

# ***Das bases constitucionais do Direito Penal***

Ivan Luiz da Silva

## Sumário

1. Direito Penal e Constituição. 2. Das relações entre Direito Penal e Constituição. 3. Das normas penais constitucionais. 3.1. Da classificação quanto às conseqüências proposta por Nuvolone. 3.2. Da classificação quanto à matéria proposta por Palazzo. 3.3. Da classificação quanto ao conteúdo e destinatário proposta por Maurício Ribeiro Lopes. 4. Dos princípios penais constitucionais.

As relações estabelecidas entre Direito Penal e Constituição podem ser estudadas sob três prismas: o dos princípios constitucionais do Direito Penal; o da correlação entre princípios específicos e institutos próprios do Direito Constitucional e a operacionalização do Direito Penal; e, por último, o da teoria dos delitos constitucionais (LOPES, 2000, p. 35). Neste trabalho, interessamos apenas a primeira perspectiva, e o objeto de estudo serão as normas constitucionais informativas do Direito Penal.

O Direito Penal de um Estado de Direito democrático é informado por princípios que visam garantir os direitos individuais mais fundamentais do cidadão, *verbi gratia*, os direitos inerentes à pessoa humana<sup>1</sup>. Assim, consagrados esses princípios nos códigos de Direito Penal, foram transportados, reflexamente, para as Constituições. Com efeito, a fonte primária do Direito Penal é a própria Constituição, da qual haure a legitimidade e fundamento para sua intervenção

Ivan Luiz da Silva é Mestre em Direito Público pela UFPE, Pós-graduado pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE, Professor substituto da Escola Superior da Magistratura de Alagoas – ESMAL, Advogado, Procurador de Estado/AL, Ex-Procurador de Estado/SE.

punitiva sobre os direitos fundamentais dos cidadãos, mormente o *jus libertatis*.

A necessidade, portanto, de se apresentar um estudo sobre as bases constitucionais do Direito Penal decorre da íntima relação entre os princípios penais e o Direito Constitucional. Nesse sentido é magistral a lição de Maurício Ribeiro LOPES (1999, p. 154): “(...) A história dos princípios orientadores do Direito Penal, em certo sentido, coincide com a história do Direito Constitucional”.

### 1. Direito Penal e Constituição

O Direito Penal mantém estreitas relações com a Constituição, pois, sendo esta o estatuto político da nação, constitui a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal, em razão do princípio da supremacia constitucional<sup>2</sup>.

A Constituição é um instituto jurídico idealizado e criado pelos homens para a organização básica das regras de convivência social, política e jurídica de um povo. Consiste na carta de intenções fundamental das regras de convivência de um país. Em sendo assim, esses preceitos de convivência têm de se preocupar com algumas regras de convivência de especial importância no seu elenco de suas normas jurídicas, que são as regras que interessam à Lei Penal (BENETI, 1992, p. 155).

Dois conceitos de Constituição que permitem relacioná-la ao Direito Penal são apresentados por Canotilho e Hesse. Para CANOTILHO, “Constituição é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão dos poderes, o poder político” (1995, p. 12).

Por sua vez, HESSE ensina que “a constituição é a ordem fundamental jurídica da coletividade. Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais deve-se formar unidade política e tarefas estatais a ser exer-

cidas. Ela regula procedimentos de vencimento de conflitos no interior da coletividade. Ela ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal. Ela cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica. Em tudo, ela é o plano estrutural fundamental, orientado por determinados princípios de sentido, para a configuração jurídica de uma coletividade” (1998, p. 37).

Da análise dos conceitos acima no que concerne à relação entre Direito Penal e Constituição, Ribeiro LOPES assim conclui: “os conceitos propostos por Canotilho e Hesse contêm todos os elementos indispensáveis na compreensão dos fenômenos relacionais entre a Constituição e o Direito Penal, porquanto fundam o conceito de Constituição em elementos basilares e comuns também às premissas de ordenação e desenvolvimento do sistema penal” (2000, p. 59).

O Direito Penal é o ramo do Direito que protege os bens jurídicos mais fundamentais para a sociedade, tais como a vida, a liberdade etc., pois, para proteção de tais valores sociais, os demais ramos do Direito não são suficientes, ou já não mais o são. Assim, as normas penais são regras de convivência de especial relevo, já que o Direito Penal é um conjunto de normas jurídicas que tutela os bens jurídicos de alta relevância, bem como garante os demais ramos jurídicos, pois serve de proteção às demais normas jurídicas<sup>3</sup>.

Esse também é o entendimento de René DOTTI: “o Direito Penal é a ciência destinada a proteger os valores e os bens fundamentais do homem. A sua tutela envolve também a comunidade e o Estado como expressões coletivas da pessoa humana, em torno de quem gravitam os interesses de complexa e envolvente ordem. Desde o direito à vida até o direito à sepultura, começo e fim da aventura da existência, movimentam-se um amplo repertório de bens e de interesses que têm no ser individual os pontos de partida e de chegada. Em todos os trechos do funcionamento do sistema, o ho-

mem deve ser a medida primeira e última das coisas, razão pela qual se proclama que, na categoria dos direitos humanos, o Direito Penal é mais relevante, o de maior transcendência” (1985, p. 23).

