

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS LIMITADORES DO DIREITO PENAL E A JURISPRUDÊNCIA

Luan Lincoln Almeida Paulino¹

Ivana Nobre Bertolazo²

RESUMO: Os princípios são normas jurídicas que dão conteúdo à regra e suprem as lacunas deixadas pela falta desta. Tais mandamentos norteiam a atuação funcional do legislador assim como a do julgador. Derivam da Constituição e, conseqüentemente, jamais podem ser preteridos, sob pena de nulidade da lei ou do ato do poder público que colidam com eles. Todos os segmentos do Direito têm o dever de observá-los, em especial o Direito Penal, dado seu maior impacto sobre as liberdades constitucionais. Nesse sentido, pois, que o presente trabalho visa trazer à baila os princípios constitucionais limitadores deste segmento do ordenamento jurídico e como eles são vistos e observados pelos tribunais pátrios. Atualmente, considerando a força normativa da Constituição e, em consequência, dos princípios que dela decorrem, a jurisprudência não deixaria de dar efetividade a eles, já que agir de modo contrário seria o mesmo que “rasgar a Carta Política e torná-la mero documento sem eficácia.” Como resultado de pesquisa, verificar-se-á que a relevância e a executoriedade desses princípios não são pequenas, como pode aparentar “*prima facie*”, haja vista a pesada carga axiológica trazida por tais mandamentos que, em se tratando de princípio cogente, como o da legalidade, influi de modo crucial no convencimento dos magistrados em seus julgamentos, no caso, de matéria penal. Para o alcance desses fins, utilizaram-se obras da doutrina e julgados disponíveis na internet (técnica de pesquisa bibliográfica) e o método científico empregado foi o dedutivo.

PALAVRAS CHAVES: Princípios; Direito Penal; Jurisprudência.

ABSTRACT: The principles are standards that give tenor to the rule and serve the gaps left by the lack of this. These commandments guide the functional performance of the legislature as well as the judge. Derived from the Constitution and consequently can never be unsuccessful, under penalty of the law or act of government which conflict with them. All segments of the law have a duty to observe them, especially the Criminal Law, given their greater impact about the constitutional freedoms. In this sense, therefore the present work seeks to bring up the constitutional limiting principles of the legal segment and how they are seen and observed by patriotic tribunals. Currently, considering the normative force of the Constitution and, consequently the principles that

¹ Acadêmico do curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana (FACNOPAR).

² Advogada. Professora Universitária. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Metodologia da Ação Docente pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).

flow from it, the jurisprudence does not cease to give effect to them, since they act in the opposite way would be to "rip the Policy Letter and make it mere document no efficacy." As the result of research, it will be seen that the relevance and enforceability of these principles are not small, as may appear first considering the heavy axiological charge brought by such commandments, when it comes to cogent principle of legality as, crucially influence in convincing the judges in their judgments in the case of criminal matters. To achieve these purposes, we used articles of doctrine and deemed available on the internet (the technical literature) and the scientific method used was the deductive.

KEY-WORDS: Principles; Criminal Law; Jurisprudence.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o escopo de elucidar os princípios constitucionais limitadores do Direito Penal e como eles são visualizados, interpretados e aplicados pelos tribunais brasileiros.

Nesse diapasão, para a verificação da importância do que se propõe a tratar, basta considerar que os princípios oriundos da Constituição Federal constituem parâmetros invioláveis na atividade jurídica em todos os seus aspectos (legislativo, jurisdicional e administrativo) e o presente trabalho tem o condão de discorrer a respeito deles. Nesse prisma, ressalte-se ainda que é necessário o operador do Direito ter claro em seu espírito o significado e a força normativa destes mandamentos, sob pena de atuar sem consciência dos valores que dirigem o ordenamento e, por conseguinte, sucumbir à prática de injustiças no Direito Penal, caracterizada pela inobservância dessas normas, o que resulta em ataque direto à ordem constitucional e ao Estado Democrático de Direito.

Daí o valor do presente estudo, que apresentará os principais princípios constitucionais elencados pela doutrina e como eles são vislumbrados pelos tribunais com o fito de esclarecê-los e provar sua importância, sobretudo para os estudantes de Direito, que ainda estão ingressando nesta imensurável gama de normas, decisões judiciais e ensinamentos que compõem o ordenamento jurídico.

Para tanto, primeiramente, discursar-se-á sobre as distinções entre regra e princípio. Após, conceituar-se-á o Direito Penal para só, enfim, tratar dos princípios cuidadosamente um a um. Por último, mostrar-se-ão as

considerações finais, onde estarão enumeradas as conclusões e os resultados extraídos da pesquisa.

2 DISTINÇÃO ENTRE REGRA E PRINCÍPIO

Para se alcançar o objetivo precípuo do presente trabalho é preciso, preliminarmente, estabelecer considerações acerca da distinção entre regra e princípio, de forma a tornar inequívoca a ideia desta espécie de norma para os estudos seguintes.

Inicialmente, cumpre destacar que a doutrina visualiza, hodiernamente, o Direito como sendo um conjunto de normas constituído de regras e princípios. A partir dessa premissa, procura-se estabelecer as diferenças entre essas duas espécies de normas que, sob o prisma do hermeneuta, não se sobrepõem, ou seja, não se relacionam mediante critérios de hierárquica, tendo em vista o conceito de unidade da Constituição³.

Nesse sentido, é possível discriminar as regras e os princípios por meio dos critérios sistematizados por Canotilho que ora se expõe: a) **grau de abstração**. Nesse viés, os princípios são vistos como normas com grau de abstração maior e as regras com grau de abstração relativamente menor; b) **grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto**. Aqui, centra-se na forma em como a norma incide no caso concreto, sendo os princípios carecedores de mediações realizadoras (advindas do legislador e do juiz), haja vista sua vagueza e indeterminabilidade, e as regras passíveis de aplicação direta; c) **caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito**. Considerando que os princípios são normas estruturantes do sistema jurídico, possuem maior importância para o ordenamento do que as regras (estas, inclusive, são alteradas constantemente, enquanto aquelas dificilmente são mudadas, mantendo-se algumas até mesmo imutáveis, dada sua essencialidade); d) **proximidade da ideia de direito**. Enquanto os princípios são estandartes juridicamente vinculados ao conceito de Justiça, as regras podem se apresentar como normas com teor meramente funcional; e) **natureza normogénica**. Os princípios são normas jurídicas que

³LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 145.

fundamentam as regras, contendo ínsito em si, portanto, a função normogênica (de gênese das regras jurídicas), podendo-se afirmar que as regras são derivadas dos princípios⁴.

Segue o professor português traduzindo as diferenças qualitativas entre regras e princípios. Nesse diapasão, os princípios são mandados de otimização, aplicados na medida do possível, segundo sua compatibilidade com as condições fáticas e jurídicas. As regras, por seu turno, são normas que determinam uma exigência (proíbem, permitem ou impõem) que é ou não observada. São mandados de definição; os princípios coexistem quando conflituosos. Já as regras se excluem quando ocorre a antinomia; os princípios despertam questões de validade e peso, enquanto as regras têm somente de validade⁵.

