

1. INTRODUÇÃO

Os princípios básicos de um sistema jurídico, como salienta Canotilho, são multifuncionais (CANOTILHO, 1992). Eles podem, por um lado, ter uma função argumentativa, no momento em que permitem denotar, por exemplo, a *ratio legis* de uma disposição, o que significa, por outras palavras, uma verdadeira função hermenêutica, pois é com base nos princípios básicos de Direito Penal será feita a interpretação das normas penais. Os princípios exercem esta função hermenêutica no âmbito sistemático, de modo a conduzir à interpretação que melhor se aproxime da ideia de Direito. Assim, na dubiedade da norma penal contida em lei extravagante ou mesmo num microssistema jurídico, a hermenêutica deve ser feita de acordo com os princípios fundamentais de Direito Penal, de modo a permitir que seu conteúdo seja adequado teleológica e axiologicamente numa unidade ordenada. Desta forma, qualquer regra de Direito Penal deverá ser regida pelos princípios diferenciadores do Direito Penal em relação aos demais ramos do Direito, permitindo, desta forma, que a norma possa, por intermédio das interpretações sistemática e teleológica, adequar-se ao padrão valorativo consagrado nos princípios de Direito Penal.

Confere-se, também, aos princípios, uma eficácia normativa positiva, pois condicionam o legislador a concretizar seu conteúdo nas regras de Direito Penal positivo. No aspecto, Manuel de Rivacoba Y Rivacoba identifica nestes princípios uma verdadeira função construtiva, *“cuando en la medida en que inspiran a ciertas leyes e incluso un sector individualizado de la legislación, que se adecuan a sus postulados o dictados, obrando como forma pura que se infunda en ellas como materia y recibe de ellas un contenido, las rigen y constituyen en penales y son leyes y hasta un ordenamiento penal, acreditando su verdadera naturaleza penal.”* (RIVACOBA, 2000). Trata-se de verdadeira função prospectiva, na medida em que permite que seu conteúdo possa ser adotado numa interpretação evolutiva.

É de se notar, também, que terão os princípios também uma eficácia limitadora do conteúdo das regras de Direito Penal aos moldes dos seus princípios. Embora seja impossível dizer que um princípio jamais será contrariado pelas normas-regra, mister reconhecer que os princípios, que carregam consigo a ideia de fundamento construtivo das normas, impõem limites formais e materiais de atuação do Direito Penal, que deverão ser observados pelas demais regras jurídicas, só podendo ser excepcionadas quando as mesmas tiverem fundamento material em outro princípio, de modo que não haveria, efetivamente, uma norma violando um princípio, mas sim um conflito de princípios de modo que um deles cederá espaço para que outro prevaleça.

Este elenco não exaure, por certo, a multifuncionalidade que representam os princípios fundamentais de um sistema ou um subsistema (como é o subsistema jurídico-penal), mas já permite antever a importância de sua definição e delimitação na seara do ordenamento jurídico.

2. MATRIZ CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL

Muitos dos princípios de Direito Penal presentes nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, são, como diz Ferrajoli, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo. A codificação do Direito Penal no século XIX corresponde, segundo Gérson Pereira dos Santos, à aurora da Ciência Penal, em detrimento da *teologia secularizada* que medrava até então. E os ideais de Beccaria, como verdadeiro preceptor de uma verdadeira tradição jurídico-penal humanitária. (FERRAJOLI, 2002)

Todos estes princípios surgiram, na verdade, como uma limitação ao *jus puniendi* estatal, como um mínimo de garantias do cidadão contra a excessiva ingerência estatal no âmbito penal. Daí surgiram os ideais que conferiram toda a carga valorativa dos princípios fundamentais de Direito Penal. Esses princípios, cristalizados historicamente a partir das codificações do início do século XIX, romperam com a antiga estrutura criminal e instituíram uma nova, fundada numa série de garantias individuais, arrimadas nos princípios fundamentais da liberdade, legalidade, humanidade e segurança jurídica para os cidadãos surge uma nova escala de valores a serem tutelados, e um novo paradigma a ser enfrentado. E estes princípios foram sendo sedimentados, desenvolvidos e aprimorados nas codificações e textos constitucionais subsequentes, arrimados na manutenção da ideia do Estado de Direito e nas garantias individuais, de modo que é impossível, atualmente, conceber que as pautas principiológicas do Direito Penal estejam alheias ao texto constitucional.

