pelo poder do Estado em punir. Pena e crime são inseparáveis, estão codificadas num conjunto de normas compelidas em um diploma legal básico, que não é exclusivo, pois existem as chamadas leis penais especiais ou extravagantes, assim conhecidas justamente por não estarem no código penal e serem aplicadas por órgãos de justiça penal especializado. (1964 p.15).

Temos como exemplo de lei penal especial, o código penal Militar, o Direito penal Eleitoral e as leis extravagantes como exemplam a lei 11.343/06 lei de tóxicos, lei 8.072/90 que dispõe sobre crimes hediondos e a 11340/2006 lei Maria da Penha e muitas outras.

A doutrina faz distinção entre direito penal objetivo e direito penal subjetivo, sendo o primeiro, justamente o direito positivado no texto legal, consistente no conjunto de normas que regulam a ação estatal, definindo os crimes e cominando as sanções respectivas, enquanto, o segundo é o direito de punir o agente violador da norma jurídica. Outra distinção que a doutrina faz, é o direito penal Substantivo e o direito penal Adjetivo. O primeiro é o direito material, é o mesmo conjunto de normas que compõem o direito penal objetivo. O segundo se confunde, com o direito processual penal, na medida em que seria o instrumento formal (processo e Procedimento) pelo qual se aplica o direito penal Objetivo, contudo, o direito penal Adjetivo tem a função de natureza Ético-social, consiste na proteção ou tutela dos bens jurídicos considerados fundamentais pela sociedade, através da ameaça de uma sanção e “impondo sanções aos sujeitos que praticam delitos, o Direito Penal robustece na consciência social o valor dos bens jurídicos, dando força às normas que os protegem”. (DAMASIO, 2003, p 14).

O Direito Penal surge quando as infrações aos direitos e interesses individuais ultrapassam as proporções, ou então, quando outros ramos do direito não foram suficientes para o controle social, então cumprindo seu objetivo, o direito penal age como meio de restabelecer o domínio social, encontrando soluções aos conflitos humanos. A finalidade preventiva é uma das suas principais características, pois, antes de punir o agente delituoso, suas normas proibitivas e cominadas com as sanções respectivas, objetivam evitar a prática nela tipificada, razão esta, que o texto legal é estudado pela ciência normativa, e este conjunto de conhecimento sistematizado, observa seus preceitos norteadores pelo “dever ser” e as consequências de seu não acatamento. (BITENCOURT, 2009 p 11).

A escolha dos bens jurídicos a serem tutelados e a modalidade de proteção, em termos quantitativos e qualitativos, é uma função constitucionalmente do legislador, embora ele tenha total liberdade, a constituição impõe limites; o legislador não poderá cominar penas “de morte, perpétuas de liberdade ou de trabalhos forçados”, bem como, na escolha dos bens jurídicos ou valores a serem protegidos, ou na seleção de qual comportamento será tido como ofensivo, o poder estatal deverá ser zeloso, tendo em vista, serem inúmeros os

direitos fundamentais atribuídos a toda pessoa humana, consagrados na constituição, que serão limitados pelo Estado, diante da necessidade ditada pelo interesse social.

É que as garantias individuais e os direitos coletivos, não são absolutos, o maior e fundamental dos direitos do ser humano, que é a vida, não é absoluto, no art. 5º inc.XLVII da CRFB há exceção expressa de que, “salvo em caso de guerra” haverá a pena de morte, isto significa que o valor transcendental (vida humana) é relativo em razão de um valor maior, que é a sobrevivência da nacionalidade, ameaçada por guerra declarada contra potência estrangeira. (BRASIL, 2009).

O direito fundamentado na constituição, quase absoluto, por ser irrenunciável, é a Dignidade da pessoa humana, mas, ele torna-se relativo, quando conflita com outros princípios não dele derivados e quando envolvem interesses particulares, portanto, há de se ponderar para não privilegiar a dignidade de uma pessoa em face da outra. (BARROSO, 2009, p 356).

Neste sentido, denomina o Direito Penal, como normas jurídicas estabelecidas pelo Estado, com a finalidade de combater os crimes, os fatos, condutas e omissões sociais que demonstram contrários as normas de direito, forjando os ilícitos jurídicos que atentam contra os bens mais importantes da vida social.

