

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – DOUTORADO**

**LIMITES CONSTITUCIONAIS DO LEGISLADOR E DO  
JUIZ NA INCRIMINAÇÃO E DESCRIMINALIZAÇÃO DE  
CONDUTAS**

**A Imposição dos Princípios Constitucionais Penais**

**ALBERTO JORGE CORREIA DE BARROS LIMA**

**Recife, 2006**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO**  
**PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – DOUTORADO**

---

Alberto Jorge Correia de Barros Lima

**LIMITES CONSTITUCIONAIS DO LEGISLADOR E DO**  
**JUIZ NA INCRIMINAÇÃO E DESCRIMINALIZAÇÃO DE**  
**CONDUTAS**

**A Imposição dos Princípios Constitucionais Penais**

Tese apresentada como exigência à obtenção do grau de Doutor junto ao Doutorado em Direito da Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, sob a orientação do **Professor Doutor João Maurício Adeodato**.

Recife, 2006

**Lima, Alberto Jorge Correia de Barros**

**Limites constitucionais do legislador e do juiz na  
incriminação e descriminalização de condutas : a  
imposição dos princípios constitucionais penais /  
Alberto Jorge Correia de Barros Lima. – Recife : O  
Autor, 2006.**

**155 folhas.**

**Tese (doutorado) – Universidade Federal de  
Pernambuco. CCJ. Direito, 2006.**

**Inclui bibliografia.**

**1. Direito público – Direito penal e constitucional.  
2. Princípios constitucionais penais – Imposição dos  
princípios ao juiz e ao legislador. 3. Criminalização –  
Mandamentos constitucionais – Necessidade do  
direito penal. I. Título.**

**343.211  
345.02**

**CDU (2.ed.)  
CDD (22.ed.)**

**UFPE  
BC2006-250**

**AUTOR:** Alberto Jorge Correia de Barros Lima

**TÍTULO:** “Limites Constitucionais do Legislador e do Juiz na Criminalização e Descriminalização de Condutas – A Imposição dos Princípios Constitucionais Penais”

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

**Área de Concentração:** Direito Público

**Orientador:** Prof. Dr. João Maurício Leitão Adeodato.

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Doutorado e a julgamento nos seguintes termos:

**MENÇÃO GERAL:**           Aprovado          

Prof. FRANCISCO IVO DANTAS CAVALCANTI, Dr. Titular da UFPE  
Julgamento:           Aprovado           assinatura           [assinatura]          

Prof. RICARDO DE BRITO A. PONTES FREITAS, Dr. UFPE  
Julgamento:           Aprovado           assinatura           [assinatura]          

Prof. JOÃO PAULO FERNANDES DE SOUZA ALLAIN TEIXEIRA, DR. AESO  
Julgamento:           Aprovado           assinatura           [assinatura]          

Prof. GEORGE SARMENTO LINS JÚNIOR, Dr. UFAL  
Julgamento:           Aprovado           assinatura           [assinatura]          

Prof. MANOEL CAVALCANTE DE LIMA NETO, DR. CESMAC  
Julgamento:           Aprovado           assinatura           [assinatura]          

Recife, 20 de março de 2006.

Para minha mãe, Enide, pela força, carinho e extrema dedicação.

Para meu pai, João, pela ternura que seus longos anos de vida hoje me passam.

Para Francisa, pela energia de sua juventude, pela ajuda, pelo seu amor.

## **AGRADECIMENTOS**

Este trabalho, ainda que pequeno em extensão e maior em propósitos, de modo algum seria possível sem os conhecimentos, a provocação e os estímulos acadêmicos ditados pelos meus professores do programa de pós-graduação da Faculdade de Direito do Recife. Agradeço, portanto, a todos eles e, em especial, ao professor doutor Andreas Krell, também meu colega da Universidade Federal de Alagoas, e ao meu orientador, o professor doutor João Maurício Adeodato, cujo rigor, seriedade e dedicação acadêmica, para além de exemplo, permitiram-me concluir a tese.

**O juiz e o legislador são homens que se movem dentro do  
Direito como o prisioneiro dentro de seu cárcere.**

**(Paráfrase de uma citação de Eduardo Couture)**

## RESUMO

Neste trabalho, que se vale, basicamente, de pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, além de pesquisa jurisprudencial no Brasil, demonstra-se a imposição dos princípios constitucionais penais sobre o legislador e o juiz, contribuindo para difusão de uma dogmática nova, mais engajada e centrada na racionalização constitucional/antropológica do Direito Penal. Os princípios, principalmente na seara penal, sempre foram vistos como guias, critérios orientadores, sem, praticamente, qualquer vinculação obrigatória ao legislador e ao juiz, e a doutrina brasileira dificilmente os encarta como problema da dogmática penal.

Partindo da premissa que a República do Brasil configura-se, como acentuado na sua Constituição, num Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a dignidade humana e como objetivo o bem de todos, o trabalho defende que aqueles agentes públicos, de nenhum modo, podem ser arbitrários ou estão livres para criminalização ou, até, para descriminalização de condutas. O trabalho descreve os princípios constitucionais reportados, sustentando-os como fundamentais para a ordem penal brasileira. Para este mister, discorre-se sobre o controle social, inserindo o Direito Penal como parte dele, explicitando os graves e conhecidos problemas de sua realização prática, principalmente em países como o Brasil; relembra-se a importância da dignidade da pessoa humana, máxime em sede de Direito Penal, demonstrando a necessidade da atuação judicial para sua garantia; e, finalmente, utiliza-se como substrato a metodologia que os considera como normas jurídicas, conferindo-lhes uma posição sobranceira na ordem constitucional.

Após expor os princípios da intervenção mínima, da ofensividade e os respectivos corolários, defendendo-os como uma imposição constitucional de conteúdo ao legislador e, também, ao juiz; e os princípios da legalidade, culpabilidade e humanidade, defendendo-os como imposições constitucionais restritivas ao legislador com desdobramentos para o juiz; explicitam-se, defendendo-se, ainda, como imposição de conteúdo, os mandamentos constitucionais criminalizadores, por força da necessidade de funcionamento, ainda que minimamente, do Direito Penal, para conter as tensões causadas na coletividade pelo cometimento dos delitos defendidos como mais graves.

Conclui-se o trabalho com a assertiva de que os princípios constitucionais penais devem ser compreendidos por seus recíprocos significados – com influência, inclusive, sobre os mandamentos de criminalização – e no interior da dogmática penal, para a qual seu estudo, na atual ordem jurídica brasileira, é imprescindível.

**PALAVRAS-CHAVES:** Princípios Constitucionais Penais – Mandamentos constitucionais criminalizadores – Criminalização e descriminalização – Limites e possibilidades do legislador e do juiz

## ABSTRACT

Based primarily on national and foreign bibliographic research, the work here in also uses Brazilian jurisprudential research to demonstrate the imposition of constitutional principles of penal law upon legislator and judge alike, thus contributing to spread the notion of a new doctrine committed to the constitutional/anthropological rationalization of Criminal Law. Penal law principles have always been regarded as guideposts with little or no necessary link whatsoever to the lawmaker and the judge, being hardly seen as a problem of penal concept by Brazilian doctrine.

Based on the assumption that, as stated in its Constitution, Brazil is a republic founded on the principles of democracy and the rule of law, having human dignity as a hallmark and the general welfare its objective, this study argues that those public agents cannot in any way behave arbitrarily or be free to render a conduct criminal or non-criminal. It also describes the priorly mentioned constitutional principles and holds them to be fundamental for the Brazilian penal structure. To this end, social control is examined having Penal Law as part of it, hence highlighting the serious and notorious problems in carrying it out, chiefly in countries such as Brazil; the importance of human dignity, mainly within Criminal Law, is called to mind to demonstrate the need for judicial action to guarantee it; and, finally, the methodology that views them as juridical norms is used as a substratum, granting them a prominent stance in the constitutional order.

After expounding the principles of minimum intervention, of offensiveness and its respective corolaries, endorsing them as a constitutional subject-matter imposition upon the lawmaker and the judge as well; and the principles of legality, culpability, and humanity, defending them as binding constitutional impositions on legislators, with repercussions for the judge; the constitutional commandments of criminalization are depicted and upheld as subject-matter imposition needed for Criminal Law to be minimally operational, in order to contain tensions within the community brought about by infringements seen as more severe.

The work is concluded by asserting that the constitutional principles of penal law must be understood with its reciprocal meanings – having also influence over the commandments of criminalization –and within penal doctrine, making its study indispensable in the current Brazilian legal order.

**KEYWORDS:** Constitutional Principles of Penal Law – Constitutional commandments of criminalization – Criminalization and decriminalization – Possibilities and limits of the legislator's and the judge's powers.

## SOMMARIO

In questa tesi, che utilizza, basicamente, la ricerca bibliografica nazionale e straniera, oltre la ricerca giurisprudenziale in Brasile, si dimostra l'imposizione dei principi costituzionali penali sul legislatore e il giudice, contribuendo per la diffusione di una dogmatica nuova, più collegata e centrata nella razionalizzazione costituzionale/antropologica del Diritto Penale. I principi, principalmente nell'universo penale, sono sempre stati osservati come guide, criteri di orientazione, senza, praticamente, qualsiasi collegamento obbligatorio al legislatore e al giudice e la dottrina brasiliana difficilmente li classifica come problema della dogmatica penale.

Partendo dalla premessa che la Repubblica del Brasile si configura, come è accentuato nella sua Costituzione, in uno Stato Democratico di Diritto, che ha come fondamenta la dignità umana e scopo il benessere di tutti, la tesi difende che quelli agenti pubblici, in nessun modo, possono essere arbitrari o sono liberi per la criminalizzazione o addirittura per la discriminatorizzazione di condotte. La tesi descrive i principi costituzionali elencati sostenendoli come fondamentali per l'ordine penale brasiliana. Per questo mister, si discorre sul controllo sociale, inserendo il Diritto Penale come sua parte, esplicitando i gravi e conosciuti problemi per la sua realizzazione pratica, principalmente in nazioni come il Brasile; ricordasi l'importanza della dignità della persona umana, massima nella sede del Diritto Penale, dimostrando la necessità di attuazione giudiziale per la sua garanzia; e finalmente, si utilizza come elemento la metodologia che li considera come norma giuridica, conferendogli una posizione attiva nell'ordine costituzionale.

Dopo esporre i principi dell'intervenzione minima, dell'offensività e i rispettivi derivati, difendendoli come una imposizione costituzionale di contenuto al legislatore e anche al giudice; e i principi della legalità, colpeabilità e umanità, difendendoli come imposizioni costituzionali di contenuto, i mandamenti costituzionali criminalizzatori, per forza della necessità di funzionamento, pure se scarsamente, del Diritto Penale, per contenere le tensioni causate nella collettività dal cometimento dei delitti diffesi come più gravi.

Si conclude la tesi con l'assertiva di cui i principi costituzionali penali debbono essere compresi dai loro reciproci significati – con influenza, pure, sui mandamenti di criminalizzazione – e nell'interno della dogmatica penale, per la quale il suo studio, nella attuale ordine giuridica brasiliana, é imprescindibile.

**PAROLE CHIAVI:** Principi Costituzionali Penali – Mandamenti costituzionali criminalizzatori – Criminalizzazione e discriminatorizzazione – Limiti e possibilità del legislatore e del giudice.

# SUMÁRIO

## INTRODUÇÃO

I. A injunção dos princípios constitucionais penais.....	13
II. Deslegitimação do Sistema Penal e necessidade de uma nova dogmática.....	14
1. DIREITO PENAL: CONTROLE SOCIAL E DIGNIDADE HUMANA	
1.1. O controle social formal exercido pelo Direito Penal.....	20
1.2. Dignidade humana como ponto de partida.....	26
1.3. Necessidade do Garantismo Penal.....	28
1.4. Ampliação necessária das funções judiciais em matéria penal.....	32
2. UM NOVO OLHAR SOBRE AS NORMAS JURÍDICAS – DAS REGRAS AOS PRINCÍPIOS	
2.1. Norma Jurídica, Direito e Lei: diferenças conceituais.....	35
2.2. A sanção não caracteriza a norma jurídica.....	40
2.3. Os princípios são espécies de normas jurídicas.....	43
2.4. A proeminência dos princípios constitucionais sobre as regras.....	46
3. NORMA PENAL, DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO	
3.1. Por outra classificação da Norma Penal.....	49
3.2. Direito Penal e Constituição.....	52
3.3. Constituição e imposição restritiva ao Direito Penal.....	54
3.4. Constituição e imposição de conteúdo ao Direito Penal.....	56
3.5. Estado Democrático de Direito e os princípios constitucionais penais.....	59
4. IMPOSIÇÃO DE CONTEÚDO E INTERVENÇÃO MÍNIMA	
4.1. Intervenção mínima como princípio constitucional penal.....	62
4.2. Determinação de referência criminalizadora exclusiva a bens jurídicos.....	64
4.3. Imposição ao legislador.....	66
4.4. Intervenção mínima e controle judicial.....	69

5.	IMPOSIÇÃO DE CONTEÚDO E OFENSIVIDADE	
5.1.	Direito e Moral: a ofensividade como princípio constitucional penal.....	73
5.2.	Imposição do princípio da ofensividade ao legislador.....	76
5.3.	Imposição ao juiz: o critério interpretativo da insignificância.....	79
5.4.	Ofensividade e controle da constitucionalidade.....	82
6.	O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: IMPOSIÇÃO RESTRITIVA	
6.1.	Esforço histórico e definição da legalidade penal.....	86
6.2.	A compreensão do princípio no Estado Democrático de Direito.....	88
6.3.	Imposição restritiva ao legislador.....	90
6.4.	Legalidade penal e os limites do juiz.....	93
7.	CULPABILIDADE COMO IMPOSIÇÃO RESTRITIVA	
7.1.	Os significados de culpabilidade em Direito Penal.....	97
7.2.	A culpabilidade normativa.....	99
7.3.	Fundamentos da culpabilidade no Estado Democrático de Direito.....	101
7.4.	As obrigações impostas pelo princípio ao legislador e ao juiz.....	104
8.	O PRINCÍPIO DA HUMANIDADE COMO IMPOSIÇÃO RESTRITIVA	
8.1.	Pessoa humana e pena.....	107
8.2.	A proporcionalidade e o princípio constitucional da humanidade.....	108
8.3.	Imposição ao legislador e ao juiz.....	111
9.	OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS NAS SOCIEDADES PÓS-INDUSTRIAS	
9.1.	As principais objeções aos princípios constitucionais penais.....	116
9.2.	A Expansão penal nas sociedades atuais.....	117
9.3.	Expansão versus intervenção mínima.....	121
9.4.	Nova criminalidade e diminuição das garantias: “Direito Penal do inimigo” ? .....	123

## 10. MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS CRIMINALIZADORES

10.1. Imposição de conteúdo e limites à descriminalização.....	129
10.2. Imposição constitucional criminalizadora de conteúdo impeditivo.....	131
10.3. Imposição constitucional criminalizadora de conteúdo prescritivo – as cláusulas constitucionais de criminalização.....	133
CONCLUSÃO .....	136
REFERÊNCIAS.....	140

## INTRODUÇÃO

*Sumário:* I. A injunção dos princípios constitucionais penais II. Deslegitimação do Sistema Penal e necessidade de uma nova dogmática.

### **I. A injunção dos princípios constitucionais penais**

Neste trabalho, pretendemos demonstrar a imposição dos princípios constitucionais penais sobre o legislador e o juiz, os quais, em um Estado democrático de direito, que tem como fundamento a dignidade humana e como objetivo o bem de todos, de modo algum podem ser arbitrários na criminalização ou mesmo na descriminalização de condutas.

Tencionamos defender uma série de limites ditados pelos princípios a esses agentes. Para o legislador, os influxos dos princípios constitucionais penais condicionam-no no momento da feitura das normas criminalizadoras e descriminalizadoras e, para o juiz, há uma série de condicionamentos na aplicação e interpretação da normas editadas.

Sabe-se que a inconstitucionalidade decorrente da contrariedade entre uma regra legal e uma regra constitucional, diante do maior grau de *determinabilidade* e menor grau de abstração das regras, é de verificação mais fácil, pois que depende da interpretação de ambas as regras. Todavia, a inconstitucionalidade resultante da contrariedade entre uma regra legal e um princípio constitucional, que é muito mais grave, é bem mais difícil de ser percebida, ante o elevado grau de abstração dos princípios. Veremos que os princípios ditarão ao juiz critérios para a determinação de inconstitucionalidade das normas que os maltratam. Planejamos, outrossim, fazer ver os instrumentos hermenêuticos que o auxiliam nessa tarefa e também quais são os seus próprios limites no momento dessa operação.

Pretendemos, ainda, entrementes, explicitar os mandamentos constitucionais criminalizadores, defendendo sua conformidade com os influxos dos princípios constitucionais penais. Longe de qualquer romantismo, sabemos da necessidade do funcionamento do Direito Penal, ao menos para conter as tensões causadas na coletividade

pelo cometimento dos delitos que definiremos como os mais graves. A afetação dos direitos fundamentais ocorre, também, com as conseqüências das infrações de especial gravidade.

Mas, para fazer funcionar o sistema de justiça criminal, antes de mais nada, é preciso (re)legitimá-lo. Propugnamos, por isso, uma dogmática que traduza um rígido controle nas instâncias criminalizadoras e descriminalizadoras, que torne possível, por exemplo, conter a inflação de leis criminalizadoras, as quais não têm qualquer efetividade, não ofendem bens jurídicos importantes e contribuem, seriamente, para a crença na impunidade.

Para estes propósitos, é preciso fixar o conceito de princípios; distinguir a teoria da metodologia jurídica tradicional, que não os considera norma, das concepções que revelam sua natureza normativa; diferenciá-los das regras, evidenciando sua posição sobranceira no ordenamento jurídico; focar a dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil, como sustentáculos dos princípios constitucionais penais implícitos e expressos no texto da Carta Federal, que delimitam, como veremos, a ação do legislador e do juiz em criminalizar e descriminalizar comportamentos.

Através de qualquer pesquisa jurisprudencial, é possível concluir que o Judiciário brasileiro faz pouco, ou quase nenhum, uso dos princípios reportados para, declarando a inconstitucionalidade das regras que os contrapõem, descriminalizar comportamentos. Aumenta, por isso, a importância de uma classificação constitucional e de uma definição dos princípios penais com seus desdobramentos e interligações, que serão defendidas no trabalho.

## **II. Deslegitimação do Sistema Penal e necessidade de uma nova dogmática**

Não é novidade, desde longo tempo, a chamada deslegitimação do Sistema Penal. O Sistema Penal oficial, destinado a realizar o Direito Criminal no Brasil, comporta três segmentos: o Policial, o Judicial e o de Execução ou Penitenciário. A deficiência destes três segmentos, com severas conseqüências para os direitos humanos, é relatada na crítica de

Zaffaroni<sup>1</sup>, por meio de três características, as quais, em certa medida, podem ser observadas nos sistemas de justiça criminal da América Latina, muito particularmente no Sistema Penal Brasileiro.

Redimensionada a crítica do professor portenho no que tange ao seu conceito, podemos dizer que a primeira, relativa à seletividade do Sistema, significa que este só atinge os estratos economicamente mais desfavorecidos da população<sup>2</sup>, centrando sua atuação primordialmente nos delitos contra o patrimônio privado<sup>3</sup>.

A segunda acentua a repressividade do Sistema, entendida como a intensidade das conseqüências opressoras para além das previstas nas normas penais<sup>4</sup>. A repressividade

---

<sup>1</sup> **Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina** (Informe Final), Coord. Eugenio R. Zaffaroni. Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 7.

<sup>2</sup> Os dados para o Brasil, segundo o Censo Penitenciário de 1993, inserto no **Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito**, destinado a investigar o Sistema Penitenciário Brasileiro (Diário do Congresso Nacional, ano XLIX, suplemento ao nº 57, Câmara dos Deputados: Brasília, 19 de abril de 1994), bem assim o Censo de 1994, introduzido no **Jornal do Magistrado** – Jornal Oficial da Associação dos Magistrados Brasileiros, nº 34, ano VII, abril de 1996, p. 08, já apontavam para uma população carcerária constituída de noventa e cinco por cento (95%) de pessoas pobres. Conceitua-se como pobre, valendo-se da metodologia empregada pelo IBGE/Pnad, o percentual da população com renda mensal *per capita* de até meio salário mínimo.

<sup>3</sup> Segundo o Censo Penitenciário do Ministério da Justiça de 1995, **Conselho Nacional de Política Criminal**, Brasília: Imprensa Nacional, 1997, p. 34, aproximadamente cinquenta e um por cento (51%) dos delitos praticados pela clientela do sistema são crimes contra o patrimônio privado (furto e roubo principalmente), frente a percentuais como quinze por cento (15%) para homicídios, onze por cento (11%) para o tráfico de drogas, sete por cento (7%) para os crimes contra os costumes, sobrando, apenas, dezesseis por cento (16%) para todas as outras modalidades de infrações penais.

<sup>4</sup> O Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito (**Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito** destinado a investigar o Sistema Penitenciário Brasileiro, Diário do Congresso Nacional, ano XLIX, suplemento ao nº 57, Câmara dos Deputados: Brasília, 19 de abril de 1994, p. 70) constata que são freqüentes as torturas e maus tratos no segmento prisional. Também no segmento policial, conforme salienta Luciano Oliveira (**Sua Excelência o Comissário**, cópia do trabalho distribuída pelo autor no Mestrado em Direito, convênio Universidade Federal de Alagoas e Universidade Federal de Pernambuco, segundo semestre de 1997, p.51), é prática corriqueira a tortura física e psicológica, utilizada por meio dos mais variados e

significa, assim, que o Sistema produz no plano fático violência, maus tratos, degradação da saúde física e psicológica aos aprisionados, que não decorrem das conseqüências legais da pena, mas sim da falta de cumprimento e violação das próprias normas. A terceira, e última, diz respeito à estigmatização produzida pelo Sistema, que impõe a toda sua clientela um sinal infamante, produzindo conseqüências que negam os próprios objetivos do Sistema<sup>5</sup>.

Tais características, como demonstrado, são empiricamente perceptíveis, inclusive verificadas de forma profana pela maioria das pessoas, o que vem tornando os segmentos do Sistema desacreditados, fazendo aumentar, de um lado, a sensação de impunidade e, de outro, o sentimento de insegurança.

Para além, uma outra causa responsável pelo desmantelamento do Sistema, geradora, em parte, das conseqüências acima reportadas, é encontrada em um nível anterior,

---

“criativos” instrumentos, como forma de coação e subjugação. A nação brasileira ficou estarrecida com as cenas flagradas por um cinegrafista amador, revelando a brutalidade da tortura na favela Naval em São Paulo (vide “Tortura nunca mais”, **Revista Jurídica Consulex**, , n. 8. Brasília: Consulex, 1997, p. 10).

Uma das pesquisas produzidas pelo Ministério da Justiça, já constatou ser de 104.263 (cento e quatro mil duzentos e sessenta e três) o déficit de vagas nos sistemas penitenciários (conforme dados do Departamento Penitenciário – DEPEN, disponível em:<<http://www.mj.gov.br/depen/sistema-brasil.htm>>. Acesso em: 25 de agosto de 2003). A realidade já seria absurda, não fosse o preocupante número de mandados de prisão que estão nas ruas brasileiras, da ordem de aproximadamente 300 mil, vale dizer, são quase trezentas mil pessoas que deveriam estar presas e não estão, mesmo descontados os mandados em duplicidade, prescritos, contra falecidos etc. A superlotação carcerária contribui para as rebeliões nos estabelecimentos penais, o que gera o recrudescimento da ação policial e violência contra os reclusos.

São notórias as condições de insalubridade dos estabelecimentos penais brasileiros. O Censo de 1994, introduzido no **Jornal do Magistrado** (Jornal Oficial da Associação dos Magistrados Brasileiros, nº 34, ano VII, abril de 1996, p. 08), indicava que 188 das 511 unidades prisionais existentes à época achavam-se em situação precária. Não é por acaso que o bacilo responsável pela tuberculose acomete grande parte dos presos no Brasil.

<sup>5</sup> Uma das conseqüências da estigmatização são os elevados índices de reincidência.

o da chamada prevenção secundária<sup>6</sup> e diz respeito ao aumento esquizofrênico (no sentido de perda de contato vital com a realidade) das denominadas regras penais incriminadoras.

O legislador brasileiro, que já foi contagiado, nas décadas de 70 e 80, pelas posições tomadas nos Estados Unidos da América – um crescente recrudescimento no combate à criminalidade, com agravamento das penas e o conseqüente e vertiginoso aumento da população carcerária, por conta da emigração, do terrorismo, da crença, enfim, de que existe uma guerra intestina ameaçando a coletividade<sup>7</sup> – e se vê, nas duas últimas décadas, ante novas realidades (violência urbana, o medo da população etc) aprova, freneticamente, leis que criminalizam os mais variados comportamentos, da destruição culposa de simples plantas ornamentais<sup>8</sup>, à mera imitação de expressão ou sinal de propaganda alheios, de modo a criar confusão entre os produtos<sup>9</sup>. É corriqueira, mesmo em leis não penais especificamente, a existência de um cinturão de delitos destinados a “garantir” o cumprimento das disposições contidas na norma.

A expansão do Direito Penal, nas sociedades pós-industriais, caracteriza-se, ainda, pelos riscos surgidos com os avanços tecnológicos, pelos novíssimos e incessantes interesses de uma sociedade complexa, pela pressão de vários grupos sociais (feministas, pacifistas, ecologistas, consumidores, antidiscriminatórios, ONGs etc) e da própria

---

<sup>6</sup> Para García-Pablos de Molina (**Criminologia**, 2. ed. Trad. Luís F. Gomes. São Paulo: RT, 1997, p. 307), a prevenção secundária situa-se no momento (quando) e no local onde o conflito criminal se manifesta ou se exterioriza, conectando-se, portanto, com a política legislativa.

<sup>7</sup> Raul Eugênio Zaffaroni faz ver, no prefácio do livro **La Industria del Control del Delito**, Editores del Porto, Buenos Aires: 1993, p. 14, de Nils Christie, que o decisivo, para a massiva intervenção penal nas sociedades industrializadas, é, na realidade, o racismo, que tenciona impor a superioridade das pautas de conduta de um determinado grupo. Racismo e sociedade industrial resultam no “cerco às minorias”, à “civilização inferior”, na visão do professor portenho.

<sup>8</sup> A Lei n.º 9.605, de 12-2-1998, em seu art. 49, parágrafo único, criminaliza a conduta culposa de “destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia”, com pena de detenção de um a seis meses ou multa.

<sup>9</sup> A Lei 9.279, de 14-5-1996, em seu art. 195, IV, criminaliza a “concorrência desleal” com pena de detenção de três meses a um ano ou multa.

comunidade que internaliza, cada vez mais, a insegurança dos novos tempos ante a incapacidade de uma pronta resposta para os novos problemas<sup>10</sup>.

Faz ver Hassemer<sup>11</sup> que certas reações sociais, face ao delito, numa época em que a insegurança é generalizada, levam a uma política criminal emotiva que pode reduzir o Direito Penal a desempenhar uma função, tão só, simbólica, é dizer: o sistema demonstra ter efetividade e dar proteção, apenas, por meio da feitura de normas incriminadoras constantemente estatuídas, mas elas, na realidade, carecem de aplicação frente ao crime. O problema está na **percepção** dessa redução de funcionamento do sistema pela população, que perderá a confiança nas agências penais.

Por outro lado, os juízes não podem ter em mente que, quando punem, não são responsáveis pela punição, isolando o problema apenas para quem cometeu o delito, para quem violou a lei. As agências criminalizadoras podem até pretender restaurar o equilíbrio desestabilizado pelo crime, todavia, não há como negar sua função constitutiva em face da criminalidade<sup>12</sup>.

O juiz não pode aparecer como figura restritamente asséptica, acreditando na aplicação pura da lei ao caso concreto, no mero silogismo, embasado em um legalismo iluminista, cujo legado é responsável pela larga utilização do método lógico-dedutivo. Na atualidade, são essenciais o estudo e a utilização dos princípios fundamentais do Direito Penal, notadamente aqueles cristalizados na Constituição Federal.

Há uma apartação, ainda que não declarada, entre os princípios penais reportados e a análise do fato criminoso, como se existisse um Direito Penal técnico, ocupado com a teoria jurídica do crime, e um Direito Penal político, responsável pelo estudo dos princípios penais e a teoria da pena, ambos esquecidos um do outro. Essa apartação contribui para a

---

<sup>10</sup> Sobre isso a ampla análise de SÁNCHEZ, Jesús-María Silva, **A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Rocha. São Paulo: RT, 2002.

<sup>11</sup> HASSEMER, Winfried. **Fundamentos Del Derecho Penal**. Trad. Muñoz Conde e Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984, p. 94-5.

<sup>12</sup> BARRATA, Alexandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 86.

manutenção de uma série de regras incriminadoras inconstitucionais, cuja contenção é tarefa constitucional do Judiciário, como pretendemos demonstrar.

## **Capítulo Primeiro**

### **CONTROLE SOCIAL E DIGNIDADE HUMANA**

*Sumário:* 1.1. O controle social formal exercido pelo Direito Penal. 1.2. Dignidade humana como ponto de partida. 1.3. Necessidade do Garantismo Penal. 1.4. Ampliação necessária das funções judiciais em matéria penal.

#### **1.1. O controle social formal exercido pelo Direito Penal**

O Estado dispõe de vários instrumentos de controle social para disciplinar a conduta das pessoas. É que os comportamentos são esperados de determinado modo, tanto pelas pessoas, quanto pelo próprio Estado, basicamente para manutenção da ordem vigente e sobrevivência da forma pela qual a sociedade organiza-se. O desvio de conduta ou, por outras palavras, a quebra das expectativas do grupo faz gerar insegurança, receio, medo de ruptura com o status vigente.

Para assegurar a manutenção dos valores vigentes, da forma organizacional, existem, além do Estado, a família, a religião, a moral etc. Quando é o Estado que se vale de instrumentos para tal desiderato, afirma-se que há um controle social formal; quando o controle é exercido por recursos utilizados por outros grupamentos (v.g. familiar, religioso, comunitário) chama-se o controle social de informal.

Nas sociedades complexas contemporâneas, caracterizadas pela pluralidade e pelo conflito, há, obviamente, uma crescente necessidade de multiplicação dos instrumentos de controle para submissão dos indivíduos aos postulados ideológicos e aos valores em voga, assegurando, assim, que o modo de agir destes estará conforme as normas editadas pelo Estado. Somente no paraíso é que poderíamos pensar em abrir mão do controle social e, ainda que este esteja circunscrito por limites fundamentais, sua atuação é essencial para possibilitar a coexistência das liberdades.

Por controle social deve-se entender o conjunto de instituições, estratégias e sanções sociais que pretendem promover e garantir a sujeição dos indivíduos aos modelos e às normas comunitárias<sup>13</sup>. Esse controle dispõe de múltiplos sistemas normativos (v.g. ética, religião, Direito Civil, Penal); de diversos organismos (v.g. família, igreja, associações, sindicatos, meios de comunicação, judiciário); de uma variedade de estratégias de atuação ou respostas (prevenção, repressão); de diferentes modos de sanções (prêmios, reparação de danos, medidas restritivas de direito, privativas de liberdade) e de certos destinatários (estratos sociais mais pobres, estratos sociais privilegiados)<sup>14</sup>.

