II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

THAIS JANAINA WENCZENOVICZ

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho -Unifor – Ceará
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

C928

Criminologias e política criminal I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Gustavo Noronha de Avila; Thais Janaina Wenczenovicz – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-245-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Criminologias. 3. política criminal. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

Apresentação

Reflexionar criminologias e política criminal em tempos de sindemia é sempre um desafio. Desafio esse aceito por diversos discentes e docentes no II Encontro Virtual do CONPEDI. Em tempos de excepcionalidade traz a tona debates diversificados, frente as novas demandas impulsionadas pela condição sanitária imposta desde março de 2020 no Brasil.

Inicialmente, Roberto e Tatiana Veloso discutiram os problemas da pandemia e os seus impactos em termos de violência de gênero. A seguir, a partir de um recorte antirracista, foi discutido fundamental tema da vulnerabilidade intensa das mulheres negras no sistema carcerário.

Ronaldo Alves Marinho da Silva, Carlos Alberto Ferreira dos Santos e João Batista Santos Filhos analisaram o tema da vulnerabilidade das mulheres negras na sociedade e no sistema carcerário brasileiro. A seguir, Gusthavo Bacellar, a partir da noção de associação diferencial, analisou as relações ente violência doméstica e a criminalidade urbana.

Paulo Joviniano e Karla Prazeres discutiram as imputações penais e tratamento da política criminal legislativa em relação aos crimes cibernéticos e digitais. Dos mesmos autores. temos uma discussão acerca dos princípios de direito penal implícitos e sua fundação político-criminal em nossa Constituição.

O tema do estelionato e o seu tratamento jurídico-penal no Pacote Anticrime, na sequência, foi trabalhado por Camila Tavares de Albuquerque. Também sobre a Lei 13.964/2019, Patrick Braga e Francisco Santos problematizaram a (dês)proporcionalidade da inclusão da hipótese de qualificadora do crime de furto quando do uso de explosivo que cause perigo comum enquanto hedionda.

Em seguida, Liziane Menezes de Souza e Renata Almeida da Costa debateram a exposição de dados pessoais de acusados pelo Estado, a partir de abordagem empírica. As interpretações sobre a teoria da dupla imputação, na definição da autoria de delitos em matéria ambiental, foram analisadas por Felipe Braga de Oliveira e Luciana de Souza Breves.

Matheus Felipe de Castro e Helinto Schuster investigaram sobre os elementos que levará à criação da chamada "nova" lei de abuso de autoridade, a partir de um viés crítico-garantista.

Após, Ythalo Loureiro discute as possibilidades de desmilitarização das polícias militares desde um modelo constitucional de segurança pública.

Dando prosseguimento, temos a pesquisa de Alexandre Rodrigues acerca da administrativização do direito penal e a sua (des)necessidade na chamada sociedade do risco. Na sequência, o fenômeno da corrupção, no Brasil, a partir das perspectivas criminológicas, é debatido por Marco Fonseca, Claudio Guimarães e Márcio Teixeira.

Carolina Carraro Gouvea analisa os fundamentos da pena a partir das teorias justificacionistas. Por fim, Ronaldo Silva, Carlos Santos e João Batista Santos analisam a fracassada política antidrogas e o papel das políticas públicas na discussão das drogas.

Temos um conjunto de textos heterogêneo, plural e orgânico que enaltecem o papel do pesquisador do Direito em tempos pandêmicos. O sistema de justiça criminal, que invisibiliza o desafio da doença nas prisões, destino último dos processos de criminalização, precisa ser discutido a partir de olhares qualificados como os trazidos nos textos abaixo.

Desejamos uma ótima leitura!

Profa. Dra. Thaís Janaina Wenczenovicz - UERGS/UNOESC

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila - UNICESUMAR

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Criminologias e Política Criminal I apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Criminologias e Políticas Criminais. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

PRINCÍPIOS IMPLÍCITOS DE DIREITO PENAL E A MATRIZ CONSTITUCIONAL E NÃO AXIOMÁTICA

IMPLIED PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW AND THE CONSTITUTIONAL AND NON-AXIOMATIC MATRIX

Paulo Joviniano Alvares dos Prazeres
Karla Luzia Alvares Dos Prazeres

Resumo

Uma das questões em tornos das quais tem se gastado muita tinta em matéria penal diz respeito aos princípios fundamentais em torno dos quais se identifica e distingue o subsistema jurídico-penal dos demais subsistemas constitucionais presentes no ordenamento jurídico. Trata-se de questão importante, pois os princípios de Direito Penal significam verdadeiras pautas valorativas que serão concretizadas pelas demais normas jurídico-penais, não apenas aquelas contidas no Código Penal, como aquelas contidas na legislação extravagante, especialmente nos microssistemas jurídicos que contém normas penais.