2.1 DIREITO PENAL E SEUS PRINCÍPIOS

A Constituição de 1988 estabeleceu para o Brasil, o perfil de Estado Democrático de Direito, deste modelo, partem princípios regradores dos mais diversos campos da atuação humana. No que diz respeito ao âmbito penal, há um gigantesco princípio constitucional, norteador de todo o sistema penal, que o torna democrático. Trata-se do cabal princípio da dignidade da pessoa humana, que serve de guarida a inúmeros princípios penais, sendo assim, o legislador penal, formaliza as condutas atentatórias através das leis e materializa os princípios, conforme a evolução social. (CAPEZ, 2011, p 25).

A norma penal, em um Estado Democrático de Direito, não é somente aquela que descreve um fato como infração penal, ela deve amasiar o tipo incriminador, deverá obrigatoriamente selecionar, dentre todos os comportamentos humanos, somente aqueles que realmente possuam lesividade social. O delito ocorre em todas as sociedades constituídas pelo ser humano, é um fenômeno social normal e cumpre a função de manter aberto o canal de transformações de que a sociedade precisa.

2.1.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Código Penal em seus primeiros passos manifesta o mais importante de seus princípios, ao determinar que não haja crime e nem pena, sem lei anterior que os defina. A garantia facultada neste artigo 1º do CP, nenhum comportamento pode ser considerado crime sem que uma lei anterior à sua prática o defina como tal; de mesmo valor, nenhuma pena poderá ser aplicada sem prévia cominação. Trata-se de axioma imprescindível para haver segurança jurídica e garantia da liberdade social, tolhendo a possibilidade de que alguém seja punido por uma conduta não tipificada na época de sua prática, bem como, evitando que a pena aplicada seja arbitrária, impondo a ela prévios limites. (DELMANTO, 2010, p 76) Embora o princípio da Legalidade seja fundamental no Direito Penal, seu reconhecimento constitui um longo processo, com avanços e recuos, não passando muitas vezes, de

“fachada formal”, pois tal princípio é imperativo e não admiti exceções, sendo assim, “nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena pode ser aplicada, sem que antes da ocorrência desse fato, exista uma lei que o defina como crime e culmine uma sanção correspondente”, portanto, a lei deve defini-lo com precisão. (BITENCOURT, 2009, P 14).

Alguns doutrinadores não confundem o princípio da Legalidade em face ao princípio da reserva legal. Nas lições de Fernando Capez, o princípio da legalidade é um gênero monopolizador que abarca inconfundivelmente a reserva legal. (2011, p 57.)

A constituição de 1988 em seu artigo 5º, inc. XXXIX determina que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, neste sentido, não se admite sanções criminais de expressões vagas, equívocas ou ambíguas, impedindo o Estado de interpretá-las de forma errônea. Ao interpretar esse artigo, através do princípio da legalidade, fica esclarecido que o Estado não poderá usar a analogia ou costumes para instituir crime ou sanção.

2.1.2 PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

O princípio da Reserva Legal é denso em sua formalidade, não é genérico e estabelece de forma concreta a regulamentação textualizada da matéria penal incriminadora; seus termos legais, só tem eficácia após a publicação oficial legítima. (CAPEZ, 2011, p 57.)

Alguns doutrinadores não estabelecem diferenças entre o Princípio da Reserva Legal em face do Princípio da Legalidade, no entanto, os clássicos do Direito Penal diversificam este, atribuindo ao princípio da legalidade, uma consistência monopolizadora tendo em vista sua abstrata abrangência.

2.1.3 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

A intervenção mínima começa a ser observada exteriormente a partir da fragmentariedade do Direito Penal. Ajusta-se na Declaração de Direitos do Homem e do cidadão, de 1789, cujo artigo 8º determinou que a lei só devesse prever as penas estritamente necessárias. (CAPEZ, 2011, p 36).

De acordo com este princípio, é conveniente ao Direito Penal influir no meio social apenas em última instância, sendo o direito de “ultima ratio”, ou seja, ser empregado somente e após esgotarem todas as demais esferas da ordem jurídica capazes de resolver o impasse, por este motivo, assume a característica de ser subsidiário. (PAGLIUCA 2009, p 42)

A ação ou o efeito de intervir do Direito Penal, é legalmente exigida por uma necessidade de aumento de proteção à sociedade, a infração deve consubstanciar em um grave iníquo ou ameaçador e dar importância a uma culpabilidade mais elevada, deve ser uma infração que mereça sanção penal. “Não se devem incriminar os fatos em que a conduta não implique risco concreto ou lesão a nenhum dos bens jurídicos reconhecidos pela ordem normativa constitucional”. (MIRABETE, 1994, p 114).

