

RELEVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL

Ani Carolini Pereira ¹
Sílvia de Freitas Mendes ²

Área de conhecimento: Direito

Eixo Temático: Direito Penal, Processo Penal, Execução Penal e Tutela dos atos infracionais(ECA)

RESUMO

O tema do presente trabalho restringe-se a importância dos princípios da legalidade e da proporcionalidade para a elaboração e aplicação do Direito Penal. Os mencionados princípios podem limitar tanto a expansão desnecessária do Direito Penal, bem como a aplicação excessiva deste ramo do Direito. Diante de tal importância, se deve questionar a elaboração e aplicação de normas penais que não obedeçam os limites determinados pelos princípios de legalidade e proporcionalidade. Para desenvolver a temática foram estabelecidos os seguintes objetivos: apontar a importância dos princípios de legalidade e proporcionalidade; especificar os requisitos e garantias decorrentes da legalidade; estudar o princípio de proporcionalidade. A pesquisa realizada foi de cunho bibliográfico, buscando em doutrina nacional e estrangeira informações pertinentes ao tema. Do estudo realizado, conclui-se que para se efetivar os processos de criminalização primária e secundária faz-se necessário se observar os requisitos e orientações decorrentes dos princípios de legalidade e proporcionalidade para que o Direito Penal possa exercer a efetiva proteção de bens jurídicos.

Palavras-chave: princípio de legalidade. princípio de proporcionalidade. normas penais.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca demonstrar a importância dos princípios da legalidade e da proporcionalidade no âmbito do direito penal. Dentre os princípios basilares da referida matéria, lançou-se mão apenas desses dois, tendo em vista a sua grande abrangência, e principalmente, o fato de que os mesmos devem ser observados em todas as fases do direito penal, desde a elaboração de suas normas, bem como no curso de um processo penal. São princípios constitucionalmente reconhecidos, um de maneira explícita e outro de maneira implícita, e por isso mesmo, de grande estudo pela doutrina e aplicação na jurisprudência. Procurou-se para desenvolver o tema sobre as orientações que se deve seguir para elaborar e

¹ AniCarolini Pereira é acadêmica do 5º ano do curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná - UNIOESTE, campus de Francisco Beltrão; ani_karolini@hotmail.com

² Docente do Curso de Direito na Universidade Estadual do Oeste do Paraná – Campus de Francisco Beltrão; Mestre em Ciências Sociais e Aplicadas pela UEPG; silviamendes2005@yahoo.com.br



aplicar as normas penais apontar, através da pesquisa bibliográfica quais são os requisitos que estruturam tais princípios.

A pesquisa realizada foi de cunho bibliográfico, buscando em doutrina nacional e estrangeira informações pertinentes ao tema. Do estudo realizado, conclui-se que para se efetivar os processos de criminalização primária e secundária faz-se necessário se observar os requisitos e orientações decorrentes dos princípios de legalidade e proporcionalidade para que o Direito Penal possa exercer a efetiva proteção de bens jurídicos.

1 LEGALIDADE E PROPORCIONALIDADE: DIRETRIZES PARA A FORMULAÇÃO DA NORMA PENAL

Toda sociedade necessita de regras para que seja possível instituir um convívio pacífico entre os indivíduos do grupo. É nesse contexto que surge a figura do controle social, entendido, nas palavras de Molina "[...] como o conjunto de instituições, estratégias e sanções sociais que pretendem promover e garantir referido submissão dos indivíduos aos modelos e normas comunitários" (2002, p. 133).

Este controle social é exercido em várias esferas, realizando-se tanto de maneira informal, quanto formal. Conforme dito por Busato o controle social informal é aquele exercido de forma espontânea, ou seja, aquele transmitido pela educação, família, religião, entre outros (2012, p. 119). Contudo, o referido controle pode ser insuficiente diante das diversas interações humanas, surgindo assim, a necessidade de um controle formal, mais rígido, o qual nos é apresentado, nas palavras do supracitado autor através de "[...] uma ordem jurídica, que formalmente se impõe de modo mais intenso" (2012, p. 121).

Nesse contexto surge a figura do direito penal, segundo Molina, como um "[...] subsistema dentro do sistema global de controle social; difere deste último por seus fins (prevenção ou repressão do delito), pelos meios dos quais se serve (penas ou medidas de segurança) e pelo grau de formalização que exige" (2002, p. 135).

Assim sendo, podemos entender o direito penal, nas palavras de Nucci, como, "Um conjunto de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder



punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação" (2009, p. 59).

Compreende-se assim que a norma penal, assim como as demais normas do atual sistema jurídico, é composta por normas regras e normas princípios. Essas últimas, conforme nos esclarece Barcellos e Barroso, "[...] contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações" (2003, p. 11).

Assim sendo, ao entendermos os princípios como normas nos deparamos com o entendimento de Antonio Paganella Boschi de que são os princípios que "[...] sustentam, como os pilares de um edifício, o arcabouço jurídico, viabilizando, também, o sentido de totalidade característico de todo sistema" (2006, p. 31).

Nesse diapasão, tomando-se por base os princípios que estruturam o direito penal brasileiro, lançaremos mão, na presente pesquisa, do estudo aprofundado de dois deles, quais sejam o princípio da legalidade e o princípio da proporcionalidade, entendidos como essenciais para o desenvolver da atual pesquisa.