Palavras-chave: Princípios penal, Constitucional, Direito, Criminal, Axiomática

Abstract/Resumen/Résumé

One of the issues around which much ink has been spent in criminal matters concerns the fundamental principles around which the legal-penal subsystem is identified and distinguished from other constitutional subsystems present in the legal system. This is an important issue, as the principles of Criminal Law mean true values that will be materialized by the other legal and penal rules, not only those contained in the Penal Code, but also those contained in extravagant legislation, especially in the legal microsystems that contain criminal rules.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Penal principles, Constitutional, Right, Criminal, Axiomatic

1. INTRODUÇÃO

Os princípios básicos de um sistema jurídico, como salienta Canotilho, são multifuncionais[1]. 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 idéia 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[2] 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."* 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 idéia de fundamento construtivo das normas[3], impõem

---

[1] CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, 5. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 173

[2] RIVACOBA, Manuel de Rivacoba Y, *Introducción Al Estudio De Los Princípios Cardinales De Derecho Penal, Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 8, n.º 32, 2000, p. 45

[3] No aspecto nosso trabalho *O Tríplice Influxo dos Princípios e Regras Constitucionais no Direito Penal. Revista dos Mestrandos em Direito Econômico da Ufba*, Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, v.8, 2000, p. 257-273

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. NEGAÇÃO DO CARÁTER AXIOMÁTICO DOS PRINCÍPIOS

Os princípios, decerto, são fundamentais na formação da idéia de sistema na ciência do Direito, e passam a ser essenciais, também, para a delimitação e a definição das características do subsistema penal, no âmbito do ordenamento jurídico. Como afirma Roxin[4], a idéia de sistema no Direito Penal permite uma ordenação diferenciadora e correta da matéria jurídica. É com base nos princípios que será possível conferir unidade ao sistema, e ordenar as normas jurídicas de forma compatível. Atende-se, assim, o ideal kantiano de sistema, fundado na idéia básica de unidade e ordenação harmônica, pelo qual o Direito Penal, inserido no sistema jurídico-constitucional, seria um conjunto de conceitos jurídicos ordenados e concatenados de forma unitária.

Vê-se, enfim, que, com seus princípios fundamentais, o Direito Penal caminha para além do seu elemento distintivo essencial dos demais subsistemas constitucionais, que é a sanção penal aplicada, para constituir unidade autônoma.

Curial, portanto, definir, em primeiro lugar, qual a natureza daquilo que chamamos de princípios do Direito Penal. É inegável que, dos ramos do Direito, aquele que mais sofre influência do jusnaturalismo é o Direito Penal . No aspecto, a lição de Francesco Palazzo[5]:

> *"No campo das relações entre política e Direito Penal , as modernas constituições liberal-democráticas exercem uma recíproca influência racionalizadora, proporcionando em*

---

[4] ROXIN, Claus, *Funcionalismo e Imputação objetiva no Direito Penal,* Trad. Luis Greco, - São Paulo: Editora Renovar, 2002, p. 214

conseqüência, forma jurídica às exigências que surge, não raro, dissimuladas nas indistintas roupagens do 'direito natural'.

A tendência de entender os princípios do Direito Penal como limitações ao poder de punir, sempre vinculados à imposição de limites negativos ao *jus puniendi* – herança iluminista – nos leva à tentação de entender os princípios fundamentais de Direito Penal como verdadeiros axiomas historicamente conquistados, os quais, segundo Karl Popper[6], pela concepção do racionalismo clássico, devem ser encarados como imediata ou intuitivamente certos, e segundo os quais deve decorrer lógica e harmonicamente todo o conteúdo proveniente de suas regras. Seriam os axiomas absolutos e inderrogáveis do Direito Penal. Mais do que meros princípios, seriam características quase ontológicas de um sistema estático-material.

Esta visão tenderia à idéia de que, uma vez definidos os princípios fundamentais de Direito Penal – explícitos ou não no texto constitucional e no Código Penal - estes seriam imutáveis ou intocáveis, como verdadeira e eterna expressão dos princípios constitucionais. Em outras palavras, os princípios do Direito penal seriam todos harmônica e logicamente compatíveis com base na tradição iluminista de limitação ao poder punitivo estatal, de modo que cada transformação social que requeira novas medidas deve ser de antemão rechaçada, porque violaria o núcleo axiomático do sistema jurídico-penal. Um princípio-axioma seria uma característica do subsistema penal sem o qual o mesmo ficaria descaracterizado, nem poderia ser excepcionado.

Na verdade, dita concepção, como visto, depõe contra o caráter móvel o aberto de todo o sistema jurídico, dentro do qual deve estar inserido o Direito Penal. Definir os princípios fundamentais de Direito Penal como *"axiomas"*, significa dizer que todas as proposições válidas dentro do subsistema jurídico-penal são decorrência lógica desses axiomas. Nuovolone, citado por Palazzo[7], menciona a existência de "constantes penalísticas", que seriam *"um núcleo central do Direito criminal, invariável em todos os tempo e em todas as latitudes."* Esse pensamento refletiria o Direito Penal como um sistema fechado em seus axiomas fundamentais. Nesse contexto, a norma (ou até mesmo um novo princípio) cujo conteúdo não deriva logicamente do conteúdo de um dos axiomas do subsistema não poderá

---

[5] PALAZZO, Francesco C., *Valores Constitucionais e Direito Penal,* Trad. Gerson Pereira dos Santos, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 17

[6] POPPER, Karl Raimund, *A Lógica da Pesquisa Científica,* Trad. Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota, São Paulo: Editora Cultrix, 1998, p. 76

[7] PALAZZO, Cit., p. 20

integrar o ordenamento jurídico, uma vez que só pode integrar o sistema a regra que deriva, por dedução, do axioma.

