

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE de DIREITO

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO PENAL

BRUNO BOCKMANN MOREIRA

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM CIÊNCIAS PENAIS

Monografia apresentada no Curso de Especialização em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à aprovação.

I - INTRODUÇÃO

Princípio é o início, a origem. É o que serve de base a alguma coisa; causa primeira, raiz. É a proposição elementar e fundamental que serve de base a uma ordem de conhecimentos.

Esta mesma palavra foi usada pela filosofia cristã para designar Deus como o "primeiro princípio", de tudo o que existe e, pelo menos para certas teorias, a alma como "princípio vital".

A relevância do tema depreende-se da própria significação do vocábulo. É ao mesmo tempo o ponto de partida e a idéia que impregna todo o sistema de conhecimentos abordado.

A importância de tais princípios, revela-se mesmo de sua inserção na Constituição Federal, fundamento de validade de todo o sistema normativo infraconstitucional.

O presente trabalho procura demonstrar a importância dos princípios - em especial princípios de direito penal - inseridos na Constituição Federal e suas relações, interligações e o papel que exercem no ordenamento jurídico.

II - NOÇÃO DE SISTEMA

A noção de sistema pressupõe uma unidade organizada e coerente. Há que ter um grupo de elementos em convivência dentro de uma certa configuração.

Componentes reunidos em confusão, não alcançam um aspecto de sistema pois não é suficiente a agregação de unidades. Indispensável é apresentarem-se sob uma forma organizada e coerente, "contendo a idéia de influência recíproca dos elementos entre si".(1)

O conceito de sistema é utilizado em todos os ramos do saber. Assim, fala-se em sistema solar, sistema econômico, sistema jurídico e outros.

O sistema necessita de um princípio que o unifique e dê unidade aos seus componentes.

As aplicações da Teoria dos Sistemas nas mais diversas áreas do saber pode ser explicada basicamente como decorrente de dois fatores: 1) Dificuldades em organizar o saber em razão do aprofundamento e multiplicação de informações; e 2) Insatisfação quanto ao método científico tradicional, de dissecação analítica e de reconstrução sintética, que se revela difícil.

Esses dois fatores se interligam. O item 1 está ligado a que o ser humano tem necessidade de associar para conhecer determinado assunto. A inteligência e a memória carecem desse sentido de ligação entre as diversas informações que surgem. Escreveu Pierre Delattre:

"...a justaposição de saberes parciais e autônomos surge-nos antes como uma coleção de técnicas, até mesmo

(1) Legrand, Gerarde - Dicionário de Filosofia, p. 349

de receitas, muito mais do que como um verdadeiro campo de conhecimento que só é concebível a partir da integração coerente das suas partes constitutivas"(2).

O outro aspecto refere-se à exigência de combinar os elementos para daí surgir uma coerência dos conhecimentos no espírito humano.

O primeiro fator integra, pois, este último. O nosso saber não pode prescindir das formas que nosso espírito lhe reserva.

Em decorrência dessas primeiras idéias, surge desde já que a unificação de conhecimentos parciais implica uma linguagem única em que todos possam se exprimir. Também implica em uma linguagem teórica acerca das diversas partes que se pretenda representar.

Essa unidade revela-se pelos entrelaçamentos entre as diversas disciplinas estudadas. A especialização leva ao afastamento de uma unidade conceitual e metodológica. Esse sentido de autonomia traz consigo independência nas investigações. Nesse ponto, reaparece a necessidade de reagrupar, sintetizar o conhecimento, sob a nova realidade, surgida da autonomia das diversas especialidades.

O princípio de unificação em tal estágio, diz respeito à metodologia e formalizações na busca de conhecimentos.

Em resumo, consiste em retirar dos diversos domínios, o que há de comum, as coincidências básicas, que é um dos objetivos da Teoria dos Sistemas.

(2) Delattre, Pierre - Teoria dos Sistemas e Epistemologia, p. 9

Estão associadas a Teoria dos Sistemas e as investigações interdisciplinares. Um ponto importante, que se deve ressaltar, é que a compartimentação das disciplinas leva a grandes diferenças de evolução. Isto quer dizer que, enquanto algumas disciplinas se desenvolvem, outras prosseguem suas investigações nem tanto frutíferas. A Teoria dos Sistemas pode, através da aproximação de questões fundamentais, permitindo a transferência entre diversas matérias corrigir certas situações.

Deve ressaltar-se que a chamada Teoria dos Sistemas é apenas um conjunto de diligências no sentido de unificar para aprimorar e facilitar o conhecimento e desenvolvimento de matérias diversas. Não se cogita de uma unificação de todos os conhecimentos estudados.

Não se pode afastar da idéia que "o conhecimento racional do mundo reside sempre num certo equilíbrio entre representação analítica e representação sintética das coisas"(3).

Não se deve olvidar que a pretensão de identidade está limitada pelo aprofundamento do conjunto dos conhecimentos, bem como quais as questões levantadas, que podem levar a soluções históricas diferentes. É, portanto, esta unificação uma fase e não o fim do processo científico.

(3) Delattre, Pierre - Teoria dos Sistemas e Epistemologia, p. 13

III - A VISÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO COMO SISTEMA

É necessária, ainda que superficialmente, uma visão das normas jurídicas no ordenamento.

Devemos realizar uma opção dentro das diversas correntes da Teoria Geral do Direito, para firmarmos premissas que conduzam à necessária conclusão.

Optamos, ainda que amadoristicamente, pela teoria kelseniana aplicada ao estudo da Teoria Geral dos Sistemas.

Como se sabe, Kelsen foi um dos maiores (senão o maior) pensador da Ciência do Direito neste século. Suas lições, ainda que contestadas, servem de base para uma nova perspectiva (que se pretende precisa) do fenômeno jurídico.

Um dos pontos mais marcantes em Kelsen é sua visão do ordenamento jurídico. Ele procurou fixar o direito positivo como "um sistema de normas que regulam a conduta de homens" (4).

Essa questão pode ser dividida em dois itens básicos e indissociáveis: o estudo do direito enquanto ordenamento e o estudo do ordenamento enquanto estrutura lógica.

Kelsen, apesar de conceber o direito como norma, vê a norma apenas enquanto parte de um todo - como parte do ordenamento. Desloca o prisma do estudo, do mero normativo para o estrutural. Seu método impõe que se estude a norma. E não há norma fora do sistema (5).

(4) Kelsen, Hans - Teoria Pura do Direito, Martins Fontes, 2a. ed. bras., 1987, p. 205.

(5) cf. Kelsen, Hans - obra citada, pp. 02 e ss.

As normas jurídicas não existem por si. Só adquirem esse status se e quando colocadas em relação a um determinado sistema. Estar dentro de um determinado sistema indica que a norma há de ser um ato com um sentido jurídico específico, com uma particular significação jurídica.

As normas jurídicas têm esse significado sempre em relação a um determinado ordenamento jurídico. E esse significado específico é resultado de uma interpretação singular, própria do direito: a interpretação normativa (6).

A interpretação normativa é a busca do sentido objetivo da norma, de sua significação jurídica. O texto coloca-se como um meio entre o intérprete e o significado jurídico. Tal se denota do pensamento kelseniano, verbis:

"O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, é recebido pelo fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, de forma que o ato pode ser interpretado segundo essa norma. A norma funciona como um esquema de interpretação. Por outras palavras, o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. ... A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por sua vez, recebe

(6) *idem*

a sua significação jurídica de uma outra norma" (7).

A interpretação normativa tem resultado positivo quando o texto pesquisado recebe um sentido jurídico específico, dado por outra norma.

Com essas definições, Kelsen afasta elementos outros, estranhos ao pensamento jurídico. Funda uma Ciência a estudar apenas a norma em relação com outras normas.

Já a visão kelseniana de ordenamento enquanto estrutura lógico-sistemática transparece de sua definição do Direito "como uma ordem normativa, como um sistema de normas que regula a conduta dos homens" (8).