É importante frisar ainda que o conflito (colisão) entre princípios é solucionado pela técnica da ponderação, enquanto que a antinomia das regras se resolve pela subsunção. Nesta, parte-se da ideia de tudo ou nada, podendo a regra incidir ou não sobre um fato. Em caso negativo, a regra só será afastada se invalidada, se não estiver em vigor ou se existir regra específica para o fato. Naquela, sopesa-se o valor de cada um dos princípios colidentes em relação às circunstâncias de fato, para em seguida aplicar o que se avulta de maior relevância para o caso, sem, contudo, extirpar do ordenamento o princípio vencido, pois este pode se apresentar com maior peso na aplicação de outro fato⁶.

Em síntese, conforme conclui Lenza, as regras são avaliadas na dimensão da validade, especificidade e vigência, enquanto os princípios a partir da dimensão da importância, peso e valor. No conflito entre regras (antinomia), uma delas ou será afastada pelo critério da especialidade ou será declarada inválida (parcial ou totalmente). Já na colisão entre princípios, diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto, um princípio prevalecerá sobre o outro, sem haver declaração de invalidade do princípio vencido. Ainda, enquanto as regras são solucionadas pelo “tudo ou nada”, os princípios são

⁴CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1146-1147.

⁵*Ibidem*, p. 1147-1148.

⁶LENZA, *op. cit.*, p. 147.

pela ponderação, balanceamento ou sopesamento. Por último, as regras são mandados de definição e os princípios mandamentos de otimização⁷.

3 NOÇÃO DE DIREITO PENAL

Feitas as considerações acima, antes que se adentre na seara dos princípios limitadores do Direito Penal, é preciso tratar acerca do conceito deste segmento do Direito, para uma melhor compreensão do tema. Para isso, serão expostas abaixo as lições da doutrina, para, ao final, extrair-se um conceito amplo de Direito Penal.

Conforme ensina Nucci, o Direito Penal “é o conjunto de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação”⁸

Assemelhando-se do conceito dado acima, explica Bittencourt que o Direito Penal “apresenta-se como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança”⁹.

Nas palavras de Capez:

O Direito Penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação¹⁰.

No mesmo sentido, entende Cunha que o Direito Penal “é o conjunto de normas com a missão de elevar certos comportamentos humanos à categoria de infrações penais, cominando sanções àqueles que os praticam”¹¹

⁷LENZA, *op. cit.*, p. 149.

⁸NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 67.

⁹BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 2.

¹⁰CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 17.

¹¹CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014. p. 35.

Consoante lecionam Estefam e Gonçalves:

Cuida-se do ramo do Direito Público, que se ocupa de estudar os valores fundamentais sobre os quais se assentam as bases da convivência e da paz social, os fatos que os violam e o conjunto de normas jurídicas (princípios e regras) destinadas a proteger tais valores, mediante a imposição de penas e medidas de segurança¹².

Propugnando do mesmo pensamento, leciona Prado que:

O Direito Penal é o setor ou parcela do ordenamento jurídico público interno que estabelece as ações ou omissões delitivas, cominando-lhes determinadas consequências jurídicas – penas ou medidas de segurança (*conceito formal*). Enquanto sistema normativo, integra-se por normas jurídicas (mandatos e proibições) que criam o injusto penal e suas respectivas consequências¹³.

Importante trazer também as lições de Fragoso, segundo o qual o Direito Penal “é o conjunto de normas jurídicas mediante as quais o Estado proíbe determinadas ações ou omissões, sob ameaça de característica sanção penal.”¹⁴

Ainda, anote-se a noção de Direito Penal proposta por pelo professor Damásio E. de Jesus, *in verbis*:

O conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade das medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado¹⁵.

Isto posto, pode-se afirmar que o Direito Penal é o *segmento do Direito que qualifica como sendo infrações penais as condutas humanas mais lesivas ou com maior potencial de lesividade à coletividade e ao Estado, prevê as respectivas sanções impostas aos infratores (medida de segurança ou pena) e estabelece os limites e os critérios para o exercício do direito de punição do Estado (jus puniendi)*.

Ressalte-se, por fim, que, em decorrência de o Direito Penal lastrear-se na voluntariedade humana, somente o homem pode ser o

¹²ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 33.

¹³PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1**: parte geral – arts. 1º a 120. 5ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 53.

¹⁴FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 3.

¹⁵JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral: 1º volume. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 5.

destinatário da norma penal, porquanto apenas este possui a consciência do fim, sendo, por isso, que os doutrinadores enfatizam em seus conceitos que aludido ramo do Direito escolhe tão somente condutas humanas para qualificá-las como infrações penais. Como corolário, exclui-se do âmbito de incidência do Direito Penal o comportamento dos seres que não têm consciência de seu agir, por exemplo, os animais, que se movimentam por seus instintos sem qualquer reflexão acerca de suas ações¹⁶.

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS LIMITADORES DO DIREITO PENAL

Partindo-se do pressuposto de que o povo brasileiro vive em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF), infere-se que o poder público deve atuar de acordo com os princípios fundamentais previstos implícita ou explicitamente na Carta Magna, pois eles protegem os cidadãos dos excessos do Estado e de seu poder punitivo.

Em consequência, o “poder” Legislativo, mais precisamente o Congresso nacional, que é a fonte material do Direito Penal por excelência, deve elaborar leis penais que não violem tais princípios, sob pena de sucumbência à Injustiça e desprezo à ordem democrática.

Nesse vértice, imperioso dizer que dentre estes princípios, o da dignidade da pessoa humana (com prescrição no art. 1º, III, CF) é o que mais se avulta de importância para o Direito Penal, decorrendo dele todos os demais princípios que limitam a atuação do legislador na esfera penal e que norteiam os operadores do direito na aplicação da lei penal.

Por princípio da dignidade da pessoa humana entende-se o *princípio magno da ordem constitucional e mundial (Declaração de Direitos Humanos), norteador de todos os demais princípios, o qual eleva o ser humano a objeto de proteção máxima do Direito e do poder público, não podendo nenhum ato deste ente contrastar com tal valor, sob pena de jogá-lo ao vazio e, em consequência, o homem ser vislumbrado como mero instrumento da máquina estatal.*

Sobre este princípio discorre Prado que:

¹⁶CAPEZ, *op. cit.*, p. 20.

Como postulado fundamental, peculiar ao Estado de Direito democrático, a dignidade da pessoa humana há de plasmar todo o ordenamento jurídico positivo – como dado imanente e limite *mínimo vital* à intervenção jurídica. Trata-se de um princípio de justiça substancial, de validade *a priori*, positivado juridico-constitucionalmente¹⁷.

