

FONTES FORMAIS DO DIREITO PENAL BRASILEIRO LEIS, COSTUMES, EQÜIDADE, PRINCÍPIOS E ANALOGIA

João Carlos Machado Batista*

RESUMO: *Este trabalho trata de fontes propriamente ditas no direito penal brasileiro, seus conceitos, formas e caracteres declarados por estudos de diversos autores capacitados na área criminal. Questiona sua origem e produção, suas divisões e sub-divisões, mostrando aos bacharéis e futuros bacharéis em direito a importância da teoria do direito penal no que se diz sobre o conceito de produção de normas penais, descrevendo sobre fontes de produção e, minuciosamente, fontes formais mediatas e imediatas e suas fontes propriamente ditas.*

Palavras-chave: Direito Penal; Fontes Formais; Teoria Geral do Direito.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, vamos questionar: o que é uma fonte? Seria a origem ou a causa de existência. No caso do Direito, seria o lugar de onde provém a norma, aquilo de que ela se origina.

A maioria dos autores distinguem as fontes como sendo materiais, substanciais ou de produção e cognitivas, formais ou imateriais. O professor Zaffaroni (2000, p.84) distingue as fontes de direito penal como fontes de produção da legislação penal, fontes de cognição da legislação penal, fontes de conhecimento do saber jurídico-penal e fontes de informação do saber jurídico-penal.

As fontes materiais ou de produção definem os órgãos capazes de produzir as leis penais. Ou seja, refere-se à gênese da norma penal, é de onde emerge a legislação penal.

As fontes imateriais ou cognitivas é a maneira por que ele se exterioriza e objetiva; “correspondem aos processos de exteriorização do direito penal ou de revelarem suas regras” (DAMÁSIO, 2003, p.95).

Definindo as distinções de professor Zaffaroni, para meios de esclarecimento, as fontes de produção da legislação penal são aquelas das quais emerge a legislação penal; as fontes de cognição da legislação penal são representadas pela própria legislação, seriam as leis federais, as fontes de conhecimento do saber jurídico-penal, são aquelas empregadas por este saber para a elaboração de seus conceitos (legislação, dados, históricos, etc.) e fontes de informação do saber jurídico-penal, aquelas das quais obtemos, do estado passado ou presente, este saber penal (tratados, monografias, etc.).

FONTES DE PRODUÇÃO

A Constituição Federal do Brasil de 1988, no seu art. 22, inciso I, define:

* Bacharelado em Direito na Universidade Católica do Salvador. E-mail: joamachado@click21.com.br; orientador Prof. Nilton José de Souza Ferreira, Bacharel em Direito e catedrático da cadeira de Direito Internacional Público na Universidade Católica do Salvador.

*“Compete privativamente à União legislar sobre:
I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”*

A fonte que produz o direito penal é o Estado. O Estado, através de seus representantes, eleitos e escolhidos diretamente pelo povo, é quem irá definir as leis sobre as matérias de direito como um todo. “O povo é o único ‘soberano’, a fonte do poder do Estado e, conseqüentemente, sem a intervenção legítima dos representantes do povo, não pode haver lei penal” (ZAFFARONI 2000, p.87), esta definição segue o Princípio da Legalidade (Art. 5º XXXIX), que será mais explicado ao decorrer do trabalho. Seria o direito penal subjetivo (*Jus puniendi*): é o direito que tem o Estado de atuar sobre os delinquentes na defesa da sociedade contra o crime; é o direito de punir do Estado.

FONTES FORMAIS

As fontes são aquelas de onde se exterioriza o Direito Penal. Elas se dividem em Fontes Formais Imediatas e Fontes Formais Mediatas.

Fontes formais imediatas – Leis

As fontes formais imediatas são as leis, em sentido genérico. A lei é a única fonte formal imediata do direito penal, pois não há crime e nem pena sem prévia cominação legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), ela deriva do Princípio da Reserva Legal.

Alguns autores usam o termo de norma para todas as categorias de princípios legais, porém iremos ver que a norma penal está contida na lei penal. A lei penal descreve condutas ilícitas, a que comina a pena. Compõe-se de duas partes: o preceito primário e o preceito secundário.

O preceito primário seria o bem-interesse tutelado, o comportamento humano ilícito. Já o preceito secundário define a penalidade ou a sanção que é associada àquela conduta, ou a punição deste objeto. Exemplo temos o art. 155 do Código Penal Brasileiro:

*“Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel.
Pena – reclusão, de 1 (hum) a 4 (quatro) anos”*

O preceito primário, conduta humana ilícita, seria o texto descrevendo o que vem a ser furto; depois vem o preceito secundário, que seria a pena prevista para tal ato ilícito. Na lei penal, existem preceito e sanção, advindo implicitamente daí o princípio proibitivo.