O Direito objetivo é estudado como e enquanto um sistema. As normas jurídicas nunca existem isoladas - mas sempre dentro de um contexto que se pretende lógico e uno. Conhecer é associar, é ligar objetos entre si. Para o Mestre de Viena, conhecer o Direito é estudar as normas jurídicas, associando-as em relações lógico-sistemáticas.

Porém, o que é um sistema? Como se forma e do que é formado? Qual a utilidade prática do conceito? Sem ter a mínima pretensão de esgotar o assunto, somos obrigados a enfrentá-lo - para que sejam claramente definidas as premissas em que se embasa o trabalho.

A noção de sistema conduz à de conjunto. Mas não um simples conjunto, onde os elementos estão agregados sem motivo e coesão.

(7) Kelsen - obra citada, p. 04

(8) Kelsen - obra citada, p. 205

Sistema é um conjunto de elementos unidos por uma coerência íntima, que fornece sustentação ao grupo.

Antes de ser mera pluralidade de elementos, o sistema possui um fator de aglutinação, que une seus componentes e os torna coesos.

Já se disse que um sistema é "a disposição das diferentes partes de uma arte ou de uma ciência numa ordem onde elas se sustentam todas mutuamente, e onde as últimas se explicam pelas primeiras." (9).

Podemos vislumbrar o ordenamento jurídico como um conjunto de normas que apresentam relações íntimas entre si, vinculando-se mutuamente dentro de uma estrutura lógica.

Todas as normas jurídicas de um determinado ordenamento estão definitivamente entrelaçadas, orientadas no sentido da norma fundamental.

Kelsen se referiu expressamente a tal. Pode-se consignar que os estudos de Teoria dos Sistemas dentro da Ciência Jurídica foram aperfeiçoados a partir do pensamento kelseniano.

Kelsen escreveu:

"O Direito é uma ordem da conduta humana. Uma "ordem" é um sistema de regras. O direito não é, como às vezes se diz uma regra. É um conjunto de regras que possui o tipo de unidade que entendemos por sistema. É impossível conhecermos a natureza do Direito se restringirmos nossa atenção a uma regra isolada. As relações que concatenam as regras específicas de uma

(9) Condillac, E. B. - Tratado dos Sistemas, p. 03

ordem jurídica também são essenciais à natureza do Direito. Apenas com base numa compreensão clara das relações que constituem a ordem jurídica é que a natureza do Direito pode ser plenamente entendida"(10).

Na área específica da Teoria dos Sistemas em relação ao pensamento de Kelsen, merece destaque a produção de Norberto Bobbio. Bobbio, notadamente no seu "Teoria do Ordenamento Jurídico", conduziu adiante as premissas kelsenianas, no que diz respeito à visão sistemática do ordenamento jurídico.

E, efetivamente, não há que se negar a qualidade de sistema ao ordenamento jurídico (11).

Segundo Ferraz Jr., "O problema de uma sistemática jurídica não é novo. A tradição jusfilosófica tem-no versado repetidas vezes, podendo ser percebido, por exemplo, já nas incursões jurídicas realizadas por Aristóteles na sua Retórica. Com o desenvolvimento do jusnaturalismo nos séculos XVII e XVIII e do positivismo científico no século XIX e com a tendência da escola neokantiana, de ver nas questões filosóficas questões metodológicas, é que o conceito de sistema ganhou foro problemático na pesquisa jurídica"(12).

Vemos o Direito, a partir do séc. XVII, pensado como ordenação racional. É abandonada a noção do direito resultante unicamente de um poder soberano,

(10) Kelsen, Hans - Teoria Geral do Direito e do Estado, p.11

(11) nesse sentido: Kelsen, obra citada, pp. 205 e ss.; N. Bobbio, Teoria do Ordenamento Jurídico, capítulo I; M.H. Diniz, As Lacunas no Direito, pp. 25/30; T.S. Ferraz Jr., Sistema Jurídico e Teoria Geral dos Sistemas e Conceito de Sistema no Direito, dentre outros

(12) Ferraz Jr., Conceito cit., pp. 07/08

desenvolvendo-se aos poucos a idéia de formalização do ordenamento jurídico e o conceito de sistema (13).

Não será demais afirmarmos que o pensamento sistemático impregnou de tal forma o mundo contemporâneo que todos nós - quer nos apercebamos ou não - pensamos sistemicamente.

Na Ciência do Direito, a formalização dos conceitos resultará na corrente do pensamento jurídico-sistemático.

Desde então, o ordenamento é visto como um sistema - visão que foi se apurando e se sofisticando com seu aperfeiçoamento teórico.

Todo sistema é uma reunião de dois tipos de elementos: os objetos que fazem parte do sistema e as regras que estabelecem como esses objetos vão se relacionar.

Dessa forma, alinhamo-nos com Ferraz Jr., quando leciona: "O sistema é sempre duas cousas: sistema é conjunto de elementos e um conjunto de elementos que estão relacionados entre si. Assim, nesses termos, os elementos compõem aquilo que chamamos de repertório do sistema e as relações que estabelecemos entre os elementos compõem aquilo que chamamos de estrutura do sistema" (14).

O repertório é composto pelos itens formadores do sistema. São os objetos do sistema e seus atributos. No sistema chamado ordenamento jurídico, são as normas jurídicas (enquanto regras de comportamento).

A estrutura é o que chamamos acima de

(13) cf. Ferraz Jr., Introdução ao Estudo do Direito, pp. 61 a 70

(14) Ferraz Jr. Sistema cit., p. 10

"coerência", que une e dá sustentação ao conjunto dos elementos. É a estrutura que, relacionando os itens do repertório, dá coesão ao sistema.

Porém, há no sistema jurídico uma peculiaridade, que consiste em ter a estrutura regulada por normas que fazem parte do sistema: são as regras de estrutura, em contraposição às regras de comportamento (formadoras do repertório).

A regra de comportamento caracteriza-se pelo fenômeno da imputação (Se A é, deve ser B). Estabelece o dever-ser dentro dos três modais deônticos: permitido, obrigatório ou proibido - dispõe diretamente sobre a conduta humana.

Já a regra de estrutura se dirige ao próprio ordenamento, não regula as condutas diretamente. Estabelece o dever-ser alheio aos modais deônticos.

As regras de estrutura não se dirigem à conduta dos indivíduos, mas às próprias normas (repertório) do ordenamento. Melhor, dirigem-se à própria estrutura do ordenamento.

Não há como ser descumprida a regra de estrutura: somente pela introdução de uma nova regra (novo elemento) que irá alterar o próprio conjunto de regras. A regra de estrutura existe em termos absolutos - ou está no ordenamento e é cumprida, ou não está no ordenamento.

Desta forma, o ordenamento jurídico distingue-se dos outros sistemas. Ocorre o fenômeno da auto-referibilidade.

As normas de estrutura também são normas

jurídicas e regulam a si próprias, além de regularem as regras de comportamento. Fixam o próprio ordenamento do qual fazem parte. São parâmetros que existem porque e enquanto existir o ordenamento jurídico.

Os direitos subjetivos existem porque encontram seu sentido objetivo em uma norma jurídica válida de determinado sistema normativo.

IV -PRINCÍPIOS JURÍDICOS

A ordem jurídica nacional é um sistema, cujos elementos formadores são as normas jurídico-positivas.

Todo o sistema busca seu fundamento de validade na Constituição Federal.

A ordem constitucional é verdadeiro subsistema - o mais importante de todos, pois confere substrato às demais normas e fornece diretrizes a todo o ordenamento jurídico.

Nesse ponto ressalta de importância a análise dos princípios de direito.

O estudo dos princípios é um dos pontos mais fascinantes da dogmática jurídica. Os princípios de direito são regras de estrutura, que dispõem sobre a coerência interna do ordenamento.