O Direito Penal é, declaradamente, um dos instrumentos do controle social formal, com certas notas específicas dadas pelo seu objeto<sup>15</sup>, os crimes ou delitos e as contravenções, havidos como os mais pesados ataques aos bens jurídicos tutelados pelo Estado; seus fins explícitos (prevenção e repressão), de eficácia sempre questionada, e os meios que utiliza – penas e medidas de segurança –, caracterizados, dentre todos os instrumentos de controle social, como os mais severos para os indivíduos, em virtude da principal resposta penalógica atingir agudamente a liberdade das pessoas (penas privativas de liberdade), quando não alcançam suas próprias vidas (“pena de morte”), nos países que admitem a pena capital.

O controle pelo Direito Penal, que é formal, é um subsistema no sistema global de controle social e, na atualidade, experimenta, já se abordou na introdução, um aumento desmedido, cujo funcionamento, principalmente nos denominados países periféricos, atinge, basicamente, setores dos estratos sociais economicamente desfavorecidos.

No Brasil, é possível verificar uma vertiginosa expansão das leis penais, principalmente a partir dos anos 90. De forma parcial poderemos fixar a seguinte classificação: a) crimes definidos na parte Especial do Código Penal, regulados pelo Decreto-Lei n. 2.848, de 07.12.40 e suas atualizações por leis posteriores; b) crimes contra

---

<sup>13</sup> MOLINA, Antônio García-Pablos de. **Derecho Penal – Introducción**. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho – Universidad Complutense, 2000, p. 2 - 3.

<sup>14</sup> Idem, ibidem.

<sup>15</sup> Idem, p. 3 e s.

os direitos e garantias fundamentais<sup>16</sup>; c) crimes contra as funções e instituições do Estado<sup>17</sup>; d) crimes contra o sistema tributário e o orçamento<sup>18</sup>; e) crimes contra a ordem econômica e o sistema financeiro<sup>19</sup>; e finalmente, f) os crimes contra a ordem social<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> Os regulados pela Lei n. 2.889, de 01.10.56 — dispõe sobre a prática de genocídio; pela Lei n. 4.737, de 15.07.65 — define os crimes eleitorais; pela Lei n. 4.898, de 09.12.65 — regula a responsabilidade civil e penal nos casos de abuso de autoridade; pela Lei n. 5.250, de 09.02.67 — regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação; pela Lei n. 6.538, de 19.06.78 — dispõe sobre o sigilo das correspondências; pela Lei n. 7.716, de 05.01.89 — define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor; pela Lei n. 8.072, de 25.07.90 — dispõe sobre os crimes hediondos; pela Lei n. 9.029, de 13.04.95 — proíbe práticas discriminatórias à fertilidade nas relações de trabalho; e pela Lei n. 9.455, de 07.04.97 — define os crimes de tortura.

<sup>17</sup> Os regulados, principalmente, pela Lei n. 7.170, de 14.12.83 — define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social; pela Lei n. 8.666, de 21.06.93 — dispõe sobre as licitações e os contratos da Administração Pública; pela Lei 10.028 de 19.10.2001 — altera o Código Penal estabelecendo os crimes contra as finanças públicas; Lei n. 9.503, de 23.09.97 — institui o Código de Trânsito Brasileiro; e Lei n. 10.826, de 22.12.2003 — que dispõe sobre o Estatuto do Desarmamento, registro e posse de armas de fogo.

<sup>18</sup> Os estabelecidos, com relevo, pela Lei n. 8.137, de 27.12.90 — define crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo; pela Lei n. 8.212, de 24.07.91 — dispõe sobre o sistema de custeio da Previdência Social; e pela Lei n. 9.983, de 14.07.00 — que acrescenta o crime de apropriação indébita previdenciária no Código Penal.

<sup>19</sup> Os estatuídos pela Lei n. 8.078, de 11.09.90 — institui o Código de Defesa do Consumidor; pela Lei n. 8.176, de 08.02.91 — define crimes contra a ordem econômica; pela Lei n. 8.884, de 11.06.94 (Lei Antitruste) — dispõe sobre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e regula a responsabilidade por infrações à ordem econômica; e pela Lei n. 9.613, de 03.03.98 — que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens e direitos.

<sup>20</sup> Os criados pela Lei n. 8.069, de 13.07.90 — institui o Estatuto da Criança e do Adolescente; pela Lei n. 8.489, de 18.11.76 — dispõe sobre a retirada de órgãos para fins científicos e terapêuticos; pela Lei n. 8.672, de 06.07.93 — institui normas gerais sobre os desportos; pela Lei n. 8.974, de 05.01.95 — dispõe sobre técnicas de engenharia genética; pela Lei n. 9.263, de 12.01.96 — dispõe sobre o planejamento familiar; pela Lei n. 9.434, de 04.02.97 — dispõe sobre a remoção de órgãos, partes e tecidos dos corpos humanos; e pela Lei n. 9.605, de 13.02.98 — que dispõe sobre os crimes ambientais.

As leis criminalizadoras acima reportadas, além de várias outras não referidas, são produzidas, muitas vezes, sem seguir qualquer critério, seja de política criminal, seja técnico-dogmático. Entre nós, elas aparecem, às vezes, por conta da pressão de certos grupamentos centrais, quando, por exemplo, a onda de violência os atinge, como no caso da lei dos crimes hediondos; outras vezes, surgem em razão de arremedo das experiências vivenciadas em outros países, como no caso da lei dos crimes ambientais; mas, sempre se processam através de encomenda feita pelo Executivo aos chamados notáveis; remendos produzidos pelo Legislativo e, por vezes, posteriores censuras, através do veto, produzidas pelo governo. É raríssimo um caso de consulta popular como o que ocorreu, em outubro de 2005, com o referendo sobre a permissão ou proibição de vendas de armas de fogo.

Afirmam Zaffaroni e Pierangeli<sup>21</sup> que toda sociedade tem uma estrutura de poder (poder político e econômico) com grupamentos mais próximos e mais distantes do poder, na qual podem distinguir-se graus de centralização e de marginalização. Existem grupos sociais com centralização e marginalização extremas, e outros em que o fenômeno se apresenta mais atenuado, todavia em toda sociedade existem centralização e distanciamento ou marginalização do poder.

Para eles, essa centralização-distanciamento ou “centralização-marginalização” compõe embaraçadas e múltiplas formas de “controle social” (“influência da sociedade delimitadora do âmbito de conduta do indivíduo”). “Investigando a estrutura de poder explicamos o controle social e, inversamente, analisando este, esclarecemos a natureza da primeira”.<sup>22</sup>

No Brasil, a marginalização econômica é extrema, os indicadores comprovam que o país é o oitavo no mundo em desigualdade social, na frente apenas da Guatemala e dos africanos Suazilândia, República Centro-Africana, Serra Leoa, Botsuana, Lesoto e Namíbia, segundo o coeficiente de Gini, parâmetro internacionalmente usado para medir a

---

<sup>21</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 61.

<sup>22</sup> Idem, *ibidem*.

concentração de renda<sup>23</sup>. O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) comprova que, no Brasil, 46,9% da renda nacional concentra-se nas mãos dos 10% mais ricos. Já os 10% mais pobres ficam com apenas 0,7% da renda<sup>24</sup>.

Não é diferente com a marginalização do poder político. Com efeito, a própria democracia representativa, em decadência, não obstante o discurso legitimador e unísono da mídia, revela, cada vez mais, como partícipes do poder, os detentores do capital.

Não é por acaso, embora essa não seja a única explicação, que o controle social exercido pelo Direito Penal no país operacionalize, quase que com exclusividade, para determinados estratos sociais – os mais pobres – e funcione, bem mais, para certos comportamentos praticados por estes estratos – crimes contra o patrimônio privado<sup>25</sup>.

Esse controle se vale, entre nós, para ser realizado, como já assinalamos, de um Sistema Penal composto pelo segmento policial, de que faz parte a polícia judiciária (civil e federal); judicial, formado pelo órgão de persecução penal (Ministério Público) e por órgãos judiciais (juízos, juizados, varas criminais, câmaras criminais); e de execução, constituído por órgãos judiciais (varas de execução e varas de execuções das penas restritivas de direito), órgãos administrativos (secretarias de justiça e coordenadorias de execução de penas restritivas de direito) e um complexo carcerário (cadeias públicas, presídios, penitenciárias, colônias agrícolas e industriais, casas de albergado, manicômios judiciários, secretarias para cumprimento de penas restritivas de direito etc).

---

<sup>23</sup> O coeficiente de Gini varia de zero a 1,00. Zero significa, hipoteticamente, que todos os indivíduos teriam a mesma renda e 1,00, demonstra, também hipoteticamente, que apenas um indivíduo teria toda a renda de uma sociedade. O índice brasileiro foi de 0,593 em 2003, segundo o relatório do PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) sobre o IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) em 177 países (“BRASIL miserável” é o sexto mais pobre do mundo. **Folha de São Paulo**, São Paulo. 07.09.2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0709200535.htm>>. Acesso em: 07.09.2005).

<sup>24</sup> “BRASIL miserável” é o sexto mais pobre do mundo. **Folha de São Paulo**, São Paulo. 07.09.2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0709200535.htm>>. Acesso em: 07.09.2005.

<sup>25</sup> Vide nota de número 3.

São muitas as críticas a tal sistema e em especial a cada um dos seus segmentos – as principais registramos na introdução –, algumas, como a seletividade, estão amalgamadas com sua **ineficiência**, denunciada, de forma mais visível, pela insignificativa capacidade operacional<sup>26</sup>. A impunidade, para Baratta<sup>27</sup>, é regra e não exceção no sistema de justiça criminal. Segundo ele, o percentual de infratores, os quais são ou podem ser dissuadidos ou neutralizados, é tão pequeno que é legítimo indagar até que ponto a intervenção do sistema é significativa, máxime considerando os custos sociais produzidos por sua intervenção.

Não podemos abrir mão, apesar de todos os problemas, do Direito Penal, como pretendem alguns<sup>28</sup>. O abolicionismo produz o perigo de alternativas piores, seja por conta do surgimento da *vindicta* privada em alta escala, ou pela possibilidade de mecanismos severos de controle e vigilância do comportamento humano por parte do Estado, como forma preventiva da conduta infracional<sup>29</sup>.

Desde que observados importantes influxos hauridos do Estado Democrático de Direito, o Direito Penal revela-se, como nenhum outro, um instrumento capaz de conter as tensões causadas por comportamentos que afetem gravemente as liberdades humanas e a convivência (os crimes). Sua vigorosa resposta (a pena), quando efetiva, possibilita, em

---

<sup>26</sup> Pesquisa realizada no Reino Unido demonstra que de cada 100 crimes cometidos, 50 chegam ao conhecimento da autoridade policial, 30 são investigados, 7 suspeitos são encontrados e 3 acusados são condenados (vide LEMGRUBER, Julita. As penas alternativas, in: **Segurança pública como tarefa do Estado e da sociedade – Debates**, n.º 18, Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung: 1998, p. 166. A autora sustenta que esses números não existem para o Brasil, mas, se existissem, seriam, certamente, escandalosos.

<sup>27</sup> BARATTA, Alessandro, Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma Teoria do Bem Jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 5: janeiro-março. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 19.

<sup>28</sup> HULSMAN, Louk & DE CELIS, Jacqueline Bernat, **Penas Perdidas - O Sistema Penal em Questão**, trad. Maria Lúcia Karan. Niterói: Luam, 1993, p. 95; MATHIESEN, Thomas, A Caminho do Século XXI - Abolição um Sonho Impossível ?, in **Conversações Abolicionistas - Uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva**, Org. Edson Passeti e Roberto B. Dias da Silva. São Paulo: IBCCrim, 1997, p. 270; CHRISTIE, Nils, **A Indústria do Controle do Crime**, trad. Luís Leiria, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.13

<sup>29</sup> FERRAJOLI, Luigi, **Dirritto e Ragione - teoria del garantismo penale**. Roma: Laterza, 1990, p. 5 e ss.

certa medida, a dissuasão da vingança, a crença nas instituições com o conseqüência da afirmação subjetiva dos valores vigentes e, ainda que mais modestamente, a diminuição do comportamento criminalizado.

Deste modo, verifica-se a importância de matrizes cogentes e difusoras – os princípios constitucionais – à ação do legislador e do juiz, que permitam, a um só tempo, contrair o Direito Penal e, ao retirar o excesso, facilitar sua operacionalização e estabelecer, nos moldes da proporcionalidade, as pautas penais necessárias à convivência na sociedade complexa atual, mormente aquelas que afetam o patrimônio e o interesse público, e são praticadas por segmentos privilegiados.

## 1.2. Dignidade humana como ponto de partida

Não é possível falar em (re)legitimação do Direito Penal e do próprio sistema penal sem ter como ponto de partida o princípio constitucional da dignidade humana, funcionando tanto como fundamento dos limites do *jus puniendi*, quanto como alicerce das possibilidades e necessidades de criminalização.

Mas o que é dignidade humana? O vocábulo dignidade, do latim *dignitas* significa, etimologicamente, tudo aquilo que mereça respeito, estima, consideração<sup>30</sup>. Dignidade humana não é outra coisa senão uma categoria moral, que antes de mais nada, relaciona-se, como quer Rabenhorst, “com a própria representação que fazemos da condição humana”, por outras palavras, dignidade “é a qualidade ou o valor particular que atribuímos aos seres humanos em função da posição que eles ocupam na escala dos seres”<sup>31</sup>.

Dogmaticamente, a dignidade pode ser concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, consoante atentam Canotilho e Vital

---

<sup>30</sup>CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa**, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987, p. 265.

<sup>31</sup>RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 15.

Moreira. “O conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta seu amplo sentido normativo-constitucional”<sup>32</sup>.

Mesmo compreendendo variável a classe dos direitos fundamentais, pois submetidos a uma interpretação de tempo e do ambiente onde estão em vigor, certos direitos, como vida, possibilidades para vida, liberdade, possibilidade para liberdade etc, devem permanecer como núcleos invioláveis do sistema político de uma democracia constitucional e reger, no dizer de Loewenstein<sup>33</sup>, **como princípios superiores, a própria ordem jurídica positiva**, ainda quando não estejam formulados **em normas constitucionais expressas**.

Claro que a implementação dos direitos fundamentais e a outorga a todos os indivíduos da dignidade correspondente à condição de membro da comunidade humana, como queria Kant<sup>34</sup> e objetiva a República brasileira (CF, art. 3º, IV), é obrigação e tarefa principal das políticas empreendidas pelos governos.

Porém, nos níveis legislativo e judicial, há, necessariamente, um influxo constitucional da dignidade que aparece, na Carta Federal, exatamente no artigo primeiro (CF, art. 1º, III), como **princípio reitor**, que fundamenta, serve de base, sustenta a própria República, obrigando legisladores – intérpretes políticos da Constituição – e juízes – intérpretes jurídicos da Constituição – em suas decisões, a pautarem-se por ele.

A Constituição, desde o seu Preâmbulo, manifesta que o Estado brasileiro tem como destinação assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais, o bem-estar, a igualdade e a justiça “como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”. Os direitos individuais e coletivos enunciados no artigo 5º pretendem assegurar o direito **ao ser**, e os direitos sociais, proclamados no art. 6º e seguintes, intentam garantir o direito **para o ser**.

---

<sup>32</sup> **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2. ed., v. 1º. Coimbra: Coimbra Editora., 1984, p. 70.

<sup>33</sup> LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed., Barcelona: Ariel, 1986.

<sup>34</sup> Apud FELIPPE, Marcio Sotelo. **Razão Jurídica e Dignidade Humana**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 22.

Diante de sua densidade, o princípio matiza-se em razão das características do âmbito onde será aplicado, sempre irradiando efeitos obrigatórios. É que ele e os valores acima mencionados servem de base para a interpretação da ordem jurídica; de postulados-guias para nortear a hermenêutica teleológica e evolutiva da Constituição e de critérios para apreciar a legitimidade das múltiplas manifestações do sistema de legalidade<sup>35</sup>.

No Direito Penal, é correto afirmar que o cometimento do crime não retira do agente o valor de **ser humano**, da posição que ele ocupa junto aos seus semelhantes, não faz desaparecer a sua dignidade e, assim, a reação penal deve, necessariamente, partir deste axioma normativo. Por outro lado, a garantia de observância do princípio estende-se à pessoa da vítima, exatamente em razão das **reduções possíveis** de direitos fundamentais impostas ao condenado.

A matização do princípio, em sede penal, fará decorrer os princípios constitucionais penais implícitos e as imposições constitucionais impeditivas de descriminalização, e fundamentará os princípios constitucionais penais expressos e os mandamentos constitucionais criminalização, que sujeitam tanto o legislador quanto o juiz.

### **1.3. Necessidade do Garantismo Penal**

O Estado Democrático de Direito em que se constitui, segundo o artigo 1º da Constituição Federal, a República Federativa do Brasil, fundamentado na dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), tem como objetivo principal a promoção do bem de todos (CF, art. 3º, IV). A leitura primeira que se depreende desses dispositivos, localizados hierarquicamente no cimo da Carta Constitucional, é o reconhecimento de que a existência do Estado dá-se em função da pessoa humana e não o contrário. Em consequência, para atingir as metas de promover o bem dos seus cidadãos, os meios utilizados não poderão olvidar a dignidade destes. Por outras palavras, a República Federativa do Brasil, como

---

<sup>35</sup> PÉREZ LUÑO, A. E. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 1990, p. 288-9.

Estado Democrático de Direito, tem como tarefa a efetivação da dignidade de todos, e nessa dignidade, já dissemos, encontra seus limites de atuação.

O Direito Penal, por ter como principal resposta no mundo contemporâneo a pena privativa de liberdade<sup>36</sup>, de extremo rigor para o indivíduo, máxime por afetar direito fundamental da mais alta densidade e se achar questionada em sua legitimidade, como acima anotado, e com permanentes problemas<sup>37</sup>, há de se cercar de vários instrumentos que limitem a aplicação da sanção somente para casos mais graves.

Em um Estado Democrático de Direito que tenha como base a dignidade da pessoa humana e o propósito de propiciar o bem da comunidade, não é possível privar a liberdade do indivíduo por conta de escolhas aleatórias, irracionais ou puramente ideológicas, tampouco de afogadilho, ante o surgimento de “novas situações” emanadas da complexidade social do nosso tempo.

O aparato estatal não deve, nem pode, buscar no Direito Penal uma (aparente) solução para os problemas sociais, transferindo ao plano simbólico o que deveria resolver com ações políticas, administrativas e econômicas.

Os efeitos da chamada prevenção geral positiva, ou seja, a propagação do avigoramento da crença no sistema não autoriza, por si, a elaboração presta de leis penais mais severas. Não é possível admitir uma política criminal simbólica que não propicie a efetiva aplicação da lei, resignada com punições restritas a determinados fatos cometidos por conhecidos estratos da população. A Carta Constitucional garante o bem de todos, não sendo permitido maximizar a felicidade de alguns em detrimento da felicidade de muitos. Ademais, a prevenção pretendida com a linguagem sancionadora sempre teve eficácia duvidosa.

Para Thomas Mathiesen, o argumento da prevenção geral, ou o efeito preventivo da prisão, consoante pesquisas, é muito modesto, ou mesmo mínimo, em grupos populacionais, os quais se desejaria que fossem fortes – grupos predispostos ao crime e de

---

<sup>36</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão – Causas e Alternativas**. São Paulo: RT, 1993, p. 12.

<sup>37</sup> Idem, p. 142 e passim.

constantes infratores da lei – enquanto, talvez, seja mais intenso em grupos que, por razões outras, são, de qualquer modo, obedientes à lei.

Assevera Mathiesen que a ineficiência preventiva constitui-se em um problema de comunicação. A punição seria um modo pelo qual o Estado tenta comunicar mensagens, especialmente para grupos vulneráveis no seio social. Esse método de comunicação seria extremamente simples, rude, tosco. A própria mensagem seria de difícil transmissão, dada a incomensurabilidade da ação e da reação. Para Mathiesen, o que surpreende mais não é o efeito mínimo da comunicação do castigo desejando obter a prevenção geral, mas a persistente crença política em tal meio de comunicação primário<sup>38</sup>.

Por isso, não podemos duvidar, considerando, inclusive, uma gama de outros fatores importantes, como, por exemplo, a grande força do aparato de poder estatal, que se faz mister um amplo rol de mecanismos, penais e processuais penais, garantidores do direito fundamental da liberdade, havendo somente possibilidade de privação desse direito para casos restritos, nos quais também se observe a afetação da dignidade, dos direitos essenciais para o ser humano e para a convivência.

E é a Constituição que estabelece esses mecanismos, no âmbito do Direito Penal, por meio de princípios, os princípios constitucionais penais, embora também determine parâmetros para o Direito Penal por intermédio de princípios constitucionais não-penais influentes em matéria penal, limitando a intervenção penal, fixando balizas intransponíveis ao legislador, prescrevendo limites e formas de atuação ao juiz criminal, fazendo-o, também, garantidor desse sistema no nosso ordenamento.

É por isso que Ferrajoli afirma que:

[...]

a sujeição do juiz à lei já não é de facto, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à lei somente quando válida, ou seja, coerente com a Constituição. E a validade já não é, no modelo

---

<sup>38</sup> MATHIESEN, Thomas, A Caminho do Século XXI – Abolição, um Sonho Impossível ? In **Conversações Abolicionistas – Uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva**, Org. Edson Passeti e Roberto B. Dias da Silva. São Paulo: IBCCrim, 1997, p. 273.

constitucionalista-garantista, um dogma ligado à existência formal da lei, mas uma sua qualidade contingente ligada à coerência – mais ou menos opinável e sempre submetida à valoração do juiz – dos seus significados com a Constituição. Daí deriva que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos<sup>39</sup>.

Por isso, cremos, merece revisão a tradicional “teoria geral do direito”, cujo traço característico

[...]

foi e continua sendo até os dias de hoje o *formalismo*, ou seja, a idéia de que o direito positivo em vigor constitui um objeto independente, passível de ser descrito e conhecido por uma ciência jurídica, sem referência alguma a elementos alheios ao direito ou a um ideal de justiça qualquer<sup>40</sup>.

Ao rever os parâmetros de legitimação formal, nos quais basta ao Estado subordinar os atos à lei, para oferecer a legitimação substancial, em que há, necessariamente, dependência de todos os atos, inclusive da lei, ao conteúdo haurido da Constituição, a proposição pelo garantismo penal, como teoria jurídica que expõe uma nova leitura dos conceitos de vigência, eficácia validade, fazendo face ao modelo de Kelsen, apresenta-se, assim, sob medida para os fins deste trabalho.

---

<sup>39</sup> FERRAJOLI, Luigi. O Direito Como Sistema de Garantias. **Revista do Ministério Público**, n.º 61, Lisboa, jan-mar, 1995, p. 41.

<sup>40</sup> RABENHORST, Eduardo R. **Filosofia ou Teoria do Direito**, p. 79. Texto entregue pelo autor aos discentes do Doutorado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. (Itálico no original).

A inserção dos valores transportados com os princípios que, como veremos adiante, estão, agora, constitucionalmente positivados, ao contrário do apartamento proposto pelo positivismo jurídico metodológico, obriga sejam considerados pelo legislador, na feitura das leis, e pelo juiz, na aplicação do direito, sem fugir da perspectiva dogmática.

#### 1.4. Ampliação necessária das funções judiciais em matéria penal

O Judiciário, para além da resolução dos conflitos interpessoais, realiza, no sistema adotado entre nós, também, o controle das relações normatizadas entre o Estado e as pessoas, velando para que o primeiro obedeça às normas constitucionais, notadamente quanto aos limites determinados pelo princípio constitucional da dignidade humana.

Um dos principais instrumentos para realizar essa função é o controle da constitucionalidade, que garante unidade intra-sistemática, eliminando leis e atos normativos conflitantes com a Constituição, constituindo, na expressão de Cappelletti, o núcleo da justiça constitucional<sup>41</sup>

Esse controle, não obstante hoje generalizado, foi questionado por concepções de direito e Estado transpersonalistas, distintas das democracias e plasmadas em estruturas autoritárias traduzidas pelo *Führerprinzip*, e é questionado por argumentos fundados na “vontade da maioria”, constituídos a partir das democracias representativas<sup>42</sup>.

Independente das posições ditas substancialistas ou procedimentalistas – cujos modelos estamos longe de implementar –, e mesmo sem ter em conta a questão da legitimidade dos governantes e do parlamento nas democracias representativas, de natureza

---

<sup>41</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984.

<sup>42</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário – Crise, Acertos e Desacertos**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995, p. 37-8.

presidencialista, que pode ser levantada, mormente nos países da América Latina<sup>43</sup>, o ativismo judicial, no marco do Direito Penal, máxime de um Direito Penal em real expansão, parece-nos inquestionável.

Se é discutível a ampliação das funções do Judiciário, seja pela consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, ou mesmo do aumento do poder de interpretação dos juízes, nas esferas civil e administrativa, na seara penal, essa ampliação representa importante instrumento de garantia para todas as camadas sociais (governantes, governados, empresários, trabalhadores, funcionários, desempregados, com e sem-terras etc).

É que a assunção de um papel de intérprete que põe em evidência, inclusive contra as maiorias eventuais, os valores mais densos e essenciais ao ser humano e à coexistência, extraídos principalmente da Constituição (não de qualquer Constituição, mas de uma Constituição como a nossa), faz do Judiciário, na esfera penal, não um pai para a sociedade órfã<sup>44</sup>, mas o necessário avaliador das possibilidades de redução das liberdades individuais de toda e qualquer pessoa, pertencente a todo e qualquer estrato social.

Sua atuação, portanto, representa, no Estado Democrático de Direito, para além do necessário contrapeso “à paralela expansão dos ‘ramos políticos’ do Estado moderno” em um sistema democrático de *checks and balances*<sup>45</sup>, a garantia de uma proteção mínima, jurisdicional, aos direitos fundamentais constitucionalizados, o que, em sede penal, traduz-se não só pela contração dos processos de criminalização, mas também pela necessidade de incriminação quando indispensável aos próprios direitos fundamentais.

O papel que do juiz criminal se espera, no modelo democrático e constitucional contemporâneo, para além do conhecimento do legislado, das formas procedimentais e das decisões pretorianas mais significativas, de seu envolvimento com o Direito Internacional,

---

<sup>43</sup> BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 9-10.

<sup>44</sup> MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**. Revista da Faculdade de Direito do Recife – UFPE, Recife, n.º 11, p. 125-156, 2000.

<sup>45</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores ?** Trad. Carlos A. Álvaro de Oliveira, Porto Alegre: Fabris, 1999, p.19.

especialmente com os Direitos Humanos e sua inserção nos problemas da América Latina, do país, do seu Estado e da sua comunidade, é a capacidade que deve ter de interpretação da Constituição, particularmente da hermenêutica dos Direitos Fundamentais e dos essenciais à coexistência, máxime em modelos de Estado, como o nosso, cujo poder político resta contaminado pela corrupção e o fisiologismo em todos os níveis.

**Capítulo Segundo**  
**UM NOVO OLHAR SOBRE AS NORMAS JURÍDICAS**  
**DAS REGRAS AOS PRINCÍPIOS**

*Sumário:* 2.1. Norma Jurídica, Direito e Lei: diferenças conceituais. 2.2. A sanção não caracteriza a norma jurídica. 2.3. O princípios são espécies de normas jurídicas. 2.4. A proeminência dos princípios constitucionais sobre as regras.

**2.1. Norma Jurídica, Direito e Lei: Diferenças conceituais**

Para sedimentar a tese principal de limitação do legislador e do juiz na incriminação e descriminalização de condutas, este capítulo pretende evidenciar como a norma jurídica deve ser vista em nosso sistema jurídico, com o escopo de corroborar que os princípios são, também, espécies de normas, afastando as críticas opostas a este entendimento. Para tal mister serão procedidas algumas distinções e caracterizações necessárias e, até mesmo, imprecisões da norma jurídica para, em seguida, conceituar os princípios como normas, situando-os no cimo da ordem jurídica vigente.

Norma jurídica, direito e lei são expressões empregadas indistintamente como sinônimas. O normativismo Kelseniano sempre influenciou nessa direção. Todavia, é preciso separar os termos, empregando-os devidamente, sem embargos de que não significa erronia utilizá-los, por vezes, com a mesma significação.

Há uma ampla produção acadêmica destinada a investigar o que é o direito. Como demonstra Hart<sup>46</sup>, ainda que se limite à teoria jurídica dos últimos 150 anos, deixando de lado a especulação clássica e medieval pertinente à “natureza” do direito, encontraremos

---

<sup>46</sup> HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**, Trad. Ribeiro Mendes, 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 5.

uma situação sem precedentes em qualquer outra matéria estudada sistematicamente como disciplina acadêmica autônoma.

É que, não obstante outros enfoques, há um problema semântico com o vocábulo direito que antecede qualquer investigação, e cabe-nos, aqui, destacar: direito é uma palavra polissêmica, comportando, assim, várias significações. Numa classificação heurística, podemos dizer que o direito pode ser tido como: a) direito **em sentido objetivo**; b) direito **em sentido subjetivo**; c) direito **em sentido epistemológico**; d) direito **em sentido avaliativo** e e) direito como **justiça**<sup>47</sup>.

Direito, em sentido objetivo, quer significar um conjunto de pautas de conduta variáveis no tempo e no espaço, consoante a organização de cada povo. A partir do denominado Estado Moderno, no mundo ocidental, essas pautas constituirão monopólio desse Estado<sup>48</sup> e, com o movimento de codificação e posterior desenvolvimento da dogmática jurídica, serão vistas como **normas**, como hoje as conhecemos.

No sentido subjetivo, ao qual muitos autores, também por influência de Kelsen, opõem-se, o direito quer significar uma faculdade, uma prerrogativa pertencente a alguém e que pode ser imposta a outrem. Quando afirmamos, por exemplo, que temos direito sobre um computador, negamos que ele pertença a outra pessoa e que ela possa utilizá-lo como seu, empregando o termo como prerrogativa **nossa**.

Epistemologicamente, direito não é outra coisa senão um saber, uma técnica ou arte, ou, como preferem muitos juristas, uma ciência, um conjunto organizado de conhecimentos sobre um objeto – o direito nas suas mais variadas acepções – que se vale de um método para provar as suas afirmações.

---

<sup>47</sup> Classificação utilizada a partir de anotações em sala de aula da matéria **Teoria Geral do Direito**, ministrada pelo professor Eduardo Rabenhorst no Doutorado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, 2001. Vide ainda, no mesmo sentido, ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

<sup>48</sup> Foi HOBBS o principal teórico da chamada unidade jurídica. O modelo de Estado Moderno fundado em suas concepções é aquele que detém o monopólio das leis. A partir de então, o direito confunde-se com a criação voluntária do legislador. O sucesso do sistema hobbesiano, neste aspecto, fez expandir, como anota Villey, a artificialidade do direito, sua redução “ao texto da lei” (VILLEY, Michel. **Filosofia do direito - Definições e fins do direito**, trad. Alcidema F. Bueno Torres. São Paulo: Atlas, 1977, p. 123).

Como valoração ou avaliação moral do comportamento de uma pessoa, empregamos a palavra direito, agora em sentido valorativo, como ética. No momento em que dizemos, por exemplo, ‘João não agiu direito’, empregamos o vocábulo com essa conotação.