O princípio da intervenção mínima norteia e restringe o poder incriminador do Estado, recomendando que a criminalização de uma conduta só deva ser efetivada, se essencialmente for o meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico, portanto, havendo outras formas de sanção ou outros meios de controle social e estas forem suficientes para a tutela desse bem, sua criminalização é inadequada e não

recomendável, ou seja, “se forem suficientes as medidas civis ou administrativas para restabelecer a ordem jurídica, aplicar-se-á estas e não as penais”, pois, quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de tutelar os bens sociais relevantes, é que se aplica o Direito Penal. (BITENCOURT, 2009, P 17).

Vale lembrar que, somente se deve socorrer do Direito Penal, quando forem insuficientes todos os meios de controle estatal ou jurídicos, pois, ele apresenta sanções até privativas de liberdade, logo, esse princípio está relacionado à importância do próprio bem e não com ofensa do bem jurídico.

2.1.4 PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE

É lúcido que o Direito Penal não é empregado e nem exigido para tutelar todos os bens jurídicos existentes no mundo do Direito, “apenas algumas situações dessas constelações de bens, estão sob a lente do observador penal, que faz uma valoração sistemática, dependendo da necessidade que o corpo social e o momento histórico exigem, para assim filtrar e delimitar o âmbito de incidência do direito Penal”. (PAGLIUCA, 2009, p 43).

Nem todas as ações contundentes aos bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele tutelados. “O Direito Penal limita-se a castigar ações mais graves, praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, uma vez que, se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica”. (BITENCOURT, 2009, p 15).

Neste entendimento fica evidente que nem toda lesão é protegida pelo Direito Penal, percebe-se que há uma seleção de bens jurídicos tutelados, limitados à tipologia hostil, ou seja, de ilícitos onde impreterivelmente devem ser criminalizadas as condutas graves, praticadas contra bens mais importantes, protegendo um fragmento dos interesses jurídicos.

2.1.5 PRINCÍPIO DE CULPABILIDADE

A Culpabilidade ou a responsabilidade penal é sempre pessoal, inexistente no direito penal responsabilidade coletiva, subsidiária, solidária ou sucessiva, então o Estado não punirá sem determinar a culpa e individualizar a pena. Esse princípio, característico pela atribuição particular de responsabilidade subjetiva, preceitua ao Estado a aplicação de uma pena certa, atingindo o autor da ação ou omissão de um fato considerado antijurídico. (BITENCOURT, 2009, P. 19).

Uma vez, determinada a culpa pelo fato típico e antijurídico, nela será fundamentada a pena com a intensidade de acordo com a conduta reprovável, ou seja, conduta mais reprovável deverá receber uma pena maior que outra, menos reprovável.

2.1.6 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

Este princípio do Direito Penal tem acompanhado a evolução social, com a ideia de humanização das penas criminais, isso torna improvável o retrocesso das penas de morte e corporais, esta evolução, intenciona atingir a ressocialização do apenado. “Do princípio da humanidade decorre a impossibilidade da pena passar da pessoa do delinquente, ressalvados alguns efeitos extrapenais da condenação, como por exemplo, a obrigação de

reparar o dano na esfera cível, que podem atingir os herdeiros do infrator até o limite da herança”. (CAPEZ, 2011, p 41).

A Constituição veda a tortura, o tratamento desumano ou degradante a qualquer pessoa (art. 5º, III), a proibição da pena de morte, da prisão perpétua, de trabalhos forçados, de banimento e das penas cruéis (art. 5º, XLVII), o respeito e proteção à figura do preso (art. 5º, XLVIII, XLIX E L) e ainda normas disciplinadoras da prisão processual (art. 5º, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV e LXVI), (BRASIL, 2009).

Pautado no preceito constitucional da dignidade da pessoa humana, este princípio sustenta que o poder punitivo estatal, não pode aplicar sanções que atinjam a respeitabilidade individual ou que lesionem a integridade físico-psíquica dos condenados. (BITENCOURT, 2009, p 16).