Consigna ainda que tal princípio “antecede, portanto, o juízo axiológico do legislador e vincula de forma absoluta sua atividade normativa, mormente no campo penal”¹⁸.

Dessa forma, quaisquer atos ou normas que firam referido princípio serão reputados inconstitucionais, visto que sua força normativa e suprema serve de parâmetro e fundamento para todos os outros princípios constitucionais e violá-lo, portanto, significa desprezar toda a estrutura jurídica do Estado democrático de direito.

Não é outro o entendimento da doutrina, como se pode conferir na sequência:

Podemos, então, afirmar que do Estado Democrático de Direito parte o princípio da dignidade humana, orientando toda a formação do Direito Penal. Qualquer construção típica, cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana, será materialmente inconstitucional, posto que atentatória ao próprio fundamento da existência de nosso Estado [...] Desta forma, do Estado Democrático de Direito parte o princípio reitor de todo o Direito Penal, que é o da dignidade humana, adequando-o ao perfil constitucional do Brasil e erigindo-o à categoria de Direito Penal Democrático. Da dignidade humana, por sua vez, derivam outros princípios mais específicos, os quais propiciam um controle de qualidade do tipo penal, isto é, sobre o seu conteúdo, em inúmeras situações específicas da vida concreta.¹⁹

A orientação nesse sentido se justifica porque o Direito Penal restringe o direito de liberdade dos cidadãos e, por isso, certos comportamentos não devem ser considerados crimes somente por estarem tipificados em lei penal (conceito formal), mas também devem se apresentar como aqueles que coloquem em perigo os valores essenciais da sociedade. Em outras palavras, é necessário que o fato típico tenha conteúdo de crime e não seja considerado tal somente porque o legislador diz sê-lo (conceito material)²⁰.

¹⁷PRADO, *op. cit.*, p. 144.

¹⁸*Ibidem*, p. 145.

¹⁹CAPEZ, *op. cit.*, p. 23-25 *passim*.

²⁰CAPEZ, *op. cit.*, p. 26-27.

Assim, considerando que o princípio fundamenta a regra (natureza normogenética do princípio), é mister que as leis penais sejam interpretadas à luz dos princípios constitucionais implícitos e explícitos, que direta ou indiretamente decorrem do princípio constitucional maior da dignidade da pessoa humana, os quais serão expostos adiante, juntamente com a forma em que eles são vistos e aplicados nos tribunais pátrios (objetivo este o qual o presente estudo também se propôs a efetivar).

4.1 LEGALIDADE

Tal princípio indica a reserva absoluta da lei em sentido estrito (emanada do “poder” Legislativo) para o tratamento da matéria penal. Consagrado na Constituição (art. 5º, XXXIX) e no Código Penal (art. 1º) traduz-se no brocardo “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”, o qual “assegura que não pode ser considerado crime o fato que não estiver previsto na lei e que não pode ser aplicada sanção penal que não aquela cominada abstratamente nessa regra jurídica”²¹.

Em síntese, é um imperativo que determina não poder nenhum ato normativo do poder público, a não ser a lei em sentido estrito, definir certo comportamento como sendo crime e imputar-lhe pertinente sanção.

Nas palavras de Rogério Sanches “trata-se de **real limitação ao poder estatal de interferir na esfera de liberdades individuais**, daí sua inclusão na Constituição entre os direitos e garantias fundamentais”²².

Nesse sentido, confira-se a interpretação do STF sobre o princípio da legalidade:

Ementa: HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL. TIPICIDADE PENAL. JUSTIÇA MATERIAL. JUÍZO DE ADEQUAÇÃO DE CONDUTAS FORMALMENTE CRIMINOSAS, PORÉM MATERIALMENTE INSIGNIFICANTES. SIGNIFICÂNCIA PENAL. CONCEITO CONSTITUCIONAL. DIRETRIZES DE APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. O tema da insignificância penal diz respeito à chamada “**legalidade penal, expressamente positivada como ato-condição da descrição de determinada conduta humana como crime e, nessa medida, passível de apenamento estatal, tudo**

²¹MIRABETE, JulioFabrini.**Código Penal Interpretado**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.101-102.

²²CUNHA, *op. cit.*, p. 81.

conforme a regra que se extrai do inciso XXXIX do art. 5º da CF, in verbis: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” [sem grifo no original]²³.

A doutrina costuma afirmar, ainda, que referido princípio desdobra-se em outros dois: o da anterioridade e o da taxatividade.

O princípio da anterioridade, refletido no art. 1º do CP, o qual dispõe que “Não há crime sem lei anterior que o defina”, propõe que a lei penal já esteja vigorando na data de ocorrência do fato.

Como bem destaca Nucci, o princípio em comento “significa que uma lei penal incriminadora somente pode ser aplicada a um fato concreto, caso tenha tido origem *antes* da prática da conduta para qual se destina”²⁴.

Dele decorre a regra da irretroatividade da lei penal (lei penal deve reger os fatos para frente e não para o passado)²⁵, salvo se em benefício do agente, nos termos do art. 2º do CP.

Por sua vez, o princípio da taxatividade “é dirigido mais diretamente à pessoa do legislador, exigindo dos tipos penais clareza, não devendo deixar margens a dúvidas, de modo a permitir à população em geral o pleno entendimento do tipo criado.”²⁶ Em outras palavras, o princípio em estudo postula que o legislador deve definir com clareza o tipo penal, de modo a tornar inteligível a todos a conduta ali descrita.

Ora, se o Direito Penal intervém na liberdade dos cidadãos, estes, no mínimo, precisam saber até onde se estende a restrição de sua liberdade e, para isto, é mister que o legislador deixe evidente na regra a conduta reprovável, podendo até mesmo o cidadão com o menor nível de instrução concebível, a partir do modelo do homem médio, entender o conteúdo do tipo incriminador.

4.2 EXCLUSIVA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS E OFENSIVIDADE

²³BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas corpus denegado, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. 2ª Turma, 07.02.2012. Relator: Min. AYRES BRITTO. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085879/habeas-corpus-hc-111017-rs-stf>> Acesso em: 27/05/2014

²⁴NUCCI, *op. cit.*, p. 85.

²⁵CAPEZ, *op. cit.*, p. 62.

²⁶CUNHA, *op. cit.*, p. 86.

O Direito Penal, dado o seu potencial de restringir a liberdade dos cidadãos, não pode proteger valores que só ficam no plano da Moral ou da Religião, mas tão somente bens essenciais para a sociedade e tutelados pelo ordenamento jurídico (bem jurídico).²⁷ Daí por que a expressão “exclusiva proteção de bens jurídicos”.

Dessa forma, se for verificado que determinada norma penal não versa sobre qualquer bem jurídico, ela estará eivada do vício da inconstitucionalidade²⁸.