1.1 Legalidade como limite: origem histórica

Afirma Busato que o princípio da legalidade "[...] constitui a pedra angular de todo o direito penal" (2012, p. 233), e é devido a sua importância que passaremos a expor o contexto histórico do seu surgimento e a sua consequente permanência nas legislações atuais.

Dispõe Nucci que "[...] a raiz histórica do princípio da legalidade está na Magna Carta Inglesa de 1215 ('Nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento de seus pares ou pela lei da terra')" (2009, p. 88). Tratava-se, pois de uma garantia frente ao poder arbitrário do monarca, impondo aos magistrados que lhe fosse aplicado a lei consuetudinária que a comunidade havia instituído, e não a vontade do rei.

Contudo, o grande marco do referido princípio ocorreu durante o período Iluminista. Afirma Hassemer que "[...] ele é a expressão da autoconsciência burguesa (...) face ao domínio estatal, em sua luz aparece a lei penal não só como



uma *Magna Charta Libertatum* do delinquente, (...) mas em primeiro lugar como *Magna Charta Libertatum do cidadão*" (2005, p. 332).

Verifica-se dessa forma que o princípio da legalidade, nas palavras de Busato "[...] cumpre uma função decisiva na garantia de liberdade dos cidadãos, frente ao poder punitivo Estatal, desde o século XVIII" (2009, p. 233). Descreve que no período da Revolução Francesa, o chamado Terceiro Estado passou a ganhar força, e aqueles que antes nem sequer eram considerados como povo passaram a ser partícipes do poder do monarca. Tal participação passou a expressar-se através das leis que começaram a ser redigidas conforme a vontade popular, por meio dos representantes do povo como determinava o contrato social (2012, p. 334).

Porém, segundo Nucci "a formulação propriamente dita do princípio da legalidade coube a Beccaria, em sua obra *Dos delitos e das penas*" (2009, p. 88). De fato, a obra surge como uma manifestação contra o sistema penal da época, conforme consta em sua parte introdutória (2006, p. 19-20), tendo em vista que havia se insurgido na época a tese de que as penas constituíam uma espécie de vingança coletiva. Tal pensamento era utilizado como justificativa para a aplicação de penas cruéis e terríveis muito superiores à prática cometida pelo delinquente.

Não podemos deixar de citar o grande precursor da expressão *Nullum crimen nulla poena sine lege*, que foi Feuerbach. Tal dicção, acrescenta Busato, aparece em sua obra, datada de 1813, apenas de modo implícito, "[...] vinculado à ideia de prevenção geral como fim da pena através de sua teoria da coação psicológica" (2012, p. 235).

Cabe-nos ainda ressaltar que o primeiro estado que elevou o princípio da legalidade a categoria constitucional foi o alemão, e conforme os estudos de Hassemer o referido princípio surgiu naquele país através do "Code penal de 1810 e chegou ao RSIGB de 1871 através do StGB prussiano de 1851" (2005, p. 332).

Constitucionalmente falando, o princípio da legalidade foi introduzido através da Constituição de Weimar, em seu art. 116, cujo teor ainda esta vigente através do Código Penal Alemão, inclusive com o mesmo texto: "um ato somente pode ser punido, se a punibilidade estiver determinada legalmente antes que o ato seja cometido" (HASSEMER, 2005, p. 332).

Hassemer acrescenta ainda que



O significado jurídico-político do princípio da legalidade pode ser avaliado pelo fato de que o legislador nacional-socialista já em 1935 opôs ao princípio liberal "não há crime sem lei; não há pena sem crime" (nullumcrimensine lege, nullapoenasinecrimen; nullapoenasine lege) o princípio autoritário "não há crime sem pena" e o § 2 do StGB tinha formulado deste modo: "será punido quem comete um ato que a lei declara como punível ou que merece pena de acordo com a ideia fundamental da lei penal e de acordo com o são sentimento do povo (2005, p. 332).

De fato, nota-se que foi a partir da ideia instituída através do contrato social que foi possível o estabelecimento de uma orientação que culminou com o surgimento do princípio da legalidade. Esse entendimento nos é passado por Hassemer ao demonstrar que os homens ao reunirem-se em sociedade, deveriam fazer um contrato e nele acordar os limites de sua liberdade, os quais deviam ser rigorosamente vigiados. Os referidos limites seriam estabelecidos pelo Direito através das leis, sendo aplicado a todos que a ela estivessem vinculados, tendo em vista que "todos tem renunciado à sua liberdade no interesse da sociedade civil, o qual é o seu próprio interesse"(HASSEMER, 2005, p. 334).

Por fim, cumpre-nos destacar que no ordenamento jurídico brasileiro, "O princípio da legalidade foi previsto expressamente em todos os códigos, desde o Código Criminal do Império, de 1830, até a reforma da parte geral do Código de 1940, ocorrida em 1984" (GRECO, 2010, p. 91). Além disso, está presente no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988, dentre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, tendo em vista que constitui a base para todo o ordenamento penal, conforme foi possível observar do histórico acima apresentado.