O direito Penal moderno, desatado do paradigma puramente repressivo e voltado a um campo humanitário, sem perder seu caráter sancionador, busca alterar as formas punitivas, deixando as penas privativas de liberdade, sem embargo, para o rigorismo que determinadas condutas consideradas graves exigem. “Na verdade, este princípio almeja a humanização do Direito Penal num contexto global, desde a sanção até sua forma de cumprimento, quer seja sob a égide de penas substitutivas, ou pelas melhores condições carcerárias”. (PAGLIUCA, 2009, p 44).

O Princípio da humanidade, proíbi ao Estado a aplicação de penas cruéis, que ao invés de ressocializar o apenado, o deixa doente fisicamente o e mentalmente. (BRASIL, lei de execuções penais).

2.1.7 PRINCIPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL

A lei penal mais severa nunca retroagirá para prejudicar o cidadão, ao passo que uma lei mais favorável atingirá os fatos ocorridos no passado. A Constituição em seu artigo 5º, inc. XL dita a regra da impossibilidade da lei penal retroagir, no entanto, deixou a exceção do retrocesso quando este for vantajoso ao agente infrator. (CAPEZ, 2011, p 67).

Ao exercer este princípio, alguns efeitos ocorrem, pois, a conduta tipificada e punida pela lei postergada, deixa de constituir ilícito, ocorrendo o fenômeno do “abolitio criminis”, determinando a exclusão dos efeitos penais condenatórios que foram tramitados em julgado, retroagindo a primariedade e antecedentes.

Há algumas exceções na aplicação do princípio da irretroatividade da lei penal, são casos de leis temporárias e leis excepcionais por possuir prazo de vigência pré-estabelecidos ou estabelecidos até perdurar a situação emergencial que lhe deu origem.

2.1.8 PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEI PENAL

O princípio da Anterioridade da lei Penal, esta expresso na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. XXXIX, e no Código Penal em seu art. 1º, onde “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. (BRASIL, 2009).

Este preceito limita o comportamento do cidadão, delineando normas e disciplinando a sua conduta, sendo assim, o legislador pré-determina o fato criminoso, antes mesmo que ocorra, portanto, deve existir uma lei definindo-o como tal e culminando a sanção correspondente.

2.1.9 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

A adequação é uma atividade que se desenvolve em consonância com os preceitos éticos da vida social, estabelecidos através da história. Estreitam-se assim, o alcance literal dos tipos penais, excluindo deles, os comportamentos que resultam socialmente adequados. (DELMANTO, 2010, p 115).

No princípio da adequação social a lei deve tipificar apenas condutas humanas de intolerável relevância social, isto implica numa seleção e valoração de comportamentos, vale lembrar que o crime de adultério não está mais tipificada, pois passou a ser uma conduta aceitável pela sociedade, este princípio é intimamente relacionado com o princípio da insignificância, onde neste último, a irrelevância da conduta formal tipificada é imaterial.

2.1.10 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Sendo o delito uma lesão social, dirigido a um bem jurídico relevante, inquieta-se a doutrina em estabelecer um princípio para excluir do Direito Penal, lesões insignificantes, sendo assim, “para alguns doutrinadores o princípio da insignificância é uma espécie de gênero pela ausência de periculosidade, que pode deixar de ser considerada criminosa, mesmo estando tipificada como antijurídica”. (MIRABETE, 1994, p 114).

O Direito Penal não deve preocupar-se com bagatelas, do mesmo modo que não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico.

A tipicidade penal reclama de um mínimo de lesividade ao bem jurídico tutelado, pois, é inacreditável que o legislador tenha pensado em inserir em um tipo penal nas condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o interesse protegido. (CAPEZ, 2011, p 29).

O princípio da Insignificância, ou princípio da bagatela, “fundamenta-se nos postulados constitucionais da intervenção mínima do Direito penal e da proporcionalidade da pena em relação a gravidade do crime” analisa a proporção da gravidade da conduta e a necessidade da intervenção estatal. (DELMANTO, 2010, p 114).