Um Direito Penal fundado em princípios axiomáticos busca a harmonia normativa do sistema penal no conjunto de deduções que se forma a partir dos enunciados. A partir da noção de sistema e do conjunto de axiomas que se constituem os princípios fundamentais de Direito Penal, será possível deduzir-se as proposições que expressariam justamente as propriedades daquele sistema. Os princípios fundamentais, então, seriam princípios penais absolutos, que não seriam excepcionados.

3. CRÍTICAS A UM SISTEMA AXIOMÁTICO DE PRINCÍPIOS

Essa concepção axiomática, ainda que fundada em princípios constitucionais expressos, é falha, pois não atende às necessidades fundamentais de unidade e ordenação. Não consegue unidade, pois incapaz de resolver logicamente as contradições entre axiomas, e não consegue ordenação. O próprio Roxin, fazendo críticas ao que chama de *"deduções sistemáticas ilegítimas do ponto de vista político criminal*[8]*",* termina por fazer críticas a um sistema axiomático, pois faz críticas às deduções que a problemática político-criminal presente em uma determinada constelação valorativa mostre-se insuficiente pela dedução feitas com base em outros pontos de vista.

Um dos principais críticos da idéia de um modelo axiomático-dedutivo de sistema é Engish[9]. Na sua visão, é inadmissível um sistema dessa natureza na ciência do Direito, porque ele exigiria um número fechado de conceitos fundamentais (axiomas) logicamente compatíveis entre si, os quais não seriam suscetíveis de qualquer ordem de inferência ulterior.

Em seguida, Engish demonstra que um esforço no sentido de reconduzir à condição de axiomas o conjunto dos conceitos pertinentes a um Direito, faria com que chegássemos a duas hipóteses incompatíveis com um sistema axiomático: ou as regras fundamentais seriam conceitos puramente formais, não possibilitando enunciado sobre o conteúdo de qualquer proposição jurídica, ou então chegaríamos a *"elementos empíricos de representação últimos"*, os quais formariam um número tão elevado de axiomas, incapazes de formar qualquer grupo fechado harmonicamente em si mesmo.

---

8 ROXIN, Cit., p. 222

9 ENGISH. Karl, *Introdução ao pensamento jurídico, 6 ed.,* Lisboa, Fund. Calouste Gulbenkian.

Em outras palavras: para se manter a harmonia do sistema, cada norma jurídico-penal deveria significar uma dedução lógica e cumulativa de todos os axiomas do Direito Penal, o que se revela impossível na sua plenitude, pois, se os princípios são axiomas, como compreender que existam regras, no sistema, que não derivam logicamente desse axioma?

Engish[10], faz ilustrativa exemplificação no que se refere ao princípio da culpabilidade e a idéia de desvalor no resultado. Se, por um lado, a noção de culpa é um dos pilares do Direito Penal contemporâneo, por outro, o Direito Penal não se afastou inteiramente do velho e tradicional pensamento segundo o qual o resultado exterior do fato criminoso há de ter incidência sobre a punição. Assim, quando uma culpa igual é tratada de forma diferente pelo Direito Penal em face da desigualdade de resultado, o princípio da culpa é parcialmente afastado para abrir espaço a outros princípios que justificam, por exemplo, a punição menor da tentativa em relação ao crime consumado.

Assim, das duas, uma, ou a culpabilidade não é um princípio axiomático do Direito Penal, pois excepcionado pelo desvalor do resultado, ou então não haveria razão para a punição da tentativa de forma diversa do crime consumado.

Este é apenas um dos exemplos a partir dos quais se compreende que não logra êxito a idéia do Direito Penal como um sistema axiomático. Outros exemplos podem atingir até o próprio princípio da reserva legal, considerado o princípio jurídico penal que se sobreleva aos demais, o próprio primado da Lei e do Estado de Direito, é, em certa medida, excepcionado pela admissibilidade de normas penais em branco heterogêneas. Como salienta Basileu Garcia[11], *"aí temos a chamada lei penal em branco, modalidade que, por sua progressiva adoção, assume uma importância que de certo modo cerceia o império do princípio 'nullum crimen'"* Num sistema dito axiomático, a admissão de preceitos penais incompletos a serem preenchidos por outras esferas normativas, que não são lei em sentido formal, decerto, excepcionam o princípio da reserva legal, o que, efetivamente, excepciona o princípio da legalidade.