Por derradeiro, o direito é ainda utilizado significando justiça, ou como o justo. Aliás, não são poucos os autores que adotam essa concepção. No livro de Ihering – “A Luta pelo Direito” – tanto no título como no conteúdo, o autor, não obstante utilizar também a expressão justiça, persegue o direito como se fosse o justo<sup>49</sup>.

Em cada uma das significações, diferentes investigações podem ser empreendidas. Contudo, somente na primeira acepção, direito em sentido objetivo, é que podemos dizer, limitados por uma determinada época (a partir do Estado Moderno) e por um determinado lugar (o mundo ocidental), e, ainda assim, parcialmente, que direito é sinônimo de norma jurídica.

Pertinente às leis, também elas sofreram um processo de mutação com a evolução da dogmática jurídica. As leis que hoje conhecemos têm características bem diversas daquelas estatuídas, por exemplo, nas culturas antigas, como o código de Hammurabi e o Deuteronômio e mesmo na antiguidade clássica (período greco-romano), como as “leis” de Drácon e Sólon e o “código” de Justiniano.

Fixadas por vários parâmetros formais, as leis modernas são **fontes de cognição do direito**<sup>50</sup>, são, em verdade, um **meio de transporte** privilegiado que carrega consigo pautas de conduta. A lei nada mais é que uma forma para veicular essas pautas e **regulações**

---

<sup>49</sup> IHERING, Rudolf von. **A Luta pelo Direito**, trad. R. Paul Neto. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983. Logo no início da leitura, na página 15 o leitor pode conferir: “o direito não é uma simples idéia é uma força viva”.

<sup>50</sup> O problema das fontes do direito torna-se importante a partir do Estado Moderno, para legitimar o fato de que unicamente o Estado detém o poder de fabricação das pautas de conduta, por outras palavras: a única fonte **de produção** das normas de direito é o próprio Estado. Daí que, formulada noutros termos, a questão das fontes diz respeito à própria validade das normas jurídicas. Elas somente serão válidas se produzidas por fontes autorizadas, vale dizer, pelo próprio Estado ou quando por ele anuído. Vide BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**, trad. Márcio Pugliese, E. Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 161.

referentes ao funcionamento do ordenamento jurídico como um todo<sup>51</sup>, que obedecem, na atualidade, a um determinado processo no chamado Estado Democrático de Direito: a intervenção dos representantes do povo em suas casas legislativas, observadas certas regras procedimentais ou trâmites, como iniciativa, maioria dos votos, quorum privilegiado, votação em casas separadas e, ademais, concordância (sanção) e promulgação do chefe do Poder Executivo.

As normas jurídicas, a seu turno, são enunciados, um conjunto de sinais, que têm um significado quando se integram ou, mais precisamente, quando são interpretados. Não deixam de ser proposições **prescritivas**, pois se prestam a uma determinação de comportamento ou de regulação. Kelsen as concebe como sentidos de um querer, de **um ato de vontade** (do legislador). Norma, diz ele, “é o sentido de um ato dirigido a conduta de outrem, e um ato, cujo sentido é que um outro (ou outros) deve (ou devem) conduzir-se de determinado modo”<sup>52</sup>.

No entanto, em decorrência da multiplicidade do processo interpretativo, parece mais consentânea a posição de Müller, para quem a norma só é obtida no processo de concretização. Para Müller, a norma jurídica compõe-se do programa normativo ou programa da norma (= dados lingüísticos) e do âmbito normativo ou âmbito da norma (= dados reais)<sup>53</sup>. O programa normativo é o efeito parcial da concretização, consistente na interpretação do texto (= enunciado), enquanto o âmbito normativo é o efeito, também parcial e subsequente, consistente no exame dos elementos da realidade, destacados, seletiva e valorativamente, pelo programa normativo.

---

<sup>51</sup> Ressalta BOBBIO que as leis sofrem uma regulamentação por normas dispostas em outras leis estabelecidas. A isso ele denomina *regulamentação da regulamentação* (**O Positivismo Jurídico**, trad. Márcio Pugliesi, E. Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 162).

<sup>52</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**, trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 3.

<sup>53</sup> MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 2 ed., trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 53 e passim.

Quando interpretamos e, por esta atividade, nos deparamos com sentido expressado pelo texto, temos a norma. A norma, pois, é o que se revela do sinal lingüístico<sup>54</sup>. As normas, portanto, não se confundem com o texto, tampouco com um conjunto de textos. São, em verdade, “os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos”<sup>55</sup>. Já a **normatividade** comprova-se apenas na regulamentação de questões jurídicas concretas, uma vez que as normas não são dependentes do caso, mas referidas, sempre, a ele<sup>56</sup>.

Como prescrições, as normas sujeitam-se à dicotomia válido e inválido. Mas tal validade não é somente observada sob a perspectiva **formal** – quando a norma não está em contradição com a que lhe é superior, quando observa o procedimento previsto, quando emana de quem tinha competência para fazê-la etc – observa-se também a chamada **validade social**, que diz respeito à sua efetividade, ou seja, se de fato está surtindo efeitos<sup>57</sup> e, por fim, a **validade axiológica**, referente à sua compatibilidade com os valores fundamentais nos quais o direito deve se inspirar, ou, simplesmente, por um prisma juspositivista, com os valores em voga pela ordem constitucional, como assinalamos antes.

---

<sup>54</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 79. No mesmo sentido CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 219.

<sup>55</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 22.

<sup>56</sup> MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 2. ed., trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 61

<sup>57</sup> Registre-se que a Escola Realista do Direito entende o fenômeno jurídico também e necessariamente como realidade social. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**, trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000, p. 63-5 e passim.

## 2.2. A sanção não caracteriza a norma jurídica

Do ponto de vista formal, juristas importantes asseveram que a norma jurídica é uma proposição<sup>58</sup>, ou seja, uma reunião de palavras, sinais, que têm um significado em conjunto. Essa proposição, para muitos autores, é sempre **prescritiva**, vale dizer, é uma diretiva de comportamento que se apresenta, na linguagem lógica, com a seguinte estrutura: “Se é X, deve ser Y”. Tal estrutura, como exemplo, é utilizada tanto para a prescrição “se não pagares em dia, deves ser multado”, como para a prescrição: “se roubares alguém, deves ser punido com reclusão e multa”.

Em face dessa estrutura, discute-se acerca da sanção. Para Kelsen<sup>59</sup>, não existe norma jurídica sem sanção. Afirma ele, que o direito é uma ordem coativa. Isso não significa que pertença à sua essência "forçar" a conduta prescrita pela norma jurídica. A coação, aduz Kelsen, só terá efeito quando se verificar o comportamento contrário ao direito; exatamente para este caso é que são estatuídos os atos coativos, os quais funcionam como sanção.

A sanção, assim, integraria a estrutura da norma jurídica sempre. Tal estrutura seria dúplice, composta por uma **norma primária** e uma **norma secundária**, dando forma a um juízo fundado em hipótese.

A norma primária, para Kelsen, é prescribente de uma sanção, operando quando a norma secundária – a ordem de uma conduta para determinada situação de fato – for descumprida. Tal terminologia é abandonada por Kelsen na segunda edição da Teoria Pura do Direito, onde passou a chamar as normas secundárias anteriores de normas jurídicas não-autônomas<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Ver, por exemplo, BOBBIO, Norberto. **Teoria General del Derecho**, trad. Eduardo Roza Acuña. Madrid: Debate, 1991, p. 55

<sup>59</sup> KELSEN, Hans, **Teoria Pura do Direito**, trad. J.B. Machado, 4. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 37-8.

<sup>60</sup> Segundo Maria Helena Diniz, *in A Ciência Jurídica*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 102, Kelsen teria reduzido todas as normas a um só tipo, denominado “imperativo sancionador”. Entretanto, o próprio Kelsen em sua obra póstuma **Teoria Geral das Normas**, trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p.181-3, torna a usar a terminologia primeira, porém com uma diferença, agora a norma primária é a que descreve a conduta e norma secundária a que contém a sanção. Marcos Mello (**Teoria do Fato Jurídico**,

De qualquer modo, Kelsen entende a sanção como necessária para **toda** norma jurídica<sup>61</sup>. Não fosse assim, segundo ele, a diferenciação entre direito e moral só poderia vingar pela origem, rejeitando-se toda e qualquer definição do direito que não o determine como ordem de coação<sup>62</sup>. Toda norma sem sanção seria norma incompleta ou norma jurídica não-autônoma, carecendo de outra estatuidora de um ato de coerção para ter validade.

No que pese a forte influência Kelseniana, vários autores insurgiram-se contra a idéia de sanção como elemento essencial da norma jurídica. Entre nós, Pontes de Miranda<sup>63</sup> adota a posição de que, na caracterização da norma jurídica completa, basta, tão somente, a *descrição* de um fato (chamado por ele de *suporte fático*) e a *prescrição* de efeitos jurídicos a ele especificamente imputados, independente de serem esses efeitos uma sanção. Desse modo, afirma que tanto a norma primária como a secundária podem ser, ambas, uma proposição jurídica completa. A menção a um fato (*suporte fático*) e a um preceito é bastante.

---

São Paulo: Saraiva, 1995, p. 29), contudo, adverte, que embora seja possível entender-se haver Kelsen revisto a concepção original, tal entendimento deve ser visto com reservas, arrolando os motivos e contradições os quais merecem a admoestação ante conclusões precipitadas.

<sup>61</sup> KELSEN, Hans, **Teoria Geral do Direito e do Estado**, trad. L. C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 65. Citando um exemplo, diz ainda o autor que "não se deve roubar; se alguém roubar será punido. Caso se admita que a primeira norma, que proíbe o roubo, é válida apenas se a segunda norma vincular uma sanção ao roubo, então, numa exposição jurídica rigorosa, a primeira norma é, com certeza, supérflua. A primeira norma, se é que ela existe, está contida na segunda, a única norma genuína". Nota-se assim a importância vital da sanção na teoria Kelseniana.

<sup>62</sup> KELSEN, Hans, **Teoria Pura do Direito**, trad. J.B. Machado, 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 59 e 60. Acresce ademais que, "se o costume é considerado pela Constituição como um fato produtor de normas jurídicas, então toda Moral constituiria parte integrante da norma jurídica, na medida em que suas normas são efetivamente produzidas pela via consuetudinária".

<sup>63</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Tratado de Direito Privado**, tomo I, 4. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1983, p. 25 e 26. Adverte Pontes que para se dar "a incidência da regra jurídica, é preciso que todo suporte fático necessário exista". Ver também MELLO, Marcos Bernardes, op. cit., p. 31.

Larenz<sup>64</sup>, criticando a teoria imperativista, que quer reservar como normas jurídicas apenas as proposições imperativas, ou seja, aquelas disposições jurídicas que, em última análise, restringem-se a prescrever ou proibir determinadas condutas, assegura que nem toda a norma jurídica contém, precisamente, um comando ou uma proibição, mas contém, decerto, uma ordenação de vigência. O sentido, como **proposição normativa, é de colocar em vigência conseqüências jurídicas.**

Com uma posição mais extremada, Hart entende que somente as normas penais possuem sanção, uma vez que se caracterizam como ameaça de uma imposição aflitiva, cujo propósito é a conduta proibida<sup>65</sup>. Mas, por óbvio, este autor reporta-se, tão só, às normas penais incriminadoras e, ademais, parece confundir sancionador, no sentido kelseniano, com sancionatório, no sentido de aflição de uma pena.

Bobbio<sup>66</sup>, em outro enfoque, destaca o aspecto “premiado” das sanções. Estas, segundo ele, são postas pelo ordenamento jurídico para obter um dado comportamento humano que o legislador considera desejável, pouco importando, em tal conceito, se a sanção é positiva ou negativa. Redimensiona o pensador peninsular o que chama de “função promocional” do ordenamento jurídico, na qual o aumento vertiginoso das chamadas normas de organização (aquelas com as quais o Estado regula sua própria atividade assistencial, fiscalizadora e produtora) confere às *sanções positivas* um outro relevo<sup>67</sup>.

Para Bobbio, existem, outrossim, normas sem sanções, coexistindo com as demais no ordenamento jurídico. Em todo o ordenamento, existem normas para as quais ninguém poderia indicar qual a conseqüência desagradável imputada em caso de violação<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> LARENZ, KARL. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. J. Lamengo, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 358.

<sup>65</sup> HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**, Trad. Ribeiro Mendes, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 34-5 e *passim*.

<sup>66</sup> BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione**, Milão, 1977, apud FERRAZ JR., Tércio Sampaio, na apresentação do livro de BOBBIO, Norberto, **Teoria do Ordenamento Jurídico**, 6. ed. Brasília: UNB, 1995, p. 11.

<sup>67</sup> *Idem*, p. 12 e 13.

<sup>68</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria General Del Derecho - Teoria de la norma jurídica**, trad. E. Roza Acuña. Madri: Debate, 1992, p. 129: "No hay duda que en todo ordenamiento jurídico existen normas de las

Parece correto, contudo, afirmar que o estudo da norma não pode se isolar do contexto sistemático (o ordenamento) em que ela está inserida. É perfeitamente possível contrariar Kelsen, afirmando que a sanção não integra, necessariamente, a estrutura da norma, todavia não se pode dizer, como Bobbio, que inexistem “conseqüências desagradáveis” para violação de “certas” normas. Ora, violada qualquer norma, cuja validade seja inquestionável, os sujeitos atingidos por tal violação **podem** e têm direito de cobrar os efeitos que porventura lhes aproveitava em detrimento, inclusive e possivelmente, daqueles que transgrediram a norma.

Logo, é possível concluir que as normas jurídicas, necessariamente, têm um desiderato, ainda que precisem de outras no seio sistêmico para alcançá-lo, que, por certo, não é sempre uma sanção, mas, em todo caso, uma conseqüência jurídica.

### **2.3. Os princípios são espécies de norma jurídica**

As normas jurídicas, pode-se dizer de logo, compreendem tanto os princípios quanto as regras. A idéia de princípio, segundo Picazo, é derivada da linguagem da geometria, designando as verdades primeiras<sup>69</sup>. Entretanto, não há como deixar de ver que a palavra princípio é um vocábulo polissêmico. Anota Carrió que, na linguagem comum, o conceito de princípio vincula-se, no mínimo, a sete focos de significação. Relaciona-se com a idéia de propriedade fundamental, núcleo básico; regra, guia ou orientação; fonte geradora, causa ou origem; finalidade, objetivo, proposta ou meta; premissa, axioma, verdade teórica

---

cuales nadie sabría indicar cuál es la consecuencia desagradable imputada en caso de violación. No hay jurista que no pueda citar un cierto número de casos, tanto en el derecho privado como, y sobre todo, en el derecho público".

<sup>69</sup> PICAZO, Luis Diez. **Los principios generales del Derecho en el pensamiento de F. de Castro**, apud BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 228.

postulada como evidente, essência; regra prática de conteúdo evidente, verdade ética inquestionável; e com as idéias de máxima, provérbio, aforismo<sup>70</sup>.

Na linguagem jurídica, há, da mesma forma, conceituações distintas, porém, contemporaneamente, o avanço doutrinário mais significativo para caracterização dos princípios foi a revelação de sua normatividade<sup>71</sup>. Canotilho<sup>72</sup>, na trilha de Dworkin e Alexy<sup>73</sup>, foi taxativo quando afirmou que as regras e princípios são duas espécies do gênero norma jurídica. Entre nós, Paulo de Barros Carvalho, incisivamente, prelecionou que “os princípios são normas, com todas as implicações que esta proposição apodítica venha a suscitar”<sup>74</sup>.

Embora utilizando da metodologia tradicional, distinguindo princípios de normas, faz ver Ivo Dantas que a ampla maioria dos princípios constitucionais catalogados no título I da Constituição de 1988 coincide com o conteúdo das cláusulas pétreas do artigo 60, § 4º, da Carta Magna<sup>75</sup>, o que, de certa forma, implica a concepção de normatividade dos princípios, pois, neste caso, estes se colocam como limites jurídicos que o legislador de reforma não

---

<sup>70</sup> CARRIÓ, Genaro. **Notas Sobre Derecho y Lenguaje**, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 209-212

<sup>71</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 230.

<sup>72</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 166.

<sup>73</sup> Ver DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel, 1989 e ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, trad. Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionais: Madrid, 1997.

<sup>74</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Sobre os Princípios Constitucionais Tributários. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: RT, n. 55, janeiro/março, 1991, p. 149. Na senda da normatividade dos princípios, vários estudos foram produzidos entre nós, além do trabalho de Paulo Bonavides, acima referido, destacam-se: GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1990, p. 125, e **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2003; ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: RT, 1995, p. 6; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 450-1; e, com diferente contorno, BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**, Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 288 e 291-2.

<sup>75</sup> DANTAS, Ivo. **Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 1995, p. 53-4 e 103.

pode transpor. Souto Maior Borges, apesar de também distinguir princípios de normas, acentua que os primeiros são, sim, normas de direito, aduzindo que essa distinção é um dos mais elevados problemas do Direito Constitucional da atualidade<sup>76</sup>.

A diferenciação que se faz entre princípios e regras é uma distinção entre duas espécies de normas. São muitos os critérios propostos à distinção estabelecida.

O critério mais frequentemente utilizado, segundo Alexy<sup>77</sup>, é o da generalidade. Os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade, ao passo que as regras têm grau relativamente baixo de generalidade. Canotilho<sup>78</sup> afirma que os princípios são normas com grau de abstração relativamente elevado, enquanto as regras possuem abstração relativamente reduzida.

Outra distinção faz-se com base no critério da determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem indeterminados, precisam de mediações concretizadoras, advindas do legislador, ou do próprio juiz; as regras são suscetíveis de aplicação imediata.

Os princípios são *standards* (modelos), juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ ou na ‘idéia de direito’; as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

Os princípios são fundamentos de regras, vale dizer, são normas que constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante. Assim, afirma Alexy<sup>79</sup> que o critério decisivo nessa distinção é que os princípios são normas que determinam que algo seja realizado da melhor maneira possível.

É importante dizer que, no caso de conflito entre os princípios, deve o intérprete fazer uma ponderação entre eles, harmonizando-os. A opção por um, em determinado caso, não implica eliminação do outro do sistema. Com as regras é diferente. Por conterem ‘fixações

---

<sup>76</sup> SOUTO MAIOR BORGES, José. Pró-dogmática – Por uma hierarquização dos princípios constitucionais. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, n. 1, 1993, p. 143.

<sup>77</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionais: Madrid, 1997, p. 83.

<sup>78</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 166 e s.

<sup>79</sup> ALEXY, Robert, op. cit., p. 84 e s.

normativas” definitivas, fica insustentável a validade simultânea de regras contraditórias<sup>80</sup>, resultando em eliminação de uma delas (antinomia).

## 2.4. A proeminência dos princípios constitucionais sobre as regras

O ordenamento jurídico, para muitos juristas, constitui um sistema<sup>81</sup>, uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem<sup>82</sup>. Em um sistema, diz-se, não devem coexistir normas incompatíveis, pois elas não convivem isoladamente, umas enleiam outras, têm um certo relacionamento entre si, o que implica exclusão de quaisquer incompatibilidades<sup>83</sup>. Os princípios compõem os alicerces desse sistema, sendo os seus núcleos fundamentais, uma vez que sustentam toda construção normativa do ordenamento jurídico, servindo-lhe de diretriz. Por isso é que se fala do caráter de fundamentalidade dos princípios, tanto por conta da sua importância estruturante no sistema jurídico, como por seu papel fundamental no ordenamento, dada a sua posição hierárquica (princípios constitucionais)<sup>84</sup>.

Pode-se afirmar, seguindo os passos da concepção sistemática, que a ordem jurídica brasileira configura um sistema de normas. Esse sistema é composto por vários subsistemas

---

<sup>80</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 166-7.

<sup>81</sup> O pensamento sistemático, segundo Tercio Sampaio Ferraz Jr. (**Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 1995, p. 67) foi transposto da teoria da Música e da Astronomia para a Teologia, para a Filosofia e para a Jurisprudência (Ciência do Direito). Anota Tercio que o termo “sistema” vulgariza -se e se torna mais preciso com a obra de Christian Wolf. Entretanto, segundo Fritjof Capra (**A Teia da Vida**. Trad. Newton R. Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2001, p. 39) o uso pioneiro do termo “sistema” (derivado do grego *synhistanai* – “colocar junto”), tanto para denotar organismos vivos, como para sistema social, é atribuído ao bioquímico Lawrence Henderson. Desde essa época, a locução “pensamento sistêmico” passou a significar a compreensão de um fenômeno contextualmente.

<sup>82</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, trad. M. Celeste dos Santos. Brasília: UNB, 1996, p. 71.

<sup>83</sup> Idem, *ibidem*, p. 80.

<sup>84</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 166.

que têm como fundamento de validade a Constituição<sup>85</sup>. Mas, a própria Constituição compõe um subsistema, o mais importante, por certo, que paira superior em relação aos demais, face ao seu singular posicionamento hierárquico, achando-se no cimo do ordenamento, contendo as diretrizes essenciais que orientam e vinculam a totalidade do sistema jurídico nacional.

Como um subsistema, as normas que compõem a Constituição não podem ser interpretadas apartadamente, pois umas condicionam outras, influenciando-se mutuamente, de modo que não se pode interpretar umas sem ter presente a significação das demais. Cada norma constitucional concorre para integrar o sentido das outras, formando uma rede interpenetrante que confere coerência e unidade ao sistema pela conexão recíproca de significados<sup>86</sup>.

Todas as normas assentes na Constituição Federal são superiores, hierarquicamente, às demais normas do sistema, ainda que as matérias tratadas por aquelas sejam meramente formais, não dizendo respeito aos elementos básicos ou institucionais da organização política. Basta que a matéria seja introduzida no corpo da Constituição para gozar da garantia e do valor superior que lhe confere o texto constitucional.

Todavia, entre as normas constitucionais, podemos afirmar, os princípios são as linhas mestras, os núcleos fundamentais da Constituição, havendo uma superioridade deles face às regras. É que o subsistema constitucional estrutura suas normas, hermeneuticamente, de forma escalonada. Mas a hierarquia, aqui, é tomada axiologicamente. Por veicularem valores jurídicos mais importantes, os princípios são normas que ocupam posições privilegiadas na Constituição.

O ordenamento jurídico nacional, pois, traduz-se em princípios, logicamente anteriores às regras. Os princípios constitucionais são os alicerces do sistema, disposição fundamental que se irradia sobre as demais normas, servindo-lhes de **critério interpretativo**, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do próprio sistema. Dessarte, pairam superiores sobre as regras. Apontando a direção e mostrando o sentido a

---

<sup>85</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, trad. João B. Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 224.

<sup>86</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 184.

partir do qual devem ser compreendidas as outras normas, a violação dos princípios, conforme ficou assentado em passagem, já clássica, na literatura jurídica nacional, é bem mais grave que a transgressão de uma regra qualquer, pois desatender a um princípio significa não apenas ofender um específico mandamento obrigatório, mas todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, pois significa insurgência contra todo o sistema e corrosão de sua estrutura principal<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1988, p. 230.

## Capítulo Terceiro

### NORMA PENAL, DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

*Sumário:* 3.1. Por outra classificação da Norma Penal. 3.2. Direito Penal e Constituição 3.3. Constituição e imposição restritiva ao Direito Penal. 3.4. Constituição e imposição de conteúdo ao Direito Penal. 3.5. Estado Democrático de Direito e os princípios constitucionais penais.

#### 3.1. Por outra classificação da Norma Penal

A norma penal, diga-se de logo, não difere das demais normas jurídicas, entretanto guarda características próprias.

A doutrina, embora distinguindo normas penais que incriminam condutas das que não incriminam, as chamadas normas de aplicação, sempre destacou as características das primeiras, havendo um certo desleixo para com as segundas<sup>88</sup>. Os estudiosos ainda discutem, nos compêndios penais, a teoria da norma – incriminadora – tal qual formulada por Karl Binding em sua obra “Teoria das Normas” (*Normentheorie*), que muito influenciou a dogmática penal.

Binding diferenciava as prescrições (= imperativos), para ele as normas verdadeiras, das normas penais, que seriam os enunciados. Estas últimas, segundo concluiu, não são suscetíveis de violação pela conduta criminosa. Na realidade, a conduta criminosa se realiza, configura o preenchimento do seu *tatbestand*<sup>89</sup>. A conduta delituosa viola a norma

---

<sup>88</sup> Em seu Tratado de Direito Penal, Bitencourt, referindo-se ao Direito Penal positivo, afirma que este “constitui-se do conjunto de preceitos legais que regulam a atividade soberana estatal de definir crimes e cominar as respectivas sanções”; (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. I., 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 6). Ver também ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale, Parte Generale**. A cura di Luigi Conti, Milano: Giuffrè, 1997, p. 52-3.

<sup>89</sup> KARL, Binding. **Die Normen und ihre Übertretung**, apud ANDRADE, Manoel da Costa. **Consentimento e Acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 73. É interessante observar

que cria o ilícito, não a norma penal, que concebe o delito, pois o agente realiza exatamente a ação que esta descreve.

Na concepção de Binding, as normas penais têm natureza meramente sancionatória e, portanto, acessória, reduzindo-se, tão só, a impor sanções (penais) quando houver a infração dos imperativos que, como visto, não figuram entre as norma penais e, cronologicamente, lhes são precedentes.

Não é, todavia, de se dar razão a Binding. Primeiro, é desnecessário o texto da **norma penal incriminadora** assumir a forma gramatical imperativa, porquanto na sua estrutura bimembre ou dúplice (preceito e sanção) tal forma consubstancia-se em linguagem **elíptica** (a forma imperativa é subentendida). Assim, considerando o exemplo do art. 121, caput, do CP, pode-se dizer que enquanto o enunciado da norma é “matar alguém”; o imperativo dela, oculto no dispositivo citado, é “não matarás” (para cuja violação está prescrita a sanção: pena privativa de liberdade). Portanto, o texto em tela pode ser lido da seguinte maneira: (1) não se deve, em regra, matar um ser humano (comportamento desejado = forma imperativa); (2) se um ser humano mata outro, em regra, **deve ser** punido com pena de reclusão de seis a vinte anos (punição para conduta oposta = violação da norma).

Segundo, embora seja o Direito Penal repleto de normas sancionatórias, não deixa de ser, em grande medida, constitutivo. A leitura que, dogmaticamente, fazemos sobre qualquer evento, leva em conta não uma só norma incriminadora, mas um conjunto de normas penais (incriminadoras e não-incriminadoras).

As normas jurídicas não-incriminadoras, em especial, na realidade determinam o que é e o que não é ilícito, afere a presença ou a ausência da culpabilidade, delimitam quando, onde e como as normas incriminadoras podem ser aplicadas, fixam enfim, seu alcance. Essas normas nada têm de sancionatórias, mesmo quando demarcam agravantes ou causas de aumento de pena, pois, aí, não fazem senão regular os fatos significativos para uma maior ou menor ampliação das sanções que as normas incriminadoras estabelecem. Como então não dizer não serem tais normas eminentemente constitutivas?

---

que o vocábulo *Tatbestand* é largamente utilizado por PONTES DE MIRANDA (Tratado, I, § 1º, 4), que o verteu em vernáculo por suporte fático.

A influência de Binding fez com que a doutrina penal, definindo o Direito Penal, em sentido objetivo, como um conjunto de normas, estabelecesse, ademais, a distinção entre normas primárias e normas secundárias. As primeiras seriam normas destinadas a todas as pessoas, proibindo-lhes a prática de crimes, enquanto as segundas seriam normas dirigidas, tão só, aos juízes, determinando-lhes que imponham sanções penais no caso de cometimento de crimes<sup>90</sup>.

É evidente no caso, mais uma vez, a ascendência da teoria Kelseniana, a despeito de, originariamente como visto supra, Kelsen designasse por norma primária aquela prescribente de uma sanção, a qual somente operava quando a norma secundária – a ordem de uma conduta para determinada situação de fato – fosse descumprida.

Não me parece oportuna tal diferenciação. As normas penais, como qualquer outra norma jurídica, associam a uma delimitada situação de fato, que se extrai do programa normativo, uma consequência jurídica circunscrita a ela, consequência esta também extraída, via interpretação, do programa da norma.

São, portanto, normas dirigidas a todas as pessoas e que prescrevem certos efeitos para determinados comportamentos, como também são normas de regulação de outras normas, orientando sua incidência. Não deixam de ter a pretensão de preservação de bens jurídicos quando prescrevem sanções para a ofensa daqueles, mas, não se pode olvidar, são normas que regulam, no âmbito penal, quando os comportamentos ofensivos aos mesmos bens jurídicos são tolerados ou aceitos.

Por outro lado, como quer Jakobs<sup>91</sup>, as normas penais mostram-se como necessidade sistêmica de estabilização de expectativas sociais, embora reduzi-las somente a esta perspectiva funcional é, no mínimo, um erro de perspectiva, considerando a necessidade de avaliação da subjetividade do indivíduo e do plano axiológico.

---

<sup>90</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992, p. 311.

<sup>91</sup> JAKOBS, Günther. **Sociedade, Norma e Pessoa – Teoria de um Direito Penal Funcional**. Trad. Maurício A. R. Lopes. Barueri-SP: Manole, 2003, p. 10-3.

A aplicação das normas penais pelos juízes deriva da obrigação funcional que têm estes de cumprir com sua função jurisdicional e não, parece, do fato de que eles são os destinatários da norma, muito embora sua atuação seja demarcada pelas balizas estabelecidas nas normas penais de aplicação ou não-incriminadoras.

Tendo em conta a necessária interação entre os textos que integram o ordenamento jurídico e as implicações, explícitas e implícitas, que deles se possam extrair, bem como o que se defende neste trabalho, as normas penais devem ser assim classificadas: a) seguindo a diferenciação estabelecida para as normas jurídicas, em: i) normas penais princípios e ii) normas penais regras; b) considerando a não prescrição ou a prescrição de crime, em: i) normas penais não-incriminadoras ou de aplicação e ii) normas penais incriminadoras; c) considerando a Constituição, em: i) normas penais constitucionais e ii) normas penais infra-constitucionais.

### **3.2. Direito Penal e Constituição**

Parece inquestionável que as constituições, até mesmo pelo histórico liberal de sua evolução, que não cabe aqui mencionar, têm, como funções precípuas, a limitação e disciplina do exercício do poder exercido pelos governantes e a garantia e, por que não dizer, também, os limites dos direitos dos súditos.

No capítulo anterior confirmou-se que o ordenamento jurídico configura-se em um sistema, composto por vários subsistemas que têm como fundamento de validade a Constituição.

Os aspectos materiais das constituições modernas, assentes na idéia de limites, balizam, na atualidade, não há dúvidas, a atuação de todos os ramos do direito. A constituição é o “estatuto fundamental da ordem jurídica geral”<sup>92</sup>, é ela que determina os

---

<sup>92</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes & MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. 1, 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1984, p. 163.

pressupostos de criação, vigência e execução de todo o ordenamento jurídico”<sup>93</sup>, de sorte que o Direito Penal tem limites estabelecidos na Carta Constitucional.

O Direito Penal não é senão um subsistema de normas que devem, por imperativo de supremacia, obediência às normas constitucionais, as quais por meio de princípios e regras, vão condicionar, como será demonstrado, o próprio legislador e o juiz a se portarem consoante as diretrizes por elas estabelecidas.