Como corolário deste princípio tem-se o princípio da ofensividade (ou lesividade), representado pelo brocardo “*nullum crimen sine iniuria*”. Tal princípio “exige que do fato praticado ocorra lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.”²⁹ Assim, o tipo penal deve conter em sua descrição conduta que, de fato, representa perigo a determinado bem jurídico.

Veja-se o entendimento da jurisprudência:

RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO - FURTO E RECEPÇÃO - DECISÃO DE REJEIÇÃO DA DENÚNCIA - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - VALOR ÍNFIMO DOS BENS SUBTRAÍDOS - AS ALEGAÇÕES DOS MAUS ANTECEDENTES E A HABITUALIDADE DO CO-DENUNCIADOS NÃO SÃO, POR SI SÓS, SUFICIENTES PARA OBSTAR A APLICAÇÃO DO REFERIDO PRINCÍPIO. - NECESSÁRIO A ANÁLISE DO VALOR DOS BENS SUBTRAÍDOS E A SITUAÇÃO SÓCIO-ECONÔMICA DA VÍTIMA PARA SE CONCLUIR SE A LESÃO AO BEM JURÍDICO VULNERA O SEU PATRIMÔNIO. **PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS NO DIREITO PENAL - RELEVÂNCIA DOS BENS JURÍDICOS PROTEGIDOS PARA QUE O DIREITO PENAL OS PROTEJA** [sem grifo no original] - PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA - INCIDÊNCIA SOMENTE QUANDO NÃO FOR POSSÍVEL A RESOLUÇÃO DA LIDE PELOS OUTROS RAMOS DO DIREITO PARA SE ALCANÇAR OS IDEAIS DE JUSTIÇA - RECURSO CONHECIDO E NEGADO PROVIMENTO.³⁰

²⁷ CAPEZ, *op. cit.*, p. 40.

²⁸ *Ibidem*, p. 41.

²⁹ CUNHA, *op. cit.*, p. 92.

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **RSE: 4663954 PR 0466395-4**, Relator: Rosana Andriguetto de Carvalho, Data de Julgamento: 04/09/2008, 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 7703. In verbis: ACORDAM os Excelentíssimos Senhores Desembargadores e Juizes integrantes da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, à unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso do Ministério Público.

Nesse prisma, não só o legislador, como também o aplicador da lei penal devem estudar, no instante da ocorrência de um fato considerado criminoso, se há, efetivamente, lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico, sob pena de incompatibilidade vertical com a Carta Maior, redundando na inconstitucionalidade da norma³¹.

4.3 INTERVENÇÃO MÍNIMA E FRAGMENTALIDADE

O Direito Penal, como é sabido, presta-se a punir somente as condutas mais perniciosas para a sociedade e, destarte, suas sanções acabam que sendo as mais gravosas em relação às aplicadas pelos outros ramos do Direito, porquanto elas, na maioria das vezes, cerceiam a liberdade do infrator, que é um dos direitos fundamentais insertos no art. 5º, *caput*, da Constituição.

Por isso, a intervenção do Direito Penal deve ocorrer somente em último caso (*ultima ratio*), de forma subsidiária aos demais segmentos do Direito³², ou seja, quando esgotados todos os meios de que dispõem os demais ramos do Direito para a solução do fato.

Nesse diapasão, frisa Damásio E. Jesus que:

Procurando restringir ou impedir o arbítrio do legislador, no sentido de evitar a definição desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas, desumanas ou cruéis, a criação de tipos delituosos deve obedecer à imprescindibilidade, só devendo intervir o Estado, por intermédio do Direito Penal, quando os outros ramos do Direito não conseguirem prevenir a conduta ilícita.³³

O STJ comunga desta interpretação, nos termos:

ESTATUTO DO DESARMAMENTO. TRANSPORTE DE MUNIÇÃO PARA SER USADA EM ESPINGARDA CALIBRE 12, DEVIDAMENTE LEGALIZADA E REGISTRADA NO SISTEMA DE ARMAS. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA. 1. Esta Corte consolidou o entendimento de que para a caracterização do delito previsto no artigo 14 da Lei nº 10.826/03 é irrelevante se a munição possui ou não potencialidade lesiva, por se tratar de delito de perigo abstrato, pouco importando se estava acompanhada de arma de fogo para a sua efetiva utilização. 2. **O Direito Penal somente deve se preocupar com os bens jurídicos mais importantes e necessários à vida em sociedade, interferindo o menos possível na vida do cidadão. É a última entre todas as medidas protetoras a ser considerada, devendo ser as perturbações mais leves objeto de**

³¹CAPEZ, *op. cit.*, p. 41.

³²NUCCI, *op. cit.*, p. 87.

³³JESUS, *op. cit.*, p. 10.

outros ramos do Direito[sem grifo no original]. 3. Na hipótese dos autos, verifico que a arma para a qual se destinava a munição era devidamente registrada em nome do recorrido no Sistema de Armas não sendo razoável punir o transporte da munição destinada ao seu uso. 4. Recurso especial a que se nega provimento.³⁴

Apresentando-se como decorrência lógica deste princípio destaca-se o princípio da fragmentalidade, segundo o qual somente as condutas mais graves à existência da coletividade devem ser objetos de criminalização.³⁵ Destarte, o Direito Penal “intervém somente nos casos de maior gravidade, protegendo um fragmento dos interesses jurídicos. Por isso é fragmentário.”³⁶

4.4 INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA

Princípio em análise, fundado no brocardo romano *de “minimis non curat praetor”*, consigna que o Direito Penal não deve punir condutas que são incapazes de causar lesão ou risco de lesão a um bem jurídico tutelado. Da mesma forma, “não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico”³⁷

Nesta senda, constatada a prática de conduta inócua, esta deve ser desprezada pelo Direito Penal, sucedendo na atipicidade do fato, ante a falta do requisito essencial do tipo, a saber, a lesividade a bem jurídico.

O vetor jurisprudencial aponta para este sentido. Nas palavras:

HABEAS CORPUS. FURTO DE DUAS BLUSAS USADAS, AVALIADAS EM CATORZE REAIS. CRIME DE BAGATELA. IRRELEVÂNCIA DOS ANTECEDENTES DO AGENTE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Se o valor dos bens é mínimo e da ação do réu não resulta lesividade para o patrimônio da vítima, deve ser reconhecido o crime de bagatela, que torna atípica a conduta. 2. A circunstância de registrar o agente antecedentes

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1228545 RS 2011/0013879-5**, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 18/04/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/04/2013. In verbis: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes. Julgamento em: 18/04/2013. Relator: Og Fernandes.

³⁵ PRADO, *op. cit.*, p. 149.

³⁶ JESUS, *loc. cit.*

³⁷ CAPEZ, *op. cit.*, p. 27.

criminais não impede a aplicação do princípio da insignificância, porque se a conduta é atípica, desnecessária a análise dos atributos pessoais. 3. Ordem concedida para, reconhecido o crime de bagatela, absolver o paciente.³⁸

No entanto, saliente-se que o princípio da bagatela não é aplicado *in abstracto*³⁹, porquanto não é possível determinar a lesividade de uma conduta sem a apreciação dos aspectos do caso concreto.