Uma crítica também formulada por Canaris[12] é que existem, certamente, conflitos de conteúdo entre os princípios fundamentais, que são, em certa medida, inevitáveis. Se o sistema é uma unidade aglutinadora de normas, as quais devem apoiar-se nos valores suprajacentes que as fundamentam, como entender que possam surgir, num mesmo sistema,

---

[10] ENGISH, Cit., p. 318

[11] GARCIA, Basileu, *Instituições de Direito Penal,* 4. ed., São Paulo: Max Limonad, v.1, t1., 1973, p. 156,

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

normas derivadas de axiomas contraditórios, ou melhor, como podem coexistir axiomas em conflito sem a ruptura do sistema? Não se diga que não há contradições de princípios no Direito Penal, até porque neste os conflitos valorativos (que desembocam nos conflitos de princípios) são os mais evidentes, pois o Direito penal coloca-se no plano central do conflito principiológico entre liberdade individual e intervenção estatal, pois, como adverte Palazzo[13], se por um lado o crime, em regra, representa o mais grave ataque perpetrado pelo indivíduo contra os bens jurídicos máximos tutelados pelo Estado, por outro, a sanção penal é a *mais aguda e penetrante* forma de intervenção do Estado na esfera individual

Quando se identifica o princípio da responsabilidade penal subjetiva, representada pelo corolário histórico *nulla poena sine culpa*, poder-se-ia dizer que se trata de um axioma, mas, quando a mesma Constituição define a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais, está criando um novo axioma? Este axioma é verdadeiro ou falso? Qual o princípio, então? Este princípio vale ou não vale? Vale parcialmente, vale totalmente? Como proceder nestes casos? Percebe-se o artificialismo de uma teoria sistemática pautada numa derivação exclusivamente estático-material a partir de axiomas, já que só através da axiomatização das exceções poderia obter-se, por uma via oblíqua e turva, a eliminação de contradições, eliminação esta que seria meramente aparente.

Outro problema real do sistema axiomático diz respeito à falta de solução quanto à existência de lacunas no ordenamento jurídico. Ora, se todo o conteúdo do sistema é derivado dos princípios axiomatizados, como admitir a existência de uma proposição com conteúdo material autônomo em relação ao axioma? Em outras palavras, como conceber a introdução, num ordenamento jurídico de uma norma que não seja resultado de um processo lógico-dedutivo a partir do axioma? Neste sentido, para que o sistema fosse mantido de acordo com a concepção jusnaturalista, seria preciso fosse abandonada a idéia de plenitude do ordenamento jurídico, o que, por si só, já tornaria dita afirmação logicamente incompatível com a idéia de sistema, pois a idéia axiomática jusnaturalista conduz a um sistema do tipo fechado e estático, pois, uma vez eleitos os valores fundamentais, "fecha-se" o sistema naqueles valores-axiomas, impossibilitando o surgimento de uma nova regulação jurídica, de um novo princípio regulador de um determinado conflito de interesses, pois nenhum desses novos princípios seria imediatamente derivado ou deduzível dos axiomas preexistentes.

No Direito Criminal, embora a questão do surgimento de novas pautas de valoração não deduzíveis dos "pseudo-axiomas" penais seja fator mais recente, e cujo âmbito de

---

13 PALAZZO, op. cit., p.16

aplicação é bem mais restrito, não se pode entender que as regras que pautam a criminalidade econômica, os crimes que lesam interesses coletivos e difusos, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, o novo conceito de autoria dado pela Lei 9.615/98[14], assim como os crimes de perigo abstrato, decorram dos "axiomas" preexistentes de Direito Penal. Evidente que as regras do Direito Penal liberal Clássico são ineficazes e ineficientes para resolver os novos problemas da nova criminalidade, tais como a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, o crime organizado, os crimes que lesam interesses coletivos e difusos, os crimes cometidos por meios eletrônicos, etc.

4. A COMPREENSÃO DE PRINCÍPIO COMO PAUTA VALORATIVA ABERTA ESTRUTURANTE DE UMA ORDEM AXIOLÓGICA DE VALORES

Se não são axiomas, qual efetivamente a natureza jurídica dos princípios de Direito Penal? Visto que estes princípios não tem base ontológica, mas constitucional, e ciente que o Direito Penal há de estar em harmonia com as diretrizes fundamentais da Constituição, cumpre definir o que são ditos princípios. Larenz[15] conceitua os princípios como uma *"pauta diretiva de normação jurídica que, em virtude de sua própria força de convicção, podem justificar resoluções jurídicas."*

Definidos como uma pauta diretiva de valores, os princípios não são apenas regras gerais, às quais se subsumem situações de fato, também de índole geral; eles precisam ser concretizados normativamente para poderem ter aplicação prática e direta[16]. Então estes princípios necessitam de vários graus de concretização. No grau mais elevado, o princípio seria uma idéia jurídica geral, que vai sendo concretizada por intermédio de subprincípios, que representam um grau maior de concretização, até chegarmos a regras jurídicas.