Parafraseando Nuvolone<sup>94</sup>, pode-se dizer que a Constituição brasileira deve ser considerada como alicerce do Direito Penal. Nela estão contidos princípios fundamentais que devem ser observados por todos os subsistemas; é o caso, por exemplo, do princípio da igualdade, o qual, ainda que não seja uma norma constitucional penal, é princípio constitucional influente em matéria penal.

A Constituição contém os comandos superiores quanto a operacionalização do Direito Penal, como também encerra, explícita e implicitamente, a possibilidade de criminalização e descriminalização de condutas, regulando assim direito fundamental dos indivíduos: a liberdade. É a Constituição, pois, que traça os contornos da possibilidade ou impossibilidade da criação de infrações penais, além de fixar marcos que impedem e os marcos que possibilitam a descriminalização.

Demais, é a Constituição que dispõe as linhas mestras quanto à possibilidade de sanções penais, determinando, de modo geral, quais são as possíveis em nosso Sistema e quais as sanções que não podem ser aplicadas. Dentre as primeiras, a Constituição delimitará, em algumas, como a pena privativa de liberdade, por exemplo, os limites máximos de sua aplicação.

Por fim, a Carta Federal, revelando agora a imagem de um Estado ativo, diferente, portanto, daquela do Estado Liberal, que se esmera com os programas de transformação

---

<sup>93</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 17.

<sup>94</sup> NUVOLONE, Pietro. **O sistema do Direito Penal**. Trad. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: RT, 1981, p. 38.

social e valora determinados bens jurídicos por conta das diretrizes de política criminal<sup>95</sup>, indica os chamados mandamentos de criminalização, que são previsões constitucionais as quais obrigam tratamento criminalizador ou um recrudescimento de mecanismos de direito material (v.g. a imprescritibilidade), mecanismos processuais (v.g. impossibilidade de fiança) e mecanismos de execução (v.g. obrigatoriedade da pena de reclusão), ou mesmo impossibilidade de descriminalização, tudo em razão da ofensa de certos bens tutelados pela própria Constituição.

Em todos os casos, quer na prescrição de proibição de criminalização, quer na indicação de mandamentos criminalizadores, sempre que houver incompatibilidade com uma norma penal infra-constitucional, esta última, se posterior à Constituição, não será válida por vício de inconstitucionalidade; se anterior, perderá a validade por força de revogação (*lex posterior derogat priori*).

Ao assinalar os limites entre o constitucional e o inconstitucional, no que diz respeito às normas penais, a Constituição demarca os limites da Política Criminal ou, por outras palavras, estabelece, para além das possibilidades de criminalização, até onde o próprio legislador de reforma e o legislador ordinário podem ir com as estratégias para enfrentamento da criminalidade. De outro lado, delimita a Carta Constitucional os passos do juiz no controle da constitucionalidade, restringindo ou ampliando suas possibilidades de interpretação, conforme será demonstrado.

### **3.3. Constituição e imposição restritiva ao Direito Penal**

Consoante ficou acima pautado, as constituições modernas têm, entre outras funções, a limitação do Poder. Uma das formas de interação entre o Direito Penal e a Constituição é a imposição restritiva desta em relação aquele, o que importa significar que é possível criminalizar comportamentos desde que tal criminalização não afronte as normas assentes na Carta Constitucional. Por esta via, restritiva, a Constituição não seleciona os bens

---

<sup>95</sup>PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gérson P. dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 103.

jurídicos a serem criminalizados, apenas reduz os limites da criminalização, impedindo que o legislador crie normas penais incriminadoras incompatíveis com a Carta Constitucional.

Nesta perspectiva, o legislador tem maior liberdade para criminalizar, já que, assim como ocorre com todos os demais subsistemas: civil, administrativo, tributário etc, somente não lhe é permitido contrariar o texto constitucional, ou, por outras palavras, qualquer movimento criminalizador que seja compatível com o texto lhe é plenamente admitido.

A imposição restritiva pode atuar: i) materialmente e ii) formalmente. Atua materialmente quando impõe ao legislador a impossibilidade de criação de normas penais que contrariem, em certa medida, os valores substanciais e os princípios transportados pelo texto constitucional, em especial os direitos fundamentais. Não é possível, por exemplo, a existência de penas perpétuas, de banimento, cruéis etc (CF, art. 5º, XLVII).

Atua formalmente quando fixa regulações estruturais para a fabricação das normas penais, regulações estas que, no dizer de Bobbio<sup>96</sup>, são “formas que regulam o modo pelo qual deve ser normado o comportamento dos súditos (temos então uma regulamentação da regulamentação, ou uma regulamentação ao quadrado)”. Como exemplo, o legislador ordinário não poderá incriminar fatos anteriores à lei promulgada, isto porque o princípio constitucional penal da anterioridade, a ser tratado mais adiante, impede a possibilidade de criação de leis *ex post facto*.

Vários autores mostram-se partidários de uma concepção de imposição constitucional restritiva ao Direito Penal, exclusivamente. Dentre eles, em Itália, Nuvolone<sup>97</sup> acredita que o texto constitucional não exaure o leque de bens jurídicos que podem ser “tutelados” pelo Direito Penal. Afirma ele que não é ilegítima “a incriminação de lesão de outros interesses, desde que não esteja contrariando a Constituição”. Objeta, ademais, que se assim não fosse, o constituinte deveria ter formatado o texto que transporta o princípio da legalidade do

---

<sup>96</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Trad. Márcio Pugliese e outros. São Paulo: Ícone, 1995, p. 162.

<sup>97</sup> NUVOLONE, Pietro. La problematica penale della costituzione. **Aspetti e tendenze Del diritto costituzionale: scritti in onore di Constantino Mortati**. Milano: Giuffrè, s/d, p. 491.

seguinte modo: ‘ninguém pode ser punido senão por força de lei que tenha entrado em vigor antes do fato e que tenha por objeto um bem constitucionalmente garantido’<sup>98</sup>.

No Brasil, essa concepção é defendida por Nilo Batista<sup>99</sup>, quando afirma que a Constituição funciona, particularmente, como um ‘controle negativo’, afastando, assim, a possibilidade de um catálogo de bens jurídicos que atrele, absolutamente, o Direito Penal à Constituição.

Na mesma linha, Luis Regis Prado<sup>100</sup> aduz que certos parâmetros, de natureza constitucional, são capazes de impor uma determinada e necessária restrição ao legislador ordinário na oportunidade de fabricação da norma incriminadora.

Não obstante a restrição constitucional, a legitimação e a exclusividade do Parlamento no que diz respeito à reserva de lei em matéria penal, é de se questionar a liberdade de escolha criminalizadora do legislador ordinário. O Estado Democrático de Direito, constituído para realizar o bem de todos (CF, art. 3º, III), impõe como proteção aos direitos fundamentais do ser humano, mormente o direito à vida e à liberdade, também, limites substanciais relativos ao juízo de criminalização e descriminalização. É isto que veremos a seguir.

### **3.4. Constituição e imposição de conteúdo ao Direito Penal**

Para além de reduzir os limites da criminalização via imposição restritiva material e formal, a Constituição restringe as possibilidades de fabricação de leis incriminadoras através da imposição de conteúdo ao Direito Penal. Como se verá, o princípio constitucional da intervenção mínima tem como uma de suas funções a determinação de seleção de bens jurídicos fundamentais para a feitura de regras incriminadoras.

---

<sup>98</sup> NUVOLONE, Pietro. **O sistema do Direito Penal**. Trad. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: RT, 1981, p. 40.

<sup>99</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 96

<sup>100</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. São Paulo: RT, 1996, p. 65.

É que, é certo, a Constituição, ao transportar para o mundo jurídico as opções valorativas mais importantes para a convivência entre o povo de um Estado, Constituição em sentido material, traz consigo um amplo catálogo de bens jurídicos (ver Capítulo Quarto) e estes, por terem recebido a dignidade constitucional, são os únicos que podem merecer a tutela penal.

Desse modo, será da aproximação da Constituição com as opções fundamentais e mais consensuais de uma comunidade que resulta sua legitimidade para se impor, vinculando, a todo ordenamento jurídico; e será do amalgama do Direito Penal “com os valores mais essenciais (na dupla vertente de os proteger e de, através da pena, os limitar) do homem em comunidade que resulta sua particular dependência (e subordinação) face à Constituição”<sup>101</sup>.

Assim, o Direito Penal só está legitimado para atuar, até por imperativo do princípio da proporcionalidade, quando atingidos os valores mais essenciais à vida do homem em comunidade. Consoante doutrina Angioni<sup>102</sup>, se o bem afetado pela sanção penal (liberdade) tem elevada importância constitucional (“bens primários”), o bem cuja lesão oportuniza a intervenção penal deve gozar, da mesma maneira, de similar importância.

Isto não significa que, reconhecido determinado valor pela Constituição como essencial à convivência em sociedade, o Direito Penal esteja apto para ser acionado por meio do legislador ordinário. Os princípios constitucionais penais da intervenção mínima e ofensividade ditarão, ainda, limitando mais o legislador, os contornos da possibilidade de criminalização.

Esta tese é defendida por Bricola<sup>103</sup> na Itália. Para ele, somente pode existir criminalização quando houver lesão significativa de um valor constitucionalmente importante. Isso, afirma ainda, não implica, tão só, na não contrariedade do bem face à

---

<sup>101</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. “Constituição e Crime” – Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 118.

<sup>102</sup> ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzione del concetto di bene giuridico*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 166.

<sup>103</sup> BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. In *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: Torinese, 1977, p. 15-6.

Constituição, mas assunção dele pelos valores expressos ou implícitos contidos na Constituição.

No Brasil, Márcia Dometila de Carvalho também segue esses passos. Referindo-se ao conceito de delito como “um fato lesivo de um valor constitucionalmente relevante”, para atender a qualidade de *extrema ratio* do Direito Penal, ela afirma que, com o advento de uma nova ordem constitucional, torna-se imprescindível a revisão dos bens jurídicos tutelados pelas normas penais, “determinando -se, à vista da nova Constituição, onde deve estar o acento dos tipos penais, como devem ser hierarquizados e, conseqüentemente, como devem ser graduadas as penas à luz da importância daqueles bens para os objetivos constitucionais”<sup>104</sup>.

Tal estreitamento das possibilidades de fabrico de normas incriminadoras justificam-se, por outro lado, no fato do *jus puniendi*, no Estado Democrático de Direito equilibrar-se, necessariamente, na medida exata entre as possibilidades de utilização do controle social formal e as garantias de liberdade individual. O enfraquecimento destas últimas tem, via de regra, como conseqüência, o alargamento do Estado Policial, com graves conseqüências para as pessoas e para as instituições democráticas.

Contudo, não se pode esquecer, na evolução social, dentro do marco do Estado Democrático, cujo direito tem índole promovedora e transformadora, que o Direito Penal pode e deve, de forma comprimida todavia, servir como instrumento interventivo, destinado, por paradoxal que seja, aos câmbios sociais.

É que, com base ainda no equilíbrio, o enfraquecimento excessivo do *jus puniendi* Estatal, mormente para delitos que afetam fortemente as próprias liberdades individuais e o patrimônio público – estes praticados pelas classes sociais economicamente favorecidas e aqueles que detém o poder – por exemplo, traz, também, severos efeitos para as pessoas e as próprias instituições democráticas.

A imposição constitucional de conteúdo determina, agora, fulcrada em valores mais caros, obrigações criminalizadoras e de impossibilidade de descriminalização, chamadas de

---

<sup>104</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**, Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 37-8.

mandamentos criminalizadores, os quais faremos especial referência no último capítulo do trabalho.

### **3.5. Estado Democrático de Direito e os princípios constitucionais penais**

O Estado Democrático de Direito consagrou a junção dos princípios próprios do Estado Liberal e dos princípios inerentes ao Estado Social e, como o todo é mais do que a soma das partes<sup>105</sup>, ou, em uma linguagem dialética, como a síntese supõe uma superação dos componentes básicos isoladamente considerados, o Estado Democrático de Direito, em que se constitui a República Federativa do Brasil (CF, art. 1º) é, ou pretende ser, uma **superação** dos modelos de estado Liberal e Estado Social, vincado na concepção democrática de realizar o bem de todos, respeitando o direito das minorias (CF, art. 3º, IV) e atuando mediante procedimentos estabelecidos que não façam nenhuma concessão ao arbítrio, todavia que possibilitem a participação dos múltiplos setores sociais na elaboração desses próprios procedimentos, impregnando-os não só de legalidade, mas também de legitimidade.

Os princípios constitucionais penais são, é possível dizer, uma exigência de racionalização e legitimação, imposta pela Carta Constitucional, para elaboração e operacionalização do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito. São limites democráticos que estreitam e condicionam tanto **as possibilidades de formulações legislativas penais** referentes à privação da liberdade e da vida humana, direitos fundamentais, **quanto à atuação judicial** concernente à interpretação das regras criminais existentes.

---

<sup>105</sup> HEISEMBERG, Werner. Der Teil und das Ganze, apud CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. Trad. Newton R. Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2001, p. 41-2.

Há autores<sup>106</sup> que distinguem – e o fazem corretamente – os princípios constitucionais penais dos princípios constitucionais pertinentes à matéria penal, afirmando que os primeiros fazem parte diretamente do subsistema penal, em face do seu próprio conteúdo, ao passo que os segundos têm conteúdo heterogêneo, traçando linhas específicas (v.g. família, economia, administração pública), mas também, é preciso registrar, linhas gerais (v.g. igualdade, isonomia entre os sexos), vinculando tanto o legislador civil, administrativo, tributário, quanto o legislador penal que intervier na respectiva matéria.

Os princípios constitucionais penais, explícitos e implícitos por sua conexão e compatibilidade com os primeiros, e os princípios constitucionais influentes em matéria penal estão presentes na Constituição Federal, por isso mesmo são hierarquicamente superiores às normas penais ordinárias, devendo essas, por imperativo da superioridade hierárquica, amoldarem-se às irradiações daqueles, sob pena de incompatibilidade e conseqüente inconstitucionalidade se lhes forem posteriores, ou simples revogação se lhes forem anteriores<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gerson dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 22-3. Entre nós, LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 10-1.

<sup>107</sup> O Supremo Tribunal Federal manteve o entendimento de que se lei **anterior** é incompatível com a Constituição esta é simplesmente revogada pelo critério cronológico – a norma posterior prevalece sobre a norma precedente (*lex posterior derogat priori*):

‘[...] O entendimento de que leis pré-constitucionais não se dispõem, vigente uma nova Constituição, a tutela jurisdicional de constitucionalidade in abstracto – orientação jurisprudencial já consagrada no regime anterior (RTJ 95/980 – 95.993 – 99.544) – foi reafirmado por esta Corte, em recentes pronunciamentos, na perspectiva da Carta Federal de 1988. A incompatibilidade vertical superveniente de atos do Poder Público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores.’ (STF – ADI 129 (MC) – SP – TP – Rel. Min. Francisco Rezek – DJU 28.08.1992)

‘[...] Não cabe a ação direta de inconstitucionalidade, p or se tratar de lei anterior à Constituição em vigor. De acordo com orientação firmada pelo STF, na ADIN nº 2, 06.02.1992, a hipótese é de revogação da lei anterior, se contrária à nova Constituição, e não de inconstitucionalidade do mesmo diploma...’ (STF – ADI 9 – DF – T.P. – Rel. Min. Néri da Silveira – DJU 24.04.1992).

Por tudo que já foi exposto, insistimos em afirmar que, em nível de interpretação, toda a teoria do crime deve ser guiada segundo a ação difusiva e contagiante dos princípios constitucionais reportados, não havendo possibilidade de dissociação das categorias penais da irradiação fundamentante das normas constitucionais<sup>108</sup>, **isso tanto na interpretação das regras de aplicação e criminalizadoras, quanto na análise da prova colhida**. O problema da interpretação não se cinge apenas ao ajuizamento do sentido das expressões normativas (proposições), mas vai além quando, antes, enfrenta a avaliação dos fatos e, após, a subsunção dos mesmos à lei.

Neste trabalho, interessam-nos os princípios constitucionais penais, ditos fundamentais, quais sejam o princípio da intervenção mínima, da ofensividade, da legalidade, da culpabilidade e o princípio da humanidade, além de seus corolários. Também cuidaremos dos mandamentos constitucionais criminalizadores, mas sem perder de vista a influência sobre eles exercida pelos princípios mencionados.

---

<sup>108</sup> A supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento opera a recusa da interpretação conforme as leis, o que pode levar à inconstitucionalidade. O essencial é que se interprete a lei segundo as normas constitucionais superiores, nunca ao contrário.

## Capítulo Quarto

### IMPOSIÇÃO DE CONTEÚDO E INTERVENÇÃO MÍNIMA

*Sumário:* 4.1. Intervenção mínima como princípio constitucional penal. 4.2. Determinação de referência criminalizadora exclusiva a bens jurídicos. 4.3. Imposição ao legislador. 4.4. Intervenção mínima e controle judicial

#### 4.1. Intervenção mínima como princípio constitucional penal

O princípio da intervenção mínima nasce vinculado ao pensamento iluminista que pretendeu reduzir, de forma geral, toda legislação e, em especial, as leis penais<sup>109</sup>. Beccaria, de certo modo antecipando-o, acentuava na sua antológica obra: "Proibir grande quantidade de ações diferentes não significa prevenir delitos que delas possam nascer, mas criar novos"<sup>110</sup>. E a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, editada na Revolução Francesa, traduzindo a proporcionalidade que substancia o princípio, prescrevia no art. VIII: "A lei só deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias".

A preocupação com o excessivo número de leis e os tentáculos do absolutismo despótico, que pairavam, ameaçadoramente, contra a já hegemônica burguesia, são o pano de fundo para o repúdio às normas que ainda não eram editadas pela nova classe que ascendia ao poder.

A mudança de perspectiva opera-se, notadamente, no fato de que, sob o absolutismo, o Direito Penal vinga em função do Estado, enquanto sob o Estado Liberal burguês, o Direito Penal vige para dar segurança ao indivíduo – pelo menos assim se propõe – sendo

---

<sup>109</sup> LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 27.

<sup>110</sup> "Il proibire una moltitudine di azioni indifferenti non è prevenire i delitti che ne possano nascere, ma egli è un crearne dei nuovi..." BECCARIA, Cesare, **Dei Delitti e Delle Pene**. 4. ed. Milano: Rizzole Editore, 1950, p. 91 (tradução livre).

legítimo seu uso apenas dentro de balizas estreitas para preservação, principalmente, da vida e da propriedade <sup>111</sup>.

Modernamente, Claus Roxin, ao defender a abertura da dogmática penal à política criminal, fundando o funcionalismo-teleológico<sup>112</sup>, propôs que esta última, para além das orientações que buscam pesquisar melhores medidas de combate à criminalidade, deve se pautar dentro de uma fronteira constitucional de estado material de direito, cingida pelo princípio da intervenção penal mínima (intervenção do direito penal em *ultima ratio*)<sup>113</sup>.

E é exatamente como limite constitucional, traduzido não só em garantia individual, mas em garantia dos interesses transindividuais que regem a coexistência em uma coletividade marcada pela diversidade, que a intervenção mínima vai figurar na atual Constituição brasileira em forma de princípio. Princípio constitucionalmente implícito, o que não nega, de modo algum, a sua validade no sistema<sup>114</sup>, face à previsão positivada no parágrafo segundo do artigo 5º da Carta Federal<sup>115</sup>.

A intervenção mínima é decorrente do princípio constitucional expresso da dignidade humana (CF, art. 1º, III) e da determinação impositiva do artigo 3º, IV, da Constituição Federal, concernente à efetivação do bem de todos através da obrigatória ação dos Poderes Públicos. Em um Estado Democrático de Direito, que tem como alicerce a Dignidade Humana e como objetivo o bem de todos, não se podem permitir criminalizações de comportamentos arbitrariamente, ao livre talante de quem quer que seja, ainda que em nome de uma suposta maioria e de supostos interesses emergenciais. Ademais, por

---

<sup>111</sup> FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e Sensibilidade – Fundamentos do Direito Penal Moderno**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 65-6.

<sup>112</sup> ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 1 e passim.

<sup>113</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, t. I. Trad. Luzón Peña, Dias y García Conlledo e Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 224.

<sup>114</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 85.

<sup>115</sup> “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

imperativo da proporcionalidade, a vida e a liberdade, direitos fundamentais expressamente garantidos pelo art. 5º, caput, da Constituição Federal, somente podem ser privados ou restritos se estritamente necessários para a tutela de direitos de fundamental importância.

Por transportar consigo garantia fundamental do indivíduo, consistente em critério lógico-antecedente na criação de regras restritivas da liberdade de ir, vir e ficar, inserindo-se, por natureza, entre as normas limitativas dos poderes estatais<sup>116</sup>, o princípio tem aplicabilidade imediata (CF, art. 5º, § 1º), independente de reconhecimento expresso e também de lei regulamentadora, já que dotado dos meios e elementos necessários à sua executoriedade. As condições para essa aplicabilidade são a existência, tão só, do aparato jurisdicional, o que significa: aplica-se o princípio só pelo fato de ser norma jurídica <sup>117</sup>.

#### **4.2. Determinação de referência criminalizadora exclusiva a bens jurídicos constitucionais**

Embora haja dúvidas quanto à primeira elaboração dogmática do conceito de bem jurídico, a publicação, em 1834, do artigo *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff Verbrechens* de Birnbaum, para muitos autores, é o termo inicial da doutrina e da história político-criminal do conceito de bem jurídico<sup>118</sup>, se bem que, com Binding, já havia sido criada a própria paternidade do termo, e, para Kaufmann, foi ele o responsável por ter outorgado ao bem jurídico “o direito de cidadania na dogmática jurídico penal” <sup>119</sup>.

Nos albores e durante grande parte do curso dessa história, a concepção de bem jurídico é marcada pela idéia liberal, presente em muitos penalistas até os dias atuais, de

---

<sup>116</sup> SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 101.

<sup>117</sup> Idem, p. 102.

<sup>118</sup> ANDRADE, Manoel da Costa. **Consentimento e Acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra editora, 1991, p. 51.

<sup>119</sup> Idem, p. 65.

proteção de interesses eminentemente individualistas (tutela dos direitos subjetivos). É que, sob o paradigma do Estado Liberal, os conflitos são vislumbrados apenas no plano interindividual e as relações entre Estado, o Leviatã e indivíduos são ditadas em razão de limites negativos (os direitos subjetivos, ou de primeira geração ou dimensão) daquele em relação a estes.

Atualmente, no marco do Estado Democrático de Direito assinalado por nossa Constituição, não só as liberdades clássicas integram o rol dos direitos fundamentais, senão os direitos econômicos, sociais e culturais, e, deste modo, não é mais possível negar a admissão de bens jurídicos difusos, sem titular determinado (crimes sem vítima), mesmo porque não há contradição entre as bases dogmáticas que esteiam o Direito Penal e a proteção de bens jurídicos de matiz transindividual.

O princípio constitucional da intervenção mínima, decorrente de Constituições como a nossa, que estabelece uma quantidade considerável de valores firmados no pacto constituinte, vincula o Direito Penal à Constituição, obrigando o legislador, como se verá adiante, a criminalizar comportamentos somente quando sejam ofendidos bens jurídicos de relevância constitucional, sejam eles individuais ou coletivos e difusos.

Poder-se-ia objetar acerca da expansão do Direito Penal ante a criminalização de condutas ofensivas aos bens jurídicos difusos, o que seria uma contradição com a intervenção penal mínima. Uma objeção de tal natureza peca, de um lado, pela falta de percepção quanto ao aparecimento de importantes bens jurídicos nas sociedades pós-industriais em que vivemos e da necessidade, nestas sociedades, de novas valorações quanto aos interesses já existentes; de outro, em razão da possibilidade de discriminação entre os estratos sociais, porquanto as novas formas de criminalidade (v.g. meio ambiente, finanças públicas, lavagem de dinheiro etc) têm, sabidamente, como agentes ou sujeitos ativos, pessoas de camadas sociais mais elevadas.

O princípio da intervenção mínima é, já assinalamos, uma imposição de conteúdo que impede a criminalização quando não haja referência constitucional criminalizadora exclusiva a bem jurídico, obstruindo a construção do delito por mera infração de um dever (violação da parte imperativa da norma) e, por isso, tornando circunscrita, limitada, a atuação do Direito Penal. De modo algum, no entanto, o princípio poderá obstar

criminalizações ante as novas realidades sociais, quando os valores hauridos dessa realidade gozarem da dignidade constitucional.

A intervenção mínima impõe ao legislador criminal uma referência constitucional criminalizadora exclusiva a **bem jurídico**, em razão de que o Estado Democrático de Direito, para além de simples Estado de Legalidade, somente encontra legitimação na idéia de justiça material<sup>120</sup>. A norma constitucional, agora, não se limita apenas a reconhecer os direitos fundamentais do ser humano, mas trata de materializá-los, criando condições para tornar viável sua efetividade.

O conceito material de bem jurídico, deste modo, como aduz Regis Prado apoiado em Navarrete<sup>121</sup>, pressupõe, é certo, o reconhecimento de que os legisladores alçam à qualidade de bem jurídico o que na realidade social já se manifesta como um valor. Valor que deve ter, todavia, a norma constitucional como parâmetro obrigatório, em razão do sentido transcendente de dignidade humana e direitos fundamentais que ela determina e não pela noção imanente de direito positivo ou de estrutura social vigente.

### 4.3. Imposição ao legislador

Consoante ficou assentado no item primeiro deste capítulo, a resposta penalógica privativa de liberdade, ao menos aquelas de média e longa duração, deve servir somente à tutela dos bens jurídicos mais importantes. Mesmo a pena privativa de liberdade de curta duração (detenção, prisão simples) não pode vingar quando existem outros modos, menos gravosos e, sobretudo, mais proveitosos, para composição do litígio. O princípio da intervenção mínima irradia determinações delimitadoras à atuação do legislador e do juiz

---

<sup>120</sup> RUDOLPHI, H. J. Die Verschiedene Aspekte des Rechtsgutbegriffs, in Festschrift für Richard M. Honing, Göttingen: Verlag, 1970, p. 162. Apud PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. São Paulo: RT, 1996, p. 45.

<sup>121</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. São Paulo: RT, 1996, p. 67.

na incriminação de condutas, legitimando-os a agir, criminalizando comportamentos, somente em marcos estreitos, observada a imposição de paradigmas de conteúdo.

Para o legislador, no momento da feitura de leis criminalizadoras de comportamentos, é imposto, primeiramente, o corolário da fragmentariedade, que, bem acentuado por Bricola, é uma contradição com uma visão omnicomprensiva da tutela penal e que torna obrigatório, de um lado, uma seleção de bens jurídicos ofendidos a proteger-se e, de outro, as formas de ofensas <sup>122</sup>.

Deste modo, como modelo de conteúdo, somente poderão ser objeto do Direito Penal os bens jurídicos mais relevantes, os quais, em um Estado Democrático de Direito, não são outros senão aqueles que a Carta Constitucional considera como fundamentais à pessoa humana e os essenciais para aquela comunidade concreta onde ela conviva. Neste sentido, afirma Figueiredo Dias que ao Direito Penal apenas cabe “uma função exclusiva de proteção dos bens fundamentais da comunidade, das condições sociais básicas à livre personalidade de cada homem”<sup>123</sup>.

A Constituição brasileira de 1988 enumera um longo catálogo de bens jurídicos, individuais e transindividuais (v.g. vida, liberdade, incolumidade física e psíquica, propriedade, honra, meio ambiente, administração, patrimônio e finanças públicas etc), impondo ao legislador ordinário, na medida em que mediatiza o conceito de bem jurídico-penal através de uma interligação das finalidades da ordem jurídica com as garantias individuais, o conteúdo válido para criminalização, impedindo-o, mesmo, consoante se verá em capítulo adiante, a descriminalização de certos comportamentos criminalizados.

Essa mediatização passa, outrossim, pela intolerância da ofensa. Não é toda forma de ofensa aos bens jurídicos mais densos que legitimam a intervenção do legislador criminal na feitura de leis criminalizadoras, mas apenas aquela que, conforme sua grandeza e propriedade, informadas pela ofensividade, como se verá, não admita complacência.

---

<sup>122</sup> BRICOLA, Franco. **Politica Criminale e Scienza del Diritto Penale**. Bologna: Il Mulino, 1997, p. 190.

<sup>123</sup> DIAS, Figueiredo. Direito Penal e Estado de Direito Material (sobre o método, a constatação e sentido da doutrina geral do crime), **Revista de Direito Penal**, nº 31, janeiro-Junho 1981. Rio de Janeiro: Forense, p. 43.

Isso implica, no outro consectário do princípio, que é a subsidiariedade penal, ou seja, a intervenção do Direito Penal somente pode se dar em último caso, como *ultima ratio*, em que não sejam suficientes outros procedimentos para preservar ou reinstaurar a ordem jurídica<sup>124</sup>.

A finalidade dessa imposição de conteúdo, em que se consubstancia o princípio em comento, ao nosso ver, é dúplice. De um lado, deve ela funcionar como parte do instrumental de proteção aos direitos fundamentais; de outro, deve, em razão de medida pragmática de política criminal, levar a efeito a otimização do funcionamento do Sistema Penal, afinal, nada favorece tanto a criminalidade como a penalização excessiva de qualquer comportamento<sup>125</sup>.

O princípio da intervenção mínima exige, ainda, que o legislador observe se é adequada a criminalização da conduta, ou seja, se a criminalização é, efetivamente, uma resposta que contenha, em níveis razoáveis, o comportamento indesejado, ou, ao menos, uma resposta que alimente as expectativas de crença no ordenamento jurídico, principalmente por parte de uma maioria que o obedece.

Em termos de aplicação do princípio da proporcionalidade, podemos formular a questão da pertinência, que revela se determinada medida representa o meio apropriado para levar a termo um fim, e da necessidade, que verifica se a medida excede os limites indispensáveis à consecução do fim legítimo a que se almeja.

Nessa senda, fica clara a importância de um acompanhamento estatístico da lei criminalizadora, lido por especialistas (v.g. criminólogos, sociólogos, penalistas etc), que poderá fornecer subsídios para a manutenção ou revogação das leis penais.

Para estabelecer o comportamento tipificado (criminalizado), obedecendo às irradiações do princípio da intervenção mínima, é preciso que o legislador conheça as leis da natureza e as regras da experiência, através das quais se pode deduzir que determinada conduta, ao ofender bem jurídico constitucional relevante, o ofenda intoleravelmente, não

---

<sup>124</sup> ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 2. ed., trad. A.P. dos Santos e L. Natscheradetz, Lisboa: Vega, 1993 p. 28.

<sup>125</sup> Idem, p. 29.

encontrando outros meios, senão o Direito Penal, como resposta. Este é seu primeiro limite na feitura de leis criminalizadoras.

#### **4.4. Intervenção mínima e controle judicial**

Para o juiz criminal, em um sistema garantista sinalizado pelo nosso modelo de Estado, o princípio da intervenção mínima irradia, eminentemente, comando de interpretação da produção legislativa criminalizadora. Assim, o limite incide desde quando o juiz se depara com os enunciados normativos ou preceitos para sua aplicação ao caso.

Os enunciados, expressos ou implícitos, são, no dizer de Grau<sup>126</sup>, alográficos, ou seja, não se perfazem com o(s) sentido(s) neles fixado(s) pelos legisladores. A completude dos enunciados somente é construída quando o intérprete, investigando aquele(s) sentido(s), afirma os seus significados referentes a um determinado caso.