Para exercer essa função garantidora da ordem jurídica, o direito Penal apresenta-se armado de uma força sem similar nos outros ramos do Direito, qual seja: a coercitividade, a imposição de sanções criminais graves a quem viola seus mandamentos. Essa força do Direito Penal tem seu nascedouro na Constituição, como observa BENETI: “A força do Direito Penal não vem apenas dele próprio. Para ser suficientemente forte, a ponto de sobre-reger a convivência na sociedade, no campo que lhe é reservado, firma-se ele no Direito Constitucional, de modo que o que infunde força ao Direito Penal é o direito Constitucional. E, a rigor, essa assunção de força pelo Direito Constitucional, relativamente ao Penal, é mais intensa do que no tocante a outros ramos do Direito, como o Civil” (1992, p. 155).

Devido à sanção penal atingir direitos fundamentais do cidadão, como, *v.g.*, a liberdade, mister é que essa intervenção punitiva esteja em conformidade com a ordem constitucional. Portanto, o Direito Penal busca a legitimidade e conteúdo de suas normas diretamente na Constituição.

Esse vínculo é apontado por Ribeiro LOPES (2000, p. 18)<sup>4</sup>, que assim expõe: “A crescente influência do Direito Constitucional sobre o Direito Penal, principalmente a partir dos novos movimentos constitucionais do último quarto deste século, foi percebida pela doutrina, que passou a ser abundantemente influenciada não apenas pelos movimentos de reforma, mas por uma nova ritualística na interpretação do direito punitivo. Giovanni Flora, por exemplo, reconhece expressamente, no campo da relação entre a Constituição e o Direito Penal, a evolução da sensibilidade constitucional da ciência penal, da qual, dentre outras conclusões, afirma o reflexo na produção doutrinária mais recente”.

A Constituição influencia diretamente o Direito Penal ao dispor sobre o alcance e *limites do jus puniendi*, em face dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. As condições estabelecidas são de duas classes: formais, que se referem aos aspectos exteriores da intervenção punitiva; e materiais, relativas ao conteúdo das normas penais (LOPES, 2000, p. 179).

A influência constitucional sobre o Direito Penal é lapidarmente trazida a lume por PALAZZO<sup>5</sup> ao citar Woesner, “segundo o qual legislação penal – por natureza – deve ser lei de atuação da Constituição”, concretizando, necessariamente, uma relação entre indivíduo e autoridade, cujas linhas de fundo são traçadas na Constituição, e Eser, “pelo qual, de um lado, a Constituição dá o quadro dos valores de fundo do Direito Penal e, de outro, este último acolhe as limitações aos direitos de liberdade constitucionalmente garantidas”.

A base constitucional do Direito Penal evidencia-se em razão de sua missão primeira, que consiste em proteger os bens jurídicos mais relevantes contra as formas mais graves de agressão. Assim, como a Constituição alberga os bens jurídicos e interesses mais importantes para a sociedade, é, pois, nesse assentamento constitucional que a Lei Penal busca o fundamento para sua intervenção punitiva. Portanto, o Direito Penal toma o Texto Magno como parâmetro de referência para realizar sua missão de salvaguardar os bens jurídicos relevantes e criminalizar os fatos lesivos a esses bens.

A origem desse contato remonta à gênese do próprio constitucionalismo, como dito na abertura deste capítulo. A doutrina, de um modo geral, ensina que o constitucionalismo nasceu em 1215, quando o rei inglês João Sem-Terra assinou a *Magna Charta Libertatum*, na qual impunha limitações ao poder monárquico.

Maurício Ribeiro LOPES (1999, p. 154-161) aponta duas células *mater* da atual base constitucional do Direito Penal na *Magna Charta* de 1215: o art. 20, que trata das penas

pecuniárias; e o art. 39, que dispõe sobre o devido processo legal.

O art. 20, do texto acima referido, preconiza que: “A multa a pagar por um homem livre, pela prática de um pequeno delito, será proporcionada à gravidade do delito; e pela prática de um crime será proporcionada ao horror deste, sem prejuízo do necessário à subsistência e posição do infrator; a mesma regra valerá para as multas a aplicar a um comerciante e um vilão, ressaltando-se para aquele a sua mercadoria e para este a sua lavoura” (p. 155).

Assim, muitas garantias penais no que tange à aplicação das penas decorreram desse primeiro dispositivo. Nesse sentido LOPES (p. 155) ensina: “A redação conferida ao art. 20 da *Magna Charta Libertatum* teve seu significado ampliado posteriormente para abranger alguns princípios básicos para cominação de penas aos delitos. Note-se, aliás, que não só as penas pecuniárias foram resgatadas pela regra, mas também as penas privativas de liberdade deveriam estar sujeitas ao princípio da proporcionalidade da sanção. Tal premissa constava também do ideário de Beccaria, séculos depois, e hoje consta do rol de garantias previstas em várias Constituições”.