Tome-se como exemplo o delito de furto (art. 155, CP), o qual não deixa qualquer resquício de dúvida sobre seu potencial de lesividade a um bem jurídico específico, qual seja, o patrimônio, certamente deve ser punido. Contudo, se o objeto do furto for uma coisa de írisório valor, como uma caneta, cuja falta não ensejará lesão considerável no patrimônio do ofendido, o fato é atípico, já que incapaz de causar lesão merecedora da atenção do Direito Penal.

4.5 ALTERIDADE OU TRANSCENDENTALIDADE

O princípio da alteridade proíbe que o Direito Penal sancione atitudes meramente internas do agente, que não transcendam sua esfera íntima e são incapazes de lesar bem jurídico de outrem.⁴⁰

Disso resulta a impossibilidade de punição daquele que se autoflagelou no intento de se suicidar, mas sem êxito, ou de pensamentos espúrios do agente, haja vista a ausência de lesividade de um bem jurídico alheio (*altero*).

Com efeito, “seria inconcebível provocar a interveniência criminal repressiva contra alguém que está fazendo apenas mal a si mesmo,

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC: 129340 SP 2009/0031624-0**, Relator: Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Julgamento: 24/11/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/12/2009. In verbis: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Nilson Naves, Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves. Julgamento em: 24/11/2009. Relator: Ministro Celso Limongi.

³⁹ *Ibidem*, p. 28.

⁴⁰ CAPEZ, *op. cit.*, 30.

como, por exemplo, punir-se um suicida malsucedido com pena pecuniária, corporal ou até mesmo capital.”⁴¹

Discussão interessante nesse sentido é a de saber se o tipo descrito no art. 28 da Lei 11.343/2006 é crime ou não, tendo em vista a dúvida sobre o potencial lesivo da conduta ali prevista.

A jurisprudência, por seu turno, propugna da ideia de que referida conduta possui, sim, potencial lesivo característico dos delitos. Confira-se:

APELAÇÃO CRIMINAL - TÓXICOS - POSSE PARA USO PRÓPRIO - ART. 28 LEI 11.343/06 - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - CONFISSÃO DO RÉU - LAUDO PERICIAL TOXICOLÓGICO IDÔNEO - PRINCÍPIO DA TRANSCENDENTALIDADE - INAPLICABILIDADE - CONDENAÇÃO MANTIDA. - Incabível a absolvição do réu se restou demonstrada a posse de certa quantidade de droga, de uso proibido, para o consumo próprio. - Se no laudo técnico pericial há a descrição da qualidade e quantidade do material apreendido, bem como considerações específicas detalhadas acerca da composição ilícita deste, impossível se cogitar a atipicidade da conduta. - É intolerável pretender descriminalizar o delito de uso de drogas pelo princípio da Transcendentalidade ou Alteridade, **eis que mesmo o viciado, quando traz consigo a substância entorpecente, coloca em risco a saúde pública e inquieta a sociedade pela possibilidade de sua difusão, sem contar que, na maioria das vezes, este acaba se tornando traficante para obter dinheiro no afã de alimentar o vício**[sem grifo no original].⁴²

Logo, percebe-se que o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal são os interesses dos outros além do agente, de modo que, inexistindo lesividade a tais interesses, também inexistirá o fato típico e, em consequência, o crime.

4.6 HUMANIDADE

Princípio expresso na Constituição traduzido nas vedações de tortura ou qualquer tratamento desumano ou degradante (art. 5º,III), pena de morte, prisão perpétua, trabalhos forçados, banimento e de penas cruéis (art.

⁴¹CAPEZ, *op. cit.*, p. 32.

⁴² BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Relator: Jaubert Carneiro Jaques, Data de Julgamento: 13/05/2014, Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL. In verbis: Negaram Provimento. 6ª Câmara Criminal. Julgamento em: 13/05/2014. Relator: Jaubert Carneiro Jaques.

5º, XLVII), no direito do preso de ser posto em local compatível com suas características pessoais (art. 5º, XLVIII) e no dever do Estado de respeitar a integridade física e moral do apenado (art. 5º, XLIX), o qual impõe que o Direito Penal não trate o condenado como animal ou coisa só pelo fato de ter infringido a norma penal⁴³, uma vez que a função da pena não se resume ao castigo por desobediência à regra penal, mas inclui-se nela, também, o objetivo de ressocializar o agente, não simplesmente segregá-lo da sociedade sem que tenha a chance de melhorar.

Para isso, é mister que o recluso obtenha estímulos do Estado, como remição, progressão de regime, etc., com vistas à observância do princípio em referência.

O Superior Tribunal Federal consolidou entendimento de que a negação destes institutos ao condenado constitui violação ao princípio da humanidade:

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME HEDIONDO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PROGRESSÃO DE PENA. CONSTITUCIONALIDADE. A Constituição da República recepcionou o sistema progressivo de cumprimento de pena, constante do Código Penal e da Lei de Execução Penal, negá-lo ao condenado por crime hediondo gera descabida afronta aos princípios da humanidade das penas e da sua individualização. Recurso a que se nega provimento.⁴⁴

Por conseguinte, reputa-se inconstitucional a elaboração de um tipo penal que atente contra quaisquer desses mandamentos constitucionais, com exceção da restrição da integridade física e moral do agente quando necessária à proteção do bem jurídico, sempre nos termos da Constituição.⁴⁵

4.7 PROPORCIONALIDADE

⁴³ NUCCI, *op. cit.*, p. 85.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 661315 RS 2004/0072362-0**, Relator: Ministro PAULO MEDINA, Data de Julgamento: 15/09/2005, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/09/2008. In verbis: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. Os Srs. Ministros Nilson Naves e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti. Julgamento em: 15/09/2005. Relator: Ministro Paulo Medina.

⁴⁵ CAPEZ, *op. cit.*, p. 39.