1.2 Garantias decorrentes do princípio da legalidade

O princípio da legalidade está expressamente consagrado, tanto em nível constitucional quanto na esfera infraconstitucional. Encontra-se insculpido no art. 1º do Código Penal, e também no art. 5º, XXXIX da Constituição, onde consta expresso que "não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", sendo inclusive considerado como cláusula pétrea, nos termos do art. 60, §4º da Constituição.

Na concepção de Paulo César Busato é possível dividir o conteúdo técnico do princípio da legalidade em dois grupos. O primeiro seria aquele fundado nas



garantias individuais: "*Nullumcrimensine lege, Nula poenasine lege, Nemo damneturnisi per legaleiudicium e legalidade da execução*". O segundo seria aquele que contém os requisitos exigidos para a elaboração da norma jurídico-penal: "*lexscripta, lexpraevia e lex certa e lexstricta*" (2012, p. 245). No presente tópico abordaremos as garantias pertinentes ao primeiro grupo, sendo no tópico seguinte abordado os requisitos para a elaboração da norma jurídico-penal.

No tocante ao primeiro grupo, ensina-nos Busato que trata-se de uma garantia individual pelo fato de haver em seu conteúdo a proibição de imputar a alguém um fato que não está previsto em lei, ou ainda a proibição de obrigar alguém sem que haja previsão legal (*nullumcrimensine lege*) (2012, p. 246). Tal postulado, nas palavras de Mariângela Gama de Magalhães Gomes "[...] assegura ao cidadão que somente em virtude do cometimento daqueles fatos definidos como crimes (ou contravenções penais) é que poderá ser processado e condenado" (2003, p. 33).

Nessa mesma linha de pensamento, escreve Reale Júnior que "O princípio *nullumcrimensine lege* é, portanto, corolário obrigatório do pensamento político democrático, não sendo mera exigência formal, mas princípio material, posto que traz em seu bojo o reclamo da segurança própria do liberalismo" (2009, p. 36).

Contudo para que haja condenação, além de crime é necessária a existência de uma pena, e esta também deve estar previamente estabelecida em lei (*nullumpoenasine lege*). Afirma Busato que esta garantia, chamada de garantia penal

[...] proíbe, em consequência, as denominadas penas arbitrárias que se impunham sob o arbítrio do juiz. Fecha o passo, ademais, às penas indeterminadas, isto é, quanto a sua duração; e, finalmente, proíbe aos magistrados alterar os marcospenológicos estabelecidos por lei(2012, p. 246).

Nesse sentido também nos fala Gomes, a qual descreve que as garantias acima transcritas "[...] implicam o impedimento de eventual incriminação através de atos legislativos dotados de menor garantia para o destinatário da lei penal" (2003, p. 33).

Além do mais, para que seja possível a aplicação de uma pena a um crime estabelecidos em lei, é imprescindível que a sentença seja decreta por um juiz ou Tribunal competente, conforme estabelece a garantia jurisdicional (*Nemo*



damneturnisi per legaleiudicium) (BUSATO, 2012, p. 247). Essa função jurisdicional, segundo Busato "[...] deve submeter-se a toda uma gama de garantias processuais que também se estabelecem legalmente: princípio de publicidade, imediação, liberdade de prova, oralidade, contraditório, presunção de inocência, etc" (2012, p. 247).

Por último, cabe-nos ainda mencionar a última garantia individual descrita pelo supracitado autor, que é a garantia de execução, pois de nada adiantaria as garantias acima se está também não fosse protegida.

Molina *apud* Busato expõe que "A pena deve executar-se na forma legalmente estabelecida" (2012, p. 247), ou seja, conforme prescreve o artigo 10 do Pacto Interamericano de Direitos Civis e Políticos "Toda pessoa privada de sua liberdade será tratada humanamente e com respeito à dignidade inerente ao ser humano". Observa-se com isso que o princípio da legalidade tem também como objetivo preservar a personalidade daquele submetido ao sistema carcerário, garantindo-lhe a dignidade que é exposta pela Constituição. Porém, o que se verifica no atual contexto social, principalmente em nosso país, em que pese a previsão legal da presente garantia, é a sua não eficácia. Isso porque o sistema penitenciário brasileiro encontra-se sobrecarregado e com uma infraestrutura precária para abrigar a grande contingência de indivíduos que até ele chegam, podendo-se concluir que a garantia de execução é necessária, todavia precisa ser novamente estudada, para que a função primordial da pena que é a ressocialização do preso possa vir a ser cumprida.

1.3 Requisitos para a elaboração da norma penal

Neste ponto do trabalho será abordado, como já mencionado no tópico anterior, o segundo grupo derivado da divisão do princípio da legalidade formulado por Busato. Na referente divisão constam os requisitos exigidos para a formulação da norma jurídico-penal: *lexscripta*, *lexpraevia*, *lex certa* e *lexstricta* (2012, p. 245).

Dentro desse cenário, embasando a aludida divisão, Reale Júnior nos explica que "A lei deve ser prévia, clara, precisa, geral e abstrata, a qual se submete o juiz,



o Estado e todos os cidadãos" (2009, p. 35). No mesmo sentido Silva *apud* Schecaira nos diz que

O princípio da legalidade se desdobra em quatro decorrências lógicas: não se admite a edição de leis retroativas; proíbe-se o agravamento da punibilidade ou a simples punição pelo direito consuetudinário; descarta-se a ideia de analogia *in malam partem*; afasta-se a admissibilidade de leis indeterminadas (2007, p. 25).