O art. 39, do mesmo texto, assim dispõe: “Nenhum homem será preso ou detido em prisão, ou privado de suas terras, ou posto fora da lei, ou banido, ou de qualquer maneira molestado; não procederemos criminalmente contra ele, nem o condenaremos senão por um julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra” (p. 159).

Ao comentar esse dispositivo legal, Ribeiro LOPES (p. 159) ensina que nele se encontra a base do devido processo legal – *due process of law*; sendo que tal garantia não seria apenas de natureza processual, mas também material. Nesse sentido é a lição do mestre citado: “À evidência que a última das regras tradicionais do *due process of law* [proibição de leis retroativas], citada por Ada Pellegrini, não é garantia da órbita processual, mas sim da material. É autêntico prin-

cípio norteador do Direito Penal. Corolário da proibição ao Poder Legislativo de editar leis retroativas é a obrigatoriedade da edição de lei em matéria penal. Com efeito, se a lei não fosse necessária, porque seria proibido editá-la para que tivesse vigência em data pretérita? Extrai-se, pois, que a própria legalidade penal decorre do *due process of law*.”

Exsurge, pois, que esses dois dispositivos normativos constituem o embrião da base constitucional que hoje informa o Direito Penal, sendo lapidar a observação de Ribeiro LOPES (p. 155): “A *Magna Charta* tornou-se, assim, a declaração de direitos que primeiro estabeleceu paradigmas daquilo que viria a ser chamado modernamente de princípios constitucionais do Direito Penal”.

Na história do Direito brasileiro, segundo Paulo QUEIROZ (1998, p. 21-22), podemos notar uma primeira influência do Direito Constitucional sobre o Direito Penal no *Aviso* de 28 de agosto de 1822, no qual o príncipe D. Pedro determinara que os juízes do crime deviam guiar-se pelas bases da Constituição monárquica portuguesa, de 10 de março de 1821. Entre essas bases constitucionais, destacava-se o art. 12, que preconizava: “Nenhuma lei, e muito menos a penal, será estabelecida sem absoluta necessidade. Toda pena deve ser proporcionada ao delito, e nenhuma deve passar da pessoa do delinqüente. A confiscação de bens, a infâmia, os açoites, o baraço e o pregão, a marca de ferro quente, a tortura, e todas as penas cruéis ficam em consequência abolidas”. Nessa linha de orientação, a nossa primeira Constituição, de 25 de março de 1824, viria dispor, em seu art. 179, itens 19 e 20: “desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis”; “Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. Portanto, não haverá caso algum de confiscação de bens, nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja”.

No atual estágio do constitucionalismo, a influência constitucional sobre o Direito Penal mostra-se intensa, uma vez que a

Constituição contém entre suas normas uma série de princípios penais, que orientam e informam a construção e aplicação das normas penais<sup>6</sup>.

A Constituição, portanto, atua como base de fundamentação e legitimidade das normas penais, devendo estas exercerem a tutela dos bens jurídicos em conformidade com o ideal de justiça propugnado pela ordem constitucional vigente. É oportuna a lição de Márcia Dometila CARVALHO (1992, p. 23-24)<sup>7</sup>, que assim ensina:

“(...) a não fundamentação de uma norma penal em qualquer interesse constitucional, implícito ou explícito, ou o choque mesmo dela com o espírito que perambula pela Lei Maior, deveria implicar, necessariamente, na descriminação ou não aplicação da norma penal.

(...) Lícito, pois, concluir que a disfuncionalidade, antinomia, enfim, falta de harmonia entre a norma penal concretizada e a justiça positivada ou almejada pela Constituição, deve ser traduzida como inconstitucionalidade. Ao contrário, a sanção penal será precedente e legítima, quando absolutamente necessária para a salvação das bases fundamentais em que se assenta a sociedade justa e livre que a Constituição visa construir.”

Nessa mesma linha de raciocínio, Ribeiro LOPES (2000, p. 175) preleciona: “(...) Constituição e Direito Penal existem, ambos, como reservatório das liberdades humanas, de modo que apenas um afinado concerto entre eles torna possível a legitimação de uma incriminação”.

## 2. Das relações entre Direito Penal e Constituição

O íntimo relacionamento entre Direito Penal e Constituição se traduz em inúmeras relações decorrentes desse contato. A característica preponderante dessas relações consiste na superioridade hierárquica

da norma constitucional, que atua como centro de fundação do Direito e constitui o padrão de validade das normas penais (LOPES, 1999, p. 164; 2000b, p. 193; 2000a, p. 20).

Entre essas relações, duas se mostram mais relevantes, a saber: a) a Constituição como fonte do Direito Penal, e b) a Constituição como redutor do Direito Penal.

### a) A Constituição como fonte do Direito Penal

É cediço que a Constituição desempenha relevante papel na construção das normas penais, uma vez que atua como centro (fonte) de autorização e legitimação do *jus puniendi*, sendo que, em matéria penal, a lei como fonte de Direito possui um significado muito mais intenso que em outros ramos jurídicos, haja vista ser mister atender-se à exigência do Princípio da Legalidade<sup>8</sup>.