O limite, no processo interpretativo, gerado pela irradiação do princípio, implica que os significados hauridos dos enunciados pelos juízes devem, necessariamente, conter afirmações relativas à dignidade constitucional do bem jurídico, a intolerável forma de ofensa e ao fato de enxergar a resposta penal como a última possibilidade do ordenamento jurídico.

Em termos práticos, afirmações desse tipo deverão ser procedidas não só no controle da constitucionalidade, mas nas justificativas de certas sentenças absolutórias e condenatórias e, sempre, na dosimetria da pena, quando o magistrado examina as circunstâncias do crime para fixação da pena base (CP, art. 59). As circunstâncias são as singularidades do fato que, tornando-o particularizado, permitem uma referência específica a ele. Exaspera-se ou diminui-se a pena, por exemplo, considerando a graduação da intolerância da ofensa ou da maior ou menor necessidade do Direito Penal.

---

<sup>126</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 77.

Quanto ao controle da constitucionalidade das normas editadas, as afirmações reportadas deverão ser feitas tanto via controle concentrado, quando o juiz do Supremo Tribunal Federal analisa a validade da norma em abstrato, quanto por intermédio do controle difuso, quando qualquer juiz criminal julga uma relação jurídica específica. Claro que no caso do controle concentrado, somente obriga o Supremo Tribunal Federal, quando for ele provocado, já que este Tribunal não pode agir *ex officio*<sup>127</sup>.

É preciso insistir, no que se reporta ao controle da constitucionalidade, que antes mesmo das necessárias afirmações indicadas pelo princípio da intervenção mínima, limitadoras do processo interpretativo, existe limitação referente à obrigatória vinculação do juiz aos textos das normas ordinárias editadas, forte presunção de sua constitucionalidade e, por isso mesmo, a possibilidade de interpretação de acordo com a Constituição.

Não há como deixar de reconhecer, no entanto, que a Carta Constitucional brasileira de 1988 deixou de recepcionar vários tipos penais incompatíveis com o princípio abordado, bem assim que vários outros tipos incriminadores, editados após a Constituição, maltratam claramente o princípio.

Somente a título de exemplo, podemos observar que na bigamia (CP, art. 235), delito que **não** foi abolido com a edição da Lei 11.606/05, o bem jurídico protegido é o casamento, ou a organização jurídica matrimonial<sup>128</sup>, consistente no princípio monogâmico, e não a preservação da família, que pode constituir-se e firmar-se com a comunhão de ideais que levam os parceiros ao entrelaçamento físico e espiritual, através da afetividade que os une.

---

<sup>127</sup> Conforme dispõe o artigo 103 da Constituição Federal, já modificado pela EC 45/2004, são legitimados, exclusivamente, para propor a ação direta de inconstitucionalidade o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

<sup>128</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Especial**, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 114.

Paulo Lôbo, entendendo que, no nosso sistema, não há modelo preferencial de entidade familiar, afirma que “onde houver uma relação ou comunidade unidas por laços de afetividade, sendo estes sua causa originária e final, haverá família”<sup>129</sup>. A proteção da família, neste aspecto, se faz, em Direito Penal, punindo não as ofensas às cláusulas contratuais do matrimônio, mas as lesões à autonomia afetiva.

Não há, pois, como conformar a proteção da organização jurídica matrimonial com dignidade necessária do bem jurídico, exigida pelo princípio para a intervenção penal. Isso não significa que a bigamia torne-se um procedimento lícito. Óbvio que não, pois evidencia-se, com sua prática, a burla a um contrato de intenso formalismo. No entanto, a resposta para esse problema deve ser buscada junto ao Direito Civil, especificamente no Direito de Família, com a imposição, por exemplo, da quebra contratual, perda de guarda, perda de parte da meação e até mesmo indenizações.

De outra parte, quanto às normas editadas após a Carta de 88, temos como exemplo que o dano, lesão, destruição ou maltrato culposos de plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia, crime definido no parágrafo único do art. 49 da Lei 9.605/98, é absolutamente inconstitucional, por revelar uma incompatibilidade insolúvel do bem jurídico protegido com os influxos do princípio da intervenção mínima. Com efeito, pode-se afirmar, de modo apodíctico, que a incolumidade de plantas de ornamentação, da maneira que dispõe a regra incriminadora, não exprime a devida importância quando em cotejo com a dignidade humana, os direitos fundamentais e a coexistência. Isto não significa, do mesmo modo, que um comportamento como tal não possa configurar um ilícito administrativo, caso as placas de “não pisem na grama” já não sirvam.

Como tais delitos, vários outros anteriores e posteriores à Constituição não encontram interpretação consonante com a Carta Magna. A posse sexual mediante fraude (CP, art. 215) e o atentado ao pudor mediante fraude (CP, art. 216) são crimes emblemáticos, pois

---

<sup>129</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, nº. 12, p. 40-55, jan-fev-mar, 2002, p. 46.

que, embora tipificados desde o Código Penal de 1940<sup>130</sup>, passaram, recentemente, pelo crivo da Lei 11.106/05, que se limitou a determinar-lhes nova redação, deixando de observar, o legislador de então, que tais tipos são incompatíveis com a ascendência do princípio agora estudado.

A **ofensa** à liberdade sexual na posse sexual **mediante fraude** não significa mais, definitivamente, no mundo contemporâneo, lesão intolerável a ponto de se recorrer a intervenção penal. Para além, a contrariedade flagrante ao princípio constitucional da isonomia entre os sexos (CF, art. 5º, I) foi mantida pelo legislador de 2005, já que somente a mulher pode ser vítima deste crime. Ora, se homens e mulheres são iguais perante a lei e, se neste caso particular não há desigualdade substancial nenhuma entre eles, é dizer, tanto a mulher como o homem podem, através da fraude, ser levados à conjunção carnal, não há razão para o discrimine. Em sendo assim, como não é possível a analogia *in pejus*, resta evidenciada a flagrante inconstitucionalidade do chamado estelionato sexual.

Quanto ao segundo delito, o atentado ao pudor mediante fraude, em razão do núcleo estabelecido no tipo (“induzir”), Nucci, em breves comentários, chega a asseverar, com certa perplexidade, que “não seria crível uma hipótese dessa nos dias de hoje”, concluindo que ainda que seja necessária a exigência de um resultado naturalístico (físico ou material), “não encontraríamos conduta tão grave a ponto de merecer sanção penal”<sup>131</sup>.

Como estes, outros tipos penais, os quais não cabe aqui listar, não se coadunam, de modo algum, com o princípio da intervenção mínima e, já que os legisladores não laboraram para a exclusão destes crimes da ordem jurídica, o afastamento deles é missão constitucional do Judiciário para contenção devida do Direito Penal, como impõe o princípio.

---

<sup>130</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 136-7.

<sup>131</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: RT, 2005, p. 790.

## Capítulo Quinto

### IMPOSIÇÃO DE CONTEÚDO E OFENSIVIDADE

*Sumário:* 5.1. Direito e moral: a ofensividade como princípio constitucional penal. 5.2. Imposição do princípio da ofensividade ao legislador. 5.3. Imposição ao juiz: o critério interpretativo da insignificância. 5.4. Ofensividade e controle da constitucionalidade.

#### 5.1. Direito e moral: a ofensividade como princípio constitucional penal

O princípio da ofensividade, também conhecido por princípio da lesividade<sup>132</sup>, é um princípio garantidor da impossibilidade da construção do ilícito penal senão quando o fato for ofensivo: lesivo, ou simplesmente perigoso, ao bem jurídico tutelado. Impõe, por isso, ao legislador e ao juiz que só sejam incriminados aqueles comportamentos que lesionem ou ameacem de lesão bens jurídicos alheios.

A intervenção penal não pode prosperar para impor padrões morais de condutas, para meter em brios as pessoas. Essa moral, afirma Roxin, “não é nenhum bem jurídico – no sentido em que temos precisado tal conceito, deduzindo-o do fim do Direito Penal”<sup>133</sup>. Ao Direito Penal somente é possível a garantia da ordem pacífica externa da comunidade, não está ele legitimado, tampouco é adequado, para a educação moral dos cidadãos<sup>134</sup>.

---

<sup>132</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón– teoría del garantismo penal**. Trad. Perfecto Ibáñez, Ruiz Miguel, Mahino, Basoco e Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 464-7. BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 91.

<sup>133</sup> ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Trad. A.P. dos Santos e L. Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1993, p. 30.

<sup>134</sup> ROXIN, Claus. **Iniciación al derecho penal de hoy**. Trad. Muñoz Conde e Luzón Pena. Sevilha: Univ. de Sevilha editora, 1981, p. 28.

A separação do direito da moral, com conseqüente autonomia do primeiro em relação à segunda, é uma construção do utilitarismo jurídico iluminista que pôde fixar não haver possibilidade da intervenção coercitiva do Estado na vida dos cidadãos em razão de uma conduta imoral. A imoralidade é uma das condições necessárias para tal intervenção, mas nunca, pó si só, suficiente<sup>135</sup>.

Em sede de Direito Penal, essa doutrina, presente nas idéias de autores como Grocio, Hobbes, Pufendorf, Thomasius, Beccaria e mais extensamente por Bentham, especificamente aplicada à construção do delito pelo legislador, revelou que o Direito Penal não tem a missão de impor ou reforçar qualquer moral, todavia, somente impedir comportamentos danosos a terceiros<sup>136</sup>.

Nesses termos, a ofensividade conduz para a seara penal<sup>137</sup>, não só uma das primeiras notas distintivas entre direito e moral, já acentuada por Aristóteles, a exterioridade<sup>138</sup>, como ainda a questão da alteridade, já que o direito leva sempre em consideração a pessoa do outro (*alter*), enquanto a moral persegue o aperfeiçoamento do próprio indivíduo, isoladamente considerado. ‘O direito preocupa -se com as relações entre os sujeitos, a moral [...] com os sujeitos’<sup>139</sup>.

Por isso, a ofensividade é pertinente ao conteúdo material do conceito de delito. É que, quando se diz que o comportamento meramente imoral não pode ser criminalizado, significa dizer que a conduta não comporta qualquer lesividade (dano ou perigo de dano) a bens jurídicos penalmente protegidos. A materialização da ofensa, a um só tempo, impõe limites à intervenção penal e corrobora para a legitimação do Direito Penal<sup>140</sup>.

---

<sup>135</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón– teoría del garantismo penal**. Trad. Perfecto Ibáñez, Ruiz Miguel, Mahino, Basoco e Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 222.

<sup>136</sup> Idem, p. 222-3 e p. 464.

<sup>137</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 91.

<sup>138</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 23.

<sup>139</sup> Idem, p. 24.

<sup>140</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 95

O princípio da ofensividade nasce fundamentado na doutrina axiológica da separação dos poderes e no princípio de “utilidade penal”<sup>141</sup> que lastrearam a tendência de restrição às leis penais existentes no Estado Liberal. De ver que na Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão já havia previsão, no art. V, de que a lei somente pode proibir as ações nocivas à sociedade.

Atualmente, como marco delimitador tendente a evitar que o sistema afaste-se dos contornos de um Direito Penal da ofensa, o princípio é aceito e tecnicamente sistematizado na Itália, é presente no ordenamento espanhol e também na Alemanha, onde a doutrina, na contraposição entre “desvalor do resultado” e “desvalor da ação”, privilegia o primeiro, evitando o risco de uma volta ao Direito Penal de mera vontade ou da perigosidade<sup>142</sup>.

A exemplo do princípio da intervenção mínima, o princípio da ofensividade não está positivado explicitamente na Carta Constitucional brasileira, todavia vige como princípio implícito. Legisladores de um Estado Democrático de Direito, o qual se lastreia na dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), tem como objetivo o bem de todos (CF, art. 3º, IV) e assevera a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (CF, art. 5º, X), não podem restringir a liberdade do indivíduo por condutas que não lesem ou não ponham em perigo de lesão qualquer bem jurídico.

O princípio vigora como norma constitucional e tem aplicação imediata. Vale aqui o que afirmamos quanto ao princípio da intervenção mínima (vide capítulo anterior p. 55 e 56), embora no plano normativo ordinário, é forçoso reconhecer a exigência, imposta na Parte Geral do Código Penal, precisamente no artigo 13, do resultado para a existência do delito. Toda e qualquer infração penal, ou por um processo de metonímia, todo e qualquer crime deve ter sempre um resultado. Não se fala, aqui, do resultado naturalístico ou físico,

---

<sup>141</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón– teoría del garantismo penal**. Trad. Perfecto Ibáñez, Ruiz Miguel, Mahino, Basoco e Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 464-5.

<sup>142</sup> PALAZZO, Francesco. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gerson P. dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 80.

mas de um resultado jurídico que, para além da subsunção do fato à norma, significa, inegavelmente, ofensa a um bem jurídico<sup>143</sup>.

## 5.2. Imposição do princípio da ofensividade ao legislador

Ao legislador impõe-se o princípio, em face de sua natureza constitucional, consoante afirmado, impedindo-o de criminalizar condutas que, vistos os interesses e valores sociais, já foram consagradas como inofensivas e, portanto, são incapazes de atingir a dignidade e os direitos fundamentais do outro e de comprometer a coexistência fundada nesses valores.

É possível afirmar, em consonância com Nilo Batista<sup>144</sup>, que o legislador não pode, de modo algum, criminalizar: primeiro, inclinações interiores; segundo, comportamentos que não ultrapassem o espaço do próprio autor; terceiro, condições existenciais; quarto, condutas havidas por imorais pela maioria de uma comunidade, mas que não ofendam a qualquer bem jurídico.

A primeira imposição, proibição de incriminação de inclinações interiores, radica no postulado de que as idéias, desejos e aspirações não podem sofrer censura penal. Primeiro ante a impossibilidade de seu descortino e, segundo, ante a impossibilidade de sua materialização. Ainda que se pudesse antever uma idéia criminosa, hipótese aventada na película “*Minority Report – A Nova Lei*”, dirigida por Spielberg e baseada em um conto do escritor americano Philip K. Dick, seria impossível prever sua materialização contextual (se haveria exteriorização e como se exteriorizaria), conforme deixa claro o filme. Ademais, correta a teoria de Freud, seríamos **todos** portadores de um instinto de agressão (*thanatos*)<sup>145</sup> que, vez por outra, nos levaria, consciente ou inconscientemente, à idéia ou ao

---

<sup>143</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 59-60.

<sup>144</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**, Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 92-4

<sup>145</sup> FREUD, Sigmund. **O Mal-Estar na Civilização**. Trad. José de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997, p. 103-4 e 111-2.

desejo do crime. Por outro lado, é evidente que, uma vez exteriorizadas através do comportamento, as inclinações interiores interessam ao direito<sup>146</sup>.

A segunda imposição veda a possibilidade de incriminações de atitudes que não ultrapassem o espaço do próprio autor. O Direito Penal, consoante vimos com o critério da alteridade, coloca frente a frente, no mínimo, dois sujeitos, e somente está legitimado quando o comportamento afetar bens jurídicos **alheios**.

É por tal motivo que não se pode criminalizar a fase dos atos preparatórios *stricto sensu*. Entre nós, o Código Penal faz ver tal impossibilidade (CP, art. 31) e, embora abra exceções, estas somente podem prevalecer quando a preparação ultrapasse os limites do autor, como no caso do crime de quadrilha ou bando (CP, art. 288), cujos requisitos dizem respeito à quantidade de pessoas, à estabilidade e à permanência da associação para fins de cometimento de crimes que, juntos, implicam a possibilidade da afetação da paz pública.

Do mesmo modo, não é possível a criminalização de autolesões, salvo quando elas se dirijam para afetação de direitos alheios, como, por exemplo, na fraude para receber seguros. Também não se pode criminalizar o uso de substâncias entorpecentes quando ninguém, além do usuário, é afetado. A saúde pública, o bem jurídico que serve para sustentar a incriminação do uso e do tráfico de substâncias tóxicas, de nenhum modo é lesionada quando o agente não excede seu próprio âmbito. A possibilidade de sua “escalada nas drogas”, ou sua “conversão para dependência ou/e traficância” baseia -se no emprego esotérico da premonição sob o manto da presunção *jus et de jure*.

A terceira imposição proíbe que o legislador criminalize meros estados ou condições existenciais. A essência das pessoas, o ser, o universo que cada um traz consigo não pode sofrer censura penal. O direito, por ser ordenamento de regulação da conduta e não de regulação do autor, não pode condescender com os chamados “tipos normativos de autor”, originários do nacional-socialismo alemão, onde os comportamentos passam a exercer uma secundária função de revelar o autor. O ser humano interessa ao Direito Penal enquanto agente, jamais como ente<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup> RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p. 100.

<sup>147</sup> LUNA, Everardo da Cunha. **Estrutura Jurídica do Crime**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 21.

É assim que não se possibilita a criminalização do homossexualismo, da prostituição, da vadiagem e da mendicância, cujas tipificações, previstas nos artigos 59 e 60 da Lei de Contravenções Penais (LCP – Decreto-Lei 3.688/41), não foram recepcionadas pela Constituição de 1998.

Finalmente, a quarta imposição determina a proibição de incriminação de condutas tidas por imorais pela maioria de uma comunidade, embora não ofendam a nenhum bem jurídico. Ainda que desaprovado pela maioria do corpo social, o comportamento humano não pode, só por isso, ser criminalizado.

Não pode haver criminalização em razão de uma conduta, só por ela ser tida como pecaminosa. Por mais bizarra e desaprovada que seja, por exemplo, uma relação sexual com animais (zoolagnia), não é possível incriminá-la, salvo se houver maltrato ao animal, ou se a relação ocorrer na presença de outra pessoa. Isto porque, no primeiro caso, houve lesão ao ambiente, em especial a fauna<sup>148</sup>. O bem jurídico, aqui, tanto pode ser tomado numa perspectiva antropocêntrica: o meio ambiente equilibrado é direito de todos (CF, art. 225), quanto, mais utopicamente, numa perspectiva ecocêntrica, fundada numa extensão dos valores humanistas a outros seres vivos<sup>149</sup>. No segundo caso, há a possibilidade de afetação do sentimento de pudor, na medida em que o agente tenha o intuito que alguém, involuntariamente, o veja durante a relação, o sujeito passivo experimente aquele sentimento e não consinta na ofensa.

Registre-se que o sentimento de pudor não se confunde com a moral. A moral diz respeito à questão individual e o direito não pode mais que a possibilitar, nunca a impor<sup>150</sup>. O sentimento de pudor, diferentemente, é um atributo que temos para nos tornar sensíveis a certos comportamentos que ofendam a moral estabelecida (“moral pública”). Evidentemente, o direito não pode ser utilizado para segregação de grupos minoritários que tenham suas pautas morais diferenciadas, mesmo que a exibam em público. Assim, não é possível a incriminação pelo uso de barba comprida, *piercings*, tatuagens, vestimentas etc,

---

<sup>148</sup> PRADO, Luiz Regis. **Crimes Contra o Ambiente**. São Paulo: RT, 2001, p. 68.

<sup>149</sup> SOFFIATI NETO, Aristides Arthur. **Fundamentos Filosóficos do Pensamento Ecológico**. In: UNGER, Nancy Mangabeira (Org.). São Paulo: Loyola, 1992, p. 26.

<sup>150</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: RT, 1997, p. 468.

entretanto, há, necessariamente, um limite fixado por certos comportamentos que o mundo ocidental contemporâneo exige que sejam praticados com recato. Não é admissível, por exemplo, que alguém saia as ruas para mostrar o *piercing* introduzido no órgão sexual o que configuraria ato obsceno (CP, art. 233), embora possa fazê-lo para o seu ou para a sua companheira ou em casas de espetáculo (pornográficas, teatrais etc).

### 5.3. Imposição ao juiz: o critério interpretativo da insignificância

Em nível jurisdicional, o princípio condiciona o juiz, para além da obrigatória verificação da constitucionalidade do delito fabricado pelo legislador, conforme será verificado adiante, a descriminalizar comportamentos que, apesar de formalmente típicos, concretamente são inofensivos ao bem jurídico tutelado.

Na irradiação desse comando, mais do que na intervenção mínima, esta voltada com ênfase para a intolerabilidade da conduta, a ofensividade abrange o critério norteador interpretativo da insignificância, fundamental, por vezes, para aferição da tipicidade material.

A tipicidade, um dos núcleos integrantes do fato típico (o outro é a conduta), não se esgota na relação de adequação da conduta humana ao tipo penal (tipicidade formal), mas exige, em cada caso, uma concreção da ofensa ao bem jurídico tutelado (tipicidade material). Inexistindo ofensa ao bem jurídico, ou mesmo sendo tal ofensa insignificante, por mais clara que seja a adequação entre a conduta e o tipo, não se pode falar mais em tipicidade<sup>151</sup> e, portanto, em crime.

Claus Roxin, segundo ele próprio, preocupado com a manutenção do Direito Penal nos estreitos limites da proteção ao bem jurídico, erigiu o critério da insignificância num princípio válido para a definição do injusto desde escritos de 1964<sup>152</sup>, entendendo-o, como

---

<sup>151</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de Derecho Penal – Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 1991, p. 475.

<sup>152</sup> ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Trad. Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 47.

no Brasil entende, seguindo-o, Assis Toledo<sup>153</sup>, como causa de exclusão da tipicidade. Preferimos não qualificar a insignificância como um princípio, em vista da polissemia, já referida neste trabalho, todavia, como ferramenta interpretativa derivada dos influxos do princípio constitucional da ofensividade.

Considerando a interpretação a partir do caso concreto, ou mesmo de um caso abstrato, mas sempre com referência a um caso, é possível aferir se a ofensa ao bem jurídico foi, efetivamente, significativa ou, ao revés, patenteou-se sem importância, de pouca monta, pela observação da realidade fática ou dos elementos disponíveis da hipótese.

Óbvio que em alguns tipos, o homicídio por exemplo, é desnecessária uma investigação acerca da significância do fato. Além do que não cabe ao intérprete a seleção dos bens jurídicos tuteláveis. Assim, por exemplo, as lesões havidas com os delitos de menor potencial ofensivo – definidos pela Lei 9.099/95 – não são insignificantes, mas, é impossível afastar, neste caso, a interpretação dos fatos haurida pelo juiz e, exatamente, nessa interpretação, ele está autorizado a verificar se, concretamente, a lesão revelou-se ou não, bem aquém daquela prevista *in abstracto* pelo legislador. Um hematoma, v. g., pode ou não configurar lesão corporal leve (CP, art. 129). Para responder, num ou noutro sentido, é necessário investigar a sede e extensão dessa lesão (na face, em um dos dedos dos pés, extensa, minúscula, profunda, superficial etc). Conforme decidiu o então Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo em um caso de tentativa de furto:

O crime não tem apenas um modo de ser objetivo que o caracteriza, mas também um limite de suficiência, por qualidade e quantidade da empresa criminosa. Aquém desse limite qualitativo-quantitativo não há racional consistência de crime nem de justificação da pena.<sup>154</sup>

---

<sup>153</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 125 e 133-4.

<sup>154</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. Apelação Criminal n.º 262.549/Americana. Relator: Juiz Alberto Silva Franco. São Paulo, 09 de novembro de 1982, in LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 225.

Há, necessariamente, uma divergência proporcional entre o resultado insignificamente lesivo e a criminalização da conduta e é o juiz o aferidor dessa distância, face à imposição do princípio da ofensividade. A tipicidade, em caso tais, fica condicionada a essa investigação.

No Brasil, desde o início da década de 80 do século passado, existe jurisprudência sobre a insignificância<sup>155</sup>, e o Supremo Tribunal Federal acolheu o critério expressamente em 1988, pontificando a não existência de crime:

Acidente de trânsito. Lesão corporal. Inexpressividade da lesão.  
Princípio da insignificância. **Crime não configurado.**

Se a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito e de absoluta insignificância, como resulta dos elementos dos autos – e outra prova não seria possível fazer-se tempos depois – há de impedir-se que se instaure ação penal que a nada chegaria, inutilmente sobrecarregando-se as varas criminais, geralmente tão oneradas<sup>156</sup>. (Grifamos).

Existindo provas suficientes, o juiz sequer deve receber a denúncia quando houver o resultado insignificante. Nesse sentido, não só a própria lei processual (CPP, art. 43, I) é expressa, proibindo o recebimento se o “fato evidentemente não constituir crime”, como a jurisprudência já entendeu desta forma<sup>157</sup>.

---

<sup>155</sup> SÃO PAULO. TaCrim. Apel. 270.731, Rel. Adauto Suannes, 13.03.1983; TaCrim. Apel. 261.877, Rel. Nogueira Camargo, 08.11.1982; TaCrim. Apel. 274.977, Rel. Ricardo Andreucci. RIO GRANDE DO SUL. TARS. Apel. 293.031.233, Rel. Vlademir Giacomuzzi, 04.05.1993, in LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 228-283.

<sup>156</sup> BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. RHC n.º 66.869-1/PR. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Brasília, 06 de dezembro de 1988. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/>> Acesso em: 20 set. 2005.

<sup>157</sup> RIO GRANDE DO SUL. TARS. RES. 284023298, Rel. Celeste Vicente Rovani, 28.08.1984, in LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. São Paulo: RT, 1997, p.284-5.

Evidentemente que o critério da insignificância não pode surgir a partir de considerações isoladas, mas somente através dos fins perseguidos pelo ordenamento jurídico que encontra nos princípios suas matrizes difusoras, apontando-lhe um sentido e, com isso, uma direção para a própria norma em particular<sup>158</sup>.

#### **5.4. Ofensividade e controle da constitucionalidade**

A atuação judicial também deve levar a efeito a invalidação, por vício de incompatibilidade com a Constituição, de toda e qualquer norma incriminadora que revele, de logo, a impossibilidade de ofensa, nos termos aqui considerados, da conduta descrita no tipo.

O juiz está limitado, numa tal operação, a invalidar aquilo que o legislador não poderia, de nenhuma forma, criminalizar, consoante anotamos acima. Desta forma, a atuação judicial seria sempre obrigatória na invalidação de uma norma que erigisse a crime o homossexualismo, a prostituição, atitudes interiores, condutas que não extravasem o âmbito do próprio agente etc.

A vadiagem e mendicância, por exemplo, são contravenções penais que não foram recepcionadas pela nova ordem constitucional por maltratar o princípio da ofensividade. Com efeito, tanto em um como em outro caso a criminalização existe em razão de um estado existencial, uma opção de vida. Em ambos, por livre escolha, o agente decide não trabalhar. Tal decisão, para além de poder significar uma tendência contra a idolatria ao trabalho, definitivamente, não tem potencial de ofensa ao *alter* que justifique qualquer criminalização.

E o que dizer dos delitos de perigo? É lugar comum, nas sociedades modernas pós-industriais européias e da América e também de alguns países “emergentes” como o Brasil,

---

<sup>158</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de Derecho Penal – Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 1991, p. 475.

falar-se em riscos referentes a ofensas não delimitadas, globais, com afetação a múltiplos setores sociais<sup>159</sup>.

Em face da complexidade que, inegavelmente, tece as relações sociais nessas sociedades, e considerando que muitos dos resultados ofensivos se produzem a longo prazo e, de todo modo, em uma situação de incerteza sobre a relação causa-efeito, lança-se mão, de forma freqüente, do recurso aos tipos de perigo, com configuração cada vez mais abstrata (crimes de perigo presumido), fundamentado-os no princípio da precaução<sup>160</sup>.

Mas há ofensividade nos denominados delitos de perigo abstrato? Os delitos de perigo são aqueles em que a conduta do agente põe em risco de dano o bem jurídico tutelado pela norma; esse risco constitui, em si, o “desvalor da ação”. Dividem -se em crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato. A diferença, segundo muitos doutrinadores nacionais<sup>161</sup>, está em que, nos primeiros, a ofensa (perigo de dano) precisa de comprovação, enquanto, nos segundos, o perigo é inerente à conduta, considerada tão grave que a ofensa (perigo de dano) não necessita de demonstração empírica, vale dizer, não precisa ser provada, máxime pela importância conferida pelo legislador ao bem jurídico.

É possível que haja ofensa; no entanto, como não há exigência da prova do perigo sofrido pelo bem jurídico, nunca poderemos precisar. Deste modo, não há como sustentar a constitucionalidade destes delitos, a menos que se possibilite uma via interpretativa, permitindo ao agente ou/e à sua Defesa técnica fazer a prova de que não havia o perigo.

---

<sup>159</sup> Ver GIDDENS, Anthony, BECK, Ulrich & LASH, Scott. **Modernidade Reflexiva**. São Paulo: Unesp, 1997.

<sup>160</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 31.

<sup>161</sup> Ver PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: RT, 2000, p. 152. NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 108; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. I, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 13; JESUS, Damásio. **Direito Penal**, vol. I, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 167. Esse autor, todavia, mudou seu posicionamento em passagem sobre a “formulação típica nos crimes de perigo abstrato”, chegando a concluir que “não são admissíveis os crimes de perigo abstrato ou presumido em nossa legislação”. Vide **Crimes de Trânsito**, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 4-5.

Nesse sentido, a doutrina prevalente alemã, segundo Palazzo<sup>162</sup>, insistiu numa transformação substancial da categoria, sustentando, interpretativamente, em concreto, uma possibilidade de prova contrária de não-perigosidade, que não conseguiu, no entanto, bom acolhimento jurisprudencial. O mesmo autor, no seu estudo comparativo, informa que a doutrina italiana já propõe a formulação de um dispositivo genérico que, junto à enunciação da legalidade, seja capaz de eliminar a subsistência do crime quando o fato, ainda que se amolde ao tipo, revele-se concretamente inofensivo.

Mas a inversão do ônus da prova é possível em matéria penal? E, além, coaduna-se ela com a tipicidade material exigida pelo princípio da ofensividade? Parece-nos que não. O princípio da ofensividade obriga o juiz, no caso concreto, a averiguar se, necessariamente, era possível que a conduta praticada pelo agente pudesse causar lesão a um bem juridicamente protegido.

O juízo de perigo, adverte Muñoz Conde<sup>163</sup>, é sempre um juízo *ex ante*, emitido pelo juiz, situando-se no instante em que a ação se realizou. Para comprovar se a conduta perpetrada era perigosa para o bem jurídico, ou seja, que era provável que produzisse uma ofensa, é indispensável que o julgador conheça a situação de fato, na qual se realiza a conduta que está julgando (conhecimento ontológico) e, para além, tenha conhecimento acerca das leis da natureza e das regras de experiência, ‘pelas quais se possa deduzir que essa ação, realizada dessa forma e nessas circunstâncias, possa produzir geralmente a lesão de um bem jurídico (conhecimento nomológico)’.

Procedida essa investigação e verificando o julgador que o perigo não se concretizou, não há que se falar em crime, que exige, no mínimo, o risco de lesão concreto para os bens jurídicos protegidos, cuja demonstração, por imperativo dos princípios da inocência (CF, art. 5º, LVII) e da ampla defesa (CF, art. LV), fica a cargo da parte acusadora.

A simples desobediência à norma não pode ser criminalizada, máxime quando, utilizando os mesmos critérios do princípio da insignificância, aceito, como anotamos

---

<sup>162</sup> PALAZZO, Francesco. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 81-3.

<sup>163</sup> CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 87-8

acima, pela jurisprudência, verifica-se que a ação, embora desvalorada pelo legislador, não produziu, no caso examinado, nenhum perigo para o bem jurídico produzido. Se é verdade que o Direito Penal é descontínuo, só podendo ir até onde seja necessário para proteção do bem jurídico, a existência da tipicidade apresenta não só um caráter formal, mas também material.