Com a mesma acepção de pensamento, Bitencourt é enfático ao defender a inadmissibilidade de expressões vagas, equívocas ou ambíguas em termos de sanções criminais, ressaltando a importância da estrita legalidade em matéria criminal.

Não obstante, enfatiza Nilo Batista que

[...] a principal função do princípio da legalidade é a função *constitutiva*, através da qual se estabelece a positividade jurídico-penal, com a criação do crime (pela associação de uma pena qualquer a um ilícito qualquer). Nem sempre se percebe que o princípio da legalidade não apenas *exclui as penas ilegais* (função de garantia), porém ao mesmo tempo *constitui* a pena legal (função constitutiva) (2007, p. 68).

Assim sendo, tendo em vista a relevância desses requisitos achamos por bem expô-los em tópicos separados para melhor compreensão.

1.3.1 Reserva absoluta da lei - *lex scripta*:

A *lex scripta* (*nullum crimen nullae poenae sine lege scripta*) exige que a criação ou o agravamento de crimes ocorra por instrumento escrito. Fala-nos Rocha *apud* Castro que isso ocorre "[...] porque não há Direito vagando fora das leis, o que impede a criação de crimes e penas pelo costume" (2012, p. 92).

Verificamos assim que a vedação ao costume decorre da necessidade de haver uma norma escrita, não bastando para tal a prática usual. Apesar disso, ao referirmo-nos a uma lei escrita estamos tratando, conforme nos ensina Busato, de uma "[...] lei aprovada dentro dos trâmites a ela correspondentes" (2012, p. 248). Em outras palavras



Quando se diz que a lei penal deve ser "escrita", se está expressando, em primeiro lugar, que o Direito penal é exclusivamente Direito positivo, o que exclui a possibilidade de que mediante o costume ou os princípios gerais não escritos se estabeleçam delitos e penas (Munõz Conde; García AranapudBusato 2012, p. 248).

Todavia, assinala Nilo Batista que embora os costumes não possam criar leis, isso não significa que de alguma forma eles não participem do sistema jurídico-penal (2007, p. 70). Dentro disso, Batista acrescenta o pensamento de Assis Toledo, o qual considera ser um "equivoco a suposição de que o direito costumeiro esteja totalmente abolido do âmbito penal" (2007, p. 70).

Expõe Batista que o costume exerce uma função integrativa, representada através da elucidação de alguns tipos penais, como nos casos de

[...] conceito central (dever objetivo de cuidado) dos tipos culposos, sempre que a atividade dentro da qual ocorreu o fato não esteja positivamente regulamentada de modo exaustivo", como também em justificativas (pense-se no exercício regular do direito - art. 23, inc. III CP - enquanto aplicação de castigos físicos na correção educacional de menores) (2007, p. 71).

Importante ainda destacar, como bem assinala Castro, que "[...] a legalidade penal não impede a incidência do princípio da adequação social (ligado ao costume), segundo o qual não devem ser criminalizadas ou devem ser descriminalizadas condutas socialmente aceitas como inofensivas a bens jurídicos" (2012, p. 92). Dentro disso, frise-se que a adequação social não tem como finalidade revogar tipos penais, sua intenção é a de que o legislador adapte o Direito penal àquela sociedade a que será empregado. Conclui-se, pois, que a adequação social³ serve como guia para a prática legislativa, permitindo que o legislador afaste, excepcionalmente, a tipicidade de um crime conforme passar a ser o entendimento e a prática consuetudinária de determinado grupo social, como foi o caso do adultério.

³É introduzido no Direito Penal por Welzel como sendo um princípio geral da hermenêutica (Das deutsche Strafrecht, p.58). Ensina que "[...] certos comportamentos, em si mesmo típicos, carecem de relevância por serem correntes no meio social, pois, muitas vezes, há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado" (BITENCOURT, p.162, 2000). Contudo, não pode-se confundir "adequação social" com "causa de justificação", pois a primeira exclui o tipo desde o início, enquanto que a segunda "[...] só não é crime, apesar de socialmente inadequada, em razão de uma autorização especial para a realização da ação típica (TOLEDO, p. 131, 2002). Tal princípio informa que "[...] apesar de uma conduta se subsumir formalmente ao modelo legal, não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada [...]" (PRADO, p. 142, 2008).



Nesse contexto apresenta-se também o princípio da reserva legal, invocado por muitos doutrinadores, dentre eles Fernando Capez, o qual, citando Bettiol, afirma que "[...] a matéria penal deve ser expressamente disciplinada por uma manifestação de vontade daquele poder estatal a que, por força da Constituição, compete a faculdade de legislar, isto é, o poder legislativo" (2008, p. 40-41).

Todavia, o princípio da reserva legal, ao ser fragmentado em reserva absoluta e reserva relativa de lei demonstra que, em sendo absoluto, nas palavras de Capez, "[...] nenhuma outra fonte subalterna pode gerar a norma penal (...) Assim, somente a lei, na sua concepção formal e estrita, emanada e aprovada pelo Legislativo, por meio de procedimento adequado, pode criar tipos e impor penas" (2008, p. 41).