No que tange aos princípios penais, Ribeiro LOPES (2000a, p. 23; 2000b, p. 196) assim observa: “Flora aponta o tema da Constituição no papel de fonte do Direito Penal como o primeiro e privilegiado terreno de nascimento e de desenvolvimento da atenção aos princípios constitucionais informadores do Direito Penal.” Nesse sentido é lapidar a lição do mestre citado: “A principal fonte normativa, enquanto tradução dos princípios políticos penais, é o estatuto jurídico do Estado, ou seja, a própria Constituição” (2000b, p. 237).

Assim, as normas penais – tanto os princípios como as regras jurídicas – têm sua fonte primeira na Constituição, a qual fornece os parâmetros para a fundamentação e legitimação do *jus puniendi*.

O Direito Penal, portanto, encontra sua base fundamental no texto constitucional, que lhe determina o alcance e limites. É a Constituição, pois, a fonte da legitimidade e da coercitividade da Lei Penal. Esse também é o entendimento de Beneti: “(...) O Direito Penal jamais sobreviveria se não tivesse um forte substrato constitucional, porque é na Constituição que o Direito Penal vem auferir a legitimidade – para interferir em

direitos fundamentais dos cidadãos, visto que, se não houvesse a previsão do sancionamento penal na Constituição, todo cidadão estaria previamente isento da sanção penal” (BENETI, 1992, p. 155).

Nesse sentido é a lição de NUVOLONE (1981, p. 40), para quem as normas e princípios constitucionais são o parâmetro da legitimidade das leis penais ordinárias e delimitam o âmbito de sua aplicação. Nessa linha de raciocínio, René DOTTI preleciona: “conforme Souza Brito, o Direito Penal ‘funda-se na Constituição, no sentido de que as normas que o constituem, ou são elas próprias normas formalmente constitucionais, ou são autorizadas ou delegadas por outras normas constitucionais. A Constituição não contém normas penais completas, isto é, normas que para ações ou omissões nelas previstas estatuem penas, medidas de segurança ou outras entidades jurídico-penais. Mas contém disposições de direito penal, que determinam em parte o conteúdo das normas penais” (1985, p. 25).

A ilação dessa argumentação é que o Direito Penal nasce e recebe sua legitimidade da Carta Excelsa, sem a qual não conseguiria cumprir sua função garantidora dos bens jurídicos penalmente tutelados. Vale trazer a lume a lição de BENETI nesse tocante: “de uma certa maneira, podemos ver, no direito Constitucional, o verso e reverso do Direito Penal. Vemos o Direito Penal encaixando-se na Constituição naquilo que a Constituição o apóia, libera-o; e vemos o Direito Penal limitado pela Constituição naquilo em que a Constituição lhe veda a invasão à esfera de liberdade dos cidadãos” (1992, p. 156).

#### *b) A Constituição como redutor do Direito Penal*

A Constituição, ainda, influencia as normas penais ao atuar como redutor do Direito Penal, sendo as limitações constitucionais de duas espécies: de natureza material e de natureza formal.

As limitações materiais impedem a criação de normas penais contrárias aos princí-

pios e garantias constitucionais que decorrem do rol de direitos e garantias individuais consagrados na Constituição. Por exemplo: é vedada a criação de pena de morte, uma vez que tal norma seria contrária ao direito à vida propugnado pela Lei Magna (LOPES, 1999, p. 167).

As limitações formais, por sua vez, impedem a edição de normas em desconformidade com os princípios constitucionais que regulam a elaboração da lei penal. Por exemplo: a vedação às leis penais retroativas (LOPES, 1999, p. 167).

Assim, a Constituição reduz o alcance do Direito Penal ao informar material e formalmente a construção e aplicação das normas penais. Nessa linha de raciocínio, Márcia Dometila CARVALHO (1992, p. 37) pontifica: “A nova Constituição traz um caráter limitador das leis penais, no momento em que regula os direitos e liberdades fundamentais, contemplando, implicitamente, ou mesmo de forma explícita, os limites do poder punitivo e os princípios informadores do direito repressivo: as proibições penais não se podem estabelecer para fora dos limites que permite a Constituição, isto significando, também, que não podem ser afrontados os princípios éticos, norteadores da Lei Maior, mesmo que instituídos em dispositivos programáticos, sem regulamentações que lhes garantam uma existência real”.

### *3. Das normas penais constitucionais*

O Direito Penal marca presença nas Constituições por meio de postulados que resguardam as garantias individuais à medida que restringem a intervenção punitiva do Estado; por outro lado, ampliam o campo de atuação da Lei Penal com vistas a proteger um maior número de bens jurídicos.

As normas constitucionais em matéria penal podem ser classificadas de várias formas; contudo, para fins deste estudo, três classificações merecem destaque, a saber: a) a classificação de Pietro Nuvo-lone, b) a classificação de Francesco Pa-

lazzo, e c) a classificação de Maurício Antônio Ribeiro Lopes.

### 3.1. Da classificação quanto às conseqüências proposta por Nuvolone

Apresenta Pietro NUVOLONE (1981, p. 39-40) uma classificação das normas constitucionais quanto às suas conseqüências em relação à lei ordinária.