Se nos albores de sua criação, a tipicidade era infensa a qualquer elemento subjetivo, passou, mais tarde, a conter o caráter indiciário da ilicitude e, mesmo num terceiro momento, a figurar como o fundamento real de validade da ilicitude<sup>164</sup>. Welzel, a par de sua importante contribuição, mas preocupado com a eticização do Direito Penal que restava então contaminado pela idéia de “tipo de autor”, destacou o conteúdo do querer do agente (“desvalor da conduta”) como fundamental para o tipo, o que gerou polêmica sobre a prioridade do “desvalor da conduta” e o “desvalor do resultado”<sup>165</sup>.

Atualmente, esta polêmica entre “desvalor da conduta” e “desvalor do resultado” resta superada em razão da necessidade de uma justificação material para o Direito Penal. Para que haja tipicidade, como já foi afirmado há pouco, é preciso que o fato, além de amoldar-se ao preceito primário (texto legal), acarrete lesão (dano ou perigo concreto de dano) significativa a um bem jurídico com dignidade constitucional<sup>166</sup>.

---

<sup>164</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 52-5.

<sup>165</sup> WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 75.

<sup>166</sup> Orienta-se, como já visto, pela tipicidade material ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**, Lisboa: Vega, 1993, p. 28-9. Do mesmo autor ver **Política Criminal y Sistema del Derecho Penal**. Trad. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972, p. 53 e s. Entre nós, seguindo a orientação perfilhada por Roxin, TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 133-4.

## Capítulo Sexto

### O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: IMPOSIÇÃO RESTRITIVA

*Sumário:* 6.1. Escorço histórico e definição da legalidade penal. 6.2. A compreensão do princípio no Estado Democrático de Direito. 6.3. Imposição restritiva ao legislador. 6.4. Legalidade penal e os limites do juiz.

#### 6.1. Escorço histórico e definição da legalidade penal

A doutrina não é concorde sobre as origens do princípio da legalidade, enxergando, alguns autores, sua progênie no direito romano, registrando Hungria<sup>167</sup> que, com o surgimento das *quaestiones perpetuae*, instituídas ao tempo de Silla, e a vigência da *ordo judiciorum publicorum*, a analogia foi vedada e os magistrados foram obrigados a observar a previsão legal anterior para os crimes e as penas a serem aplicadas quanto aos *crimina publica* em face das denominadas *leges Corneliae e Juliae*. Mommsen, no entanto, afirma que não ficou abolido o arbítrio do magistrado. Ainda naquele momento da história romana, ele poderia castigar fatos não fixados como delitos pela lei e fixar a medida da pena à sua faculdade<sup>168</sup>.

Há autores<sup>169</sup> que, fincados na diferenciação entre o Estado constitucional e o Estado absolutista, dizem que a origem do princípio deve-se ao fato histórico consignado

---

<sup>167</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. I, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 35-6 e MANZINI, Vincenzo. **Tratatto di Diritto Penale Italiano**, vol. I. Torino, 1961, p. 55.

<sup>168</sup> MOMMSEN, Teodoro. **El Derecho Penal Romano**. Trad. P. Dourado. Madrid: España Moderna, 1898, p. 59.

<sup>169</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Legalidade Penal**. São Paulo: RT, 1994, p. 17.

expressamente no artigo 39 da *Magna Charta Libertatum*<sup>170</sup>, imposta ao Rei João Sem Terra pelos barões ingleses, no ano de 1215.

Discorda Rosa Maria Cardoso da Cunha<sup>171</sup>, parece-nos que com razão. Para essa autora, a estrutura do Direito Romano, com possibilidade de linhas alternativas ou analógicas de solução, era incompatível com o princípio da legalidade e, ainda que se enxergue o gérmen deste no Direito Romano, ele teria valor e significado diversos, ante a dissimilitude com o nosso sistema. Com relação à Carta Inglesa, assegura que o direito feudal era avesso à idéia nuclear que inspira a regra da legalidade, ou seja, a idéia de uma justiça regular ou disciplinada. Ademais, o texto da Magna Carta era uma garantia formal de natureza processual endereçada apenas aos “homens livres”, conceito aplicado aos barões, condes, senhores feudais, sujeitos que podiam reclamar direitos. Entende a autora que o princípio, significando a racionalização do poder de punir, surgiu com a reforma da Justiça Penal européia, iniciada no século XVIII.

O princípio, pois, tem origem no plano político, como decorrência da preocupação liberal em impor limites ao *jus puniendi*, preservando o espaço dos indivíduos contra o poder do Leviatã. É que, como adverte Canotilho<sup>172</sup>, o Estado de direito liberal “constituía o instrumento da luta política da burguesia contra o Estado absolutista centralizador, contra os resquícios do Estado feudal, contra as sobrevivências estamentais”.

Nos países de família romano-germânica, o princípio passou a figurar nas constituições ditas liberais-democráticas. Hoje, encontra-se assente, de maneira sintética, no artigo 25/2 da Constituição italiana e no artigo 103/2 da Constituição Alemã, sendo descrito de maneira mais ampla nos artigos 25/1, 53/1, 9/3 e 81 da Constituição espanhola.

O princípio da legalidade traduz-se na reserva legal, na anterioridade da lei e na tipicidade fechada (taxatividade) e encontra abrigo expresso no artigo 5º, inciso XXXIX da Carta Constitucional Brasileira, sendo repetido na abertura do Código Penal, exatamente

---

<sup>170</sup> “Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado de seus bens ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.” (Tradução de MIRANDA, Jorge. **Constituição de Diversos Países**, vol. I. Lisboa: Imprensa Nacional, 1979, p. 335).

<sup>171</sup> **O Caráter Retórico do Princípio da Legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979, p. 30-2

<sup>172</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 352.

no seu artigo 1º, *verbis*: “não há crime sem lei (reserva legal) anterior (anterioridade) que o defina (taxatividade). Não há pena sem prévia cominação legal”.

Os consectários do princípio dizem respeito à necessidade de lei para a criação de crimes e, portanto, à proibição do estabelecimento de crimes pelos costumes, à vedação da analogia *in malam partem* e à exigência da tipicidade fechada, além da proibição da retroatividade *in pejus* da lei penal.

A abrangência do princípio inclui tanto a pena cominada pelo legislador, como a pena aplicada pelo juiz e a pena executada pela administração. Obviamente, amplia-se o princípio para as eufemísticas Medidas de Segurança que, se no rigor da técnica distinguem-se das penas em face de se embasarem na controvertida perigosidade do agente, na verdade, não deixam de ser espécie do gênero sanção penal<sup>173</sup>.

## **6.2. A compreensão do princípio no Estado Democrático de Direito**

O princípio da legalidade, no Estado Democrático de Direito, está, indissociavelmente, relacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana. Assevera Cláudio Brandão<sup>174</sup> que o conceito do princípio “estabelece que pela lei não somente se protege o homem das ações lesivas aos bens jurídicos, pela lei se protege o homem do próprio Direito Penal”. Por isso, na atualidade, o princípio tem como destinatário todo e qualquer cidadão, não se dirigindo apenas aos criminosos, até porque, face à garantia da presunção de inocência, ninguém pode ser considerado culpado senão após decisão condenatória definitiva.

A limitação imposta, hoje, pelo princípio, difere, substancialmente, daquela introduzida no liberalismo, de vertente formal e individualista. Não basta, apenas, o asseguramento da produção de normas mediante processos previamente fixados, o que pode

---

<sup>173</sup> VALEJO, Manuel Jaén. **Principios Constitucionales y Derecho Penal Moderno**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 22.

<sup>174</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal – Análise do Sistema Penal à luz do Princípio da Legalidade**. Rio de Janeiro: Forense, p. 41.

ocorrer, por exemplo, em Estados totalitários, para ‘justificar’ e ‘legitimar’ o uso do Direito Penal como um poderoso meio de controle social. É necessária a vinculação ao império da lei, mas como pressuposto da atuação do Estado sobre os bens jurídicos individuais e dos cidadãos, enquanto e como comunidade.

Por essa necessidade, o princípio da legalidade penal só pode ser compreendido, em toda sua dimensão, quando em cotejo com os princípios da dignidade humana, da humanidade, da intervenção mínima, da ofensividade e da culpabilidade. A realização de cada um deles, através das pautas legais produzidas pelo legislador e interpretadas pelo juiz, é fundamental ‘para que todos possam se conformar em um Direito Penal com os fundamentos **materiais** do Estado Democrático de Direito’<sup>175</sup>. (Grifamos).

Para García-Pablos de Molina<sup>176</sup>, o princípio cumpre uma decisiva função política que se manifesta, sintetizando os valores fundamentais do Estado de Direito, em primeiro lugar, como pressuposto para realização da Justiça Penal, uma vez que, sendo a lei, em tese, produto da vontade popular, os crimes e as penas previstos nas normas por ela transportadas contam com a ‘legitimação’ firmada no próprio consentimento dos destinatários. Em segundo lugar, em consonância com o próprio histórico do princípio, como garantia de um mínimo de certeza e segurança jurídica, em razão de que uma lei prévia, escrita e estrita, permite a todos conhecer e calcular seus comportamentos. Em terceiro, como satisfação do postulado da ‘autonomia’ dos indivíduos, na medida em que a lei expressa suas vontades – eles podem contribuir com a feitura de pautas através de seus representantes eleitos – e suas capacidades de atuar conforme a própria lei. Finalmente, como expressão de dois valores fundamentais de toda a ordem jurídica: a liberdade e a igualdade.

Já na sua dimensão formal, portanto, condizente não tanto ao conteúdo do poder punitivo, porém aos seus pressupostos e condições de exercício, o princípio tem, no Estado Democrático de Direito, um sentido que indica, a um só tempo, a fixação de limites à

---

<sup>175</sup> SANTOS, Lycurgo de Castro. O Princípio da Legalidade no Moderno Direito Penal, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 15, julho – setembro, São Paulo: RT, 1996, p. 188.

<sup>176</sup> MOLINA, García-Pablos de. **Derecho Penal – Introducción**. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho – Universidad Complutense, 2000, p. 323-4.

excessiva intervenção penal, garantias à liberdade individual, para além de um mínimo de segurança jurídica<sup>177</sup>.

As possibilidades de fixação desses limites fazem parte de um estudo dogmático, como veremos a seguir.

### 6.3. Imposição restritiva ao legislador

O princípio da legalidade opera como uma imposição restritiva ao legislador, atuando formalmente quando fixa regulações estruturais para o fabrico das normas penais, obrigando-o, via reserva legal, a valer-se do **processo legislativo** para criminalizar comportamentos. Somente a **lei**, portanto, em sua acepção mais estrita, pode criminalizar. Decretos, Portarias, Decretos-legislativos, Medidas Provisórias, estas últimas dotadas de força de lei, não podem, em razão de tal imposição, ter essa serventia.

No entanto, Portarias, Decretos e outros atos administrativos, por sua mais fácil elaboração e maior maleabilidade, têm servido de complemento para alguns tipos incriminadores, através da técnica denominada de lei penal em branco. Esta complementação heterogênea acaba, na prática, permitindo ao Executivo, de certo modo, definir a criminalização de determinadas condutas, o que coloca em xeque sua constitucionalidade.

Não é possível, contudo, deixar de reconhecer que a regulação jurídico-penal para alguns casos, como ordem econômica, saúde pública, relação de consumo etc, exige uma diligência normativa incessante e sujeita a constantes variações, que perderia sentido sem uma intervenção presta, diferente, portanto, do processo legislativo, sempre mais demorado. Também não podemos deixar de reconhecer que os atos administrativos são fontes do Direito Penal e, para além, estão limitados em face da demarcação existente no tipo que pede o complemento.

---

<sup>177</sup> SANTOS, Lycurgo de Castro. O Princípio da Legalidade no Moderno Direito Penal, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 15, julho – setembro, São Paulo: RT, 1996, p. 187.

Para a constitucionalidade desses casos, o princípio determina ao legislador que utilize com restrição essa técnica e quando o fizer estabeleça, com a maior adequação possível, as possibilidades de integração heterogênea, fixando, no texto legal predeterminado, a descrição do núcleo, ou núcleos essenciais da conduta<sup>178</sup>.

O princípio da legalidade veda, ademais, ao legislador a possibilidade de estender os efeitos da lei incriminadora a fatos anteriores à sua vigência (retroatividade). É que a exigência de lei para produção de crimes revela-se insuficiente, sem a garantia de que ela deve estar em plena vigência antes da prática do delito sancionado. A anterioridade é uma decorrência lógica da própria legalidade penal. O delito não deixa de ser uma criação artificial do Estado e só tem existência, e pode ser sancionado, quando em voga a lei criadora.

A mais pretensiosa imposição do princípio é a determinação taxativa (taxatividade), que consiste na exigência, imposta ao legislador, de precisão quanto às expressões utilizadas na feitura do texto da norma (preceito primário ou tipo), proibindo-o de empregar termos vagos, ambíguos e indeterminados, com a finalidade de limitar o espaço discricionário do juiz.

Sua elaboração científica mais aprofundada deve-se à doutrina tedesca que, tradicionalmente, afere as relações filosóficas e metodológicas nas relações entre o juiz e a lei. Seguindo a construção alemã, marcada pela sensibilidade constitucionalista, pode-se afirmar com Palazzo, que a determinação taxativa funciona como garantia diante do poder punitivo-judiciário, encarregada de firmar a exclusiva eticidade do direito, constituída da certeza jurídica e de operar, “qual pressuposto objetivo de cognoscibilidade da norma, uma valoração e responsabilidade do homem”<sup>179</sup>.

No entanto, vedação de palavras vagas, ambíguas e indefinidas torna-se, em termos absolutos, tarefa de difícil elaboração. Assim, pode-se objetar, com Rosa Maria Cardoso da Cunha, que a lei penal “reproduz significações ditadas por códigos lingüísticos e por

---

<sup>178</sup> CEREZO MIR, **Curso de Derecho Penal Español – Parte General**. Madrid: Tecnos, 1996, p. 156.

<sup>179</sup> PALAZZO, Francesco. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 49-50.

múltiplos processos de interação social”; os termos contidos na lei não são unívocos; mesmo que qualificadas como técnicas, as palavras da lei mantêm também imprecisões; o signo submete-se à gradual e incessante mudança em sua significação, frente ao tempo e determinada por forças sociais e históricas; o signo depende de sua correlação com a totalidade e outros signos. Por fim, pode-se ainda colocar a “dependência que a significação jurídica possui de termos que integram campos associativos ausentes em seu discurso”<sup>180</sup>.

Contudo, o princípio, nessa imposição, determina, em verdade, ao legislador o mínimo de imprecisão **possível**. Se no delineamento da conduta proibida não é exatamente factível uma descrição categórica, que a proposição seja menos obscura, que as ambigüidades sejam diminuídas, ou seja, estreite-se, o **quanto puder**, a margem discricionária do intérprete, a qual sempre estará presente, é inevitável, como sempre será necessária, é fundamental.

A determinação taxativa impõe ao legislador não precisões e exatidões, impossíveis para o ser humano, mas rigor de linguagem através dos instrumentos de técnica legislativa, postos, exatamente, para isso.

Na feitura do tipo, se não é possível exigir uma descrição casuística de cada conduta incriminada, não se pode admitir a utilização de cláusulas genéricas. A utilização dessas cláusulas não permite a percepção das diferenças materiais existentes entre os fatos regulados. O legislador está obrigado não só a “classificar as características diferenciais que são decisivas para circunscrever os tipos penais, senão também destacá-las com o emprego de conceitos específicos gerais”<sup>181</sup>.

Para além, a determinação taxativa obriga o legislador a estabelecer as margens máximas e mínimas da pena com proporcionalidade, evitando, de um lado, possibilidades de alargamento excessivo – não seria constitucional uma pena, em abstrato, com margem mínima de dois e máxima de trinta anos – de outro, impedindo a utilização das chamadas penas tarifadas, que retiram do magistrado a possibilidade individualizadora do tratamento.

---

<sup>180</sup> CUNHA, Rosa Maria Cardoso. **O Caráter Retórico do Princípio da Legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979, p. 95-105.

<sup>181</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**, vol. 1. Trad. Mir Puig e Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, p. 175

Ou seja, há um comando de equilíbrio na determinação que opera tanto proibindo a excessiva abertura, quanto vetando um excessivo estreitamento das possibilidades do juiz na aplicação da pena.

#### 6.4. Legalidade penal e os limites do juiz

A reserva legal impede, é certo, a criação de crimes e de penas, além das medidas de segurança sem lei prévia. Não é correto afirmar, entretanto, que a única fonte do Direito Penal é a lei formal, escrita. A univocidade de fonte restringe-se à incriminação de condutas, ou ao agravamento da situação do agente. O juiz, operando segundo a análise do caso concreto, pode se valer dos costumes, fonte mediata, para, por exemplo, descriminalizar uma conduta, sem que esteja com isso ferindo a legalidade penal.

Em geral, não se aceita uma função derogatória aos costumes (*desuetudo* penal); Hungria chega a afirmar que não há Direito Penal “vagando fora da lei escrita”<sup>182</sup>. No entanto, parte da doutrina tem, desde Welzel, admitido, conquanto restritivamente e como critério interpretativo, a adequação social da conduta<sup>183</sup>.

A adequação determina a atipicidade do comportamento que, apesar de formalmente típico, seja socialmente aceito ou adequado. Dois exemplos ilustram a questão. No jogo do bicho, ao menos com relação à figura do “apontador” (aquele que faz as apostas) e do apostador, tendo em conta a necessidade de emprego cada vez mais escasso, visto que o policial, a dona de casa, o comerciante etc, fazem suas apostas costumeiramente, considerando até que os resultados são divulgados nos meios de comunicação de massa, não há caracterização da contravenção penal (LCP, art. 58) em face da aceitação social da ampla maioria das pessoas. Também no caso do artista circense que atira facas contra uma pessoa, não há que se falar no delito de perigo para a vida ou a saúde de outrem (CP, art.

---

<sup>182</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. I, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 21.

<sup>183</sup> WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. trad. Juan Bustos Ramirez e Sérgio Yañez Péres. Santiago: Jurídica do Chile, 1970, p. 83.

132, caput). Há, aí, uma função derogatória dos costumes (*desuetudo* penal). O fato por ele praticado é típico; sua atividade não é regulamentada por lei, não se trata, pois, de exercício regular de direito; a vida e a incolumidade física são bens indisponíveis, não se podendo falar em consentimento do ofendido.

Ainda que para raros casos, de forma parcial e casuisticamente, não há como deixar de enxergar a inserção dos costumes<sup>184</sup>, também, como fonte do Direito Penal, mesmo que uma fonte mediata, secundária, mas fonte que gera, como anotado nos exemplos imediatamente anteriores, conseqüências importantes. O juiz, somente para casos como tais, pode fazer uso dos costumes, exclusivamente para beneficiar o réu. É o que ocorre com a analogia.

Alguns autores, no entanto, em homenagem aos valores constitucionais e até aos princípios de Direito Internacional, entendem correto o uso da analogia *in malam partem*<sup>185</sup>. Em que pese os argumentos favoráveis à utilização da analogia e a eloqüência de se dizer que nenhum fato que apresenta periculosidade deveria ser excluído do julgamento do judiciário, cremos que essa maneira de pensar reveste-se de um entusiasmo por uma sociedade que não existe.

As pretensões idílicas de uma coletividade são não encontram ressonância em nossa época. Vivemos em um mundo de complexidades, de indeterminação, do relativismo, de absolutização das diferenças, onde a balança da justiça já não tem apenas dois pratos, “antes digitaliza em termos reais interesses múltiplos e múltiplos interesses”<sup>186</sup>.

A criminalização sempre foi procedida segundo os interesses dos grupos assentes no poder, mesmo quando atende outros anseios, não encontra operacionalidade efetiva<sup>187</sup>. Desse modo, permitir a utilização da analogia *in pejus* é, de um lado, deixar os cidadãos

---

<sup>184</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 71.

<sup>185</sup> ANTUNES, Ruy da Costa. **Da Analogia no Direito Penal**. Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, no concurso para livre docente de Direito Penal, 1953.

<sup>186</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? In: GRAU Eros R. e GUERRA FILHO, Willis S. (Org.). **Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 114.

<sup>187</sup> Já se afirmou acima acerca da seletividade do Sistema Penal.

relegados a governos mais ou menos autoritários e ao beneplácito de interpretações bem mais ampla do Poder Judiciário e, de outro, saber que a analogia somente será efetivada para infrações que de fato são operacionalizadas (delitos contra o patrimônio privado em geral), nas quais o Sistema Penal, ainda que pouco, funciona, mas para as camadas menos favorecidas da população.

O juiz não pode prescindir do princípio da legalidade penal em nome das boas intenções, para, baseado na ordem de valores produzidos no texto da Constituição, criminalizar fatos que, embora não tipificados legalmente pelo legislador, sejam “substancialmente criminosos”<sup>188</sup>. Sob que perspectiva deve-se encarar esses fatos, à luz de que justiça e interpretação? Ora, se já existem imprecisões assente o princípio, o que dizer se retirado esse norte? O componente ideológico vai sempre existir na feitura de qualquer lei e, por certo, vingaria mais facilmente se fosse possível maior abertura, afinal, é melhor que o legislador ordinário e o juiz, auxiliados pelo trabalho doutrinário, exerçam um controle recíproco para revelar os valores constitucionais.

Afirma Hungria<sup>189</sup> que a licença para analogia levaria os juízes à hipertrofia funcional e acarretaria a subversão da própria noção de culpabilidade, que dificilmente pode existir “sem a consciência da violação do *dever jurídico*, ou possibilidade dessa consciência”.

Rosa Maria Cardoso da Cunha<sup>190</sup> diz, entretanto, que, na prática, os tribunais têm utilizado a analogia *in malam partem* ainda que veladamente, citando o caso de decisões que admitem os crimes de difamação e injúria contra a pessoa jurídica. A lei penal incrimina, nos artigos 139 e 140, a difamação praticada contra “**alguém**”, expressão que, segundo a autora, a doutrina tradicionalmente referiu à pessoa física.

Com relação à injúria, não procede, de há muito, o argumento, porquanto a jurisprudência contemporânea é uníssona quando afirma que a honra subjetiva, ou o juízo

---

<sup>188</sup> Ver a abordagem favorável a uma ‘legalidade material’, retirada dos valores constitucionais em CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre, Fabris, 1992, p. 58-61.

<sup>189</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. I, tomo I, Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 24.

<sup>190</sup> **O Caráter Retórico do Princípio da Legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979, p. 104.

que fazemos de nós próprios, só é inerente às pessoas físicas, logo, a pessoa jurídica não pode ser vítima do delito<sup>191</sup>, vez que lhe é impossível sentir-se injuriada.

Pertinente à difamação, ainda que não fosse razoável estender o conceito de **alguém** para uma pessoa jurídica, não enxergamos aí uma analogia, senão uma interpretação gramatical condizente, inclusive, com o termo, que significa pessoa, não especificamente pessoa física, mas pessoa. Ademais, a interpretação faz-se em cotejo com a efetiva possibilidade da pessoa jurídica ser lesada em virtude de dano em sua reputação, ou seja, na sua honra objetiva, naquilo que a coletividade pensa a seu respeito. E essa lesão – independente de defender-se ou não a criminalização (não defendemos) – pode acarretar sérios prejuízos para a pessoa jurídica, seus sócios, seus empregados etc. Impossível seria estender o homicídio – “matar **alguém**” - à “morte” da pessoa jurídica, tanto que esse exemplo nós não encontramos.

Ao juiz também é vedada a aplicação retroativa de regras penais *in pejus*. No caso da sucessão de leis penais no tempo, inclusive, deve o magistrado utilizar das disposições mais favoráveis de cada uma delas, aplicando-as ao caso concreto. Nessa hipótese excepcional, o juiz não está criando uma nova lei. Como duas ou mais regras, criadas pelo legislador, tocaram, no tempo, a infração, cabe ao magistrado, utilizando-as, definir o que de mais benéfico pode ser aplicado ao agente.

Por derradeiro, na aplicação da pena os limites do juiz ficam condicionados pelas margens máximas e mínimas, somente podendo ir além ou aquém em obediência aos comandos expressos das causas especiais de aumento e de diminuição. Na dosimetria, não obstante o espaço de arbítrio, faz-se necessária a fundamentação e o enquadramento legal para as elevações acima da pena mínima.

---

<sup>191</sup> “A pessoa jurídica pode ser sujeito passivo do crime de difamação, não, porém, de injúria ou calúnia. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. (STF – INQ 800 – RJ – T.P. – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 19.12.1994)”

## **Capítulo Sétimo**

### **CULPABILIDADE COMO IMPOSIÇÃO RESTRITIVA**

*Sumário:* 7.1. Os significados de culpabilidade em Direito Penal. 7.2. A culpabilidade normativa. 7.3. Fundamentos da culpabilidade no Estado Democrático de Direito. 7.4. As obrigações impostas pelo princípio ao legislador e ao juiz.

#### **7.1. Os significados de culpabilidade em Direito Penal**

A idéia de culpabilidade, como a de culpado, está, em sentido amplo, em Direito Penal, diretamente relacionada com o seu antônimo, vale dizer com a noção de inocência e de inocente. Essa concepção lata abrange, em verdade, tanto os conceitos político-criminais referentes ao princípio da culpabilidade, como as categorias dogmáticas da teoria jurídica do crime e mesmo os critérios de determinação da pena que, alfim, delimitam a quantidade da “culpa”.

O princípio da culpabilidade, visto por um conceito lato ou político-criminal, é responsável pelo expurgo de qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, chamada de objetiva ou transubjetiva. No entanto, quer dizer também, em uma concepção mais apurada e estrita (dogmática), exigência de que a pena não seja aplicada senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada causalmente a um resultado, seja-lhe reprovável<sup>192</sup> (censurável), e ainda significa elemento de medida da pena, a ser observado pelo juiz no caso concreto.

---

<sup>192</sup> BATISTA Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 103.

A palavra culpabilidade implica, em Direito Penal, logo, um tríplice significado<sup>193</sup>. O primeiro corresponde propriamente ao princípio da culpabilidade, o qual, configurando-se em imposição restritiva material, impede, como visto, a responsabilidade objetiva, exigindo mesmo, para que o fato seja típico, a responsabilização subjetiva do agente por dolo ou, no mínimo, culpa. Dolo ou culpa do agente e, portanto, **responsabilidade subjetiva**, são requisitos para a imputação, sem os quais não há de se falar em fato típico e por conseguinte em infração penal. Desse modo, os resultados imprevisíveis, fruto de atos reflexos, aqueles advindos do acaso e mesmo, para alguns, os que não incrementem o risco<sup>194</sup>, não poderão ser imputados a quem quer que seja.

O segundo significado corresponde à noção de culpabilidade como uma terceira categoria dogmática, ao lado da tipicidade e da ilicitude (injusto penal), cuja presença é fundamental para a existência do crime e para a aplicação de qualquer sanção penal. Esse conceito, assinala Muñoz Conde, “é entendido como reprovação que se faz a uma pessoa por ter podido atuar de modo distinto daquele como realmente atuou”<sup>195</sup>.

O derradeiro significado diz respeito à culpabilidade como medida da pena, funcionando como padrão para fixação das margens penais em certos marcos, servindo ao juiz, aliada a outros elementos, na individualização da pena daquele determinado autor, baseado na proporção de sua “culpa” determinada pelas provas.

Sintetizando, é possível afirmar que as irradiações da culpabilidade implicam que a aplicação da pena estará sempre condicionada à existência do dolo ou da culpa, à possibilidade de comportar-se de acordo com as exigências do ordenamento jurídico e à individualização, procedida, obrigatoriamente, pelo juiz no caso concreto. A aplicação de

---

<sup>193</sup> MOLINA, Antônio García-Pablos. **Derecho Penal – Introducción**. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho – Universidad Complutense, 2000, p. 390-7.

<sup>194</sup> ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 10, n.º 38, jan-mar 1994, p. 13. Para este autor um resultado causado pelo agente só preenche o tipo objetivo e deve ser imputado, conseqüentemente, como obra sua, somente quando seu comportamento cria um risco não permitido para o objeto da ação, quando o risco se realiza no caso concreto, e esse resultado se encontra dentro do alcance da norma

<sup>195</sup> CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Trad. Juarez Tavares e Luiz R. Prado, Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 126.

qualquer sanção penal depende, assim, da “culpa” do indivíduo. Mesmo para as pessoas jurídicas, questão que foge do marco antropológico deste trabalho, já se adotou, em França, país pertencente à família romano-germânica, o coeficiente subjetivo da culpabilidade, através do recurso da “responsabilidade por ricochete”, que tem como suporte uma conduta praticada culposamente por um ser humano<sup>196</sup>.

Não há como apartar cada uma dessas acepções de culpabilidade como elementos estanques, esquecidos um do outro, já que todos, embora tenham, cada um à sua maneira, funções particularizadas, relacionam-se de forma interdependente. É por isso que podemos concluir afirmando que o significado do princípio abrange, na atualidade, três diferentes níveis. O primeiro, verificação do dolo ou da culpa, opera como problema de tipicidade; o segundo, análise do juízo de censura, funciona como problema de **culpabilidade normativa** e o terceiro, individualização, diz respeito à avaliação da pena.

## 7.2. A culpabilidade normativa

A noção de culpabilidade como expurgo da responsabilidade objetiva, sem embargo das idéias cristãs sobre o livre-arbítrio e do conceito de *dolus malus* produzido pelos romanos, constituído de um elemento anímico-intencional<sup>197</sup>, foi, sem dúvida, expressão do liberalismo clássico enfiado com as concepções medievais fundadas em crenças e superstições.

A construção dogmática, portanto estritamente jurídico-penal, estabeleceu, com essa noção inicial, que a culpabilidade prendia-se, tão só, a um liame psíquico entre o agente e o fato tido por delituoso. O esquema proposto situava a causalidade no plano físico e a

---

<sup>196</sup> PRADO, Luiz Regis. **Crimes Contra o Ambiente**. São Paulo: RT, 2001, p. 38-9.

<sup>197</sup> MOMMSEN, Teodoro. **El Derecho Penal Romano**. Trad. P. Dourado, Madrid: España Moderna, 1898, p. 95-6. No Direito Romano o conceito de culpa e *dolus* não pertencia à legislação, senão à interpretação científica das leis, afirma Mommsen. As condenações eram possíveis ainda que não fosse demonstrada a culpabilidade (p. 102).

culpabilidade, entendida pelo conjunto de elementos puramente subjetivos, no psíquico. Desenhava-se, então, a primeira teoria da culpabilidade, chamada de teoria psicológica, admitida tanto pelos partidários da denominada Escola Penal Clássica, tendo à sua frente Carrara, como pelo racionalismo da chamada Escola Positiva<sup>198</sup> e pelo pensamento positivista sociológico, mormente por Franz Von Liszt<sup>199</sup>, por força das concepções mecanicistas da época.

A apuração da dogmática penal, no entanto, fez com que a doutrina percebesse a insuficiência da concepção psicológica para explicar determinados acontecimentos (v.g. a culpa inconsciente) e introduzisse, no conceito de culpa, um dado normativo, ou seja, um juízo de valor, a reprovabilidade do ato praticado. O dolo e a culpa, então espécies de culpabilidade, convertem-se em “elementos” dela, juntamente com a imputabilidade e a exigibilidade de comportamento diverso, segundo a formulação iniciada por Frank<sup>200</sup> e ultimada por Mezger<sup>201</sup>, conhecida por teoria normativa, ou teoria complexa da culpabilidade.