1.3.2 Irretroatividade da lei penal - (*lex praevia*):

A *lex praevia* (*nullum crimen nullae poenae sine lege praevia*), também denominada princípio da anterioridade penal, demanda que a lei tipificadora seja anterior à conduta incriminada. Tal afirmativa está expressa constitucionalmente no art. 5º, XL "A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

Assevera Batista que a *lex praevia* é a função histórica do princípio da legalidade, tendo em vista que o seu surgimento ocorreu "[...] para reagir contra leis *ex post facto*" (2007, p. 69).

Tudo que se refira ao crime (por exemplo, supressão de um elemento integrante de uma justificativa, qual a vox "imminente" na legítima defesa) e tudo que se refira a pena (por exemplo, retificação agravosa na disciplina da prescrição) não pode retroagir em detrimento do acusado. Note-se que a lei penal retroagirá sempre que beneficiar a acusado, seja pela revogação da norma incriminadora (*abolitio criminis*), seja por qualquer outro modo (art. 2º CP)", excetuando-se as chamadas leis excepcionais (promulgadas em face de situações especialmente calamitosas ou conflituosas) e leis temporárias (promulgadas com termo de vigência) - (art. 3º CP). O aprofundamento dessas questões, bem como a caracterização do que seja, na hipótese de concurso, a lei mais favorável, pertencem a teoria da lei penal (BATISTA, 2007, p. 69).

Historicamente falando, Busato nos diz que o postulado acima "Trata-se de uma garantia firmada pelo Iluminismo contra o ilimitado poder expresso na criação de regras de imputação de responsabilidade *ad hoc*" (2012, p. 250).



Em outras palavras, a norma incriminadora que define a tipicidade da conduta deve ser anterior ao fato que pretende reprimir penalmente, e em "tratando-se de um 'Direito penal de fatos' a norma incriminadora constitui a expressão de reconhecimento de uma conduta desvalorada socialmente em um determinado momento histórico e político de uma sociedade" (BUSATO, 2012, p. 251).

Isso nos leva a concluir que a anterioridade da norma, no entendimento de Castro "[...] é uma garantia ao cidadão em conhecer previamente o conteúdo do injusto, conferindo maior estabilidade na vida em sociedade" (2012, p. 93), não havendo sentido "[...] em permitir a imposição de uma carga penal a uma conduta sem que previamente se reconheça seu desvalor social (BUSATO, 2012, p. 252)".

Nota-se, dessa maneira, que se no momento da realização da conduta sua consequência jurídica era uma, o indivíduo não pode responder posteriormente de maneira mais gravosa.

Ressalta-se que o termo inicial da norma penal incriminadora é sempre a data de sua vigência, o que equivale ao preceito da *lex praevia*. Todavia se a norma penal for benéfica haverá exceção conforme nos explica Bustos Ramírez *apud* Busato

'A retroatividade da lei mais favorável não é contraditória com o sentido do princípio da legalidade, senão pelo contrário, uma lógica consequência de seu fundamento'. Prossegue dizendo que o 'princípio da legalidade tem por objeto evitar a arbitrariedade do Estado em suas relações com a pessoa. Uma lei mais favorável não é uma lei abusiva. Pelo contrário, significa o reconhecimento de maiores âmbitos de liberdade. Logo, a retroatividade da lei mais favorável não nega o princípio de legalidade, antes o afirma'(2012, p. 252).

Depreende-se assim, utilizando-se as palavras de Nucci que o princípio da anterioridade "significa que é obrigatória a prévia existência de lei penal incriminadora para que alguém possa ser por um fato condenado, exigindo, também, prévia cominação de sanção para que alguém possa sofrê-la" (2009, p. 90).

1.3.3 Comando de determinação - *lex certa e lex stricta*:

a) *Lex certa (nullum crimennullapoenasine lege certa)*: conhecido também como princípio da taxatividade, proíbe a lei penal genérica, indeterminada ou vaga, o que significa dizer que a norma penal deve ser clara e precisa. Assinala Busato que



isso significa que "[...] todas as leis penais devem ser formuladas da maneira mais clara, inequívoca e exaustiva possível, a fim de que se deem a conhecer por inteiro a seus destinatários: o cidadão e o juiz" (2012, p. 254).

Lopes *apud* Castro afirma que "É imprescindível que a lei defina o fato criminoso, enunciando com clareza os atributos essenciais da conduta humana de forma a torná-la inconfundível com outra" (2012, p. 83).

Expõe Mariângela Gama de Magalhães Gomes que a exigência acima

[...] é dirigida ao legislador, uma vez que ele encontra-se vinculado à proibição de que as normas incriminadoras sejam ambíguas, equívocas e vagas, o que poderia ensejar diferentes e casuísticos entendimentos. A proibição de tipos e penas indeterminados justifica-se nos fins do princípio da legalidade: uma lei indeterminada ou imprecisa não protege o cidadão contra a arbitrariedade, porque implica uma falta de limitação ao *ius puniendi* estatal. Além disso, é contrária ao princípio da divisão de poderes, pois permitiria ao juiz fazer a interpretação que quisesse e, com isso, invadir o terreno legislativo; não produziria eficácia preventivo-geral, já que o indivíduo estaria impedido de reconhecer na norma o que se quer proibir e, devido a isso, a existência de lei indeterminada não proporcionaria a base para um juízo de reprovabilidade (2003, p.33).