Assim, há as normas constitucionais postas no mesmo plano de abstração das normas penais: sempre que houver incompatibilidade com uma lei penal, esta deve ser considerada tacitamente revogada. Por exemplo: o art. 5º, XLVII, da Constituição vigente, veda a criação de pena de morte (salvo em caso de guerra declarada); portanto, qualquer lei penal que cominar essa modalidade de pena será abrogada em razão do texto constitucional (NUVOLONE, 1981, p. 39; LOPES, 1999, p. 174).

Existem, também, as normas constitucionais colocadas num plano de maior abstração em relação às do Código Penal; são, na realidade, os princípios informativos do Direito Penal, que podem entrar em conflito com leis penais que, num plano mais sólido, ditam regras para o caso concreto. Nesse caso a regra mais densa é inconstitucional (1981, p. 39)<sup>9</sup>. Exemplo disso seria a criação de norma penal instituindo penas corporais; que violaria o princípio penal da dignidade humana previsto pela Carta Magna.

Por último, existem normas constitucionais que contemplam determinados direitos de liberdade que, mesmo não sendo absolutamente contrários à lei penal, entram parcialmente em conflito com algumas possíveis aplicações de uma lei penal. Nesse caso, a conduta pode ser considerada justificada pelo limite discriminante do exercício do direito (NUVOLONE, 1981, p. 39; LOPES, 1999, p. 174). Veja-se, *verbi gratia*, a compatibilização da liberdade de imprensa com os tipos penais previstos na Lei de Imprensa (Lei nº 5250/67).

### 3.2. Da classificação quanto à matéria proposta por Palazzo

Para PALAZZO (1989, p. 22-23), as normas constitucionais em matéria penal podem ser classificadas em duas espécies: princípios de Direito Penal constitucional e princípios constitucionais pertinentes à matéria penal.

Os princípios constitucionais especificamente penais referem-se exclusivamente às normas que formam a base constitucional de elaboração do Direito Penal. No que tange a esses princípios, PALAZZO (1989, p. 23) preleciona que “(...) apresentam um conteúdo típico e propriamente penalístico (legalidade do crime e da pena, individualização da responsabilidade etc.) e, sem dúvida, delineiam a ‘feição constitucional’ de um determinado sistema penal, a prescindir, eventualmente, do reconhecimento formal num texto constitucional. Tais princípios, que fazem parte, diretamente, do sistema penal, em razão do próprio conteúdo, têm, ademais, características substancialmente constitucionais, enquanto se circunscrevem dentro dos limites do poder punitivo que situam a posição da pessoa humana no âmago do sistema penal; em seguida, vinculam os termos essenciais da relação entre indivíduo e Estado no setor delicado do direito penal”.

Os princípios penais constitucionais *stricto sensu* podem ser divididos em princípios explícitos e implícitos. Os explícitos são enunciados de forma expressa no texto constitucional. Os implícitos são deduzidos das normas constitucionais, uma vez que se encontram latentes no interior da ordem jurídica constitucional.

Os princípios constitucionais penais *stricto sensu* informam a ordem jurídica penal, já que são as normas que compõem a base constitucional do Direito Penal. São exemplos desses: o da legalidade dos delitos e das penas<sup>10</sup>.

Os princípios constitucionais pertinentes à matéria penal não são estritamente de Direito Penal, impondo-se tanto ao legisla-

dor penal quanto ao legislador civil, tributário etc. Referem-se, predominantemente, ao aspecto de conteúdo das incriminações no sentido de fazer com que o Direito Penal se constitua um poderoso instrumento de tutela dos bens de relevância social (LUIZI, 1992, p. 10). Assim, condicionam a função garantidora das demais normas jurídicas, que é exercida pelo Direito Penal.

PALAZZO (1989, p. 23) assim os define: “Os princípios (ou valores) pertinentes à matéria penal, se atêm à específica matéria constitucionalmente relevante (economia, administração pública, matrimônio e família), da qual traçam, freqüentemente, os grandes rumos disciplinadores. Embora sejam princípios de condição obviamente constitucional, seu conteúdo se revela heterogêneo e, por isso, não exatamente característicos do direito penal; impõe-se tanto ao legislador civil, ou administrativo, como ao penal que intervier – não raro de forma necessária – na respectiva matéria. O fenômeno de sua influência no direito penal moderno pressupõe o caráter ‘sancionatório’, em certo sentido, do direito penal em si, enquanto – diferentemente dos princípios de direito penal constitucional – condicionam, com prevalência, o conteúdo, a matéria penalmente disciplinada, e não a forma penal de tutela, o modo de disciplina penalística”.

Ainda sobre esses princípios, Luiz LUIZI (1992, p. 11) ensina que:

“Os princípios ditos apenas pertinentes ao direito penal traduzem, em geral, orientação ao legislador penal no sentido de determinar ao mesmo a elaboração de normas incriminadoras destinadas à proteção de valores transindividuais. Constituem exemplos destes postulados as determinações contidas nas Constituições contemporâneas no sentido de proteção ao meio ambiente, ao trabalho etc. Para a concreção dessas indicações constitucionais o legislador ordinário deverá editar normas de caráter civil prevendo

indenizações, de caráter tributário prevendo tributos especiais e multas etc., e, também, se efetivamente necessário, normas incriminadoras penais.