Embora não sejam axiomas, é evidente que os princípios fundamentais de Direito Penal – como qualquer princípio jurídico – trazem consigo significativa carga valorativa. São eles, na verdade, o primeiro passo de concretização de valores. A definição dos princípios de Direito Penal nada mais é do que uma adequação racional de valores constitucionais. Adverte

---

[14] No aspecto, cf. MELLO, Sebástian Borges de Albuquerque, Microssistemas iurídico-penais e a lavagem de dinheiro: Aspectos da Lei 9.613/98, *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*, Salvador, UFBA, Ano IV, Vol. IV, 1999.

[15] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* Trad. José Lamego, 3 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 674.

[16] ROXIN, Cit., p. p. 674.

Canaris[17], todavia, que a adequação racional dos valores não significa encontrar um valor material de justiça (o que seria jusnaturalismo), mas sim, quando legislado um valor, procurar mensurar e adequar suas conseqüências até as últimas instâncias, solucionar contradições com valores já legislados e transpô-los para os casos comparáveis.

Nesse contexto, os princípios são os elementos generalizantes e unificadores do sistema penal, pois representam o primeiro grau de concretização desses valores, pois o princípio, ao contrário do valor, já indica a direção da conseqüência jurídica em caso de sua violação.

Trazendo um exemplo de Direito Penal , não se pode negar que por trás do princípio da legalidade, estão os valores "segurança jurídica", e "liberdade"; mas enquanto do valor "segurança jurídica" nada se pode extrair como conseqüência, do princípio já é possível extrair algo de concreto, isto é, não obstante necessite de um grau maior de concretização, o princípio, ao contrário do valor, possui eficácia. Adverte Canaris[18] que os princípios estão na linha intermédia entre os valores e os conceitos; ao conter um grau suficiente de determinação para compreender uma indicação sobre as conseqüências jurídicas, e, com isso, possuir uma configuração especificamente jurídica, os princípios ultrapassam os valores. Quando não está suficientemente determinado para esconder a valoração, está aquém dos conceitos, ou, nas próprias palavras de Canaris[19], *no conceito, a valoração está implícita; o princípio, pelo contrário, explicita-a".*

Assim, "*os princípios abertos e as bases de valoração neles expressas constituem os pontos de referência centrais para o 'sistema interno' do Direito, sistema que pretende trazer à luz uma Jurisprudência que se orienta a valores e ao mesmo tempo procede sistematicamente[20]".* A unidade e a ordenação se obtêm justamente a partir dos princípios concretizadores dos valores.

Roxin, também favorável à idéia de que o sistema jurídico penal deve ser orientado por valores de índole político criminal, entende que *"as categorias fundamentais do sistema tradicionais são vistas como instrumentos de valorações político-criminais, que se mostram indispensáveis também para um sistema teleológico."* Obviamente, estes valores concretizados, que viriam a atender a um Direito Penal principiológico, como uma pauta diretiva de valores político-criminais, deve ter arrimo nos princípios estruturantes e na ordem constitucional estabelecida.

---

17 LARENZ, Cit, p. 75

18 CANARIS, op.cit., p. 87.

19 CANARIS, op. cit., p. 80.

5. MATRIZ CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL

Muitos dos princípio de Direito Penal presentes nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, são, como diz Ferrajoli[21], fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo. A codificação do Direito Penal no século XIX corresponde, segundo Gérson Pereira dos Santos[22], 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.

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 idéia 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[23], *"os princípios constitucionais especificamente penais concernem aos dados embasadores da ordem jurídica penal, e lhe imprimem uma determinada fisionomia."* Compreender, hoje, o Direito Penal como um subsistema Constuitucional autônomo, porém integrado à ordem jurídica Constitucional, depende, da compreensão dos princípios fundamentais do Direito Penal e de suas interrelações.

---

[20] LARENZ, op. cit., p. 686

[21] FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razão– Teoria do Garantismo Penal, T*rad. Ana Paula Zomer e Outros, São Paulo: Madri, Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 29

[22] SANTOS, Gérson Pereira dos. *Do passado ao futuro em Direito Penal* . Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 25.

[23] LUISI, Luiz, *Os Princípios Constituicionais Penais.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 199, p. 10

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.

6. DEFINIÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Sem a pretensão de enunciar uma teoria geral dos princípios jurídicos, deve-se notar que há um sem-número de critérios para caracterizar o que é um princípio jurídico. Carrió[24], por exemplo, identifica onze significações possíveis para a expressão princípio jurídico, para demonstrar o quanto a expressão "princípio" está longe de ser unívoca. Assim, podemos encontrar diversos critérios para melhor saber o que efetivamente são princípios de Direito Penal, distinguindo-os das meras regras jurídicas.