2.1.11 PRINCÍPIO DA ALTERIDADE OU TRANSCENDENTALIDADE

O princípio da alteridade ou da Transcendentalidade não concorda com a incriminação de atitude meramente interna, subjetiva do agente, por esta razão, revela-se incapaz de lesionar o bem jurídico. O fato típico pressupõe um comportamento que transcenda a esfera individual do autor e seja capaz de atingir o interesse do outro (altero). “Ninguém pode ser punido por ter feito mal só a si mesmo, não há lógica em punir o suicida frustrado ou a pessoa que se açoitava na lúgubre solidão de seu quarto. Se a conduta se esgota na esfera do próprio autor, não há fato típico”. (CAPEZ, 2011, p 32).

2.1.12 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE OU RAZOABILIDADE

A Proporcionalidade, além de encontrar assento na imperativa exigência de respeito à dignidade humana, tal princípio aparece insculpida em diversas passagens de nosso Texto Constitucional, quando proíbe certos tipos de sanções (art. 5º, XLVII), exige individualização da pena (art. 5º, XLVI), maior rigor para casos de maior gravidade (art., XLII, XLIII e XLIV) e moderação para infrações menos graves. (CAPEZ, 2011, P 39).

A razoabilidade ou a proibição de excesso são critérios que servem de parâmetros para o pressuposto da proporcionalidade, a graduação e imposição das penas aos delitos, bem como da irrelevância penal do fato, observando-se certos limites entre o fato ofensivo considerado típico e a sanção respectivamente preconizada na norma de sanção. Assim, é importante também que a proporcionalidade da pena seja tal em face do delito, estabelecendo-se como base a importância social do fato, ou seja, a sua nocividade social. (PAGLIUCA, 2009, p 43).

O princípio da proporcionalidade é utilizado na criação normativa, onde o legislador ao prever um fato de forma abstrata, prevê também uma pena proporcional à gravidade da ofensa. Esse princípio impõe limites ao Estado, evitando a imposição de penas excessivas e desproporcionais à gravidade do delito tipificado na norma.

2.1.13 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade humana está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inciso III, “a dignidade da pessoa humana”, o homem antes de ser considerado como cidadão passa a valer como pessoa. (BRASIL 2009).

O princípio defende a dignidade do ser humano, protegendo-o de ações arbitrárias e indevidas por parte do Estado, pois sua intervenção jurídico-penal jamais deve servir de instrumento vexatório ou repugnante, devendo agir com a razão e abster-se de emoção para tratar da criminalidade.

2.1.14 PRINCÍPIO DO IN DÚBIO PRO RÉO

O princípio do “in dubio pro réo” determina que o acusado da prática de uma infração penal por ocasião de seu julgamento final, ao persistir dúvida da autoria e culpabilidade deverá o Estrado acatar a interpretação mais favorável ao réu, absolvendo-o.

2.1.15 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”, busca a indiscriminação na aplicação da norma penal formal e material igualitariamente a todos os cidadãos, proibindo as diferenciações de tratamento. (Brasil, 2009).

2.1.16 PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE E OU IDONEIDADE

Decorrente do princípio da proporcionalidade, a incriminação de determinada situação só pode ocorrer quando a tipificação revelar-se necessária, idônea e adequada ao fim a que se destina, ou seja, à concreta e real proteção do bem jurídico. (CAPEZ, 2011, p 41).

O princípio da efetividade, chamado também de princípio da eficácia ou da idoneidade, determina ao Direito Penal sua eficácia ao intervir preventivamente e repressivamente quando solicitado.

2.1.17 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LVII, “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL 2009).

O autor do fato tipificado como antijurídico mesmo preso em flagrante, será indiciado em inquérito policial e submetido a processo judicial a fim de ser verificada a formalidade, materialidade e culpabilidade pelo fato, pois a culpa não se presume no Direito Penal, portanto só é culpado após a sentença condenatória irreversível.

2.118 PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM

O princípio do “ne bis in idem”, intrínseco no artigo 8º do código Penal elimina a possibilidade do Estado punir em duplicidade o autor da prática de uma única infração penal. (Brasil, 1999)

Por outro enfoque não impede punições administrativas ou civis, que não caracteriza o princípio onde preceitua que ninguém será punido penalmente pelo mesmo fato, mas sem dúvida poderá ser punido pelo Direito Civil, sendo obrigado a indenizar um dano ou punido administrativamente, quando funcionário público, com a perda da função .