Os referidos princípios, embora em quase sua totalidade traduzam exigências de criminalização para proteção de bens coletivos, episodicamente podem ser concernentes aos aspectos gerais do direito penal. Mas via de regra se caracterizam por ampliarem a área de abrangência da resposta penal, alargando o campo dos bens penalmente tutelados, neles incluindo os de natureza transindividual.”

Não obstante não sejam princípios exclusivamente penais, impõem a obrigação de se elaborar uma tutela penal para os bens jurídicos de alta relevância, como o meio ambiente, a atividade econômica etc. Contudo, essa tutela penal deve estar em consonância com os princípios constitucionais especificamente penais, sob pena de haver a eiva da inconstitucionalidade da norma penal elaborada.

### *3.3. Da classificação quanto ao conteúdo e destinatário proposta por Mauricio Ribeiro Lopes*

Ao tratar das normas penais inseridas na Constituição, Mauricio Ribeiro LOPES (1999, p. 178-180) apresentou uma classificação baseada em critérios de conteúdo da norma e segundo o destinatário.

No que tange à classificação segundo o conteúdo, os princípios penais dividem-se em princípios constitucionais, que se referem ao crime, e aqueles outros que dirigem a pena. Os primeiros são aqueles que disciplinam e organizam o preceito primário da lei penal (descrição do fato típico), não obstante possam interferir sobre a elaboração da sanção penal, como sói fazer o Princípio da Legalidade, da Irretroatividade da lei penal etc. Os segundos referem-se exclusivamente à elaboração da regras referentes à sanção penal, como são os princípios que dizem respeito à limitação, aplicação e execução das penas (p. 179).

A segunda classificação dos princípios penais proposta por Ribeiro Lopes diz respeito ao destinatário do comando normativo. Assim, em razão da tríplice separação dos poderes do Estado, tríplice também é o exercício do *jus puniendi* (p. 180).

Há, portanto, princípios penais que são dirigidos diretamente para cada um dos poderes do Estado. Nessa linha de raciocínio, Ribeiro LOPES (p. 180) pontifica: “Assim, há normas constitucionais em matéria penal que são dirigidas ao legislador do Estado, como por exemplo a que exige a existência de lei anterior ao fato para que o mesmo possa ser tido como delituoso. Há normas dirigidas aos membros do Poder Judiciário, estas principalmente as de cunho adjetivo, embora já nos tenhamos manifestado sobre o tema, mas também há normas que decorrem da adoção do princípio da estrita legalidade, impedindo assim a criação jurisprudencial em prejuízo ao acusado, através de raciocínio analógico *in pejus*. Há ainda normas dirigidas aos administradores representantes do Poder Executivo, ao exigir destes a verificação de pressupostos mínimos para a execução material das penas cominadas, principalmente em se tratando de penas privativas de liberdade”.

#### 4. Dos princípios penais constitucionais

A Constituição brasileira possui entre suas normas vários princípios fundamentais em matéria penal, que são informadores do Direito Penal. Podem ser denominados princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão ou, simplesmente, princípios fundamentais do Direito Penal democrático. São garantias do cidadão perante o poder punitivo do Estado<sup>11</sup>.

Esses princípios constitucionais formam o alicerce do ordenamento jurídico-penal, configurando-se em base constitucional do Direito Penal moderno, uma vez que visam garantir os direitos fundamentais dos cidadãos em face do poder punitivo do Estado,

propondo, ainda, a adoção de um Direito Penal mínimo, ou seja, dirigido exclusivamente para aqueles fatos sociais que demonstram materialmente a necessidade de uma repressão penal<sup>12</sup>.

No que tange à identificação dos princípios fundamentais do Direito Penal, cumpre inicialmente trazeremos a lume a lição de Nilo BATISTA (1996, p. 61): “A procura de princípios básicos do Direito Penal exprime o esforço para, a um só tempo, caracterizá-lo e delimitá-lo. Existem, efetivamente, alguns princípios básicos que, por sua ampla recepção na maioria dos ordenamentos jurídico-penais positivos da família romano-germânica, pela significação política de seu aparecimento histórico ou de sua função social, e pela reconhecida importância de sua situação jurídica (condicionadora de derivações e efeitos relevantes), constituem um patamar indeclinável, com ilimitada valência na compreensão de todas as normas positivas. Tais princípios básicos, embora reconhecidos ou assimilados pelo direito penal, seja através de norma expressa, seja pelo conteúdo de muitas normas a eles adequadas, não deixam de ter um sentido programático, e aspiram ser plataforma mínima sobre a qual possa elaborar-se o direito penal de um Estado de direito democrático”<sup>13</sup>.

Assim, os princípios fundamentais do Direito Penal podem ser encontrados, expressa ou implicitamente, no texto constitucional, já que a construção e aplicação das normas penais devem, imperiosamente, estar em consonância com o sentido de justiça e liberdade proposto pela Constituição.