Na lição de J. Baptista Machado, "Princípios fundamentais de direito são aqueles princípios que, porque são exigências feitas a todo e qualquer ordenamento jurídico se este quer ser coerente com sua própria pretensão de legitimidade e validade, são transcendentais às decisões positivadoras do legislador e por isso mesmo são válidas de per si num Estado de Direito porque representam postulações eliciadas da própria "idéia de direito"(15).

Os princípios dão sustentação, ordem e coerência ao sistema. São o ponto de partida e a segurança de todo o ordenamento jurídico.

(15) Baptista Machado, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, pp. 163/164

A importância do estudo dos princípios já foi realçada por muitos mestres. Por todos, ouça-se a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, definição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo"(16).

Os princípios não são elementos externos ao sistema, mas são verdadeiras normas de direito positivo, dispostas (expressamente ou não) nos textos legais. Tampouco são diretrizes valorativas, a orientar a interpretação dos preceitos.

Explícitos ou implícitos no ordenamento, os princípios possuem força cogente. Fornecem a arquitetura do sistema, a estrutura do ordenamento.

Nos princípios as diferentes matérias da ordem jurídica encontram sua unidade - todo o desenvolvimento ulterior está subordinado à observância dos princípios.

(16) Mello, C.A. Bandeira de - Elementos de Direito Administrativo, pp.299 e 300

V - PRINCÍPIOS DE DIREITO E A CONSTITUIÇÃO

A questão avulta quando se investigam os princípios constitucionais. Sabe-se que as normas da Constituição são o topo do ordenamento jurídico. Essas normas possuem dignidade específica dentro do ordenamento.

Assim, aos princípios constitucionais reserva-se sentido específico e diferenciado, pois são eles que conferem a unidade básica a todo o sistema - ao dispor sobre a própria estrutura do ordenamento.

Nesse sentido, confira-se o magistério de Celso Ribeiro Bastos:

"Em outras palavras, as Constituições não são aglomerados caóticos e desestruturados de normas que guardam entre si o mesmo grau de importância. Pelo contrário, elas se afiguram estruturadas num todo, sem embargo de manter a sua unidade hierárquico-normativa, é dizer: todas as normas apresentam o mesmo nível hierárquico. Ainda assim, contudo, é possível identificar o fato de que certas normas, na medida em que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, vão perdendo sua densidade semântica, elas ascendem para uma posição que lhes permite sobrepassar uma área muito mais ampla. ... No fundo, tanto são normas as que encerram princípios quanto as que encerram preceitos" (17).

Além disso, os princípios funcionam também como esquema de interpretação. Conforme leciona Roque Antonio Carrazza:

(17) Bastos, C. R. - Curso de Direito Constitucional, p. 138

"As próprias normas constitucionais, sempre que possuem pluralidade de sentidos, devem ser interpretadas e aplicadas de modo o mais consentâneo com os princípios da Carta Fundamental, que, justamente por sua superior dignidade, lhes servem de baliza"(18).

Sem dúvida, todas as normas buscam sua identidade básica nos princípios. São estes que, em última análise, irão fornecer o conteúdo, sentido e alcance do direito positivo.

Celso Antônio Bandeira de Mello consigna que violar um princípio "é a forma mais grave de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa a insurgência contra todo o sistema" (19).

Os princípios determinam as relações entre todas as demais normas do ordenamento. E, na hipótese do princípio estar ao nível constitucional, determinará o relacionamento entre as normas da Constituição. Ao ser violado o princípio, um sem-número de normas é violado, além da própria estrutura do ordenamento.

Portanto, podemos afirmar que os princípios possuem intenso conteúdo normativo - são normas positivadas, normas jurídicas e, assim, plenamente vinculantes.

Mas, além disso, os princípios são normas jurídicas com intenso conteúdo axiológico. São regras que se destinam a proteger valores muito caros à sociedade. Em última análise, protegem o próprio ordenamento e sua razão de

(18) Carrazza, R. A.- Princípios Constitucionais Tributários e Competência Tributária, p. 11

(19) obra citada, p. 300

ser.

Quanto mais resumida é uma lei, mais geral é sua linguagem. Como os princípios são expressos de forma resumida, têm maior alcance que as demais normas. E também há os princípios implícitos, não expressos em texto legal - que igualmente têm alcance sobre todo o sistema jurídico-normativo.

Todo o sistema jurídico está envolvido pelos e nos princípios, que regulam a estrutura e a própria existência da ordem normativa.

Os princípios, como as demais normas, dependem do ordenamento onde estão inseridos. Sua validade depende do sistema que organizam.

VI - A ORDEM CONSTITUCIONAL - COLOCAÇÕES PRELIMINARES

As normas constitucionais inauguram a ordem jurídica, irradiando suas prescrições por todo o ordenamento.

É da Constituição que toda a ordem legal retira seu fundamento de validade. O texto constitucional sobrepõe-se a todas as outras leis de um país. Por isso seu estudo é tão delicado quanto importante.

Na Constituição estão definidas as diversas forças políticas existentes no Estado. Os preceitos constitucionais são resultado do equilíbrio entre as diversas correntes ideológicas que influenciaram o processo constituinte.

Pode-se afirmar que a Constituição é o equilíbrio estabelecido entre as diversas forças sociais de um país. A Lei Fundamental é o reflexo das condições políticas do Estado, em um determinado momento histórico.

A Constituição é o resultado do condensamento dos ideais de progresso, liberdade e ordem que existem no país. É a fotografia do momento político vivido pelo Estado quando de sua promulgação.

Há dois momentos lógicos: um primeiro, onde existe o intermitente conflito de interesses, típico da vida social e um segundo, onde os interesses são compostos e condensados no que eles têm em comum. Existe uma neutralização dos interesses. Essa neutralização retrata a sociedade. Os grupos sociais atuam até o ponto de equilíbrio, quando todos se comprometem a seguir o disposto nesse equilíbrio.

No caso do processo constituinte, os grupos

atuam representando os seus interesses - para que a Constituição regule também o interesse do grupo. Em nosso país a Assembléia Constituinte retratou bem a questão. O resultado desse processo é um documento onde estão consignadas todas as tendências ideológicas da sociedade. É um documento que institucionaliza o equilíbrio nessas variações.

A Constituição, portanto, decorre desse processo de neutralização mútua de interesses sociais e ideológicos, que tende a revelar o real conteúdo da sociedade retratada e disciplinada pela Constituição.

Vale transcrever a preciosa lição de Jorge Miranda:

"... porque a Constituição é Direito, ela é elemento conformado e elemento conformador da sociedade a que se dirige e é resultado e factor de integração política. Ela reflete a formação, a cultura, a geografia e as condições económicas de um povo e, simultaneamente, imprime-lhe carácter, funciona como princípio de organização, é conjunto de normas directamente aplicáveis, dispõe sobre os direitos dos indivíduos e dos grupos, racionaliza as suas posições recíprocas e perante a vida colectiva como um todo, pode ser agente de conservação ou de transformação.

"Mas, por ser Constituição, ela revela-se mais do que isso. Vem a ser a sede dos valores jurídicos básicos acolhidos na comunidade política, a expressão mais imediata da ideia de Direito nela triunfante, o estatuto do poder político que se pretende a serviço desta ideia,

o quadro de referência recíproca da sociedade e do poder.

"A dupla tensão em que vive todo o Direito dito positivo com princípios éticos transcendentais e com as estruturas e as condições económicas, sociais e culturais torna-se aqui muito mais forte, devido à função institucional e material das normas constitucionais e à sua específica acção sobre as demais normas. A Constituição não só tem de ser constantemente confrontada com os princípios como nunca deixa de ser por eles envolvida e penetrada em grau variável; tem de estar sempre pensada em face da realidade constitucional, que é uma realidade não apenas de factos como ainda de ideias presentes na experiência política; e tais ideias carregam-se, por seu turno, de remissões para princípios éticos superiores (o que significa que se dá uma circulação entre valor, Constituição e realidade constitucional)" (20).

A hermenêutica constitucional não pode jamais se afastar de tais pressupostos. O intérprete há de conservar na lembrança que a Constituição define as normas superiores de um Estado - mas que essas normas exprimem justamente o equilíbrio que o próprio Estado encontrou através do processo constituinte.