Determina que “as penas devem ser proporcionais à gravidade da infração penal.”⁴⁶ Isso significa, então, que o Estado deve agir com temperança ao cominar a pena, sempre levando-se em consideração a magnitude da lesão ao bem jurídico, pois seria desarrazoado apenar o infrator que comete injúria com pena privativa de liberdade, assim como sancionar o homicídio qualificado com pena de multa.⁴⁷

Princípio que ora se trata é muito bem recepcionado pelas cortes pátrias, consoante se depreende da ementa abaixo:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. USO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMADE FOGO. CONDENAÇÃO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA PORRESTRITIVA DE DIREITOS. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA.PRETENSÃO DE QUE CADA HORA DE PRISÃO SEJA COMPUTADA COMO HORA DEPRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AOPRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. TÉCNICA QUE ENSEJA IMPUNIDADE.COMPENSAÇÃO DE CADA DIA QUE O SENTENCIADO PERMANECEU CUSTODIADOPROVISORIAMENTE COM CADA DIA DE CONDENAÇÃO À PENA PRIVATIVA DELIBERDADE SUBSTITUÍDA. INTERPRETAÇÃO ADEQUADA DOS ARTS. 42 DO CP E111 DA LEP. 1. A detração penal está prevista, expressamente, para a pena privativa de liberdade e para a medida de segurança apenas (arts. 42do CP e 111 da Lei n. 7.210/1984). Isso não significa que o instituto não possa ser aplicado às penas alternativas, uma vez que substituem a reprimenda privativa de liberdade pelo mesmo lapso de sua duração. 2. **A aplicação do instituto da detração, no entanto, na forma como pretende a impetração, esbarra no princípio da proporcionalidade, pois a transformação em horas do tempo em que o paciente ficou provisoriamente preso** [sem grifo no original], para fins de detração do tempo de prestação de serviços à comunidade a ser adimplido, enseja o cumprimento integral da pena imposta, mesmo que o acusado tenha permanecido custodiado apenas pelo lapso de 1 mês e 14 dias. 3. Mostra-se adequada e proporcional a detração penal em que se desconta o período em que o paciente permaneceu custodiado cautelarmente na proporção de 1 dia de prisão provisória para 1 dia de condenação à pena privativa de liberdade substituída. 4. Ordem denegada.⁴⁸

⁴⁶ NUCCI, *op. cit.*, p. 92.

⁴⁷ NUCCI, *op. cit.*, p. 89.

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC: 202618 RS 2011/0074968-6**, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 19/06/2012, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2012. In verbis: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de habeas corpus nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes. Julgamento em: 19/06/2012. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior.

Ademais, tem-se que a criação de um tipo incriminador deve ser vantajosa para o povo no sentido de proteger bem jurídico relevante, porquanto aludida criação implica em ônus para a sociedade representado no receio dos cidadãos da possibilidade de serem punidos pela prática de certo comportamento. Destarte, sendo o custo decorrente do tipo penal maior que o benefício trazido por ele, haverá evidente desproporção e, com efeito, inconstitucionalidade, porque discrepante com o Estado Democrático de Direito.⁴⁹

4.8 CONFIANÇA

Consiste no agir com a confiança de que as outras pessoas agirão segundo os parâmetros do homem médio⁵⁰. Em outros termos, propõe que as pessoas devam tocar suas vidas com o mínimo de diligência esperada, atuando o sujeito na confiança de que isso deva acontecer.

Diante disso, aquele que atua na normalidade, com a expectativa de que o outro também assim atuará e, eventualmente, ocorra lesão a bem jurídico protegido pelo Direito Penal, não deve ser punido, porque não houve culpa de sua parte.

Exemplo: motorista trafegando por uma via preferencial, dentro do limite de velocidade e confiando na consciência do sujeito que trafega na via secundária, vem a colidir com este, gerando sua morte. Nesse caso, nenhuma culpa teve o motorista da preferencial, de modo que não deve ser punido pelo resultado morte.

Verificam-se semelhantes casos na jurisprudência:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO. CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. AUTOCOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM PERIGO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECONHECIMENTO. 1. O fundamento da responsabilidade pelo crime culposos **reside na violação do dever objetivo necessário nas circunstâncias. In casu, tendo o motorista respeitado todas as regras de trânsito, surgindo o transeunte, de inopino, na via, provocando o seu próprio óbito, mostra-se ilegal o processo crime pela suposta prática de homicídio culposos**[sem grifo no original]. Tem-se, a um só tempo, o emprego dos princípios da

⁴⁹CAPEZ, *op. cit.*, p. 37.

⁵⁰CAPEZ, *op. cit.*, 32.

confiança e da autocolocação da vítima em perigo, o que, à evidência, exclui a tipicidade do comportamento do condutor. 2. Ordem concedida para trancar a ação penal 2575080/2009, em curso perante a 17.^a Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA.⁵¹

Comungando do entendimento acima, Capez ressalva que em casos similares não é excluída a culpabilidade do agente, como pode parecer à primeira vista, mas, sim, o próprio fato típico, ante a inexistência de culpa daquele que agiu dentro dos cuidados normais, não podendo, portanto, o fato ser postergado para o exame da culpabilidade.⁵²

4.9 “NE BIS IN IDEM”

Quer dizer que ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato, ou seja, ninguém pode ser processado e julgado pelo mesmo crime (sentido processual) e tampouco suportar duas penas pela prática de idêntica infração penal (sentido material).⁵³

A título de ilustração, registre-se a posição jurisprudencial a respeito:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO E FURTO. (1) IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) MATÉRIA NÃO SUSCITADA ANTERIORMENTE. (3) DOIS INQUÉRITOS POLICIAIS. DUAS DENÚNCIAS PELO MESMO FATO. PRINCÍPIO NE BIS IN IDEM. VIOLAÇÃO. (4) ORDEM NÃO CONHECIDA. (5) EXPEDIÇÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. 1. Não merece conhecimento a ordem quando empregada, indevidamente, como sucedâneo recursal, máxime quando o tema agitado não tenha sido agitado nas instâncias anteriores. 2. **Em respeito ao princípio ne bis in idem, é indevida a sujeição a duas ações penais pelo mesmo fato**[sem grifo no original]. Na espécie, o paciente, pela manhã, perpetrou um roubo. No período da tarde, após a prática de um furto, contra outra vítima, veio a ser preso. Em razão da conexão probatória entre as duas infrações,

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC: 147250 BA 2009/0178790-9**, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 04/03/2010, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/03/2010. In verbis: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves. Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Dr (a). LUIZ AUGUSTO REIS DE AZEVEDO COUTINHO, pela parte PACIENTE: MANUELA FILGUEIRAS RAMOS. Julgamento em: 04/03/2010. Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA.

⁵² CAPEZ, *op. cit.*, p. 32.