Canotilho[25] sugere os seguintes elementos distintivos: a) grau de abstração, maior nos princípios, menores nas regras; b) grau de determinabilidade no caso concreto, pois os princípios carecem de mediações concretizadoras, e as regras, suscetíveis de aplicação direta; c) os princípios têm um caráter de fundamentalidade no sistema das fontes do Direito, isto é, têm posição hierárquica mais alta e importância estruturante dentro do sistema; d) os princípios são modelos jurídicos vinculantes nas exigências de justiça ou na idéia de Direito, enquanto as regras podem ser apenas de natureza funcional; e) o caráter normogenético dos princípios, isto é, os princípios são fundamento das regras. Evidente que alguns dos critérios acima, isoladamente, podem ser considerados critérios insuficientes para a distinção, mas o seu conjunto permite situar com maior precisão o princípio dentro do sistema jurídico.

Larenz[26] traça, como distinção fundamental, que os princípios carecem necessariamente de concretização imprescindível, o que não ocorre com as regras jurídicas, pois delas, por mais gerais que sejam, é possível subsumir-se situações de fato, mesmo que de índole muito geral. Pondera, também, que os princípios, ao contrário das regras, podem entrar em contradição entre si, pois "*sua atuação pode ocorrer, diferentemente daquilo que acontece*

---

24 Cf. CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguage,* Buenos Aires, Abelado Penot ed., *1990*, p. 208/212.

25 CANOTILHO, op.cit., p. 1086

26 LARENZ, op.cit., p. 674

com a aplicação das regras, numa medida maior ou menor", de modo que, numa oposição entre princípios, cada um deles tem que ceder perante o outro[27].

Eros Grau[28] traça uma distinção de natureza lógica entre regras e princípios. As primeiras, ou são aplicáveis por completo, ou são inteiramente inaplicáveis. Não cabe uma aplicação parcial da norma, pois ela, ao contrário dos princípios, não admite exceções. Ocorre, como diz o próprio Grau, um *"tudo ou nada"* quando se trata da aplicabilidade das regras. Os princípios, por seu turno, não têm aplicação automática e necessária, pois seu enunciado é incompleto, além de que sua aplicação admite exceções, sem que disso resulte uma quebra no sistema ou uma revogação do princípio[29].

Eros Grau faz coro com Dworkin[30] ao apontar outra distinção entre princípios e regras jurídicas, não apenas pela forma mas também pela dimensão. Segundo Dworkin, pela forma, as normas teriam caráter disjuntivo, enquanto nos princípios não trazem a conseqüência jurídica em si, mas apenas sua direção; pela dimensão, os princípios dispõem de uma amplitude muito maior do que as normas, de modo que deve sobre elas prevalecer, em face do seu caráter informador e generalizante.

Importa observar, como assinala Eros Grau[31], que o conflito entre regras jurídicas resulta numa antinomia, em face da incompatibilidade entre ambas, de modo que uma delas deve ser eliminada do sistema, enquanto o conflito entre princípios jurídicos não resulta em antinomias jurídicas, porque a opção do legislador ou do intérprete por um deles não resulta em antinomia, porque o princípio descartado na situação concreta não é excluído do sistema por ter sido preterido em face de outro princípio.

Na visão de Canaris, é possível caracterizar os princípios de acordo com quatro diretrizes básicas: a) os princípios não valem sem exceção e podem entrar em oposição ou em contradição entre si; b) os princípios não tem a pretensão de exclusividade; c) os princípios ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas; e d) os princípios precisam, para sua realização, de uma concretização através de subprincípios e valores singulares, com conteúdo material próprio.

---

27 Embora o próprio Larenz identifique, em alguns princípios, que denomina *"princípio com forma de proposição jurídica"* alguns princípios, como o *"nulla poena sine lege"* ou mesmo o *"ne bis in diem"* são condensados numa regra imediatamente aplicável, não sendo apenas *ratio legis, como, também, lex*

28 GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica,* 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 107

29 Este critério, originalmente, foi desenvolvido por Dworkin, Ronald, *los derechos em serio,* 2ed., Trad. Maria Guastavino, Barcelona, Editorial Ariel, 1989, p. 35

30 DWORKIN, op. cit., p. 35

31 GRAU, op. cit., p. 115

Vê-se, na síntese dos critérios distintivos, que a distinção entre normas e princípios não repousa num critério único, mas sim num conjunto de critérios que levam em conta o grau de abstração e de determinabilidade, sua posição ordenada no sistema jurídico, sua relação com os valores. A sinopse dos critérios distintivos, também, permite a compreensão de um sistema jurídico formado numa ordem de princípios e regras intercalados e ordenados em diferentes graus de abstração e extensão, atingindo uma maior abstração e extensão no princípio, e uma maior concretização e especificação nas regras.

7. 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 (5.º, 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[32]. Todavia, ditos princípios, como acentua Toledo[33], 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*

---

32 DOTTI, René Ariel, *Curso de Direito penal –Parte Geral.* Rio de Janeiro, Forense, 2001, p.59

33 TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios Básicos de Direito Penal,* 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1991, p. 22

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."

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[34], 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.