A Lei Fundamental adquire importância ímpar dentro do ordenamento, na medida em que vincula o legislador e o intérprete de maneira absoluta. As normas da Constituição vinculam todos os ramos do Direito, conforme se depreende da

(20) Miranda, J. - Manual de Direito Constitucional, t. II, pp. 56-57

lição de Karl Larenz, verbis:

"La Ley Fundamental no se ha limitado a regular la organización del Estado Federal, sino que contiene, ante todo en la parte relativa a los derechos fundamentales y también en otras secciones - especialmente la que trata de la jurisprudencia -, principios jurídicos generales que vinculan a los tribunales como Derecho de vigencia inmediata. En tanto que se trate de derechos fundamentales, también a ellos está vinculado el legislador. Las leyes ordinarias que estén en contradicción con un principio de rango constitucional carecen de validez en tanto en cuanto no puedan ser interpretadas 'conforme a la Constitución'." (21).

(21) Larenz, K. - Derecho Civil - parte general, p. 96. Vide también, do mesmo autor, Metodologia da Ciência do Direito, pp. 410 e ss.

VII - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO PENAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Como já foi referido, enumeraremos alguns princípios, que podem ser considerados os básicos. Outros princípios de Direito Penal não foram elevados à categoria de princípios constitucionais. Assim, além dos que serão citados, outros tantos existem que foram recepcionados pela atual ordem constitucional.

Como já foi escrito, os princípios são preceitos básicos da organização constitucional.

Os princípios constitucionais podem ser agrupados em duas espécies: os princípios político-constitucionais (artigos 1 a 4 da Constituição Federal) e princípios jurídico-constitucionais, que informam a ordem jurídica nacional. Nestes últimos encontra-se o objeto deste trabalho. Não é demais falar ainda que, devido a sua relevância, a violação de um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção a uma norma específica, significa a desobediência ao seu mandamento. A violação de um princípio acarreta atentado contra todo o ordenamento.

"É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irresistível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustém e alui-se toda a estrutura neles esforçada"(22).

(22) obra citada p. 300.

VIII - DIREITO À VIDA

LOCALIZAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES ANTERIORES:

Emenda constitucional n. 1/69.....	art, 153, par.1º
Constituição de 1967.....	art. 150, par.1º
Constituição de 1946.....	art. 141, par.1º
Constituição de 1937.....	art. 122, n.1
Constituição de 1934.....	art. 113, n.1
Constituição de 1891.....	art.72, par.2º
Constituição de 1824.....	art.179, n.13

O artigo 5, "caput" da Constituição Federal consagra "aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida". De começo, deve-se entender de forma ampliada, não só aos estrangeiros residentes no País, mas a qualquer estrangeiro. Seria absurdo preservar-se a inviolabilidade do direito à vida apenas dos residentes. Abrange também qualquer estrangeiro, não só os residentes em território nacional.

A vida humana, aqui é entendida como a reunião de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). É a fonte e o precedente lógico de todos os demais direitos.

"No conteúdo do seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à

existência"(23).

VIII.1. - DIREITO À EXISTÊNCIA

A vida é início e base dos demais direitos, que são seus desdobramentos. É o direito de estar e manter-se vivo, de permanecer com vida. Em razão disso, a legislação penal pune as formas de interrupção violenta da vida. Daí decorrem também os institutos da legítima defesa e estado de necessidade. Para defender a vida, a legislação permite até que se tire a vida de outrem para garantir a sobrevivência própria ou de terceiro.

Defendeu-se a inclusão da expressão "direito a uma existência digna" no texto constitucional. Tal conceito daria espaço à discussão sobre a possibilidade da eutanásia e o fim de outros tipos de existência que não se considerassem dignas. Para evitar tais riscos, manteve-se o texto mais objetivo, como se encontra atualmente.

A proteção à vida deu origem a vários tipos penais. O primeiro deles e primeiro da parte especial do Código Penal é o Homicídio, do artigo 121. Devido à relevância do bem jurídico tutelado, é o primeiro crime definido na parte especial do Código Penal.

Acentuamos mais uma vez que é o bem mais relevante que se protege. Outras descrições penais, embora conservando a aparência de autonomia, contituem ramificações desse primeiro tipo.

"O respeito à vida é uma imposição absoluta

(23) Silva, José Afonso da - Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 177.

do Direito. Não importa o desvalor que o próprio indivíduo ou a sociedade lhe possam atribuir em determinadas circunstâncias; que ela possa parecer inútil ou nociva, porque constitui para quem a possui fonte de sofrimento e não de gozo dos bens legítimos da existência, ou porque represente para a sociedade um elemento negativo ou perturbador.

Não interessa tampouco a viabilidade ou não do ser nascido de mulher, nem possíveis malformações que dele façam um monstro. As condições orgânicas do nascente ou do recém-nascido que demonstram a sua absoluta inaptidão para continuar a viver, não suprimem o respeito à sua vida, imposto por lei"(24).

VIII.2. - DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA

Está incluído no direito à vida, pois quem tem ofendida sua integridade física, indiretamente também o tem sua vida. Assim, a integridade física é inseparável do direito à vida, constituindo um bem fundamental do ser humano, erigido à categoria de direito fundamental.

O artigo 5º, em seu inciso XLIX prescreve que: "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral". Consiste em um desdobramento do princípio consubstanciado no direito à vida.

Da mesma forma o inciso III do mesmo artigo, quando determina que "ninguém será submetido a tortura ou a tratamento desumano ou degradante".

Na verdade, o princípio aqui enunciado, é

(24) Bruno, Anibal - Crimes Contra a Pessoa, p. 64

despiciendo pois decorre do que já existe na Constituição. Contudo, fez-se questão de afirmar a exigência de que a integridade física e moral dos presos deve ser respeitada. O criminoso mantém sua condição de ser humano e, em decorrência dela deve ser tratado com respeito.

Hoje estão praticamente ausentes do quadro das sanções penais as penas corporais. São totalmente estranhas no sistema de penologia atual. Tem aparecido, isoladamente, algumas sugestões a respeito de penas de esterilização e castração contra criminosos sexuais.

Estão ambas fora da sistemática de penas, assumindo posição anacrônica no direito penal moderno. Não podem ser consideradas penas, pois não se apresentam como retribuição proporcional à conduta criminosa, mas partem de uma condição particular da personalidade. No seu dissecamento, surgem como penas corporais, que lesionam não só fisicamente mas trazem implicações psíquicas irreversíveis.

Paralelamente à Constituição Federal, a legislação penal contempla tipos que visam resguardar tais prerrogativas do ser humano. O crime de tortura, juntamente com outras figuras penais foi elevado a categoria de crimes hediondos pela lei nº 8.072 de 1990. Tal lei prevê um tratamento mais rigoroso, decorrente da Constituição Federal, que em seu artigo 5º, inciso XLIII assim determina.

Ainda como desdobramento do princípio ora estudado, a Constituição Federal determina vários procedimentos como garantias penais, tais como: Dever de comunicar, imediatamente, ao juiz competente e à família ou

pessoa indicada, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre; o dever também da autoridade policial de informar o preso seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, assegurada a assistência da família e de advogado a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre; e o direito do preso à identificação dos responsáveis por sua prisão e interrogatório policial.

Quanto à doação de órgãos, entende-se que como bens forma do comércio, é vedada qualquer tipo de comercialização. Entende-se que a autorização da retirada do órgão, pelo doador, é o que afasta a imcriminação do fato.

VIII.3 - DIREITO À INTEGRIDADE MORAL

A vida humana é uma unidade, integrada também por valores imateriais, que somam aos componentes materiais do conjunto que vem a ser chamado ser humano. Estes bens imateriais também são protegidos. A moral individual é um bem que deve ser assegurado e merece a proteção no texto constitucional, que a eleva à categoria de bem passível de indenização quando ofendido (art, 5º, V e X).