Não se pode olvidar que os princípios penais têm atualmente assento constitucional e estão presentes na ordem jurídica vigente, pois é a Constituição a estrutura fundante do ordenamento jurídico, portadora dos princípios fundamentais, não só da ordem jurídica, mas também dos subsistemas que o integram. No dizer de Luiz Luisi, “*os princípios constitucionais especificamente penais concernem aos dados embasadores da ordem jurídica penal, e lhe imprimem uma determinada fisionomia.*” (LUIZI, 1999) Compreender, hoje, o Direito Penal como um subsistema Constitucional autônomo, porém integrado à ordem jurídica Constitucional, depende, da compreensão dos princípios fundamentais do Direito Penal e de suas interrelações.

O subsistema penal, evidentemente, está vinculado às linhas mestras desenvolvidas pelos princípios estruturantes da Constituição, pois uma característica fundamental de um subsistema, para ser caracterizado como tal, é sua harmonia e compatibilidade com os preceitos normativos inspiradores da ordem jurídica.

3. OS PRINCÍPIOS EXPRESSOS DE DIREITO PENAL

Definidos o que são e qual a natureza jurídica dos princípios fundamentais de Direito Penal, cumpre então, enunciá-los, de acordo com duas categorias: A) a dos princípios de Direito Penal Constitucional expressamente recepcionados pelo texto da Carta Magna; B) a dos princípios implícitos de Direito Penal, os quais, embora não estejam presentes de forma explícita no texto constitucional, são considerados, pela doutrina e jurisprudência, como verdadeiras pautas informadoras do Direito Penal, como concretização dos fins de política criminal de um Estado Democrático de Direito, ou como densificação dos princípios constitucionais estruturantes da ordem jurídica.

Quanto à primeira categoria, é possível enunciar os seguintes princípios de Direito Penal Constitucional, insculpidos expressamente no art. 5º da Constituição Federal: A) legalidade (art. 5º, XXXIX); B) intranscendência (art. 5º, inc. XLV); C) individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI); D) humanidade (5º, XLVII).

Pode-se dizer que há, também, os princípios da irretroatividade da lei e o princípio da taxatividade, também expressos no art. 5º, inc. XXXIX da Carta Magna. Todavia, ditos princípios, como acentua Toledo, são desdobramentos do princípio da legalidade, cuja concepção é obtida no quadro da “*função de garantia da lei penal*”. No mesmo sentido, Luiz Luisi:

“O princípio da legalidade, segundo a doutrina mais contemporânea, se desdobra em três postulados. Um quanto as fontes das normas penais incriminadoras. Outro concernente a enunciação destas normas. E um terceiro relativo a validade das disposições penais no tempo. O primeiro dos postulados é o da reserva legal. O segundo é o da determinação taxativa. E o último é o da irretroatividade.” (TOLEDO, 1991)

Os princípios de Direito Penal expressos na Constituição traduzem de maneira inequívoca a evolução histórica do pensamento jurídico-penal, e, permitem, pela compreensão dos mesmos, uma primeira leitura das feições que caracterizam o subsistema jurídico-penal. Estes princípios expressos são aqueles que, conforme Larenz, podem assumir a forma de proposição jurídica, condensados numa regra imediatamente aplicável, e, por essa razão, a observância e a adequação das demais regras jurídicas presentes no subsistema torna-se mais fácil e evidente.

Ainda que tenham estrutura de proposição jurídica (como o princípio da reserva legal e o princípio da intranscendência), não se pode negar-lhes o caráter de princípios fundamentais, não apenas pelo seu grau de importância, fundamentalidade e hierarquia, mas também, como sustenta Eros Roberto Grau, eles comportam uma série infinita de aplicações, ou, em outras palavras, uma série indeterminada de *facti species* expressamente presentes nas demais regras jurídico-penais, e comparecem, de forma evidente, no texto normativo subordinado e representam uma força interpretativa evidente nas referidas normas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como os princípios implícitos são pautas valorativas e densificações de outros princípios penais e constitucionais que permeiam a ordem jurídica, é evidente que nenhum rol de princípios implícitos aqui poderia ser considerado exaustivo, até porque a ordem constitucional contém diversos valores e princípios, cujo conteúdo material pode sofrer mutações constitucionais endogenéticas, ou ainda, que existam princípios cuja “descoberta” ainda não tenha sido feita pelos estudiosos do Direito, em face das inúmeras possibilidades valorativas decorrentes das combinações dos princípios. (CANOTILHO, 2000)