2.1.19 PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O princípio da pessoalidade estabelece que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, previsto na art. 5º incisos, XLV e XLVI da constituição Federal de 1988, torna impossível a punição de fato alheio. (BRASIL, 2009).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Toda genuína democracia é escorada em um sistema político organizado de forma a certificar e reverenciar à consagração constitucional dos direitos humanos fundamentais. Os mais básicos destes direitos estão estreitamente ligados à tutela penal prestada pelo Estado. São direitos inerentes a dignidade do ser e da respeitabilidade do indivíduo. Como se compreende, é determinante ao perfil do Estado Democrático de Direito a investigação ontológica do tipo incriminador. Crime não se prende apenas ao conceito formal, tem que haver o fascínio do perigo aos valores fundamentais sociais para materialmente ser considerado crime.

A incumbência de perceber os anelos nas expressões coletivas e públicas de intenções sociais é peculiar de quem detém o mandato popular. A tarefa do Poder legislativo está relacionada ao privativo desempenho de demarcar textualmente as condutas mais perniciosas ao convívio social e precisá-las como delitos, culminando-lhes penas.

A polêmica sobre esse discernimento foge da forma pela qual o poder Judiciário sobrepuja tecnicamente a materialidade dos princípios e a formalidade das leis, pois, inserido no texto Constitucional, esse poder é independente e harmônico com os demais, no entanto, é ele que detém o controle judicial de constitucionalidade material, devendo resolver os conflitos de princípios coerentemente.

A norma formal em vigor, clara, legítima e inequívoca, pertencente a reserva legal, ao tipificar uma conduta de afronta a direitos fundamentais, sendo antijurídica não poderá o

Magistrado subjetivamente descartar as sujidades do crime evidente, alegando estar exercendo controle material. Quem deve e pode alterar a lei é o Parlamento, quem deve e pode interpretá-la através de princípios é o poder Judiciário. Os doutrinadores chamam isso de “dificuldade contra - majoritária” e, vale lembrar que esta dificuldade decorre, pois o poder Judiciário não representa a vontade popular, que os magistrados não foram eleitos pelo povo, em regra é o poder Legislativo que altera a reserva legal, este controle judicial é muito excepcional nas formalidades legais e quando é feito com certa frequência ele acaba judicializando a vida social.

Para concluir, dizemos que a omissão legislativa direcionará futuramente para que o judiciário pondere também as regras formais, assim como é feito nas materiais, mas que por enquanto, o princípio da legalidade, descobre os limites em seus sustentáculos materiais, que imprescindivelmente são deduzidos pela noção de justiça social, que o princípio da legalidade tem legitimidade e validade incondicionada no período de vigência do Estado Democrático de Direito, onde a sociedade pode contar através dos meios jurídicos e Políticos para invalidar normas injustas e fazer respeitar os direitos humanos.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BARROSO, Luis Roberto; **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7 ed ver São Paulo: Saraiva 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto; Tratado de direito Penal, Parte Geral, V1, 14 ed São Paulo: Saraiva 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n.ºs 1/92 a 57/20086 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão n.ºs 1 a 6/94 – 31 ED - Brasília: Câmara dos deputados, Edições Câmara,2009.

BRASIL. Código Penal / Organização dos textos, nota remissivas e índices por Juarez de Oliveira. - 29. Ed., São Paulo: Saraiva, 1999. (Legislação brasileira) "Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, atualizado e acompanhado de Legislação Complementar, também atualizada, de dispositivos da Constituição Federal de 1988, de súmulas e índices... "

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Publicado no DOU em 13 de julho de 1984. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/> acesso em 03 01 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, parte geral**. São Paulo: Saraiva 2011.

DAMASIO, Evangelista de Jesus. **Direito penal, parte geral**. São Paulo: Saraiva 2003

DELMANTO, Celso. [et al] **Código Penal Comentado**, acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8ª Ed rev., atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARQUEZ, José Frederico. **Curso de Direito Penal, parte geral**. São Paulo: Saraiva 1964.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 8 ed. São Paulo: Atlas: 1994.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. **Direito Penal, Parte Geral**. 5ª Ed. São Paulo: Rideel, 2009.

[1] Aluno Universitário – Curso de Bacharelado em Direito
Faculdade Estácio de Sá – Ourinhos – FAESO
Orientador: Professor Hilário Vetore Neto.
arnaldo-ale@hotmail.com