Os elementos que integram a moral individual são os valores que indicam a índole da pessoa, sendo determinante nas relações interpessoais. Sem eles a pessoa humana fica reduzida somente aos seus instintos e seu corpo, ou seja, à condição de bicho.

Nesse sentido a constituição oferece proteção a essa dimensão do ser humano. O Código Penal, por sua vez protege a honra através da criminalização de condutas como a calúnia, injúria e difamação.

A Constituição no artigo 5º assegura aos presos o respeito à sua integridade moral. Isto porque o preso, estando indefeso, sob o mando da autoridade penitenciária está suscetível a tortura e outras espécies de tratamento desumano.

VIII.4. - PENA DE MORTE

O artigo 5º, XLVII, a, veda a pena de morte, ressalvando os casos de guerra declarada. Desde a Constituição de 1981, a pena de morte está vedada do Brasil.

Beccaria escreveu:

"Qual pode ser o direito que os homens se atribuem de matar seus semelhantes ? Certamente, não aquele do qual resultam a autoridade e as leis. Estas não são senão uma soma das mínimas porções da liberdade privativa de cada um. Representam a vontade geral, que é o conjunto das particulares. Quem jamais quis deixar a outros homens a decisão de matá-lo ? Como, pois, no mínimo sacrifício da liberdade de cada um, pode estar o sacrifício do máximo de todos os bens, a vida ? E se isto for feito, como conciliar tal princípio com o outro, de que o homem não é livre para matar-se ? Devia sê-lo, se pode dar este direito a outrem, ou à sociedade inteira.

A pena de morte não é, pois, um direito, como demonstrei não poder ser; mas é uma guerra da nação contra um cidadão, porém já que ela julga necessária ou útil a destruição da sua pessoa. Porém, se demonstrar não ser a morte nem útil, nem necessária,

terei vencido a causa da humanidade"(25).

Mais do que decorrência da lei, afastar-se tal tipo de punição é exigência da consciência comum, que repugna a pena de morte.

Entre os pontos imutáveis, chamados "cláusulas pétreas" de nossa Constituição estão os "direitos e garantias individuais".

O direito à vida é expressamente referido como um dos direitos individuais, e estes não podem ser abolidos da Carta.

A única exceção foi aberta no artigo 5º, inciso XLVII, para o caso de guerra declarada. É a única exceção. Além dessa, nossa atual Constituição não admite sequer cogitar-se em pena de morte.

VIII.5. - EUTANÁSIA

É a morte provocada em determinada pessoa para livrá-la de um estado agonizante ou vegetativo que não oferece possibilidade de tratamento ou cura. É chamado de homicídio piedoso por esse motivo. Como forma não espontânea de interrupção da vida, se encontra vedada pela Constituição e Código Penal. Nem o consentimento do doente exclui a tipicidade do fato.

Argumenta-se que a vida não é somente um bem individual, mas de relevância para toda a comunidade. Portanto, o indivíduo não pode dispor de sua própria vida, pois toda a comunidade e o Estado devem empenhar-se em

(25) Beccaria, Cesare Bonesana, Marchese di - Dos delitos e das penas, pp.67 e 68

IX - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

LOCALIZAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES ANTERIORES

Emenda constitucional n. 1/69.....	art, 153, par.1º
Constituição de 1967.....	art. 150, par.1º
Constituição de 1946.....	art. 141, par.1º
Constituição de 1937.....	art. 122, n.1
Constituição de 1934.....	art. 113, n.1
Constituição de 1891.....	art.72, par.2º
Constituição de 1824.....	art.179, n.13

No art. 5º, II da Constituição Federal, encontra-se o princípio da legalidade. É princípio basilar do Estado de Direito. Está no seu conceito a subordinação à Constituição e ao Império da Lei. Daí decorre que o Estado não pode exigir ações ou impor abstenções, nem mandar ou proibir nada aos seus súditos, senão em virtude de lei. Assim está consabrado o princípio no art. 5º,II.

Compreendendo o princípio dentro do sistema constitucional, deve-se levar em conta as regras de distribuição de competência. O princípio da legalidade refere-se à previsão de competência legislativa. Só o poder legislativo é que pode criar normas que modifiquem a ordem jurídico-formal. Portanto, somente regra de LEI, criada de acordo com as formalidades exigidas na Constituição pode criar dever de ação positiva ou negativa.

A origem do princípio é a reação contra atos "legislativos" emanados de outras fontes que não as assembleias de fonte popular, contra o direito elaborado pelo

monocrata ou pelos oligocratas. A segurança de que as regras jurídicas emanam de determinada fonte é importante ponto para a subsistência da liberdade.

Montesquieu escreveu que "a liberdade é o direito de fazer tudo aquilo que as leis permitem"(27).

Também a declaração dos direitos de homem de 1789 trouxe idéia semelhante, ao determinar que o exercício dos direitos naturais de cada homem somente pode ser limitado por lei.

Manteve-se a mesma idéia de que somente a lei pode limitar a liberdade. Mudou-se o fundamento, que antes era a confiança de que a lei era a tradução da razão e da justiça. Passou a fundamentar-se no princípio democrático.

IX.1. - LEGITIMAÇÃO ATIVA

O princípio da legalidade pode ser invocado pelos cidadãos brasileiros e pelos estrangeiros residentes. A quem se permitiu a passagem em território nacional, implicitamente se confere o exercício dos direitos do homem. E o princípio da legalidade é um dos direitos do homem.

IX.2. - AÇÃO POSITIVA E AÇÃO NEGATIVA

Fazer é qualquer exteriorização da vontade humana positiva, é praticar qualquer ato. Não somente estes atos positivos, mas qualquer ato do homem é protegido pelo art. 5º, II. Aqui o fazer é entendido de forma ampla, compreendendo o dar, prestar, etc... Este é o sentido de

(27) De L'esprit des Lois, livro 17, cap 3, citado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Comentários à Constituição Federal brasileira de 1988, p. 28

fazer e de não fazer do mencionado inciso. As omissões ou abstenções são aqui incluídas, quer se apresentem como declarações de vontade ou não.

IX.3. - A EXPRESSÃO "EM VIRTUDE DA LEI"

O vocábulo "LEI" se aplica, para fins desse princípio, com rigor técnico. No sentido de lei formal, ato legislativo que tenha seguido as formalidades determinadas constitucionalmente e emanada de órgão competente.

Existem casos em que o significado da palavra "Lei" não exclui que a matéria seja regulada por outras espécies normativas como por exemplo a lei delegada (art. 68) e as medidas provisórias, convertidas em lei (art. 62). Desde logo deve-se frisar que somente as matérias expressamente indicadas nos dispositivos podem ser objeto de tais atos. Matéria penal não pode ser legislada através de tais atos.

Quando o art. 5, II usa a expressão "em virtude de lei", quer dizer que somente as leis podem circunscrever e limitar a liberdade.

Os próprios poderes do Estado somente podem agir dentro das balizas estabelecidas pela lei e de acordo com sua orientação. A atividade da administração e dos órgãos jurisdicionais vai se resumir a transformar em comandos individuais concretos as ordens abstratas da lei. A atividade do executivo e do judiciário limita-se ao cumprimento da lei. É o que se almeja com a separação de poderes.

Outro aspecto é salientado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

"Por outro lado, o princípio da legalidade é o princípio da liberdade para os indivíduos em geral. Com efeito, na falta da lei, estão eles livres para fazer, ou deixar de fazer o que bem lhes parecer" (28).

Outro aspecto interessante é salientado por Celso Ribeiro Bastos:

"O princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura, ao particular, a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por outra via que não seja a da lei"(29).

O indivíduo está, de certa forma, assegurado pela razão de obedecer somente à lei. Isto porque ela é criada através da participação do povo, que elege os legisladores. Então, tendo como ponto de partida a idéia da escolha popular, a lei vai consubstanciar a vontade do Estado.