Além do mais, em sendo a lei certa, cumprirá sua função pedagógica, sendo acessível a todos, e não apenas aos juristas, conforme disciplinado por Castro (2012, p. 83). Na verdade, através desse requisito busca-se evitar o arbítrio dos aplicadores do direito, concedendo tamanha certeza que seja notório qualquer aplicação incorreta ou abusiva de seus elementos.

Destaca Greco que o princípio da legalidade "Obriga, ainda, que no preceito primário do tipo penal incriminador haja uma *definição* precisa da conduta proibida ou imposta, sendo vedada, portanto (...) a criação de tipos que contenham conceitos *vagos* ou *imprecisos*" (2010, p. 14-15).

Portanto, ao serem elaboradas normas com ausência de clareza, haveria um comprometimento da função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade. Na verdade, enfatiza Batista que "Formular tipos penais 'genéricos ou vazios', valendo-se de 'cláusulas gerais' ou 'conceitos indeterminados' ou 'ambíguos', equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e politicamente muito mais nefasto e perigoso" (2007, p. 78).

Contudo, em seu estudo, Busato deixa claro que a *lex certa* encontra-se em crise, pois atualmente, em que pese as exigências, teima o legislador em expressar-



se de maneira pouco clara (2012, p. 254). Fazendo referência a Sánchez, nos diz Busato que "A *ambiguidade* e a *imprecisão* são, cada vez mais, características de muitos preceitos penais" (2012, p. 254).

Na verdade, o que se vê é uma renúncia, ou ainda, um descaso por parte do legislador, pois ao criar tipos indeterminados ou abertos, acaba ele transferindo a sua responsabilidade para as mãos do juiz, incumbindo a ele que sane a lacuna. Tal fato é um absurdo, tendo em vista que deveria ser o legislador o protetor da segurança jurídica, e não o contrário.

Capez é enfático ao afirmar que

[...] a lei penal deve ser precisa, uma vez que um fato só será considerado criminoso se houver perfeita correspondência entre ele e a norma que o descreve. A lei penal delimita uma conduta lesiva, apta a pôr em perigo um bem jurídico relevante, e prescreve-lhe uma consequência punitiva. Ao fazê-lo, não permite que o tratamento punitivo cominado possa ser estendido a uma conduta que se mostre aproximada ou assemelhada. É que o princípio da legalidade, ao estatuir que não há crime sem lei que o defina, exigiu que a lei definisse (descrevesse) a conduta delituosa em todos os seus elementos e circunstâncias, a fim de que somente no caso de integral correspondência pudesse o agente ser punido (2008, p. 43).

Em contrapartida, cumpre-nos destacar que talvez um dos motivos para tamanha indeterminação de normas seria o fato de que muitos bens jurídicos são de difícil definição, como bem salienta Busato, contudo tal entendimento não deve ser tomado como justificativa, mas sim como sinal de alerta para que o legislador passe a ser mais específico (2012, p. 255).

De fato, o que se observa, nos dizeres de Batista é que

[...] diante das graves medidas restritivas que se abatem sobre o acusado num processo criminal, que a criação de incriminações vagas e indeterminadas transcende a violação do princípio da legalidade para ofender diversos direitos humanos fundamentais (2007, p. 80).

Por fim merece destaque a recomendação de Luiz Luisi *apud* Boschi ao legislador para que

não abuse do emprego de elementos normativos na elaboração da tipologia penal. Aconselhável, e mesmo necessário, é limitar a órbita de 'valoração' do intérprete e do aplicador da lei, condicionando essas valorações a certas diretrizes impostas pelos valores maiores, e fundantes, do ordenamento jurídico-penal (2006, p. 58).



b) *Lex stricta* - (*nullumcrimennullapoenasine lege stricta*): a seu turno, o direito penal não permite a analogia para criar e cominar penas. Logo, não se aceita a analogia *in malan partem* para alterar o preceito incriminador.

Observa Reale Júnior que

O princípio da tipicidade, em sua angulação político-garantidora, obriga que o trabalho hermenêutico não amplie o significado do proibido para atender aos fins que o acusador ou o julgador pretendam dar à incriminação e, em consequência, é absolutamente *vedada a analogia* nos domínios do Direito Penal, senão *in bonam partem* (2009, p. 37).

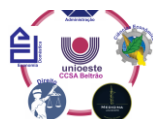
Nesse sentido, afirma Busato que "A proibição de outra forma de expressão da norma incriminadora que não a lei, visa suprimir as hipóteses de usurpação entre os poderes e mesmo de emprego de um sistema consuetudinário para a aplicação da lei penal" (2012, p. 258).

Porém, necessário destacar que analogia e interpretação extensiva não se confundem. Isso porque a primeira compreende ser possível a aplicação da lei a um caso semelhante, mesmo que não compreendido em seu texto, enquanto que a segunda apenas aplicaria a lei a um fato fora de seu alcance, mas dentro do seu sentido. Assim, nas palavras de Busato "Fica claro que a interpretação extensiva não vulnera o princípio da legalidade, pois a interpretação queda dentro do espírito da lei, enquanto que na analogia se estaria criando Direito, situação contrária que sim, é proibida" (2012, p. 259).