O preceito imperativo que deve ser obedecido não se contém de maneira expressa na norma penal. A sanção e o comportamento ilícito é que são expressos.

O criminoso não transgredir a lei, mas sim o princípio proibitivo. Ele viola o princípio contido nela. No exemplo supracitado, o indivíduo que comete tal ato ilícito, simplesmente, viola o princípio de “*não furtarás*”.

A norma penal é distinta da lei penal. A norma é conteúdo da lei penal. A lei apenas descreve o crime enquanto a norma é que tem cunho valorativo. A norma proíbe ou impõe concretamente a respectiva conduta que descreve.

A exatidão do que se afirma melhor se demonstra pelo confronto de uma disposição comum com a *norma penal em branco*, que realmente se completa com o preceito de outra. As normas penais em branco são disposições cuja sanção é determinada, permanecendo

indeterminado o seu conteúdo; sua exequibilidade depende do complemento de outras normas jurídicas ou da futura expedição de certos atos; classificam-se em:

a) *normas penais em branco em sentido lato* - são aquelas em que o complemento é determinado pela mesma fonte formal da norma incriminadora;

b) *normas penais em branco em sentido estrito* - são aquelas cujo complemento está contido em norma procedente de outra instância legislativa.

As leis penais também apresentam lacunas que devem ser preenchidas pelos recursos supletivos para o conhecimento do direito (analogia, costumes e princípios gerais do direito); não possuem lacunas as normas penais incriminadoras, em face do princípio da reserva legal; as normas penais não incriminadoras, porém, em relação às quais não vige aquele princípio. Quando apresentarem falhas ou omissões, podem ser integradas pelos recursos fornecidos pela ciência jurídica.

Fontes formais mediatas

Definem-se pelos costumes, equidades, princípios e analogia.

Costumes

Conjunto de normas de comportamento a que as pessoas obedecem de maneira uniforme e constante pela convicção de sua obrigatoriedade. Os costumes seriam uma regra de conduta praticada de modo geral, constante e uniforme.

Trazendo para outros ramos do direito brasileiro, o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil menciona o costume como elemento interativo da lei lacunosa, situando-o logo após a analogia. O termo costume deriva do latim *consuetudine*, de *consuetumine*, hábito, uso. É a prática social reiterada e considerada obrigatória. O costume demonstra princípio ou a regra não escrita que se introduziu pelo uso, com o consentimento tácito de todas as pessoas que admitiram sua força como norma a seguir na prática de determinados atos. Embora alguns autores não façam a distinção entre costumes e usos, outros advertem que o costume se distingue dos usos sociais em geral, pois a sociedade o considera obrigatório para todos, de tal sorte que a sua violação acarreta uma responsabilidade jurídica e não apenas uma reprovação social. Para que o uso social seja considerado obrigatório socialmente, portanto torne-se costume, é preciso que tenha considerável antigüidade, vale dizer, seja praticado por um longo tempo. Deve existir a convicção de que o costume é obrigatório, que origina uma norma social correspondente a uma necessidade jurídica. O costume não se confunde com as demais normas sociais ou de cortesia, desprovidas de coercitividade.

Equidade

Do latim *aequitas*. Correspondência jurídica e ética perfeita da norma às circunstâncias do caso concreto a que é aplicada. Sentimento de justiça avesso a um critério de julgamento ou tratamento rigoroso e estritamente legal.

Ao aplicar uma norma jurídica, o juiz pode perceber que a aplicação pura e simples desta, sem atentar para as peculiaridades do caso concreto, pode levar a uma injustiça. Pode e deve, portanto, sem fugir ao preceito jurídico, amoldar a norma fria do texto ao elemento humano do caso. Eis a equidade: “aplicação ideal da norma ao caso concreto”, como a definiu Aristóteles.

O Art. 59 do Código Penal se trata de um exemplo prático de equidade.

“O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário o suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I- as penas aplicáveis dentre as cominadas;*
- II- a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;*
- III- o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;*
- IV- a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”*

A equidade é um conjunto de princípios imutáveis de justiça que induzem o juiz a um critério de moderação e de igualdade, ainda que em detrimento do direito objetivo.

Princípios

Nos princípios se dilui a equidade, por ser esta subjetiva ao passo que aqueles possuem caráter objetivo. Podem, ainda, suprir lacunas e omissões da lei penal, desde que não seja incriminadora. São as normas de justiça objetiva de onde o direito tira o seu fundamento; premissas éticas extraídas da legislação. Decorrem do próprio fundamento da legislação positiva, que, mesmo não se mostrando expressos, constituem os pressupostos lógicos necessários das normas legislativas.

Muito embora não estejam expressos, tais princípios existem, consistindo na manifestação do próprio espírito de uma legislação.