Contudo, permaneceu, no mosaico do dolo, a consciência da ilicitude. A teoria complexa ainda incluía o liame psíquico no conceito de culpabilidade como um dado essencial, pelo menos no dolo. Dohna, decisivamente, empreendeu esforços para a percepção de que, no juízo de culpabilidade, do mesmo modo que na constatação da ilicitude, nos achamos ante o resultado de uma valoração. Assim, apartou a valoração (reprovabilidade) e seu objeto (dolo), reduzindo o conceito de culpabilidade à valoração do objeto<sup>202</sup>. Seus passos foram seguidos pela doutrina da ação finalista (conhecida entre nós

---

<sup>198</sup> VELO, Joe Tennyson . **O juízo de censura penal – o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências**. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 27.

<sup>199</sup> LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal**. Trad. José Higinio D. Pereira. Campinas: Russel, 2003, p. 259-60.

<sup>200</sup> WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Pérez. Santiago: Juridica de Chile, 1970, p. 168.

<sup>201</sup> MEZGER, Edmund. **La Culpabilidad en el Moderno Derecho Penal**. Valladolid: Univ. de Valladolid, 1956.

<sup>202</sup> WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal – Uma introdução à doutrina da ação finalista**. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 91.

por teoria finalista da ação), havendo Welzel posicionado o dolo, que naquele autor havia ficado sem posição, no tipo (subjeto), “como uma espécie da vontade final da ação”<sup>203</sup>.

Ao estruturar os elementos técnico-dogmáticos da infração penal, ajustando a posição do dolo e da culpa, Welzel retirou do conteúdo do primeiro a consciência do ilícito, consciência que, na sua versão, integra a culpabilidade, todavia como consciência **potencial**. Só a partir de tal construção é que se pôde falar de uma teoria propriamente normativa, ou normativa pura da culpabilidade<sup>204</sup>.

Esta teoria tem como elementos a capacidade de imputabilidade, a possibilidade de compreensão do injusto e a inexigibilidade de conduta conforme o direito<sup>205</sup>.

### **7.3. Fundamentos da culpabilidade no Estado Democrático de Direito**

O objeto do juízo de culpabilidade, ainda nos dias atuais, é motivo para problematização doutrinária e responsável por uma profusão de idéias que desembocam ora no engenho de algumas construções intelectuais<sup>206</sup>, ora em formulações metafísicas voltadas, de um lado, às teses deterministas, que negam a própria culpabilidade, do outro, às proposições acerca do livre-arbítrio e da autodeterminação do ser humano, que a admite.

---

<sup>203</sup> WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal – Uma introdução à doutrina da ação finalista**. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 91.

<sup>204</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal - Parte General**, 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1991, p. 515-6.

<sup>205</sup> WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Pérez, Santiago: Juridica de Chile, 1970, p. 181, 186 e 210.

<sup>206</sup> Vide BETTIOL, Giuseppe. **O problema penal**. Coimbra: Coimbra editora, 1967; REALE JR., Miguel. **Teoria do Delito**. São Paulo: RT, 1998 e Concepção Existencial de Bettiol, in **Ciência Penal 2**, São Paulo: Bushatsky, 1974, p. 225-233. DIAS, Figueiredo. **Liberdade, culpa, Direito Penal**. 3. ed., Coimbra: Coimbra editora, 1995. Do mesmo autor: **O problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal**. 5. ed., Coimbra: Coimbra editora, 2000 e ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Vega, 1993.

Em ambas as formulações, porém, há uma paradoxal convergência, manifestada ao menos na nossa época, que aponta para a periculosidade ou a perversidade do agente<sup>207</sup>.

Parece não mais ser possível qualquer orientação determinista, enfraquecida mesmo nas ciências ditas naturais de onde procederam. Com efeito, as formulações dessas ciências assentam-se, na atualidade, não mais em certezas deterministas, todavia sobre possibilidades<sup>208</sup>. O mundo, consoante Heisenberg, nos aparece agora “como um complicado tecido de eventos, no qual conexões de diferentes tipos se alternam, se sobrepõem ou se combinam e, por meio disso, determinam a textura do todo”<sup>209</sup>.

No Estado Democrático de Direito, as concepções deterministas não se coadunam com as idéias de Estado, de Democracia e do próprio Direito que radicam, exatamente, numa margem, mínima que seja, de liberdade de decisão que o indivíduo possui. Nesse tipo de Estado, também não há lugar para reprovação da essência do ser humano. A tônica sobre o **autor** torna-se, a um só tempo, autoritária e ilógica. Em uma coletividade plural, com interesses em conflito, não há como exigir modelo de personalidade, senão respeito às diferenças. Definitivamente, não é possível julgar o ser humano pelo que é, senão, e tão somente, **pelo que ele faz**. Cada um de nós é um universo, cada ser humano é único, com seus padrões, sua forma de vida, suas tendências. A complexidade tece todas essas considerações.

O juízo de culpabilidade recai sobre o atuar ou o omitir, vale dizer sobre a conduta do sujeito ativo proibida pela norma, considerada sempre como **possibilidade** de ser cometida ou ser omitida em face da margem de liberdade que aquele possui. Essa alternativa, possibilidade de perpetrar ou não a conduta, deve ser sempre considerada como

---

<sup>207</sup> FERRAJOLI, Luigi, **Derecho y Razón– teoría del garantismo penal**. Trad. Perfecto Ibáñez, Ruiz Miguel, Mahino, Basoco e Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 494.

<sup>208</sup> PRIGOGINE, Ilya. **O Fim das Certezas – Tempo, Caos e as Leis da Natureza**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 1996, p. 12 e 31.

<sup>209</sup> Apud CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida**. Trad. Newton Eicheberg. São Paulo: Cultrix, 2001, p. 41-2.

deontológica, nunca como ontológica ou referida à estrutura ôntica do mundo, senão à deôntica das normas<sup>210</sup>.

De uma tal concepção derivam, segundo Ferrajoli, duas conseqüências. A primeira diz respeito aos elementos objetivos e subjetivos do delito, os quais devem ser percebidos de forma logicamente conexa. A ligação entre tais elementos radica no fato de que a culpabilidade – consistente numa modalidade deôntica com conotações psicológicas – “é uma qualificação jurídica da ação e não de seu autor”<sup>211</sup>.

A segunda conseqüência tem-se por vinculada à primeira e diz respeito às causas de exclusão da culpabilidade. Se a culpabilidade de uma determinada conduta supõe a probabilidade *ex ante* da sua não realização, ela (a culpabilidade) estará excluída sempre quando tal probabilidade não for possível ao autor, o que pode ser constatado empiricamente, através das provas sobre o atuar e o querer e não sobre o ser do agente<sup>212</sup>.

Essa, parece-nos, é uma das traduções, em noção dogmática, do princípio *nulla poena sine culpa*, fundado, consoante o *jus poenale* brasileiro, na aceitação de que o ser humano é um ente capaz de se autodeterminar<sup>213</sup>.

O princípio da culpabilidade, assim, para além da descrição, embora com parcimônia, no artigo 18 do Código Penal brasileiro, em combinação com seu parágrafo único, e de sua compatibilidade e coerência com os demais princípios expressos na Constituição, está assente explicitamente, agora de modo abrangente, na Carta Constitucional, precisamente no art. 5º, inciso LVII. Ademais, seus dois consectários também estão consignados na Constituição. O primeiro diz respeito à intranscendência, ou seja, ao fato de que a responsabilidade penal é sempre pessoal, não podendo passar da pessoa do agente, achando-se inserto no art. 5º, item XLV. O segundo trata da individualização da pena, significando a obrigatoriedade de que a sanção imposta considere, especificamente, aquela determinada pessoa condenada, encontrando positivamente no art. 5º, item XLVI.

---

<sup>210</sup> FERRAJOLI, Luigi, **Derecho y Razón– teoría del garantismo penal**. Trad. Perfecto Ibáñez, Ruiz Miguel, Mahino, Basoco e Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 499.

<sup>211</sup> Idem, ibidem.

<sup>212</sup> Idem, p. 500.

<sup>213</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: RT, 1997, p. 609.

#### **7.4. As obrigações impostas pelo princípio ao legislador e ao juiz**

O princípio da culpabilidade determina ao legislador, consoante seus significados e decorrência anotados antes, a impossibilidade de construção do tipo incriminador apenas pela produção de um resultado, qualquer resultado, ainda que seja aquele que sirva para qualificar o delito. Bem assim, o impossibilita para a criação de qualquer norma de extensão da responsabilidade penal para pessoa, ou pessoas, físicas, que não tenham agido com dolo ou culpa. Igualmente, na feitura das sanções, o legislador não poderá criar obstáculos para a necessária individualização da pena, quer quanto à fase de aplicação pelo juiz, quer quanto à fase de execução.

Pertinente à hipótese de extensão da responsabilidade penal, em países como o nosso, cuja população carcerária é constituída basicamente por pobres, o legislador instituiu o amparo aos familiares do preso através do serviço social do Estado (art. 22, XVI da Lei 7.210 de 11.07.1984) e do auxílio-reclusão. Entretanto, este último benefício, previsto no art. 116 e seguintes do Decreto 3.048, de 06 de Maio de 1999, não pode ficar restrito aos segurados da previdência, máxime considerando o grande número de trabalhadores informais que há no Brasil. Para a sua concessão, bastaria ao interessado provar que, com a sua prisão, seus dependentes econômicos, que não estavam aptos para o trabalho, perderam as condições básicas de sobrevivência e ele não tem meios para os manter.

Parece-nos que, aqui, há omissão legislativa ordinária sobre direito constitucional do indivíduo, carecendo o legislador editar norma nesse sentido para evitar a transcendência da sanção penal. O manejo do mandado de injunção é possível, embora esta garantia não tenha tido, por paradoxal que seja, a devida regulamentação.

Com relação à individualização ou personalidade da pena, questiona-se, entre nós, a edição da chamada Lei dos Crimes Hediondos, a Lei 8.072 de 25.07.1990, que previu no seu artigo 2º, § 1º a vedação da progressão no regime. O corolário da individualização obriga, ao nosso ver, a progressão referida, como consectário lógico da caracterização e desenvolvimento pessoal de cada ser humano. Demais, é um contra-senso admitir-se que o acusado cumpra dois terços da privação de liberdade e, em seguida, passe ao livramento condicional, quando se sabe ser este a quarta e última etapa da progressão, ferindo o

próprio sistema que prevê, antes, o regime semi-aberto e o aberto, embasado na possibilidade de sua “recuperação social”. Em várias decisões condenatórias, no 2º Tribunal do Júri de Maceió-Al, tivemos oportunidade de declarar a inconstitucionalidade do dispositivo em espeque. O próprio Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus n.º 82959/SP<sup>214</sup>, está enfrentando mais uma vez o problema. O ministro relator, Marco Aurélio, seguido de três de seus pares, já tomou posição pela inconstitucionalidade.

As irradiações do princípio da culpabilidade limitam, ademais, as possibilidades interpretativas do juiz criminal. Com efeito, o dolo e a culpa não podem ser presumidos, carecendo de demonstração através das provas produzidas na instrução e da argumentação fundamentada e vinculada do magistrado.

O princípio obriga, ainda, o juiz, na aplicação da pena, a medir a culpabilidade do condenado segundo as condições educacionais, econômicas e de trabalho que lhe foram ofertadas pelo Estado e pela sociedade, não tanto pelo seu estado de penúria<sup>215</sup>. Trata-se da verificação da co-culpabilidade, a qual deve ser entendida, entre nós, como circunstância judicial<sup>216</sup>, abrangida que está pela circunstância da culpabilidade, prevista no artigo 59 do Código Penal, entendida aqui como medida da maior ou menor possibilidade de evitar a prática do crime, não mais com as fórmulas de intensidade do dolo ou grau da culpa.

Na co-culpabilidade, o juiz investiga, em primeiro lugar, se o Estado e a sociedade ofereceram possibilidades educacionais, econômicas e de trabalho básicas, para depois pesquisar de que modo foram oferecidas. Se não ofertou tais possibilidades ou, embora ofertando-as não o fez de modo devido, o Estado e a sociedade são responsabilizados por uma tal carência e o juiz, considerando este fato, deve reprovar o condenado com menos

---

<sup>214</sup> BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 82959/SP. Impetrante: Oseas de Campos. Paciente: Oseas de Campos. Coatores: Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Brasília, 13 de dezembro de 2004. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em 28 set. 2005.

<sup>215</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina** (Informe Final), Coord. Eugenio R. Zaffaroni, Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 59-60.

<sup>216</sup> Alguns textos latino-americanos a reconhecem como atenuante. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina** (Informe Final), Coord. Eugenio R. Zaffaroni, Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 59-60.

intensidade do que reprovava as pessoas às quais foram oferecidas, de modo devido, aquelas condições.

Ademais, se o princípio da ofensividade proíbe a criminalização de atitudes interiores, a culpabilidade obriga o juiz a desconsiderar a personalidade do condenado para aumento das margens penais, havendo, nesse aspecto, inconstitucionalidade parcial do artigo 59 do Código Penal que a considera como circunstância judicial.

Em geral, quando os juízes e tribunais apreciam a personalidade, expressam-se com fórmulas vazias (v.g. “personalidade voltada para o crime”, “caráter mal formado” “altamente periculoso”). Ainda que o juiz dispusesse de uma enorme gama de elementos contidos nos autos, ou um informe psicológico, o que é raro, e mesmo que tivesse uma sólida formação em psicologia, não poderia apreciar os aspectos pertinentes ao ser do condenado. Várias seriam as objeções. Sob qual parâmetro medir-se-ia a personalidade do agente, seu ser? Sob o parâmetro do “homem médio” ou mediante a capacidade de adaptação? Mas o que é o “homem médio”, em uma coletividade díspar, marcada, exatamente, por interesses conflitantes e como medir as possibilidades de adaptação, se as condições oferecidas são desiguais? Afinal, qual o ser humano pretendido pelo Estado e que condições ofertou o Estado a esse ser humano para exigir dele ser desta ou daquela forma, se é que pode exigir? Quem ou que grupos e interesses estão por trás da “vontade” do Estado? Como ter determinadas expectativas nesse admirável mundo novo, quando não se sabe até se a vontade é “livre” ou fruto da aguda penetração da mídia? Como pretender conhecer alguém se não conhecemos a nós próprios? E ainda que conhecêssemos as pessoas, poderíamos julgá-las pelo que são? Definitivamente não é possível julgar ninguém pelo que é.

Também em consonância com o princípio e ainda na aplicação da pena, o juiz somente pode avaliar como maus antecedentes, outra circunstância do artigo 59, aquelas condenações definitivas por fatos anteriores do condenado não reincidente. Não se coaduna com o Direito Penal da culpa a utilização da circunstância para aumentar a pena de quem foi investigado pela polícia, foi preso ou está sendo processado, mas não houve o trânsito em julgado da decisão.

## Capítulo Oitavo

### O PRINCÍPIO DA HUMANIDADE COMO IMPOSIÇÃO RESTRITIVA

*Sumário:* 8.1. Pessoa humana e pena. 8.2 A proporcionalidade e o princípio constitucional da humanidade. 8.3. Imposição ao legislador e ao juiz.

#### 8.1. Pessoa humana e pena

O princípio da humanidade, concebido como imposição restritiva, é, aqui, vinculado ao fundamento de que a pena deve sempre considerar a característica de que todo condenado é humano, não podendo ser estabelecida nenhuma sanção visando sofrimento em demasia a ele, pois o Direito não pode desconhecê-lo como pessoa humana. Implica, assim, numa concepção livre das sanções que, por seu conteúdo (v.g. natureza, duração) ou condições de execução, maltratem a dignidade do ser humano.

Ser pessoa é um atributo que não têm os seres irracionais<sup>217</sup>, não obstante haver posições favoráveis à dignidade de alguns animais, levando em consideração que é a “senciência”, o sentir o prazer e a dor, representando -os, e não a razão que deveria conferir dignidade aos seres<sup>218</sup>.

Há quem sustente que o ser humano e suas características únicas e fundamentais – liberdade, dignidade, fim próprio – são, na verdade, anteriores e superiores ao Direito, que, com o Estado, constituem simples meios quando se consideram em relação aos valores supremos da pessoa<sup>219</sup>. Em um aporte antropocêntrico, Kant afirma que homem é o único ser que não pode ser considerado meio para qualquer fim, porque ele é um fim em si

---

<sup>217</sup>PÉREZ, Jesús González. **La Dignidad de la Persona**. Madrid: Civitas, 1986, p.24.

<sup>218</sup>SINGER, Peter. **Vida Ética**. Trad. Alice Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 54-69.

<sup>219</sup>XIFRA HERAS, Jorge. **Curso de Derecho Constitucional**. Barcelona: Bosch, 1957, p. 338-9.

mesmo<sup>220</sup>. Desse modo o condenado não pode ser tratado como “meio” ou coisa, senão como um “fim” ou pessoa. O valor da pessoa humana implica, assim, uma limitação fundamental e perene da constituição e quantificação de toda e qualquer pena, independente das razões utilitárias ou quaisquer outras que venham a surgir.

As emoções, inseparáveis do crime, não podem fazer perder de vista que as sanções, por mais duras que sejam, à luz de tantas pesquisas já realizadas, contribuem pouco para a redução da criminalidade e, definitivamente, não são instrumentos de ensino. Isso não implica deixar de lado a responsabilização do delinqüente, tampouco que o cumprimento da pena, especialmente as penas privativas de liberdade, se dê sem dano, sem dor, sem angústia, o que seria utópico<sup>221</sup>.

Contudo, os comandos do princípio são barreiras intransponíveis em um Estado Democrático de Direito. Penalizar é possível, todavia não se pode fazer da pena a violência contra a violência, mesmo porque a história revela que a violência das penas sempre foi mais ignominiosa para a humanidade que a história da violência dos crimes. Enquanto no delito a violência costuma ser ocasional e, às vezes, impulsiva e necessária, a violência da sanção é programada, consciente, organizada por muitos contra um<sup>222</sup>. Se não é tolerável a vingança privada, porque seria a vingança pública?<sup>223</sup>

## 8.2 A proporcionalidade e o princípio constitucional da humanidade

O princípio da proporcionalidade relaciona-se com todos os princípios constitucionais penais, já dissemos assim de outro modo e em outras passagens. Especificamente com o princípio da humanidade, como aqui considerado, guarda estreita relação, pois é pertinente ao equilíbrio entre a salvaguarda da coexistência, dos direitos fundamentais, dos direitos

---

<sup>220</sup>KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Trad. Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1992, p. 78.

<sup>221</sup>JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**, vol. I. Barcelona: Bosch, 1981, p. 36.

<sup>222</sup>FERRAJOLI, Luigi, **Derecho y Razón- teoría del garantismo penal**. Trad. Perfecto Ibáñez, Ruiz Miguel, Mahino, Basoco e Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 385 e 386.

<sup>223</sup>LINS E SILVA, Evandro. Pena de Morte, in **Pena de Morte**, Rio de Janeiro: Destaque, s/d, p. 15

econômicos e sociais e dos direitos individuais, especialmente a vida, liberdade e incolumidade fisiopsíquica do agente condenado pelo Estado.

Sem embargo de ter expressão como limite do poder estatal no século XVIII<sup>224</sup>, a proporcionalidade, pode-se dizer, remonta a uma concepção jusnaturalista de que a pena deveria igualar-se ao crime praticado, consistindo em um mal de igual intensidade e natureza. Trata-se aqui, especificamente, do talião, conceito já conhecido pelas culturas distantes (v.g. babilônicos<sup>225</sup>, hebreus<sup>226</sup> etc) e entre os romanos<sup>227</sup>, que embora viesse a servir como limitação para as sanções, acabou por pretender justificar, com bases retributivas, as penas corporais e capitais correspondentes à natureza do delito<sup>228</sup>.

Atualmente, o princípio, entendido como proporcionalidade das penas, expressa uma garantia ao direito individual dos agentes criminosos e, embora encontre abrigo implícito na Constituição, não existem diretrizes precisas sobre o seu conteúdo, carecendo, portanto, de reflexões axiológicas e jurídicas conectadas ao nosso contexto cultural para concretizar-se<sup>229</sup>. Uma dessas reflexões, levadas a cabo por Silva Sánchez<sup>230</sup>, retira o significado do princípio do seu conflito com a lógica da prevenção. Se a necessidade de prevenção conduzir a sanções superiores ao que determinar o valor da proporcionalidade, tem lugar o princípio, o que não se cogita quando aquela mesma necessidade conduz a sanções

---

<sup>224</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 382.

<sup>225</sup> No Código de Hammurabi lê-se no artigo 196: ‘Se um homem destruiu o olho de outro homem, destruirão o seu olho’; e no artigo 200: ‘Se um homem arrancou o dente de um outro homem livre igual a ele, arrancarão o seu dente’. O talião veio a ser conhecido assim pela expressão popularizada ‘olho por olho, dente por dente’. VIEIRA, Jair Lot. **Código de Hamurabi – Código de Manu – Lei das XII Tábuas**. Bauru: Edipro, 2000, p. 35-6.

<sup>226</sup> Na Bíblia, em Êxodo (21, 23-25), está escrito: ‘...pagarás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão...’ **Bíblia Sagrada**, 45. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 103.

<sup>227</sup> Na Lei das XII tábuas existem preceitos similares na Tábua VIII, 2 e 24. VIEIRA, Jair Lot. **Código de Hamurabi – Código de Manu – Lei das XII Tábuas**. Bauru: Edipro, 2000, p. 155-7.

<sup>228</sup> FERRAJOLI, Luigi, **Derecho y Razón– teoría del garantismo penal**. Trad. Perfecto Ibáñez, Ruiz Miguel, Mahino, Basoco e Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 388.

<sup>229</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva, **Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992, p. 259.

<sup>230</sup> Idem, *ibidem*.

inferiores. De modo algum, no entanto, poder-se-ia punir, igualmente, infrações graves e menos graves, o que implicaria no maltrato ao princípio da igualdade, num desordenamento dos esquemas valorativos dos cidadãos e da coletividade e numa quebra da lógica dissuasória da pena<sup>231</sup>.

Na verdade, por meio do princípio, estabelece-se a necessária conexão entre as finalidades do Direito Penal com o fato praticado pelo agente criminoso, não se admitindo a fixação de prescrições penais (proporcionalidade abstrata) ou a aplicação de penas (proporcionalidade concreta) que não tenham relação valorativa com o fato, visto na integralidade de seus aspectos<sup>232</sup>. Esse é seu significado global, porém insuficiente no Estado Democrático de Direito para limitação das sanções penais.

Daí a importância de um princípio com mais especificidade em relação à cominação, aplicação e execução das penas. O princípio constitucional penal da humanidade, para além de ratificar e corrigir os resultados de uma aritmética penal talionária, dissociando-se, mesmo, da dicotomia entre qualidade da pena e qualidade do crime, supera e transcende a própria idéia de proporcionalidade, porquanto não só leva em conta o afastamento de determinadas penas e conseqüências jurídicas desumanas, mas também compreende o processo penal, a execução penal e, antes disto, a própria política criminal<sup>233</sup>.

O princípio da humanidade é marcado, em seu histórico, pela progressiva racionalização do Direito Penal e mesmo da evolução dogmática que este tem experimentado até a atualidade, sem embargos da ausência de linearidade histórica que demonstra as possibilidades de retrocessos, como o que ocorreu com a experiência totalitária nazista.

Como outros princípios constitucionais penais, sua consagração deve-se às idéias iluministas que dominaram o século XVII e XVIII, quer como a proclamação de direitos

---

<sup>231</sup> MOLINA, García-Pablos. **Derecho Penal – Introducción**. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho – Universidad Complutense, 2000, p. 402.

<sup>232</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva, **Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992, p. 260.

<sup>233</sup> MOLINA, García-Pablos. **Derecho Penal – Introducción**. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho – Universidad Complutense, 2000, p. 406.

inerentes à condição humana, quer como a fixação de regras firmadas no contrato social que limitavam o poder do Estado.

No ordenamento jurídico pátrio, o princípio da humanidade, embora decorra diretamente do princípio da dignidade humana (CF, art. 1º, III), é expresso, categoricamente, no art. 5º, III do texto constitucional. Os incisos XLVII, principalmente, e os incisos XLVIII, XLIX e L disciplinam suas principais funções, limitando tanto o legislador ordinário, no processo de cominação das penas, como o juiz criminal e a administração, na aplicação e execução das penas.

### **8.3. Imposição ao legislador e ao juiz.**

A humanidade, como princípio constitucional penal, impõe ao legislador um limite restritivo na feitura das sanções penais, fixado na proibição de cominações desumanas. Conforme o artigo 5º, inciso III, da Carta Constitucional, ninguém pode ser submetido a tratamento desumano ou degradante, portanto, não pode haver cominações nesse sentido.

Especificando, a própria Carta Federal proíbe a prescrição da “pena de morte”, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e, utilizando uma fórmula geral, veda a possibilidade de cominação de penas cruéis.

Pertinente à “pena de morte”, a primeira objeção que se pode fazer diz respeito à terminologia adotada, a qual encerra, de logo, uma incompatibilidade entre o conceito de pena e o conceito de morte. É que faz-se necessário o ser humano vivo para o cumprimento de uma pena. Se todos estamos destinados à morte, como afirmou Heidegger<sup>234</sup>, a “pena de morte” equivale à antecipação de algo futuro e certo. No dizer de Reale<sup>235</sup>: “à morte não pode ser matéria de pena, pois elimina, no ato da sua aplicação, aquele mesmo a quem ela se destina”. O ser humano tem o direito de viver a sua morte, não podendo o Estado, independente de sua culpabilidade ou de qualquer outro pretexto, retirar dele esse direito.

---

<sup>234</sup> Apud REALE, Miguel. Pena de Morte e Mistério, in **O Direito Como Experiência**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 282-3.

<sup>235</sup> Idem, p. 284.

Vários outros argumentos poderiam ser colacionados contra a pena capital. Poderíamos referir a sua pouca influência dissuasória, sua incapacidade para diminuição da criminalidade, a falta de legitimidade do Estado para impô-la, as possibilidades de erros judiciais, já tão bem lembrado por Patrocínio<sup>236</sup>, fortalecidas, inclusive, pelas próprias dúvidas lançadas contra os elementos levantados por este autor.

A pena capital vem sendo abolida dos códigos penais de todos os países do mundo, a Bélgica e o México foram os mais recentes a ingressar a lista dos abolicionistas. Não obstante, segundo a Anistia Internacional<sup>237</sup>, sua aplicação triplicou em 2003 e 2004, sendo que quatro países, China, Estados Unidos, Irã e Vietnã, concentraram noventa e sete por cento (97%) das execuções.

A abertura de exceção feita pela Carta Constitucional para o caso de guerra, desde que declarada pelo Presidente da República com a aprovação ou o referendo do Congresso Nacional, limita-se, exclusivamente, a certos crimes militares em tempo de guerra, assim previstos no Livro II, do Código Penal Militar (Decreto-Lei 1.001 de 21.10.1969), sendo essa, parece-nos, a única interpretação consentânea com o texto constitucional.

O legislador não poderá prescrever penas perpétuas. Sua não admissibilidade sustenta-se no fato do seu caráter de *definitividade* e, com isso, de eliminação da esperança, o que contraria o senso de humanidade. Demais, nosso sistema está voltado para a “reconstrução moral” do indivíduo com vista à sua “ressocialização”.

O mesmo argumento pode ser utilizado para a proibição de prescrição do banimento, pena abolida desde a Constituição de 1891 (art. 72, § 20 e 21) e que sempre produziu a inibição perpétua de habitar o território nacional, ao contrário do degredo e do desterro, este último, com nova roupagem, aparece, hoje, como “*exílio local*”, pena alternativa prevista nas regras mínimas das Nações Unidas (*The Tokio Rules*) sobre as medidas não privativas de liberdade, consistente na obrigação de se afastar de certos locais por determinado tempo.

---

<sup>236</sup> PATROCÍNIO, José do. **Motta Coqueiro ou a pena de morte**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1977.

<sup>237</sup> APLICAÇÃO da pena de morte triplicou em 2004. **La Vanguardia**. Barcelona. 10.10.2005. Disponível em: < <http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/lavanguardia/2005/10/12/ult2684u137.jhtm>> Acesso em 10.10.2005.

Por derradeiro, é proibido ao legislador, por força do princípio, preceituar penas de trabalhos forçados e cruéis. As penas de trabalhos forçados, como as cruéis, são sanções similares, pois têm por fim o intenso sofrimento físico ou/e psicológico do condenado.

Não é possível confundir, no entanto, a obrigação de trabalhar, prevista na Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210, de 11/07/1984, art. 39), com penas de trabalhos forçados. A primeira é um dever de todo e qualquer detento, com finalidades pedagógicas e sentido ético que apontam para a dignidade do preso, consistente numa jornada diária de seis (06) a oito (08) horas, com descansos necessários e remuneração devida. A segunda é um modo de punição, de natureza aflitiva e que intenta o padecimento corporal e psicológico do indivíduo.

Por penas cruéis não se deve conceber somente aquelas relacionadas no inventário histórico do Direito Penal, tais quais o afogamento, a asfixia na lama, a roda, a grelha, o empalamento, a fogueira, entre outras que a imaginação humana levou a cabo, mas também a esterilização, os tratamentos ‘psicocirúrgicos’, a castração química, as quais trazem ainda mais repugnância, face aos horrores evocados pelos regimes totalitários, onde foram experimentadas, e a desumanidade que se insinua asséptica, sem dor nem sofrimento.

A própria pena privativa de liberdade deve limitar-se a um tempo razoável para adequar-se ao princípio e à idéia de reinserção prevista pelo sistema. A garantia de certeza de um tempo determinado da pena que já é, em si, um fator de suavização da execução penal, implica a liberdade interior do condenado, a convicção de suas expectativas e a preservação da sua identidade moral, com importantes reflexos na disciplina carcerária.

O tempo que se passa preso é bem mais longo do que vivemos em liberdade e pior, a qualidade daquele, ‘por ser precisamente ‘o tempo da pena’, não pode ser a mesma da que se vive livre da pena, vive-se como um tempo que deve transcorrer e levar a outro tempo”<sup>238</sup>. Cumprida a pena, menos vida restará, a alegria pelo seu transcurso “é a tristeza pela vida consumida junto com a pena”<sup>239</sup>.

---

<sup>238</sup> ZABALA, Ana Messuti. O tempo como pena. **Fascículos de Ciências Penais**. Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 135-160, jul-set 1992, p. 154.

<sup>239</sup> Idem, p. 160.

Em um país como o Brasil, cuja expectativa de vida gira em torno de sessenta e cinco (65) anos<sup>240</sup>, o limite máximo da pena privativa de liberdade, mesmo havendo concurso de delitos, não pode exceder trinta (30) anos, o que já é um exagero, considerando significar quase a metade do tempo de vida de um ser humano. Por isso mesmo, conforme verificamos com a imposição do princípio da culpabilidade, é necessária a progressão de regime, única hipótese em que o limite máximo previsto no Código Penal brasileiro (art. 75) torna-se compatível com o influxo do princípio da humanidade. Ao legislador é proibido alterar esse limite, sob pena de macular a Constituição.