Para finalizar este tópico dos requisitos, faço por bem destacar a perfeita definição dada por Silva Frando *apud* Capez

[...] cada figura típica constitui, em verdade, uma ilha no mar geral do ilícito e todo o sistema punitivo se traduz num arquipélago de ilicitudes. Daí a impossibilidade do Direito Penal atingir a ilicitude na sua totalidade e de preencher, através do processo integrativo da analogia, eventuais lacunas (2008, p. 43).

Em suma, a lei penal necessita ser clara e precisa, para que os demais poderes - judiciário e executivo - não tenham problemas quanto ao seu entendimento ou a sua fixação, e para que, principalmente, a pena possa ser individualizada de maneira correta, sem nenhuma lesão aos direitos fundamentais.



2 PROPORCIONALIDADE E SEUS REQUISITOS

Atualmente, o princípio da proporcionalidade tem ganhado grande destaque, todavia, sua existência remonta à antiguidade. Assim como o princípio da legalidade, também o da proporcionalidade ganhou força através do Iluminismo, tendo, inclusive, como marco a mesma obra, aquela intitulada *Dos Delitos e Das Penas*, do consagrado Beccaria (PRADO, 2008, p. 140).

Na obra histórica referenciada acima, Beccaria concluiu que, "para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicável nas circunstâncias referidas, *proporcionada* ao delito e determinada na lei" (2006, p. 119).

Dessa forma, a proporcionalidade surge "[...] da proibição de penas cruéis e da individualização legislativa de acordo com a natureza do bem jurídico tutelado e depois, quando da sentença, a busca da pena justa e proporcional à gravidade do fato e à culpabilidade do agente" (REALE JÚNIOR, 2009, p.34). Tornando-se "[...] a verificação da compatibilidade entre os meios empregados pelo elaborador da norma e os fins que busca atingir [...]" (PRADO, 2008, p. 139).

Todavia, como bem destaca Bonavides

[...] o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio constitucional, somente se compreende em seu conteúdo e alcance se considerarmos o advento histórico de duas concepções de Estado de Direito: uma, em declínio, ou de todo ultrapassada, que se vincula doutrinariamente ao princípio da legalidade, com o apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar; outra, em ascensão, atada ao princípio da constitucionalidade, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro da gravidade da ordem jurídica (2010, p. 398).

Em nosso ordenamento jurídico, embora não se encontre expressamente na Constituição, trata-se de um princípio implícito, que vinculou-se à Constituição através dos direitos fundamentais, amparando estes e servindo como forma de limitação à liberdade individual (BONAVIDES, 2010, p. 395).

Ao ser acolhido pela Constituição passou a ser regra não apenas para as autoridades administrativas, como também a juízes e legisladores "[...] se tornando consubstancial à própria ideia de Estado de Direito pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar" (MENDES, 2010, p. 181).



Atualmente, embora fundamentado nos direitos fundamentais, também muitas manifestações na jurisprudência o consideram um princípio geral (MENDES, 2010, p. 406 e 408), "[...] invocado quando poderes, órgãos, instituições ou qualquer outro partícipe da vida constitucional ou dos processos constitucionais coloquem-se em situação de conflito" (MENDES, 2010, p. 402).

Sua violação chega a ser considerada, doutrinariamente, como excesso de poder legislativo, "[...] que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins" (MENDES, 2010, P. 409), e ao considerar-se o exercício do poder punitivo como uma violência, nada mais justo que seja fundado em argumentos fortes, limitados por princípios garantistas, como é o caso do princípio da proporcionalidade (GOMES, 2003, p. 73).

Assim, verifica-se que este princípio "[...] age em dois sentidos: como limite legítimo ao exercício de um direito e como equilíbrio a ser realizado entre duas exigências, uma do indivíduo e outra da sociedade (GOMES, 2003, p. 73)".

Nesse sentido, apresenta Rogério Greco (2010, p. 73) o entendimento de Alberto Silva Franco que menciona:

"O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).

Como visto, "o princípio da proporcionalidade assume especial papel de garantia, de caráter negativo, cumprindo a finalidade de frear a degeneração do poder punitivo, impedindo-o de expandir-se ilimitadamente". Nessa linha, acaba por vincular as normas sancionadoras, acrescentando que estas normas que restringem a liberdade do indivíduo só se justificariam se gerassem mais liberdade ao invés de sacrificá-la (GOMES, 2003, p. 75).

Orientado por três subprincípios: (1) necessidade da medida (necessidade), (2) pertinência ou aptidão (idoneidade) e (3) interdição de sua utilização quando se



figurar desproporcional - proporcionalidade em sentido estrito (GOMES, 2003, p. 246), o princípio da proporcionalidade busca atingir seus objetivos causando o menor prejuízo possível, visando sempre uma medida de justo equilíbrio (PRADO, 2008, p. 140-1).

Fala-se em necessidade da medida a avaliação dos meios que a sociedade dispõe, tanto dentro quanto fora do ordenamento jurídico, verificando se não existe "[...] outro meio capaz de proteger o interesse ameaçado, de modo menos agressivo à liberdade individual; somente nas hipóteses em que a intervenção penal apresentar-se como insubstituível, é que poderá se dizer que é necessária"(GOMES, 2003, p. 80). Ou seja, "[...] o meio escolhido é indispensável, necessário, para atingir o fim proposto, na falta de outro menos gravoso e de igual eficácia" (PRADO, 2008, p. 140).