8. A EXISTÊNCIA DE PRINCÍPIOS NÃO EXPRESSOS

Ocorre que nem sempre os princípios fundamentais de Direito Penal encontram-se explícitos normativamente no texto constitucional. Não resta dúvida de que no ordenamento jurídico-penal, existem princípios, que, embora não enunciados expressamente, desempenham papel decisivo no processo de aplicação do direito. O principal problema que surge é identificá-los, como densificações e concretizações de outros princípios constitucionais estruturantes da ordem jurídica.

Mas como se pode inferir que um determinado postulado jurídico-penal pode ser considerado um princípio geral do subsistema? Em outras palavras, como se dá a positivação desse princípio com sua incorporação no ordenamento jurídico? Eros Roberto Grau[35],

---

34 GRAU, Cit., p 112/113

35 GRAU, Cit., p.107

tratando da positivação dos princípios gerais do direito, sugere que a resposta à indagação formulada representa uma opção entre as seguintes alternativas: a) a "positivação" importa resgate do princípio no âmbito do Direito natural; b) essa "positivação" resulta, na verdade, da descoberta do referido princípio em combinação com os demais princípios jurídicos.

Já foi dito que os princípios fundamentais da ordem jurídica constituem as idéias diretivas básicas de todo o sistema jurídicos, possuindo um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do Direito Positivo[36]. Neste contexto, de acordo com a tese aqui adotada, de que os princípios são pautas valorativas abertas, e não axiomas, a segunda alternativa, obviamente, revela-se a mais adequada para identificar os princípios implícitos de Direito Penal. Embora não expressos, faz-se mister reconhecer que os mesmos estão inegavelmente presentes na ordem jurídica. Citando os termos de Eros Grau[37], sobre os princípios gerais de direito não explícitos, mas cuja aplicação aos princípios não expressos de Direito Penal também é pertinente:

> *"Os princípios gerais de direito, são, assim, efetivamente descoberto no interior de determinado ordenamento. E o são justamente porque neste mesmo ordenamento – isto é, no interior dele – já se encontravam, em estado de latência.*
> *Não se trata, portanto, de princípios que o aplicador do direito ou o intérprete possa resgatar fora do ordenamento, em uma ordem suprapositiva ou no Direito Natural. Insista-se: eles não são descobertos em um ideal de 'Direito justo' ou em uma 'idéia de Direito'."*

Portanto, deve-se investigar a existência de princípios implícitos de Direito Penal recorrendo-se à ordem superior constitucional, isto é, aos princípios estruturantes do sistema jurídico interno. Portanto, é preciso examinar em que os princípios fundamentais do sistema jurídico – Liberdade, Igualdade, Estado de Direito, Estado Democrático, Dignidade da Pessoa Humana – em conjunto, podem ser densificados ao ponto de se conceber um princípio jurídico-penal como integrante do ordenamento jurídico – não como uma concretização histórica, mas como um valor presente densificado conforme os valores constitucionais

---

36 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 3. ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1999, p. 1090.

37 GRAU, Cit., p.130

fundamentais. Somente desta forma, será possível fugir da idéia jusnaturalista de se "axiomatizar" o direito.

A doutrina aponta para diversos princípios implícitos, mas três deles destacam-se pela sua constante referência na doutrina. Seriam a culpabilidade, a lesividade e a intervenção mínima. Não basta, todavia, enunciá-los como princípios penais não expressos. Cumpre, ainda que sinteticamente, mencionar a matriz constitucional de cada um deles, pois, embora sejam aceitos pela doutrina majoritária, não estão expressamente positivados. Somente a recorrência aos princípios constitucionais permitirá reconhecê-los na ordem jurídica.

8.1 A culpabilidade

O princípio da culpabilidade, reconhecido como tal de forma quase unânime pela doutrina, não é princípio explícito no texto constitucional, embora presente, inequivocamente, no Código Penal, *v.g.,* nos seu arts. 19, 29 e 59. O referido princípio possui diversos desdobramentos, dentre os quais se destacam a vedação á responsabilidade penal objetiva, a necessidade de comissuração da pena e critério de imputação do ilícito[38].

A matriz constitucional do princípio da culpabilidade é assim evidenciada por Luiz Régis Prado[39], como princípio *"implicitamente agasalhado, em nível constitucional, no art. 1º, III, (dignidade da pessoa humana), corroborado pelos arts. 4º, II, (prevalência dos direitos humanos), 5º, 'caput' (inviolabilidade do direito à liberdade) e 5º, XLVI, (individualização da pena) da Constituição da República Federativa do Brasil."*

Poderia alguém questionar o porque alguns dos desdobramentos do princípio da culpabilidade, como a responsabilidade penal subjetiva e a necessidade de reprovação da conduta sejam, na esfera penal, corolário da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à liberdade, enquanto, para os outros ramos do direito, sobejam hipóteses de responsabilidade objetiva, ou responsabilidade pelo risco, sem que se questionem que tais medidas vão de encontro aos referidos paradigmas constitucionais. Justifica-se a distinção em face do grau de interferência do Direito Penal na esfera da liberdade individual. A Constituição Federal não veda a responsabilidade objetiva, fora do âmbito penal. Ao revés, até admite a responsabilidade civil objetiva, sem que isso represente qualquer violação à dignidade humana. Na esfera penal, porém, forçoso reconhecer que o grau de intervenção à liberdade é tão intensa, que seria indigno privar alguém de sua liberdade apenas pelo risco de

---

38 PALAZZO, cit., p. 56

39 PRADO, Cit., p.117

uma atividade, sem que neles os agentes concorressem com dolo ou culpa. A própria natureza penal faz com que exista a necessidade de subjetivizar-se a responsabilidade, até como forma a adequá-la aos princípios expressos da intranscendência e individualização da pena.