⁵³ JESUS, *op. cit.*, p. 11.

dado que pertences do sujeito passivo do roubo foram apreendidos no inquérito policial pelo furto, sobrevieram duas denúncias, uma por furto e roubo e outra apenas pelo roubo (o mesmo da primeira incoativa). 3. Ordem não conhecida, mas, confirmada a liminar e acolhido o parecer ministerial, expede-se habeas corpus de ofício para, desconstituído o trânsito em julgado, trancar a ação penal 050.07.011722-5, controle 1128/07, da 11ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca da Capital de São Paulo.⁵⁴

Conforme citado por Cunha, princípio em referência está insculpido no Estatuto de Roma em seu art. 20, o qual criou o Tribunal Penal Internacional. Ainda, ressalta que ele não é absoluto, pois o art. 20, 3, deste diploma supralegal prevê a possibilidade de punição dos crimes de genocídio, de guerra e os crimes contra a humanidade. Discorre, por fim, que a exceção deste princípio encontra-se no art. 8º do CP, que permite a penalização do mesmo fato nas hipóteses de extraterritorialidade da lei penal pátria.⁵⁵

4.10 PERSONALIDADE OU RESPONSABILIDADE PESSOAL

Princípio cuja previsão legal encontra-se no art. 5º, XLV, da CF, dispõe que a pena não pode passar da pessoa do agente. Disso resulta que terceiros inocentes, isto é, que não tenham contribuído de qualquer forma para a ocorrência do delito, não podem ser penalizados.⁵⁶

Assinale-se que este princípio possui aplicabilidade imediata na jurisprudência, como se verifica na ementa abaixo:

DECLARAÇÃO DE PERDA DE POSTO E PATENTE DOS OFICIAIS E DE GRADUAÇÃO DAS PRAÇAS - PREVARICAÇÃO E INOBSERVÂNCIA DE LEI - OFENSA AO PRINCÍPIO DA PERSONALIDADE - PENA DIRIGIDA SOMENTE AO SENTENCIADO - MILITAR COM BOA CONDUTA - CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO IMPEDE A EXCLUSÃO - OFENSA AO

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC: 287083 SP 2014/0012713-4**, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 24/04/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/05/2014. In verbis: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogério Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora. Julgamento em: 24/04/2014. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

⁵⁵CUNHA, *op. cit.*, p. 99.

⁵⁶NUCCI, *op. cit.*, p. 86.

PUNDONOR POLICIAL-MILITAR, À ÉTICA PROFISSIONAL E À FUNÇÃO SOCIAL - PROCEDENTE.⁵⁷

Sendo assim, não podem ser penalizados familiares do agente se não contribuíram de qualquer modo para a realização do crime, por exemplo.

4.11 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Com disposição constitucional (art. 5º, XLVI), o princípio da individualização da pena proíbe que a pena seja estandardizada, de modo que a cada condenado específico cabe uma pena na exata medida do seu grau de periculosidade ou culpabilidade.⁵⁸

Nessa perspectiva, “a pena deve estar proporcionada ou adequada à magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente.”⁵⁹

Assim, não pode a execução da pena ser a mesma para o reincidente e o multireincidente, por exemplo, consoante entendimento pacificado pelo STJ, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL E EXATA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVADO MULTIREINCIDENTE. PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE. REGIMENTAL PROVIDO. 1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 1.154.752/RS, assentou a orientação no sentido de que a atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, também é circunstância preponderante, devendo ser compensada com a agravante da reincidência. 2. A compensação da confissão espontânea e da reincidência, contudo, deve atender a certos parâmetros, como a espécie, a natureza e os graus de reincidência, sob pena de violação aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. 3. No caso, é impossível promover a compensação integral e exata entre a confissão e a reincidência, pois, apesar da valoração da

⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Declar. Perda do Posto e Patente dos Oficiais e Grad. Pracas: 14861 MS 2008.014861-0**, Relator: Des. Carlos Eduardo Contar, Data de Julgamento: 12/03/2009, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 31/03/2009. In verbis: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, julgar procedente a representação, unânime. Julgamento em: 12/03/2009. Relator: Carlos Eduardo Contar.

⁵⁸ NUCCI, *op. cit.*, p. 86.

⁵⁹ PRADO, *op. cit.*, p. 150.

confissão do agravado na sentença, sua condição de multireincidente exige, indubitavelmente, maior reprovação do que a conduta perpetrada por acusado que carregue a condição de reincidente por força de um único e isolado evento em sua vida. 4. Equiparar o acusado reincidente ao multireincidente, de forma simplista, seria violar o princípio constitucional da individualização das penas, que preconiza a necessidade de distinguir condutas ilícitas e pessoas condenadas pela prática de infrações penais, bem como o princípio da proporcionalidade que elege, dentre os seus muitos parâmetros, a necessidade de preponderância da agravante de multireincidente sobre a atenuante da confissão,⁶⁰ na busca da almejada pena justa. 5. Agravo regimental provido.

Portanto, trata-se de norma que determina o equilíbrio entre a gravidade do mal praticado e a sanção cominada, devendo a lei regular formas de execução penal que se ajustem às particularidades de cada apenado.

4.12 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E CULPABILIDADE

Mandamento que veda a responsabilidade objetiva, isto é, aquela que independe de culpa *lato sensu*, bastando apenas a ocorrência do dano, no Direito Penal.

Como corolário, o agente só pode ser responsabilizado pelo fato se agiu com dolo ou culpa *stricto sensu*.

Nesse vértice, “não basta que o fato seja materialmente causado pelo agente, ficando a sua responsabilidade (penal) condicionada à existência da voluntariedade, leia-se dolo ou culpa.”⁶¹

Não é cabível, por exemplo, a responsabilização dos administradores de determinada indústria por dano causado aos seus funcionários em decorrência de explosão de maquinário ou caldeira se não existiu culpa *lato sensu* de tais dirigentes. O STJ ratifica esta posição, como é possível extrair do julgado em sequência:

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp: 1356527 DF 2012/0256223-2**, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 17/09/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/09/2013. In verbis: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Julgamento em: 17/09/2013. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze.

⁶¹ CUNHA, *op. cit.*, p. 94.

PENAL. HABEAS-CORPUS. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. LESÃO CORPORAL EXPLOÇÃO DE CALDEIRA. RESPONSABILIDADE CRIMINAL. - O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PENAL SUBJETIVA, QUE PRECONIZA A MAXIMA DO NULLUM CRIMEN SINE CULPA, AFASTA A POSSIBILIDADE DE ATRIBUIR-SE A PRÁTICA DE CRIME A DIRIGENTES DE ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL EM FACE DE FERIMENTOS PROVOCADOS EM OPERÁRIOS PELA EXPLOÇÃO DE UMA CALDEIRA. - RECURSO PROVIDO.⁶²

Tal interpretação decorre do art. 19 do CP, segundo o qual “pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente.”

No tocante ao princípio da culpabilidade, acrescentando-se à necessidade de o fato ser perpetrado por dolo ou culpa, o sujeito deve merecer o juízo de reprovação (culpabilidade) aferido a partir dos critérios da imputabilidade, da potencial consciência da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa.⁶³

4.13 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU NÃO CULPABILIDADE

Fixado na Constituição, em seu art. 5º, LVII, o qual prescreve que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, princípio em estudo tem considerável repercussão no momento de aplicação da pena, haja vista que esta não pode ser executada até o trânsito em julgado da sentença condenatória, quando, então, o ato judicial torna-se irrefragável.⁶⁴

Nesse sentido, não pode, por exemplo, o candidato a cargo parlamentar ou executivo ser impedido de participar das eleições por estar sendo objeto de investigação policial ou ação penal em curso, sob pena de violação a citado princípio. Não se trata aqui de preterimento das vedações trazidas pela Lei Complementar n. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), uma vez que mencionado diploma legal, em seu art. 1º, estabelece hipóteses de

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC: 4263 SP 1995/0000676-6**, Relator: Ministro ANSELMO SANTIAGO, Data de Julgamento: 26/02/1996, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 07.10.1996 p. 37685 LEXSTJ vol. 91 p. 312 DJ 07.10.1996 p. 37685 LEXSTJ vol. 91 p. 312. In verbis: Por maioria, dar provimento ao recurso, vencidos os srs. Ministros Relator e William Patterson. Julgamento em: 26/02/1996. Relator: Ministro Anselmo Santiago.