O publicista francês Xavier Philippe, por sua vez, assevera que o princípio pode ser ilustrado pela seguinte máxima: "de dois males, faz-se mister escolher o menor". E acrescenta que pela necessidade não se questiona a escolha operada "mas o meio empregado" e que este "deve ser dosado para chegar ao fim pretendido" (BONAVIDES, 2010, p. 397).

A sua pertinência ou aptidão seria a análise entre os meios e os fins de determinada incriminação, avaliando se esta cumpre com a finalidade preventiva determinada pelo direito penal. De todo modo, "[...] para que uma norma seja considerada proporcional, é necessário, também, que seja apta - ou idônea - para prevenir a sociedade frente a práticas já valoradas, anteriormente, como necessitadas de ameaça penal" (GOMES, 2003, p. 80).

O último dos subprincípios (em sentido estrito) orienta para a interdição da utilização da norma quando esta se figurar desproporcional. Isto se dá porque é necessário também haver proporção quando da aplicação da medida de reprovação, no caso, a pena. De fato, deve-se "[...] ponderar a medida em que o direito penal a proíbe, ou, em outras palavras, a medida em que o bem pode ser protegido pela norma" (GOMES, 2003, p. 81).

Neste momento, "[...] o juízo de proporcionalidade deverá considerar se a qualidade e a quantidade da pena cominada ao delito são proporcionais a outras relações entre penas e delitos do ordenamento" (GOMES, p. 81).



Portanto, esta última etapa é a mais difícil na avaliação da proporcionalidade, pois é nesse momento que "[...] a pena legalmente cominada indica a importância que a ordem jurídica atribui ao preceito e ao bem jurídico tutelado", sendo que "De um lado fundamenta e constitui a hierarquia material dos valores penalmente protegidos e, de outro, a hierarquia das formas de tutela de um mesmo interesse, em relação às diversas modalidades de agressão" (GOMES, 2003, p. 156).

Nas palavras de Mariângela Gama de Magalhães Gomes

O momento da cominação legislativa da pena, ou da quantificação da sanção, é, desta maneira, o que mais se encontra subordinado à discricionariedade legislativa, e isto se prende, justamente, à dificuldade de racionalizar a passagem do plano qualitativo da valoração para o plano quantitativo da medida da pena ótima para a realização da tutela (2003, p. 157).

Notavelmente, "[...] contribui o princípio da proporcionalidade para conciliar o direito formal com o direito material em ordem a prover exigências de transformações sociais extremamente velozes [...]", produzindo "[...] uma controvertida ascendência do juiz (executor da justiça material) sobre o legislador, sem chegar, todavia, a corroer ou abalar o princípio da separação dos poderes (BONAVIDES, 2010, p. 399).

Dessa forma, verifica-se que o princípio da proporcionalidade "[...] não constitui um direito da liberdade, mas um direito que protege a liberdade; uma garantia fundamental, ou, antes de tudo, um princípio geral do direito" (BONAVIDES, p. 401). Trata-se, na verdade, de um princípio de grande abrangência, pois deve ser observado desde o momento da elaboração das normas penais e até quando estas forem aplicadas ao caso concreto. Mais que um princípio geral, é um defensor dos direitos fundamentais e da correta aplicação da lei.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As diversas formas de controle social podem ser utilizadas no meio social. Porém, diante dos estudos realizados verificou-se que o exercício do controle social penal deve estar pautado nos princípios de legalidade e proporcionalidade.



Desde a elaboração das normas penais é necessário se ater aos requisitos decorrentes da legalidade e proporcionalidade. Estes gerariam limitações também quanto a aplicação da norma penal ao caso concreto, evitando-se excessos por parte de seus aplicadores. Evitando-se, por exemplo, aplicações de penas desproporcionais.

Desse modo, tanto o princípio de legalidade como o de proporcionalidade conteriam os processos de criminalização primária e secundária.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.** 2003. Disponível em: http://xa.yimg.com/40388A9F-A3E8-48AD-8EEB-5B7F761C7609/FinalDownload/DownloadId-B0D5E4A8D1F64720C017E98E016D7DD8/40388A9F-A3E8-48AD-8EEB-5B7F761C7609/kq/groups/22830878/36505266/name/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf. Acessado em maio de 2013.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesidi, 1738-1794. **Dos delitos e das penas.** Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 25ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos de direito penal brasileiro.** 3 ed. Curitiba, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1 : parte geral. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Princípio da legalidade como direito humano fundamental.** Revista Lex Humana, Petrópolis, v. 4, nº 2, p. 76-91, 2012. Disponível em: <http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=199>. Acessado em: Abril/Maio de 2013.



COSTA, Gerson Godinho da. **Princípio da proporcionalidade e individualização da sanção criminal abstratamente cominada.** Revista da AJUFERGS / Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul. N. 01. Porto Alegre, 2003. Disponível em: http://www.esmafe.org.br/web/revista/rev04/revista_04.pdf. Acessado em: novembro de 2012.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 12 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal.** Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2 ed. Porto Alegre, 2005. Disponível em: http://www.esmeg.org.br/pdfMural/principio_da_legalidade_-_hassemer.pdf. Acessado em: maio de 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal.** 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 2004. In: SILVA, Ivan Luís Marques da. **O direito penal como garantia fundamental.** São Paulo, 2007.