IX.4. - LEGALIDADE E RESERVA LEGAL

O princípio da legalidade significa a atuação limitada pela lei, a liberdade tendo como única restrição a própria lei.

A reserva de lei significa que determinadas matérias somente podem ser reguladas por lei formal.

(28) obra citada p.29

(29) obra citada p.172

IX.5. - LEGALIDADE E PODER REGULAMENTAR

A Constituição Federal confere aos chefes de poder Executivo das três esferas de Governo a faculdade do poder regulamentar (art. 84, IV a VI). O regulamento pode ser de execução ou de organização.

Este poder é limitado e não é poder legislativo, não podendo criar norma que inove a ordem jurídica. Tem uma função normativa subordinada, limitada pela competência executiva e administrativa, onde se insere. Além desses limites estará atuando a autoridade com abuso de poder.

IX.6. - LEGALIDADE PENAL

O art. 5º, XXXIX traz o princípio da legalidade aplicado à matéria penal. É o princípio "nullum crimen nulla poena sine lege". Determina uma reserva absoluta de lei formal, não se permitindo a transferência da função de estabelecer tipos penais e penas. Está embutido no artigo também o princípio da anterioridade da lei penal.

São tratados como um único princípio em matéria penal. Para se considerar crime determinado fato e para ser aplicada certa pena, antes deve ter sido insituído por LEI o tipo e sua pena.

O artigo 1º do Código Penal também traz o princípio, nos mesmos termos do artigo da Constituição Federal.

Francisco de Assis Toledo desdobra o princípio em quatro outros princípios:

"a) Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia;

- b) Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta;
- c) Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta;
- d) Nullum crimen, nulla poena sine lege certa.

Lex praevia significa proibição de edição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade. *Lex scripta*, a proibição da fundamentação ou agravamento da punibilidade pelo direito consuetudinário. *Lex stricta*, a proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pelo analogia (*analogia in malam partem*). *Lex certa*, a proibição de leis penais indeterminadas"(30).

IX.7. - DECRETO LEI, MEDIDA PROVISÓRIA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

No desenrolar desses princípios pode-se analisar a possibilidade de medida provisória que tenha como conteúdo matéria penal. A constituição Federal estabelece a medida provisória no artigo 62, em substituição ao decreto-lei. Os seus requisitos são a "relevância e urgência", não sendo estabelecidos outros limites mais específicos para sua utilização.

O decreto-lei, no sistema constitucional anterior era impossível de ser equiparado à lei, em face do processo legislativo vigente. As circunstâncias enumeradas onde se permitia o uso do decreto-lei não incluíam a matéria penal. Mesmo aprovado pelo Congresso, ele não se transformava em lei formal. Somente esta podia conter a descrição de

(30) Toledo, Francisco de Assis - Princípios Básicos de Direito Penal, p. 22

comportamentos criminosos e a atribuição de pena.

A medida provisória possui um campo de atuação bem mais amplo do que tinha o decreto-lei. Por outro lado não tem força própria, necessitando ser convertido em lei pelo Congresso. Ao contrário do decreto-lei, a medida provisória não aprovada pelo Congresso provoca sua ineficácia, desde sua edição. Com tais características, a medida provisória não pode veicular matéria penal.

O poder legislativo reservou para si, com exclusividade, na Constituição Federal a tarefa de criar tipos e determinar penas. Não pode o Executivo tomar para si tal tarefa pois estaria atingindo diretamente o princípio da separação de poderes. Estaria a medida provisória inquinada de inconstitucionalidade. O vício estaria em sua origem, sendo impossível afastar a inconstitucionalidade pela conversão em lei.

Os requisitos da medida provisória são a relevância e urgência. Pode-se aceitar o primeiro deles, mas a urgência, entendida como a necessidade de uma atividade imediata, de atuar rapidamente, não combina com o Direito Penal.

Os tribunais brasileiros já tiveram oportunidade de se manifestar a respeito da matéria:

"No sistema constitucional vigente, "só a lei em sentido estrito pode criar crimes e penas criminais na esfera do Direito Penal comum" (31).

(31) TFR - ED - Rel.Assis Toledo - RTFR 149/277

"Somente a União tem poderes para legislar em matéria de direito penal, não podendo o Presidente da República fazê-lo através de decreto-lei, razão pela qual atípica a conduta daquele que desobedece à ordem de congelamento de preços emanada dos Decs.-leis 2.283 e 2.284/86" (32).

Franciso de Assis Toledo cita dois motivos para que se exija lei formal em sentido estrito:

"1º) A medida provisória, pelos seus contornos constitucionais, é espécie do gênero "lei delegada", de eficácia condicionada à expressa aprovação do Congresso Nacional; 2º) A constituição veda delegação em matéria de legislação sobre direitos individuais (art. 68, par. 1º), dentre os quais se destaca de modo maiúsculo o direito à liberdade, enunciado no caput do art. 5º e explicitado em vários incisos da proclamação dos direitos e garantias individuais. Tal vedação será atingida, por via reflexa, se permitida for a criação de tipos penais por medida provisória(33).

A matéria penal é incompatível com a medida provisória pois esta tem eficácia desde sua edição. Antes de sua aprovação pelo Congresso não pode criar crime ou sanção criminal. Isto porque ela não é lei, apenas tem força de lei. A eventual aprovação não convalesce seu vício original, pois surtindo efeitos desde sua edição pode provocar situações irreparáveis.

Através da medida provisória de conteúdo

(32) TAMG - AC - Rel. Gudesteu Biber - RJTAMG 29/326

(33) obra citada p. 24

penal poderia se atingir a liberdade de ir e vir, pela prisão em flagrante por crimes recém-criados. Novos tipos penais poderiam atingir bens que, no caso de rejeição da medida provisória, não poderiam ser restaurados.

IX.8. - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DIREITO CONSUETUDINÁRIO

O direito consuetudinário não tem o poder de criar tipos penais e penas ou agravá-las. Entretanto os costumes tem aplicação no direito penal como instrumento para interpretação dos tipos.

No direito penal não existe o consuetudo, a criação de figura penal pelo costume nem o desuetudo, revogação de crime pela ausência de repressão a determinada figura típica. Francisco de Assis Toledo admite "que o costume, sempre que beneficie o cidadão, é fonte do Direito Penal(34). Reconhece que são necessários certos requisitos como uma unanimidade de que a norma costumeira atue como direito vigente.

Os tribunais brasileiros tem se posicionado de formas diversas:

"O "princípio da legalidade" não admite o direito consuetudinário, não podendo pois, os costumes revogarem a lei penal, a qual somente por outra lei poderá ser revogada" (35).

"A lei, conquanto em desuso, só se revoga por outra lei, carecendo de maior significado o costume contra legem

(34) obra citada p. 26

(35) TAMG - AC - Rel. Costa Rios - RJTAMG 21/414).

para revogá-la" (36).

"A tolerância do Poder Público e o costume *contra legem* não revogam a norma penal a respeito do "jogo do bicho", competindo ao juiz, sem outras considerações de oportunidade ou de política criminal, aplicar a lei. Ainda porque o art. 2º da LICC estabelece, de modo peremptório, que "a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue" (37).

"Certas hipocrisias devem ser afastadas pelo Poder Judiciário, havendo normas que não mais se coadunam com a realidade. Se o próprio crime, descrito no preceito primário do art. 229 do CP, não está sendo aplicado a proprietários de motéis, o que dizer-se do "jogo do bicho", já incorporada à consciência popular" (38).

"Embora expressiva corrente jurisprudencial sustente que a não reprovabilidade pela consciência popular não serve para excluir a criminalidade da norma penal, o que se vê, na realidade, é que o efeito repressivo do "jogo do bicho" perdeu sua objetividade e não mais atende à necessidade social. Ao contrário, mostra-se até inconveniente sua observância, mesmoporque tal prática constitui, hoje, considerável mercado de trabalho à disposição de mão-de-obra não especializada" (39).