Os princípios penais são mandamentos fundamentais que irradiam um comando superior e vinculante sobre o processo de construção e aplicação das normas jurídicas do Direito Penal, assumindo, assim, a função de alicerce e molde constitucional do sistema penal.

Nesse sentido também ensina Ribeiro LOPES (1999, p. 179)<sup>14</sup>, para quem “os princípios constitucionais do Direito Penal, em sua acepção estrita, compreendem as nor-

mas formuladoras de regras a serem obedecidas originariamente pelo legislador penal ordinário”.

Na doutrina espanhola, é magistral a conceituação de Juan Antonio MARTOS NÚÑEZ (1991, p. 217), que assim os define:

“Os princípios informadores do Direito Penal são aqueles pressupostos técnico-jurídicos que configuram a natureza, características, fundamentos, aplicação e execução do Direito Penal. Constituem, portanto, os pilares sobre os quais descansam as instituições jurídicopenais: os delitos, as faltas, as penas e as medidas de segurança, assim como os critérios que inspiram as exigências político-criminais.

Os princípios informadores não só respondem a exigências da Ciência penal e do Direito Judicial, senão que, ademais, expressam as exigências e garantias de um Estado Social e Democrático de Direito (...).”

Partindo desse contato entre Constituição e Direito Penal, vejamos os princípios penais básicos apresentados pela doutrina pátria.

Nilo BATISTA (1996, p. 64-105), apresenta cinco princípios: legalidade (ou reserva legal, ou intervenção legalizada), intervenção mínima, lesividade, humanidade e culpabilidade.

Para Luiz LUISI (1991, p. 13-40), são: princípio da legalidade, intervenção mínima, da humanidade e os da pessoalidade e da individualização da pena.

René Ariel DOTTI (1985, p. 27-39), segundo as bases constitucionais do direito Penal, apresenta os seguintes: intervenção mínima, intervenção legalizada, legalidade dos ilícitos e das sanções, irretroatividade da lei mais severa e retroatividade da lei mais benigna, personalidade e individualização das sanções, responsabilidade em função da culpa, retribuição proporcionada, reações penais como processo de diálogo (finalidade da pena) e humanidade das sanções.

Márcia Dometila CARVALHO (1992, p. 53-74), discorrendo sobre a fundamenta-

ção constitucional do Direito Penal, entende merecer destaque os princípios da legalidade e da culpabilidade.

César BITENCOURT (1999, p. 37-50) relaciona os seguintes princípios: legalidade, intervenção mínima, fragmentariedade, culpabilidade, humanidade, irretroatividade, adequação social e insignificância.

Luiz Régis PRADO (2000, p. 77-86), por sua vez, aponta estes princípios: legalidade, irretroatividade, culpabilidade, exclusiva proteção dos bens jurídicos, intervenção mínima, fragmentariedade, pessoalidade, individualização da pena, proporcionalidade, humanidade, adequação social e insignificância.

Maurício Ribeiro LOPES (1999, p. 64-107) relaciona os seguintes princípios penais constitucionais: legalidade, taxatividade, insignificância, proporcionalidade, intervenção mínima, fragmentariedade, subsidiariedade, adequação social, culpabilidade, humanidade, exclusiva proteção dos bens jurídicos, pessoalidade da pena e individualização da pena.

Não obstante a diversidade das relações, todas têm em comum a circunstância de apresentarem um elenco de princípios penais presentes no texto constitucional e em consonância com a proteção do princípio da liberdade que permeia as estruturas de um Estado de Direito Democrático material.

#### Notas

<sup>1</sup> Ensina Paulo de Souza QUEIROZ (2001, p. 121), que “o perfil do Direito Penal – autoritário ou democrático – dependerá da conformação político-constitucional que se lhe dá (ao Estado)”. Portanto, Os limites do Direito Penal são os limites do próprio Estado, uma vez que é a Constituição que estabelece as bases e os limites do *jus puniendi*.

<sup>2</sup> LOPES (1999, p. 181). Em torno dessas relações, Francesco PALAZZO (1989, p. 16) assim pontifica: “Relações estreitíssimas, porque o direito penal é, por natureza, instrumento privilegiado de política e de utilidade social, tornando-se, por isso, um tema político por excelência, como se dá no eterno conflito entre o indivíduo e a autoridade es-

tatal representativa da comunidade. Se de um lado, a ação delituosa constitui, de fato, ao menos como regra, o mais grave ataque que o indivíduo desfere contra os bens sociais máximos tutelados pelo Estado, por outro lado, a sanção criminal, também, por natureza, dá corpo à mais aguda e penetrante intervenção do Estado na esfera individual”.

<sup>3</sup> Essa função é denominada caráter subsidiário do Direito Penal, ou seja, atua como o último recurso do Direito para impor a ordem pública; é a *ultima ratio extrema*, seu uso só é indicado quando as sanções civis e administrativas falharem. Por outro lado, o uso indiscriminado – hipertrofia – do Direito Penal pode retirar-lhe a legitimidade social penal. Vide: QUEIROZ (1998).

<sup>4</sup> Esse mesmo autor, com apoio em Jakobs, ainda observa que o Direito Penal legitima-se formalmente mediante a aprovação de leis penais conforme a Constituição.