Assim, poderíamos discutir a natureza dos ditos “princípios”, como, *v.g.*, o da adequação social e o da insignificância. Todavia, deve-se notar se ditos princípios possuem, efetivamente, o caráter de fundamentalidade e desempenham, no ordenamento jurídico, essa tríplice função já mencionada no início deste texto. Ditos princípios parecem ser, na verdade, densificações e concretizações dos princípios da intervenção mínima e da lesividade.

Certo é que, em face da ideia de princípio aqui formulada, nenhum deles representa um axioma nem os princípios representam um conjunto de axiomas do Direito Penal. São eles pautas normativas que se excepcionam, se complementam e se limitam reciprocamente, e é justamente do conjunto dessas relações que surgem os institutos peculiares de um subsistema

inserido no âmbito constitucional, cujos princípios, expressos ou não, mantém-se em consonância com a ordem jurídica estabelecida, e não com o iluminismo secularizado.

REFERENCIAS

BATISTA, Nilo, *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, 4. ed., Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

BITTENCOURT, Cezar Roberto, *Manual de Direito Penal – Volume 1*, 6ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2000,

CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, 2. ed., trad. Antonio Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996

CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, 5. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1992;

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1999

CARRIÓ, Genaro R. *Notas Sobre Derecho Y Lenguage*, Buenos Aires: Abeledo Penot, 1990.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José, *Direito Penal na Constituição*, 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991

DIAS, Jorge Figueiredo, *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999

DOTTI, René Ariel, *Curso de Direito Penal –Parte Geral*. Rio de Janeiro, Forense, 2001

DWORKIN, Ronald, *los derechos em serio*, 2ed., Trad. Maria Guastavino, Barcelona, Editorial Ariel, 1989

ENGLISH. Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*, 7. ed., Lisboa: Trad. J. Baptista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996

FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*, Trad. Ana Paula Zomer e Outros, São Paulo: Madri, Ed. Revista dos Tribunais, 2002

GARCIA, Basileu, *Instituições de Direito Penal*, 4. ed., São Paulo: Max Limonad, v.1, t1., 1973;

GOMES, Luís Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime Organizado*. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997;

GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica*, 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, Trad. José Lamego, 3. ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro, *Princípio da insignificância no Direito Penal*, 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000

LUISI, Luiz, *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991

MATEU, Juan Carlos Carbonell, *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, 2 ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1996

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque, *Microsistemas jurídico-penais e a lavagem de dinheiro: Aspectos da Lei 9.613/98*. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*, Salvador, ano 4, v. 4., UFBA, 1999

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque, *O Tríplice Influxo dos Princípios e Regras Constitucionais no Direito Penal*. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da Ufba*, Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, v.8, 2000, p. 257-273.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, 4. ed., Coimbra: Coimbra Editora Ltda., t.1: Preliminares- o Estado e os sistemas constitucionais, 1990

NUOVOLONE, Pietro. *O sistema do Direito Penal* , Trad. Ada Pellegrini Grinover; – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981, v.1

PALAZZO, Francesco C., *Valores Constitucionais e Direito Penal*, Trad. Gerson Pereira dos Santos, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989

POPPER, Karl Raimund, *A Lógica da Pesquisa Científica*, Trad. Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota, São Paulo: Editora Cultrix, 1998

PRADO, Luiz Régis, *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

RIVACOBÁ, Manuel de Rivacoba Y, *Introducción Al Estudio De Los Principios Cardinales De Derecho Penal*, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 8, n.º 32, 2000

ROXIN, Claus, *Funcionalismo e Imputação objetiva no Direito Penal*, Trad. Luis Greco, - São Paulo: Editora Renovar, 2002

SANTOS, Gérson Pereira dos, *Do passado ao futuro em Direito penal*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991

SMANIO, Gianpaolo Poggio, *A tutela Penal Constitucional*, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 10, n.º 39, 2002, p. 143

TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios Básicos de Direito Penal*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1991