(36) TACRIM-SP - AC - Rel. Emeric Levai - JUTACRIM 84/245

(37) TACRIM - SP - AC -Rel Emeric Levai - RT 613/346

(38) TACRIM-SP - AC - Rel. Celso Lomongi - JUTACRIM 85/485

(39) TACRIM-SP - AC - Rel. Raul Motta - RT 606/334

IX.9. - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E ANALOGIA

A analogia é forma de integração de lacunas do ordenamento jurídico. Funciona com base em semelhanças relevantes entre duas situações, sendo que uma delas não é prevista em norma específica.

Em matéria penal não se admite irrestritamente a analogia. Para tanto se faz necessária a diferenciação da analogia in malam partem e a analogia in bonam partem. A primeira, que fundamenta ou agrava a aplicação da pena é vedada. A segunda, que permite a não-aplicação da pena ou sua diminuição é permitida.

Deve-se ter claro que a analogia só é aplicável na ausência de lei específica. Caso semelhante é o da interpretação extensiva.

Na interpretação extensiva admite-se que a norma abranja certos fatos-tipos implicitamente. Maria Helena Diniz explica claramente o que se entende por interpretação extensiva.:

"A interpretação extensiva desenvolve-se em torno de um preceito normativo, para nele compreender casos que não estão expressos em sua letra, mas que nela se encontram, virtualmente incluídos, conferindo, assim, à norma o mais amplo raio de ação possível, todavia sempre dentro de seu sentido literal. Não se acrescenta coisa alguma, mas se dá às palavras contidas no dispositivo normativo o seu significado. Conclui-se tão-somente que o alcance da lei é mais amplo do que o indicam seus termos(40).

(40) Diniz, Maria Helena - Compêndio de Introdução à Ciência

Nos casos de interpretação extensiva vai-se de encontro muitas vezes a dúvidas de aplicação quando deve-se observar o princípio *in dubio pro reo*, impossibilitando a extensão muitas vezes.

X - PRINCÍPIO DA PERSONALIZAÇÃO DA PENA

LOCALIZAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES ANTERIORES:

Emenda constitucional n. 1/69.....art, 153, par.11 e 13
 Constituição de 1967.....art. 150, par.11 e 13
 Constituição de 1946.....art. 141, par.29, 30 e 31
 Constituição de 1937.....art. 122, n.13
 Constituição de 1934.....art. 113, n.28 e 29
 Constituição de 1891.....art.72, par.19, 20 e 21
 Constituição de 1824.....art.179, n.20

O artigo 5º, XLV da Constituição Federal afasta o que em tempos passados ocorreu, de a pena imposta passar aos descendentes do delinquente. É inconcebível alguém já nascer com uma pena a ser cumprida, como herança de um antepassado.

Celso Ribeiro Bastos desdobra o conteúdo desse princípio, também chamado de princípio da pessoalidade em dois pontos: "Em primeiro lugar, a proibição da transmissão da pena para familiares, parentes ou terceiros. Em segundo lugar, como corolário, de resto, da vedação anterior, a extinção da pena e do procedimento criminal com a morte do agente"(41).

O mesmo inciso contém determinação acerca dos aspectos patrimoniais do problema. Passa aos sucessores a obrigação de reparar o dano, bem como a possibilidade da decretação do perdimento dos bens, na medida do valor do patrimônio transferido.

(41) Bastos, C.R. - Comentários à Constituição do Brasil, p. 231.

Manteve-se a coerência, pois se as penas não são transmissíveis aos descendentes, da mesma forma não é transmitido o patrimônio adquirido ilicitamente. Na mesma linha de idéias, é convocado o sucessor para ressarcir os prejuízos com o patrimônio de quem os causou.

Essa norma, usando-se a classificação adotada por Michel Temer é de eficácia limitada, dependendo de lei que lhe integre a eficácia(42).

Ou como ensina Maria Helena Diniz, norma com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa (43).

Tal matéria já se encontra regulada pelo Código Civil, art. 1526, que determina a transmissão da obrigação de prestar a reparação com a herança. Na verdade o texto constitucional reproduziu a idéia contida no artigo citado.

Salvo a hipótese de transmissão do patrimônio aos sucessores, a regra é a intransmissibilidade do dever de reparar.

José Cretella Júnior escreveu a respeito:

"Julgado e condenado, toda e qualquer sanção moral, patrimonial ou privativa de liberdade aplicada ao condenado é pontual, "individuando-se", particularizando-se, petrificando-se, limitando-se ao acusado. Morto este, a pena desaparece. A morte do condenado rompe o vínculo jurídico entre o Estado-

(42) Temer, Michel - Elementos de Direito Constitucional, p.27

(43) Diniz, M.H - Norma constitucional e seus efeitos, p. 101.

condenador e o morto-réu. A família, quanto aos descendentes, ascendentes e colaterais, não fica sob a incidência da pena, exaurida para sempre com a morte do réu. Morto o autor do crime, são relegados ao esquecimento pelo Estado, no âmbito do direito penal, o delito e seus efeitos, não respondendo penalmente os herdeiros do condenado pelo crime cometido, em razão da regra "a pena não ultrapassa a pessoa do delinquente"(44).

A responsabilização patrimonial refere-se mais especificamente ao campo civil e não ao penal.

(44) Cretella Júnior, José - Comentários à Constituição Brasileira de 1988, volume I, p. 497.

XI - PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

LOCALIZAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES ANTERIORES:

Emenda constitucional n. 1/69.....art, 153, par.11 e 13
 Constituição de 1967.....art. 150, par.11 e 13
 Constituição de 1946.....art. 141, par.29 e 31
 Constituição de 1934.....art. 113, n.28 e 29
 Constituição de 1891.....art.72, par.19, 20 e 21
 Constituição de 1824.....art.179, n.20

É o princípio constante no art. 5º, XLVI. Basicamente, significa que o juiz determina na sentença a responsabilidade do réu. O Código Penal brasileiro no artigo 59 oferece parâmetros para tal graduação. A atuação judicial está limitada. O juiz atua na individualização da pena com discricionariedade, pois cada caso tem peculiaridades próprias. Entretanto o Código Penal oferece os limites dentro dos quais poderá atuar. O magistrado deverá, por exemplo, sempre obedecer os limites máximo e mínimo impostos abstratamente.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho escreveu que:

"Personalizada a pena, cumpria individualizá-la, a fim de se atender à justiça. Esta exige a correspondência entre a responsabilidade e a punição. Assim reclama que a pena seja ajustada, graduada, segundo essa responsabilidade. Tal graduação é exatamente a individualização da pena"(45).

(45) obra citada p. 61

A individualização da pena não se resume à aplicação ao caso concreto da pena cominada abstratamente. São três momentos: Primeiro é a tarefa do legislador que cria abstratamente a pena; segundo é a atividade do juiz quando a aplica; por último é o acompanhamento no cárcere do apenado e a concessão de benefícios quando for o caso.

É uma operação em que participam legislativo e judiciário. Nas palavras de José Cretella Júnior: "A individualização da pena constitui, regularmente, uma operação jurídica conjunta, da lei e do juiz, do Legislativo e do Judiciário"(46).

(46) obra citada p. 505

XII - PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL INTERTEMPORAL

LOCALIZAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES ANTERIORES:

Emenda constitucional n. 1/69.....art, 153, par.16,2ª parte

Constituição de 1967.....art. 150, par.16

Constituição de 1946.....art. 141, par.29

Constituição de 1934.....art. 113, par. 27

Constituição de 1891.....art.72, par.15

Constituição de 1824.....art.179, n.3

A Constituição Federal traz no art. 5º, XL o preceito geral de que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

Assim, é admissível a retroatividade da lei mais benéfica, e a lei poderá ser aplicada a fatos anteriores à sua vigência, desde que para melhorar a condição do processado ou condenado criminalmente.

Nesse caso, a coisa julgada não se mantém. Apesar de transitada em julgado, a decisão é modificada, em face da "abolitio criminis".