<sup>5</sup> PALAZZO (1989, p. 18). Vide também LOPES (2000a, p. 180). LOPES (2000, p. 20).

<sup>6</sup> Nesse sentido, Luiz LUISI (1991, p. 9) observa: “As Constituições promulgadas nos últimos decênios se caracterizam pela presença no elenco de suas normas de instâncias de prerrogativas individuais, e concomitantemente de instâncias que traduzem imperativos de tutela de bens transindividuais ou coletivos. Ou seja: os princípios do *Rechtstaats* e, ao mesmo tempo do *Sozialstaats*. Os primeiros configuram-se em preceitos asseguradores dos direitos humanos e da cidadania. Os segundos se fazem presentes na tutela dos valores sociais”.

<sup>7</sup> Nesse sentido também é o entendimento de Paulo QUEIROZ (1998, p. 24): “As disposições penais, enfim, servem à Constituição Federal; cumprem funções constitucionais, razão por que somente valem e obrigam sempre que respondam, funcionalmente, aos mandamentos, princípios e normas constitucionais fundamentais”.

<sup>8</sup> Sobre a lei como fonte do Direito Penal, vide GOMES (1990, p. 257-268).

<sup>9</sup> Aqui é mister salientarmos que as normas jurídicas constitucionais são de duas espécies: princípios jurídicos e regras jurídicas; sendo que os princípios possuem menor densidade que as regras jurídicas, as quais detêm maior densidade para solução de problemas concretos.

<sup>10</sup> Sobre esses princípios, Luiz LUISI (1989, p. 11) assim ensina: “Tais princípios e outros similares, como os da intervenção mínima, da individualização da sanção penal e da humanidade, originam e condicionam o poder punitivo do Estado, e segundo magistério de F. Palazzo, ‘situam a posição da pessoa humana no âmago do sistema penal’”.

<sup>11</sup> Cezar BITENCOURT e Luiz PRADO (1996, p. 81) assim observam em relação a esses princípios: “As idéias de igualdade e de liberdade, apanágios do iluminismo, deram ao Direito Penal um caráter

formal menos cruel do que aquele que predominou durante o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muitos desses ‘princípios limitadores’ passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão”.

<sup>12</sup> Em torno desse ponto, Ribeiro LOPES (1999, p. 73) assim argumenta: “Todos esses princípios, hoje inseridos, explícita ou implicitamente, em nossa Constituição (art. 5º), têm a função de orientar ao legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista.” Nesse sentido também é o entendimento de Antonio Roberto SYLLA (2000, p. 103): “Os princípios constitucionais de Direito Penal delimitam a relação penal do Estado, visando a garantir a exigência de segurança jurídica formal e material imposta pelo Estado Democrático de Direito. Esses princípios são de orientação básica ao legislador infraconstitucional”.

<sup>13</sup> Sobre esse ponto, René Ariel DOTTI (1985, p. 26) assim observa: “A dignidade científica das normas penais e sua harmonia com a Constituição reclamam a adoção de princípios básicos. Alguns deles devem ser claramente enunciados na Lei Fundamental visando não somente informar materialmente a positivação do Direito Penal como também orientar sua compreensão”.

<sup>14</sup> Luiz LUISI (1991, p. 12) assim observa sobre o tema: “(...) Em verdade nos princípios constitucionais se situam de um lado, os fundamentos do direito de punir do Estado, indicando seu fins e seu alcance como também as suas fontes e as exigências de seus enunciados e, principalmente fixando os seus infranqueáveis limites, e de outro lado, as exigências do *Sozialstaats*, fazendo do Direito Penal um instrumento na construção de uma sociedade que, mantendo-se fiel às instâncias inderrogáveis dos postulados iluministas, almeje, também, ser mais igualitária, isto é, mais justa”.

## Bibliografia

- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.
- BENETI, Sidnei Agostinho. A Constituição e o sistema penal. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 156, 154/176, 1992.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Regis. Princípios fundamentais do direito penal. *Re-*

- vista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, p. 80-88, 1996.
- BITENCOURT, Cézer Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: RT, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.
- DOTTI, René Ariel. As bases constitucionais do direito penal democrático. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, v. 22, n. 88, p. 21-44, out./dez. 1985.
- GOMES, Luiz Flávio. A lei forma como fonte única do direito penal (incriminador). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 656, p. 257-268, jun. 1990.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. O papel da constituição, seus valores e princípios na formação do direito penal. In: LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti (Orgs.). *Direito penal e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000a.
- \_\_\_\_\_. *Princípios políticos do direito penal*. São Paulo: RT, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Teoria constitucional do direito penal*. São Paulo: RT, 2000b.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. Principios penales en el Estado social y democrático de derecho. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 1, p. 217-299, 1991.
- NUVOLONE, Pietro. *O sistema do direito penal*. São Paulo: RT, 1981.
- PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.
- PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SYLLA, Antonio Roberto. O “preâmbulo” da Constituição brasileira e sua relevância para o direito penal. In: LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti (Orgs.). *Direito penal e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.