Os princípios gerais do direito têm grande importância no preenchimento das lacunas da lei, em face do seu caráter normativo à falta da lei ou costume aplicado ao caso concreto.

Em relação a esta questão, temos, por força do princípio da legalidade, a lei como principal fonte do direito penal.

Citando outros ramos do direito, temos a Constituição da República Portuguesa, estabelecendo neste domínio um quadro geral de princípios previstos de forma concentrada no seu art. 29:

- I. “Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior.*
- II. O disposto no número anterior não impede a punição, nos limites da lei interna, por acção ou omissão que no momento da sua prática seja considerada criminosa segundo os princípios gerais de direito internacional comumente reconhecidos.*
- III. Não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior.*
- IV. Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido.*
- V. Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime.*
- VI. Os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos.”*

Embora não se esgotem neste princípio, já que ao longo da Constituição da República Portuguesa esta acaba por influenciar o legislador na elaboração do Código Penal. Temos como exemplo o art. 18 da CRP:

- I. *“Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.*
- II. *2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.*
- III. *3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”*

Mas a própria Constituição da República Portuguesa contempla verdadeiras obrigações de criminalizar, partilha de um conjunto de características que estamos habituados a ver apenas no direito penal. Por exemplo, a própria CRP está sujeita a um princípio de subsidiariedade e fragmentariedade porque, por natureza, os textos constitucionais são curtos. Sendo a Constituição da República Portuguesa a Lei Fundamental do Estado, deve contemplar os princípios gerais relativos a cada ramo do direito, na medida em que eles se revelem essenciais para a organização da vida social. Neste sentido, a CRP obedece também a uma determinada axiologia. Portanto há verdadeiras normas axiológicamente positivas (por exemplo: no domínio dos direitos, liberdades e garantias fundamentais).

O exemplo que o Prof. José Faria Dias (2001, p.103) dá é este:

O que aconteceria ao Código Penal se não tivesse previsto o crime de homicídio?

É óbvio que, por força do art. 18 da Constituição da República Portuguesa, teríamos que advogar uma situação de inconstitucionalidade. Se o direito penal tem como função proteger os bens jurídicos mais importantes, os valores mais essenciais de determinada comunidade, então este Código Penal seria manifestamente inconstitucional, na medida em que protege aí determinados direitos fundamentais, mas deixaria uma grande lacuna no que respeita à proteção da dignidade da vida da pessoa humana e à concretização dessa mesma dignidade.

Se ao legislador penal é exigida uma ordem axiológica, é óbvio que ele está, desde logo, sujeito a esta ordem estabelecida pelo próprio legislador constitucional. Há ainda as normas constitucionais, é claro que o próprio Código Penal e demais legislação avulsa são partes preferenciais do direito penal.

Os princípios mais utilizados para o direito penal brasileiro são o da reserva legal e o da legalidade. O primeiro consiste na garantia constitucional do direito individual do cidadão perante o poder punitivo do Estado. O segundo consiste na existência de uma lei para tipificar o crime. Existe uma lei condenando tal ato ilícito para que haja o crime.

Analogia

A *analogia jûris* é um processo lógico pelo qual o aplicador da lei adapta a um caso concreto não previsto pelo legislador norma jurídica que tenha o mesmo fundamento, ou operação que consiste em aplicar, a um caso não previsto, norma jurídica concernente a uma situação prevista, desde que entre ambos exista semelhança e a mesma razão jurídica para resolvê-los de igual maneira. Onde houver o mesmo fundamento, haverá o mesmo direito. A analogia não diz respeito à interpretação jurídica propriamente dita, mas à integração da lei, pois sua finalidade é justamente suprir lacuna desta.

CONCLUSÃO

Alguns definem jurisprudência, tratados e convenções como sendo uma fonte formal mediata, mas não as considero como tal, pois é o primeiro e o segundo item, que possuem caráter

de fontes imediatas e mediatas, só são validos após *referendum* no Congresso Nacional, enquanto o último é o direito reproduzido nas decisões judiciais, por via de aplicação da lei. Seria uma fonte secundária do direito.

Concluo afirmando que as fontes do direito penal são de características importantes na área de teoria geral do direito, pois é assim que temos a noção de onde, realmente, provém a norma penal brasileira.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto – Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.**

BRASIL. Decreto – Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro.**

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal** – Parte Geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

DIAS, José Faria. **Direito penal** – Volume 1. 26. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. 28. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal** - Parte Geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

JESUS, Damásio de. **Direito penal** – Parte Geral. 26. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

MACHADO NETO, João Ferreira. **Curso de direito penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal**. 20. ed. São Paulo: Ed. Atlas. 2002.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal** – 1º Volume. 21. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1982.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**, de 2 de abril de 1976.

ZAFFARONI, Raul Eugênio. **Direito penal brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.