O princípio foi transportado para o Código Penal, no art. 2º, nos seguintes termos: "Ninguém pode ser punido por fato que a lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória".

O Código Penal prevê, também, a extinção da punibilidade (art.107,III) para a condenação ainda em curso. Com a **abolitio legis** cessam todos os efeitos penais da condenação como, po exemplo a reincidência se estiver

cumprindo 2ª condenação, sursis, livramento condicional. Os efeitos cíveis não desaparecem.

Mesmo a lei que não faça desaparecer o caráter delituoso mas seja mais benéfica, de qualquer forma, também retroage. É a *novatio legis in melius*.

Portanto, a lei mais benigna será sempre a aplicada, podendo ser ultrativa ou retroagir.

Quanto a combinação de leis para se chegar a uma síntese que seja mais benéfica, não é admitida pela maior parte da doutrina. Grande parte em razão de a lei constituir um sistema, onde cada parte deve somar dentro de uma unidade. Fora dessa construção, o fragmento não tem sentido.

Em resumo, as situações que podem ocorrer e suas soluções são:

1 - A lei posterior é mais severa do que a lei anterior (lex gravior).

Nesse caso a irretroatividade é absoluta para a norma de direito penal material. É a natureza da norma que vai identificá-la como de direito material e não o diploma em que se encontra.

A norma de direito material só se aplica enquanto vigente, ao fatos ocorridos durante sua vigência.

O artigo 4º determina o tempo do crime, que se considera praticado "no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado".

2 - A lei posterior extinguiu o tipo (abolitio criminis).

A lei revoga as disposições em contrário já existentes. É norma da Lei de Introdução ao Código Civil que determina: "Não se destinando à vigência temporária, a lei

terá vigor até que outra a modifique ou revogue. O par.1º dispõe:"A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior".

Assim, portanto, estará revogada a lei, ou parte dela, excluindo o fato criminoso do campo penal. É causa de extinção da punibilidade (art.107,III do Código Penal).

3 - A lei posterior traz abrandamento quanto à pena ou medida de segurança (lex mitior).

A lei posterior é mais favorável ao agente. A lei mais favorável, seja a anterior ou posterior prevalecerá sempre, podendo ocorrer a ultratividade (lei anterior mais favorável) ou a retroatividade (lei posterior mais favorável).

4 - A lei posterior traz combinação de preceitos mais severos e mais brandos (lex tertia).

Aqui a polêmica reside no fato da possibilidade de combinação de partes de uma lei com outra para chegar à situação mais favorável.

Vale transcrever o que escreveu Nelson Hungria a respeito:

"Não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis de *lex nova* com os da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz arvorado em legislador, formando uma terceira lei, dissonante, no seu hibridismo de qualquer das leis em jogo. Trata-se de um princípio prevalente em doutrina: não pode haver

aplicação combinada das duas leis"(47).

(47) Jesus, Damásio E. de - Comentários ao Código Penal, vol. I, tomo I, p. 120.

XIII - BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro - Comentários à Constituição do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, São Paulo, Saraiva, 1988-1989.

BASTOS, Celso Ribeiro - Curso de Direito Constitucional, 11ª ed. reform. de acordo com a Constituição Federal de 1988, São Paulo, Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto - Teoria do Ordenamento Jurídico, São Paulo, Polis, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1989.

BRUNO, Aníbal - Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

BRUNO, Aníbal - Direito Penal, Parte Geral, Tomo II, 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

BRUNO, Aníbal - Direito Penal, Parte Geral, Tomo III, 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

CARRAZA, Roque Antonio - Princípios Constitucionais Tributários e Competência Tributária. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1986.

CONDILLAC, Étienne Bonnot de, - Tratado dos Sistemas Coleção "Os Pensadores", Textos escolhidos, São Paulo, Nova Cultural, 1989.

CRETELLA JÚNIOR, José - Comentários à Constituição Brasileira de 1988, volume 1, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1988.

DELATTRE, Pierre - Teoria dos Sistemas e Epistemologia, Cadernos de Filosofia, A Regra do Jogo, Edições, Lisboa, 1981.

DINIZ, Maria Helena - Compêndio de Introdução à Ciência do Direito, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989.

DINIZ, Maria Helena - Norma Constitucional e Seus Efeitos, São Paulo, Saraiva, 1989.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio - Conceito de Sistema no Direito, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, Ed. da Universidade de São Paulo, 1976.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves - Comentários à constituição Brasileira de 1988, São Paulo, Saraiva, 1990.

FRAGOSO, Heleno cláudio - Lições de Direito Penal, Parte Geral, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1985.

HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno Cláudio - Comentários ao Código Penal, Vol I, tomo I, arts.1º ao 10, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977.

HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno Cláudio - Comentários ao Código Penal, Vol I, tomo II, arts.1º ao 10, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977.

JESUS, Damásio Evangelista de - Comentários ao Código Penal, Parte Geral de acordo com a lei n. 7209 de 11-07-1984, São Paulo, Saraiva, 1985.

KELSEN, Hans - Teoria Geral do Direito e do Estado, São Paulo, Martins Fontes, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1990.

KELSEN, Hans - Teoria Pura do Direito, 5ª ed., Coleção Studium, Armênio Amado Editor, Sucessor, Coimbra, 1979.

LARENZ, Karl - Derecho Civil - parte general. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978

LARENZ, Karl - Metodologia da Ciência do Direito, ed. Fundação Galouste Gulbenkian, 2ª ed., Lisboa, 1989.

LEGRAND, Gerard - Dicionário de Filosofia, Lisboa, Portugal, Edições 79.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de - Elementos de Direito Administrativo, 2ª ed., rev., ampl. e atual. com a Constituição Federal de 1988, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990.

MIRANDA, Jorge - Manual de Direito Constitucional, Tomo II, ed. Coimbra, 2ª ed., 1983.

SILVA, José Afonso da - Curso de Direito Constitucional Positivo, 6ª ed., rev. e ampliada de acordo com a nova Constituição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

TEMER, Michel - Elementos de Direito Constitucional, 7ª ed. ampl. e rev., de acordo com a Constituição Federal de 1988, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990.

TOLEDO, Francisco de Assis - Princípios Básicos de Direito Penal, de acordo com a Lei n. 7209, de 11-7-84 e com a Constituição Federal de 1988, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1991.

ÍNDICE

I	- INTRODUÇÃO	p.2
II	- NOÇÃO DE SISTEMA	p.3
III	- A VISÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO COMO SISTEMA	p.6
IV	- PRINCÍPIOS JURÍDICOS	p.14
V	- PRINCÍPIOS DE DIREITO E A CONSTITUIÇÃO	p.16
VI	- A ORDEM CONSTITUCIONAL - COLOCAÇÕES PRELIMINARES	p.19
VII	- PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO PENAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	p.23
VIII	- DIREITO À VIDA	p.24
	1 - DIREITO À EXISTÊNCIA	p.25
	2 - DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA	p.26
	3 - DIREITO À INTEGRIDADE MORAL	p.28
	4 - PENA DE MORTE	p.29
	5 - EUTANÁSIA	p.30
IX	- PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	p.32
	1 - LEGITIMAÇÃO ATIVA	p.33
	2 - AÇÃO POSITIVA E AÇÃO NEGATIVA	p.33
	3 - A EXPRESSÃO "EM VIRTUDE DA LEI"	p.34
	4 - LEGALIDADE E RESERVA DE LEI	p.35
	5 - LEGALIDADE E PODER REGULAMENTAR	p.36
	6 - LEGALIDADE PENAL	p.36
	7 - DECRETO-LEI, MEDIDA PROVISÓRIA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL	p.37
	8 - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DIREITO CONSUETUDINÁRIO	p.40
	9 - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E ANALOGIA	p.42

X	- PRINCÍPIO DA PERSONALIZAÇÃO DA PENA	p.44
XI	- PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	p.47
XII	- PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL INTERTEMPORAL	p.49
XIII	- BIBLIOGRAFIA	p.53