⁶³ JESUS, *op. cit.*, p. 11.

⁶⁴ JESUS, *loc. cit.*

inexigibilidade por condenação criminal somente quando **transitada em julgado** a respectiva sentença. O próprio Pretório Excelso já decidiu confirmando com esta asserção, elucidando, assim, a questão. Veja-se:

EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Concurso público. Delegado da Polícia Civil. Inquérito policial. Investigação social. Exclusão do certame. Princípio da presunção de inocência. Violação. Impossibilidade. Precedentes. 1. **A jurisprudência da Corte firmou o entendimento de que viola o princípio da presunção de inocência a exclusão de certame público de candidato que responda a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória**[sem grifo no original]. 2. Agravo regimental não provido.⁶⁵

Ressalte-se, no entanto, que esta terminologia adotada pela doutrina é inadequada, pois não se presume a inocência do agente, mas simplesmente sua não culpa (sendo correto chamar aludido princípio de “não culpabilidade”). Do contrário, não haveria como se conceber, tampouco aceitar, a prisão cautelar do acusado, que pode ocorrer nas fases de investigação ou instrução criminais no Direito Penal Brasileiro, porque presumindo a inocência do réu, este, em hipótese nenhuma, mesmo que provisoriamente, poderia ser posto em prisão até que o Estado tivesse a certeza de sua culpabilidade.⁶⁶

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi visto, os julgadores, não raras vezes, fundamentam suas decisões referentes aos litígios de matéria penal por meio dos princípios que direta ou indiretamente decorrem da Constituição. Isso devido à flexibilidade dessas normas que se adaptam mais facilmente ao caso concreto do que as regras.

Como ensina a doutrina, são mandados de otimização que devem ser usados na maior medida do possível. Hodiernamente, tal premissa é concretizada frequentemente pela jurisprudência, visto que os princípios, com a nova ordem constitucional, avultaram-se na estrutura do ordenamento.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI: 829186 CE**, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 23/04/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-123 DIVULG 26-06-2013 PUBLIC 27-06-2013. In verbis: A turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Unânime. Não Participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Luiz Fuz. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Marco Aurélio. 1ª Turma, 23.4.2013. Relator: Ministro Dias Toffoli

⁶⁶ CUNHA, *op. cit.*, p. 97.

Com efeito, o Direito Penal é controlado por essas normas, as quais foram apresentadas no presente trabalho. Esse controle necessário justifica-se porque o referido ramo do Direito atribui *o jus puniendi* ao Estado e, portanto, este não pode exercer aludido direito de forma irrefreável, sob pena de supressão dos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal ao povo brasileiro.

A título de exemplificação, tem-se o princípio da dignidade da pessoa humana e seu corolário, o princípio da humanidade, os quais determinam que o Estado não pode criar tipos penais que degradem o valor humano e os rebaixem a qualidade de instrumentos ou coisas.

Logo, vislumbra-se a essencialidade dos princípios em comento, sem os quais, certamente, o Estado agiria arbitrariamente. Por isso é que os juristas, mormente os acadêmicos de Direito, precisam conhecer estes princípios e estar cientes de sua importância para o Estado Democrático de Direito, a fim de que apliquem o valor-fim do Direito, a saber, a Justiça.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **RSE: 4663954 PR 0466395-4**, Relator: Rosana Andriguetto de Carvalho, Data de Julgamento: 04/09/2008, 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 7703. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6205283/recurso-em-sentido-estrito-rse-4663954-pr-0466395-4>> Acesso em: 30/05/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1228545 RS 2011/0013879-5**, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 18/04/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/04/2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23115867/recurso-especial-resp-1228545-rs-2011-0013879-5-stj>> Acesso em: 30/05/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC: 129340 SP 2009/0031624-0**, Relator: Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Julgamento: 24/11/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/12/2009. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8633873/habeas-corpus-hc-129340-sp-2009-0031624-0-stj>> Acesso em: 02/06/2014.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relator: Jaubert Carneiro Jaques, Data de Julgamento: 13/05/2014, Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120448989/apelacao-criminal-apr-10297110019124001-mg>> Acesso em: 31/05/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 661315 RS 2004/0072362-0**, Relator: Ministro PAULO MEDINA, Data de Julgamento: 15/09/2005, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/09/2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/814614/recurso-especial-resp-661315-rs-2004-0072362-0>> Acesso em: 31/05/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC: 202618 RS 2011/0074968-6**, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 19/06/2012, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22211211/habeas-corpus-hc-202618-rs-2011-0074968-6-stj>> Acesso em: 31/05/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC: 147250 BA 2009/0178790-9**, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 04/03/2010, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/03/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8563873/habeas-corpus-hc-147250-ba-2009-0178790-9>> Acesso em: 31/05/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC: 287083 SP 2014/0012713-4**, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 24/04/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/05/2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25061771/habeas-corpus-hc-287083-sp-2014-0012713-4-stj>> Acesso em: 31/05/2014.

_____. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. **Declar. Perda do Posto e Patente dos Oficiais e Grad. Pracas: 14861 MS 2008.014861-0**, Relator: Des. Carlos Eduardo Contar, Data de Julgamento: 12/03/2009, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 31/03/2009. Disponível em: <<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4099993/declar-perda-do-posto-e-patente-dos-oficiais-e-grad-pracas-14861>> Acesso em: 31/05/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp: 1356527 DF 2012/0256223-2**, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 17/09/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe

25/09/2013. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24209699/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1356527-df-2012-0256223-2-stj>> Acesso em: 31/05/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RHC: 4263 SP 1995/0000676-6**, Relator: Ministro ANSELMO SANTIAGO, Data de Julgamento: 26/02/1996, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 07.10.1996 p. 37685 LEXSTJ vol. 91 p. 312 DJ 07.10.1996 p. 37685 LEXSTJ vol. 91 p. 312. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/539999/recurso-ordinario-em-habeas-copus-rhc-4263>> Acesso em: 31/05/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AI: 829186 CE**, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 23/04/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-123 DIVULG 26-06-2013 PUBLIC 27-06-2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23534209/agreg-no-agravo-de-instrumento-ai-829186-ce-stf>> Acesso em: 31/05/2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 14ª ed. rev., ampl e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

<http://www.jusbrasil.com.br/>

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral: 1º volume**. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, JulioFabrini. **Código Penal Interpretado**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral – arts. 1º a 120**. 5ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. rev. e ampl. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.