8.2 A lesividade

A origem histórica do princípio da lesividade remonta à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 5º: "*A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene"*. Dito princípio, aqui expresso, também não se encontra se encontra explicitamente positivado, mas também pode se verificar pela densificação de princípios constitucionais.

Conceituado o referido princípio como a inexistência de crime que não represente lesão, ou, ao menos, perigo de lesão a um bem jurídico, significa que é vedada a incriminação de condutas que, ainda que sejam anti-sociais ou imorais, não venham a lesar bens jurídicos, e bens jurídicos alheios. Este princípio, como pondera Nilo Batista[40], é característica da própria intersubjetividade do direito, pois não pode ser incriminada a conduta que não saia da esfera do próprio autor

Na verdade, o princípio da lesividade é um corolário, dos mais importantes, do princípio da liberdade e do princípio da igualdade. Como sustenta Smanio[41], o direito à liberdade de ser e de pensar, a obrigatoriedade da tolerância ideológica, da igualdade, bem como o próprio princípio da dignidade da pessoa humana veda a consideração do fato criminoso como mero indício da personalidade ou da periculosidade do sujeito. Assim, a partir do momento em que é assegurado, a cada ser humano, o direito à liberdade, como princípio básico do Estado Democrático de Direito, não se pode incriminar condutas que representem mera expressão dessa liberdade, que não interfiram em qualquer bem jurídico alheio, por mais escandalosas ou desviadas que sejam.

8.3 A intervenção mínima

---

[40] BATISTA, Nilo, *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro,* 4. ed., Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 91

[41] 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

O princípio da intervenção mínima, também chamado de princípio da necessidade, ou *ultima ratio,* significa que o Direito Penal só deverá atuar quando os demais ramos do direito revelarem-se ineficazes para responder à tutela reclamada pela sociedade aos bens jurídicos mais relevantes[42]. Pode ser dito, também, como a necessidade do Direito Penal, que deveria, tão somente, tutelar as mais graves lesões ou aos bens jurídicos mais importantes.

Qual a matriz constitucional do referido princípio? É notório que o princípio tem raízes iluministas, e consta da declaração universal dos Direitos do homem e do cidadão, porém, Luiz Luisi[43] reconhece que nas legislações constitucionais e penais contemporâneas o princípio não se encontra explicitado, porém, citando Everaldo Cunha Lima, entende que o referido princípio seria imanente, pois vinculado a outros postulados imanentes e com os fundamentos do Estado de Direito. Adiante, o referido autor considera que o referido princípio seria uma densificação dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição), em conjunto com o art. 5º, *caput,* da Carta Magna, que consagra a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Acrescentaria, como um dos princípios informadores da intervenção mínima, o da proporcionalidade, posto que, conforme já salientamos[44], é necessário que este bem jurídico tutelado pela norma penal tenha envergadura constitucional, posto que, não se pode considerar como necessária a privação de um bem jurídico fundamental, como a liberdade, em nome de um bem jurídico infraconstitucional, pois isto significaria a violação ao princípio da proporcionalidade. Ainda que o legislador ordinário tencione incriminar condutas que protegem bens jurídicos sem envergadura constitucional, esta incriminação revela-se contrária a o princípio da proporcionalidade, que desemboca no princípio da intervenção mínima.

9. 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

---

42 BITTENCOURT, Cezar Roberto, *Manual de Direito penal – Volume 1,* 6ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 11

43 LUISI, Cit., p.25

44 MELLO, Sebástian Borges de Albuquerque, *O Tríplice Influxo dos Princípios e Regras Constitucionais no Direito Penal. Revista dos Mestrandos em Direito Econômico da Ufba*, Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, v.8, 2000, p. 267

mutações constitucionais endogenéticas[45], ou ainda, que existam princípios cuja "descoberta" ainda não tenha sido feita pelos estudiosos do Direito, em face das inúmeras possibilidades valorativas decorrentes das combinação dos princípios.

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 idéia 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, *Fundamentção Constitucional do Direito Penal,* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992

[45] Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição", 4ª Edição, Coimbra, Almedina, 2000, p. 1192

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

ENGISH. 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, T*rad. 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 Constituicionais Penais.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991

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

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

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constiitucional,* 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

RIVACOBA, Manuel de Rivacoba Y, *Introducción Al Estudio De Los Princípios 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