Quanto ao juiz, no nosso sistema, é-lhe imposto pelo princípio uma interpretação, de todo voltada para o condenado como sujeito, e não como objeto da controvertida intervenção *ressocializadora*. Assim, não poderá ele, o juiz, permitir cumprimento de penas privativas de liberdade acima de trinta (30) anos, considerando esse limite, inclusive, para obtenção de todos os benefícios oriundos da Execução Penal, e não a soma das penas totalizada na sentença condenatória como, equivocadamente, tem entendido a maioria das decisões pretorianas<sup>241</sup>.

Também lhe é vedado, na individualização da pena, o aumento das margens apenas por necessidade de intimidação geral, prescindindo das concretas exigências da prevenção especial. É a infalibilidade da punição, escreveu Beccaria<sup>242</sup>, e não sua crueldade, que trará maior eficácia preventiva.

Por outra senda, agora positiva, o princípio determina-lhe uma atuação fiscalizadora, com vista à diminuição dos gravíssimos descumprimentos das regras ordinárias de execução penal que experimentamos cotidianamente no Brasil, embora saibamos que as possibilidades mais concretas radiquem em uma forte ação governamental voltada para esse fim, o que, lastimavelmente, parece-nos pouco provável. De todo modo, isso não retira as obrigações indicadas pelo princípio da humanidade ao juiz.

---

<sup>240</sup> Segundo o IBGE, em 2000, a expectativa de vida de um ser humano no Brasil era de 64,8 anos. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/>> Acesso em: 30.09.2005.

<sup>241</sup> Para uma síntese da jurisprudência dominante, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 259-60.

<sup>242</sup> BECCARIA, Cesare. **Dei Delitti e Delle Pene**. Milano: Rizzoli, 1950, p. 43-4.

Finalmente, o princípio sinaliza para o juiz a imposição de declaração de inconstitucionalidade quando as normas editadas forem com ele incompatíveis e, até antes, quando as propostas legislativas forem com ele incompatíveis, como projetos de lei, por exemplo, que tenham por escopo instituir a “pena de morte”. Neste caso, o controle prévio atinge o próprio processo legislativo.

**Capítulo Nono**  
**OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS NAS SOCIEDADES  
PÓS-INDUSTRIAIS**

*Sumário:* 9.1. As principais objeções aos princípios constitucionais penais. 9.2. A Expansão penal nas sociedades atuais. 9.3. Expansão versus intervenção mínima. 9.4. Nova criminalidade e diminuição das garantias: “Direito Penal do inimigo”?

**9.1. As principais objeções aos princípios constitucionais penais**

Os princípios constitucionais antes enfocados são objeto de críticas que se alongam desde uma perspectiva que os compreende como modelos do velho paradigma iluminista e, portanto, desconectados da realidade complexa dos novos tempos, às críticas referente a sua excessiva abertura como normas jurídicas e aquelas pertinentes ao bem jurídico, cuja caracterização é essencial para conceituação e operacionalização dos princípios.

É lugar comum afirmar que a dogmática atual já não responde às necessidades de uma sociedade pós-industrial, pós-moderna ou sociedade global do risco, para usar a expressão de Beck<sup>243</sup>, levantando-se um paradoxo entre as necessidades de criminalização geradas pelas mudanças desta nova configuração social e a intervenção penal mínima, por exemplo.

---

<sup>243</sup> BECK, Ulrich e ZOLO, Danilo. A Sociedade Global do Risco – Uma discussão entre Ulrich Beck e Danilo Zolo. **Universidade Federal de Santa Catarina – Centro de Filosofia e Ciências Humanas**. Trad. Selvino J. Assmann. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/ulrich.htm>>. Acesso em: 06.01.2006.

Por outro lado, fala-se em diminuição das garantias e em recrudescimento da resposta penal face à criminalidade contemporânea, caminho que, aparentemente, seria oposto à imposição dos princípios. Para além, as orientações funcionalistas, em especial o funcionalismo sistêmico de Jakobs, se insurgem contra a noção tradicional de bem jurídico, entendendo que o Direito Penal protege os mecanismos que permitem manter a identidade de uma sociedade, é dizer, as expectativas fundamentais para sua constituição<sup>244</sup> e não bens jurídicos como a vida, a liberdade, o patrimônio etc.

É admissível que o Direito Penal tenha por escopo também a manutenção das expectativas sociais, mas não enxergamos nisso a impossibilidade da proteção ao bem ontologicamente considerado (v.g. vida, liberdade, patrimônio público, economia etc), pelo contrário, a intensidade da pena não pode ser medida através de expectativas muitas vezes mascaradas por imprecisões e impressões sociais falsas, senão pelo bem jurídico interpretado pelo critério da natureza da coisa, o qual, embora não certifique o real – o que é impossível –, limita, por uma maior aproximação à realidade, as valorações do legislador na fixação da proporcionalidade.

A seguir, veremos que as demais críticas não comprometem os princípios constitucionais penais na dogmática penal proposta, ao revés, eles se impõem, sem contradições, com a realidade dos novos tempos.

## 9.2. A expansão penal nas sociedades atuais

As sociedades ocidentais na atualidade, e mesmo a China, a Índia e, em certa medida, os países árabes, que se vêem no constante dilema de permanecer atrelados ao seu modelo

---

<sup>244</sup> LYNETT, Eduardo Montealegre. Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs. In LYNETT, Eduardo Montealegre (Org.). **El Funcionalismo en Derecho Penal – Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 26.

cultural ou incorporar-se à marcha imposta pelo Ocidente<sup>245</sup>, são marcadas pelos efeitos, principalmente, das mudanças de mercado (capitalismo de ações voláteis), das grandes inovações tecnológicas e da impressionante difusão e influência midiática, cujo marco inicial e incremento tem como referência o final da segunda grande guerra e a queda do muro de Berlim, respectivamente. Na história da humanidade, anota Milton Santos, é a primeira vez que este processo envolve o planeta como um todo<sup>246</sup>.

A substância, nestas sociedades, é cada vez mais diluída pelo virtual, desde o dinheiro, que já não tem mais existência material, ao próprio consumo, referente cada vez mais a símbolos. As sociedades contemporâneas, quer a dos países centrais, quer a dos países chamados de periféricos, atravessam um momento de fluidez, de relativismo, de ausência de domínio ante ao bombardeio de informações, às novas e surpreendentes tecnologias e à marcante crise de valores no mundo ocidental.

Os valores contestados nos nossos dias, ou em crise, são “aqueles que possam significar algum limite ou entrave ao valor do livre desenvolvimento da personalidade individual”<sup>247</sup>, cuja auto-realização é quase sempre entendida como o alcance do sucesso puramente externo, ornamental, da pessoa em particular, e leva muitos a uma competição desenfreada pelo alcance do sonho de poder, fortuna e fama.

O poderio das grandes corporações empresárias, transpondo todas as fronteiras, e a penetração instantânea dos meios de comunicação, mormente através dos satélites e da internet, em todo o mundo, como seu correlato, levam a uma redução do sentido espaço-temporal na sociedade contemporânea, comprometendo a noção de soberania e território das nações-estados<sup>248</sup> e abrindo largos espaços carentes de regulamentação.

---

<sup>245</sup> ROBLES, Gregório. **Os Direitos Fundamentais e a Ética na Sociedade Atual**. Trad. Roberto B. Alves. São Paulo: Manole, 2005, p. 53.

<sup>246</sup> SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização – do pensamento único à consciência universal**. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 25.

<sup>247</sup> ROBLES, Gregório. **Os Direitos Fundamentais e a Ética na Sociedade Atual**. Trad. Roberto B. Alves. São Paulo: Manole, 2005, p. 57.

<sup>248</sup> BECK, Ulrich. **O que é Globalização – Equívocos do Globalismo. Respostas à Globalização**. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 23.

Nesse universo virtual, nesse espaço de um sem-número de informações, de riscos globais ecológicos e tecnológicos que podem desencadear até a destruição da Terra, de turbulência nos mercados financeiros, nessa teia de interesses múltiplos e múltiplos interesses, de individualismos, as pessoas se percebem cada vez mais sem o controle das coisas<sup>249</sup> – controle, segurança e certeza entram em colapso –, se enxergam desprotegidas, paradoxalmente sozinhas, e internalizam a insegurança, demandando, cada vez mais, por proteção.

Uma tal demanda vem, nas duas últimas décadas, sendo canalizada como **demanda de punição**, reclamada pela população de vários países, de maneira “mais ou menos irracional”, com a possível responsabilidade dos formadores de opinião, do acolhimento, acrítico, por parte das instituições estatais e da realimentação pelos agentes políticos, em termos populistas, no que se convencionou chamar em expansão do Direito Penal<sup>250</sup>.

O fato é que, conforme salientamos na introdução deste trabalho, há, sem dúvidas, um aumento legislativo penal (vide capítulo primeiro), menos real e mais esquizofrênico, desenvolvido ao longo das duas últimas décadas no Brasil, como de resto em quase todo “mundo ocidental”<sup>251</sup>, responsável pela introdução de novos tipos objetivos, às vezes de setores inteiros de regulação procedida de uma atividade de modificação dos tipos já existentes, realizada a um ritmo muito mais forte aos de épocas anteriores.

Segundo Sánchez<sup>252</sup>, “a representação social do Direito Penal que comporta a atual tendência expansiva” mostra-se uma “rara unanimidade”, havendo um consenso, “quase geral”, sobre as “virtudes” do Direito Penal como instrumento de proteção dos cidadãos.

---

<sup>249</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 65-6.

<sup>250</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 23.

<sup>251</sup> JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Trad. André L. Callegari e Nereu J. Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 56.

<sup>252</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 25.

Tanto Sanchez<sup>253</sup>, como Meliá<sup>254</sup>, acreditam que, na esfera política, a demanda por criminalização foi incrementada politicamente pela direita, na atualidade, para adquirir ‘matizes políticas *progressivas*’<sup>255</sup> e hoje é solicitada pela própria esquerda que antes identificava a criminalização como mecanismo de repressão e manutenção do sistema econômico-político de dominação<sup>256</sup> e agora reclama a criminalização de condutas discriminatórias, de corrupção, contra os consumidores, contra as mulheres, crianças e idosos etc.

Parece-nos, corrigindo o rumo que estes autores tomaram, que a esquerda política sempre identificou como mecanismo de repressão e manutenção do sistema a criminalização de certos tipos de delito, os crimes contra o patrimônio privado e aqueles contra a liberdade de manifestação basicamente, sem embargos de que nos países havidos como socialistas, a preferência pela panpenalização em todo tempo foi presente, com características de recrudescimento das penas para os crimes contra a ordem estatal e por ironia para os crimes de opinião.

Distante dos países periféricos, cujos sistemas penais operacionalizam, como antes comprovamos, para os extratos economicamente desfavorecidos da população, a análise dos autores deve ser vista com reservas no nosso caso. Nos países centrais europeus e nos Estados Unidos, por exemplo, um dos fortes fatores para demanda por criminalização são atualmente o que podemos chamar de invasões bárbaras, caracterizadas pelo terrorismo e ingresso de migrantes de países pobres, de culturas diferentes com os desdobramentos conhecidos. Já nós, não temos esse problema, afinal, ainda que mais ou menos domesticados, somos, a exemplo de tantos, bárbaros, e convivemos mais ou menos bem com as manifestações multiculturais. Isso não invalida, contudo, a assertiva de que, também

---

<sup>253</sup> Idem, p. 65-8.

<sup>254</sup> JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Trad. André L. Callegari e Nereu J. Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 60-3.

<sup>255</sup> Idem, p. 62. Grifo no Original.

<sup>256</sup> JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Trad. André L. Callegari e Nereu J. Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 61.

entre nós, há um expressivo aumento da legislação penal, como, inclusive, fizemos ver logo no capítulo primeiro, afirmando o motivo desta expansão.

A crítica, dita da antiga esquerda pelos autores referidos acima, de certo modo, continua presente em países como o Brasil. Já vimos que o funcionamento do sistema operacionaliza muito mais para os crimes contra o patrimônio privado. O que, possivelmente, reforça a demanda por criminalização por aqui, é, entre outros fatores, o fato das pessoas hoje terem a nítida percepção de que o sistema funciona mal, o que potencializa a crença na impunidade, e terem aprendido que funciona, praticamente, para os estratos mais pobres, o que se traduz em revolta potencializando a violência.

De qualquer maneira, isso não invalida o fato da necessidade do Direito Penal por efeito de tantas transformações ocorridas no nosso tempo, nem mesmo se questiona sua atual expansão, embora, como veremos a seguir, não se enxergue nisso qualquer incoerência com a imposição do princípio da intervenção mínima.

### **9.3. Expansão versus intervenção mínima**

É preciso distinguir a intervenção mínima como meta de política criminal do princípio constitucional da intervenção mínima, embora, por evidente, guardem estreita relação. Uma política criminal que se caracterize pela diminuição do Direito Penal nos parece sempre bem vinda por todos os problemas, antes registrados, gerados pela aplicação das sanções penais, mormente pela pena privativa de liberdade. Entre nós, uma tal política criminal sempre foi encorajada por setores da doutrina, mas, na realidade, nunca encontrou eco nas ações do governo que, ao contrário disso, em todo tempo, encampou atuações panpenalistas.

A intervenção mínima como política criminal não se apóia no velho argumento iluminista como faz ver Zaffaroni, e sim no fato de que, enquanto houver modelos ou formas de decisão de conflitos mais violentas, é necessária a permanência do Direito Penal

como programação da operacionalidade do órgão judiciário. No momento em que o conflito se situar fora do poder verticalizador do sistema penal, submetendo-se a soluções menos violentas, ou mesmo liberado, quando não for preciso uma solução, é possível contrair o discurso jurídico-penal e diminuir a abrangência penal<sup>257</sup>.

Já o princípio constitucional da intervenção mínima, informado pela racionalidade dessa política criminal, no marco do Estado Democrático de Direito, substancializa o princípio da legalidade penal para, intra-dogmaticamente, impor ao legislador uma rígida predeterminação acerca do processo de qualificação do delito, somente autorizando-o a criminalizar condutas a partir das hipóteses de ofensas mais graves aos bens jurídicos com status constitucional (os mais importantes) e, ainda assim, quando outras respostas (v.g. civil, administrativa, mediação etc) não forem satisfatórias para a solução do conflito (adequação e subsidiariedade).

Os parâmetros de fabrico da criminalização ditados pelo princípio pretendem separar uma ampliação do Direito Penal sem contato com a realidade, irracional e, portanto, esquizofrênica, de uma expansão baseada nas necessidades criminalizadoras advindas das complexidades da sociedade atual, de novas realidades ou mesmo de situações antigas, mas, em face do contexto moderno, que reclamam, racionalmente, a intervenção penal.

Nessa lógica, não há nenhuma antinomia entre o princípio da intervenção mínima e uma expansão racional do Direito Penal, o qual sempre é preferível ante a alternativas piores, como o surgimento da *vindicta* privada em alta escala (v.g. vingadores, grupos de extermínio, milícias, deliberações penais marginais etc), ou até pela possibilidade de mecanismos severos de controle e vigilância do comportamento humano por parte do Estado, como forma preventiva da conduta infracional.

Os freios impostos pelo princípio são, antes de mais nada, pressupostos fundamentais para a construção do delito baseados na proporcionalidade entre a liberdade individual e a liberdade do *alter*, entre a liberdade individual e a possibilidade de coexistência.

---

<sup>257</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas – Deslegitimación e dogmática jurídico-penal**, 2. ed., Bogotá: Temis, 1993, p. 84.

A própria Constituição, ainda como imposição de conteúdo, não olvida a necessidade de criminalização para preservação dos direitos essenciais à convivência, determinando, de certo modo, um alargamento do Direito Penal sem perder de vista as irradiações do princípio, como abordaremos no último capítulo.

#### **9.4. Nova criminalidade e diminuição das garantias: “Direito Penal do Inimigo” ?**

O fenômeno da expansão penal traz consigo uma perspectiva do Direito Penal simbólico defendido pelos modelos funcionais de prevenção geral positiva, que entendem “delito e pena como seqüência de posicionamentos comunicativos a respeito da norma” e o retorno do punitivismo, isto é, a produção de normas penais “à moda antiga” com maior intensidade da resposta (recrudescimento das penas) e o intuito de serem efetivamente aplicadas, patrocinado no ocidente, como já visto, por setores políticos opostos (esquerda e direita)<sup>258</sup>.

Parece não haver dúvidas que as normas penais perseguem, também, efeitos simbólicos e não há problemas em definir novos delitos a partir de situações concretas novas com a previsão de sanções mais elevadas, ou incrementar as penas e o seu modo de cumprimento para crimes já existentes perante diferentes configurações da realidade, desde que se faça na estrita observação dos princípios penais.

Não nos convence, porém, a construção de um “Direito Penal do Inimigo” – usando a expressão de Jakobs – para recrudescer o tratamento penal diante de uma criminalidade diferenciada (v.g. o terrorismo na Espanha e nos Estados Unidos, principalmente após o 11 de setembro; os cartéis da droga na Colômbia; a criminalidade referente à imigração na França; o tráfico no Rio de Janeiro; outros tipos de criminalidade dita organizada), ainda

---

<sup>258</sup> JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Trad. André L. Callegari e Nereu J. Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 58-60.

que utilizado sob a desculpa da emergência como insinua Sanchez<sup>259</sup>. Aliás, ele próprio faz ver, citando Herzog, que “a vivência subjetiva dos riscos é claramente superior a própria existência dos mesmos”, e adverte para o perigo da perenização da emergência<sup>260</sup>.

O “Direito Penal do Inimigo”, descendente do Direito Penal simbólico e do punitivismo, é caracterizado por uma espécie de antecipação da punibilidade: sua perspectiva é o fato futuro e não, como de costume, o fato passado cometido. Nele, a previsão de penas não respeita a proporcionalidade, estabelecendo-se sanções demasiadamente altas e, por derradeiro, as garantias processuais são flexibilizadas ou até mesmo suprimidas<sup>261</sup>.

Jakobs<sup>262</sup> chega a afirmar que o “inimigo” não pode sequer ser tratado como pessoa:

Há muitas outras regras do Direito penal que permitem apreciar que naqueles casos nos quais a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura, **diminui a disposição em tratar o delinqüente como pessoa...**

A reação do ordenamento jurídico, frente a esta criminalidade, se caracteriza, de modo paralelo à diferenciação de Kant entre estado de cidadania e estado de natureza acabada de citar, pela circunstância de que não se trata, em, primeira linha, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da **eliminação de um perigo**: a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e **a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros**, não à sanção de fatos cometidos.

---

<sup>259</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 150-1.

<sup>260</sup> Idem, p. 37 e 151.

<sup>261</sup> MELIÁ, Manuel Cancio, in JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Trad. André L. Callegari e Nereu J. Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 67.

<sup>262</sup> JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Trad. André L. Callegari e Nereu J. Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 34-6 e 42.

[...]

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, **mas o Estado não ‘deve’ tratá-lo, como pessoa**, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas.

O interessante, primeiramente, é que em um “Direito Penal” dessa natureza assume - se, institucional, doutrinária e formalmente, as relações de exclusão que a aplicação do “Direito Penal da normalidade”, que nunca assumiu, sempre estabeleceu, principalmente entre nós, ou seja o Direito Penal, faticamente existente, nunca integrou, conceitualmente, o “Direito Penal da normalidade”.

Mas, de modo algum, isso justifica a criação de uma nova categoria normativa: o inimigo, seja porque, minando os espaços para o dissenso e punindo-se pela periculosidade, vulnera-se o princípio da culpabilidade, seja porque, ao carecer de outros elementos para tipificação penal, mormente para caracterização do autor como inimigo, nega-se o mandato de determinação emanado do princípio da legalidade. Demais, ao denominar determinados grupos de infratores, o “Direito Penal do inimigo” caracteriza -se por ser não um Direito Penal do fato, mas do autor<sup>263</sup> o que contraria uma das funções do princípio da ofensividade (proibição de incriminação de inclinações interiores).

Por tudo isso, pode-se contrapor, facilmente, ao “Direito Penal do inimigo” a pecha de inconstitucionalidade, mas, parece-nos que a crítica mais contundente a um Direito Penal de tal natureza diz respeito não tanto à questão referente a sua efetiva contribuição para a prevenção dos delitos – os modelos similares fracassam nessa missão<sup>264</sup> – mas, sobretudo, a sua disfuncionalidade.

---

<sup>263</sup> MELIÁ, Manuel Cancio, in JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Trad. André L. Callegari e Nereu J. Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 75.

<sup>264</sup> Ver a este respeito MELIÁ, Manuel Cancio, in JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Trad. André L. Callegari e Nereu J. Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 73, nota 57.

Se é correto que o “Direito Penal do inimigo” assenta -se na necessidade de proteção contra condutas que afetam “elementos de especial vulnerabilidade na identidade social”, a resposta funcional não pode estar na troca de paradigmas que supõe esse “Direito”. A resposta adequada, no plano simbólico, deve estar na “manifestação da normalidade, na negação da excepcionalidade”<sup>265</sup>, na reação de acordo com as irradiações dos princípios penais, os quais constituem a base do sistema jurídico-penal “normal”.

Com efeito, ao excluir do grupo de cidadãos o “infrator inimigo”, tratado -o diferentemente dos “infratores normais”, o Estado nega -lhe a capacidade de questionar os elementos essenciais ameaçados<sup>266</sup> em dada sociedade e permite-lhe contestar as normas estabelecidas àquelas que o motivaram a delinquir sob uma condição especialíssima: de franca oposição ao modelo estatal vigente, conferindo-lhe um amplo espaço de divulgação das suas idéias consideradas subversivas, outorgando-lhe um “status”, ainda que negativo, de alternativa à ordem vigente, favorecendo-o na arregimentação de pessoas aos seus “ideais”. Esse aspecto revela, não há como duvidar, o “Direito Penal do inimigo” como contraproducente.

Uma resposta para enfrentamento do problema da criminalidade que ameace os interesses, efetivamente, mais caros de uma sociedade e não aqueles que ponham em xeque a autoridade estatal, pode ser encontrada sem máculas aos princípios constitucionais penais. Propomos assim, com base no que foi esboçado no estudo de cada um dos princípios, uma divisão das infrações penais segundo as possibilidades de sanção. Sugerimos sejam designadas infrações de baixa intensidade punitiva, infrações de média intensidade punitiva, infrações de intensidade punitiva moderada e infrações de alta intensidade punitiva.

As primeiras abrangeriam todas as infrações penais com previsão de penas de multa, restritivas de direito e prisão simples, assegurando-se que a prisão simples somente poderia vingar com a quebra da pena de multa ou restritiva de direito. Perante tal pressuposto, segue a possibilidade de flexibilização de algumas garantias, a previsão de procedimentos

---

<sup>265</sup> Idem, p. 78.

<sup>266</sup> Idem, Ibidem.

judiciais céleres e amplos mecanismos de transação. Nesta seara, se amoldariam os delitos praticados pelas pessoas jurídicas.

As segundas compreenderiam os crimes e contravenções, hoje chamados de infrações de menor potencial ofensivo, e a resposta continuaria a ser aquela prevista na Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95).

As infrações de intensidade punitiva moderada seriam todas aquelas não contidas entre as segundas e cujas penas máximas privativas de liberdade, previstas em abstrato, não ultrapassassem oito (08) anos. Para este grupo, aplicar-se-ia as regras penais vigentes, inclusive no que tange às garantias e à execução da pena.

Por fim, as infrações de alta intensidade punitiva alcançariam todos os crimes com penas superiores a oito (08) anos. Nelas, observando-se, estritamente, as garantias penais, o legislador poderia flexibilizar algumas garantias processuais, por exemplo ampliando as possibilidades de provas relativas ao sigilo fiscal, bancário e de comunicações – o que seria possível estender as infrações de intensidade moderada –, e permitir ao juiz, ao examinar cada caso concreto, cotejando-o com os princípios penais e **os mandamentos de criminalização** (vide o capítulo seguinte), determinar a prisão provisória pelo dobro do prazo atualmente previsto, antecipar a execução a partir da sentença condenatória não transitada em julgado, impossibilitar a progressão senão quando cumprida metade da pena cominada, determinar, por prazos curtos, regimes prisionais diferenciados, estabelecer fiscalizações mais rígidas no que toca à liberdade condicional, além de outras medidas, de igual força, para responder, proporcionalmente, ao delito praticado sem instituir o estigma de “inimigo” ao infrator nem macular qualquer princípio constitucional penal.

As sociedades modernas carecem de respostas mais rápidas e efetivas. As mudanças de paradigma face à complexidade dos novos fenômenos sociais, no entanto, não devem nos deixar seduzidos por soluções pré-fabricadas, é preciso ir em busca de nossas respostas sem quebrar o pacto racional que reconhece o ser humano e sua dignidade como fim do Estado.

No Brasil, ainda temos um sistema processual atrelado à década de quarenta, que precisa adequar-se, urgentemente, à realidade atual, ademais contamos com um Sistema de Justiça Criminal inoperante, e o mesmo problema que nos persegue a tantos lustros: não

cumprir as normas instituídas. Antes de modificações na dogmática penal, necessárias e já em curso, consoante sinalizou a própria Constituição com os princípios penais e mandamentos de criminalização, esses últimos vistos a seguir, é fundamental transformações no direito instrumental e em sua aplicação o que, por certo, foge aos propósitos deste trabalho.

## Capítulo Décimo

### **MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS CRIMINALIZADORES**

*Sumário:* 10.1. Imposição de conteúdo e limites à descriminalização. 10.2. Imposição constitucional criminalizadora de conteúdo impeditivo. 10.3. Imposição constitucional criminalizadora de conteúdo prescritivo – as cláusulas constitucionais de criminalização.

#### **10.1. Imposição de conteúdo e limites à descriminalização**

Se os princípios constitucionais penais estão mais voltados para a contenção das possibilidades criminalizadoras do legislador e do juiz, os mandamentos constitucionais criminalizadores, ao contrário, traduzem comandos de uma Constituição que, exaltando determinados valores e apostando nas possibilidades que tem o Estado de transformação social, apontam o Direito Penal como um dos instrumentos possíveis de proteção daqueles, uma ferramenta na longa tarefa de alcançar a transformação pretendida<sup>267</sup>.

O Estado Democrático de Direito, consoante afirmamos neste trabalho (Capítulo Terceiro), consagrou a junção dos princípios próprios do Estado Liberal e dos princípios inerentes ao Estado Social, traduzindo-se numa superação dos dois modelos. O Estado, nessa concepção, não é mais neutro e menos ainda o “inimigo dos direitos fundamentais”, todavia passa a ser presente na assistência desses próprios direitos, vistos, não só e sempre, como “direitos contra o Estado”, mas também “através do Estado”<sup>268</sup>.

---

<sup>267</sup> PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gérson P. dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 103.

<sup>268</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **“Constituição e Crime” – Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 273-4.

Os mandamentos constitucionais criminalizadores são, tivemos oportunidade de assinalar, uma imposição constitucional de conteúdo que tanto restringe os processos de descriminalização, como determina criminalizações e/ou recrudescem o tratamento penal.

Os mandamentos que determinam criminalização estão contidos de forma expressa em alguns países democratas europeus. Nas Constituições da Alemanha e da Itália do pós-guerra, eles aparecem, apenas, no que se refere à obrigação de sancionar o atentado à convivência pacífica dos povos, além da preparação de uma guerra agressiva e a obrigação de apenar qualquer violência física e moral a quem que esteja submetido a uma restrição da liberdade, respectivamente. Na Constituição espanhola, de dezembro de 1978, bem mais recente, portanto, que as outras duas, valores como os direitos fundamentais, o meio ambiente e o patrimônio histórico, cultural e artístico fundamentam as três cláusulas existentes<sup>269</sup>.

No Brasil, a Constituição, *densificando* determinados bens jurídicos, considerados, axiologicamente, os mais relevantes, **impede**, em um primeiro momento, que o legislador, instituindo leis descriminalizadoras (*abollitio criminis*), retire deles, quanto às ofensas mais significativas, a proteção penal. A tal imposição chamaremos de imposição constitucional criminalizadora de conteúdo impeditivo.

Em um segundo instante, a Constituição, traçando uma série de ordenações criminalizadoras, determina, expressamente, a proteção penal para alguns comportamentos lesivos a esses bens ou estabelece um tratamento mais gravoso para crimes já existentes. Tal imposição, chamada de cláusulas constitucionais de criminalização, denominaremos imposição constitucional criminalizadora de conteúdo prescritivo.

Essas imposições, advirta-se, não escapam dos marcos impostos pelos princípios constitucionais que limitam a intervenção penal. Elas, portanto, devem ser entendidas em cotejo com os princípios reportados – mesmo porque, como já se afirmou, estes situam-se, axiologicamente, no cimo do subsistema constitucional –, sinalizando ao legislador ordinário a ponderação necessária quando da feitura de regras incriminadoras.

---

<sup>269</sup> PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gérson P. dos Santos, Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 103-4.

## 10.2. Imposição constitucional criminalizadora de conteúdo impeditivo

O ponto crucial do problema da imposição constitucional de conteúdo impeditivo é definir uma hierarquia de bens jurídicos para saber quais são os considerados pela Constituição de especialíssima relevância, a ponto de se impedir tanto ao legislador, como ao juiz, a descriminalização das ofensas mais expressivas a eles.

Já tivemos oportunidade de assinalar antes que o subsistema constitucional estrutura suas normas, hermeneuticamente, de forma escalonada, e que esta hierarquia é tomada axiologicamente. As normas que veiculam os valores jurídicos mais importantes ocupam posições privilegiadas na Constituição de 1988.

Já no Preâmbulo, parte que expressa os propósitos a que a Constituição deve servir, a Carta Constitucional brasileira tem como intento criar mecanismos de asseguarção dos **direitos** sociais e **individuais**, da **liberdade**, da **segurança** e do **bem-estar**, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça, como **valores supremos** de uma sociedade dita pluralista, sem preconceitos e fundada na harmonia social.

O artigo 60, § 4º impede, mesmo, a proposta de emenda que tiver por fim abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os **direitos** e garantias chamados pela Constituição de **fundamentais**.

E os artigos 1º, III e 3º, IV, situados, topológica e estrategicamente, no início da Carta Federal, afirmam que a República tem como alicerce, vale dizer, justificativa, a **dignidade da pessoa humana** e como um dos objetivos fundamentais promover **o bem de todos**.

De todos estes comandos incisivos, fica fácil perceber, até porque perceberíamos sem eles, que uma vida digna e a liberdade “do ser e para o ser” são bens extremamente realçados pela Constituição em suas principais e mais elevadas disposições.

Por outro lado, também já sabemos que liberdade reportada, quando não a vida, hipótese muito pouco provável no nosso ordenamento, é o bem mais afetado pela intervenção penal estatal, isso para não falarmos de outros bens maltratados em razão das práticas ilegais costumeiras acima relatadas.

Resulta da combinação destas duas últimas assertivas que tão apenas dois dos bens destacados no caput do artigo 5º da Constituição Federal, quais sejam: vida e liberdade, em todas as suas dimensões, são os havidos como de especialíssima relevância, impedindo-se, por isso, descriminalizações de condutas delitivas que os afetem gravemente. Registre-se, no entanto, que vida e liberdade significam, também, vida e liberdade da comunidade de seres humanos em convivência, vida e liberdade das gerações futuras e possibilidades fundamentais para a vida e a liberdade. E é na Constituição que encontraremos as conexões necessárias.

Destarte, sob a ordem constitucional existente, o legislador ordinário jamais poderá descriminalizar o homicídio doloso e mesmo o culposo. Nunca poderá proceder com a descriminalização do seqüestro, ou da extorsão mediante seqüestro, esta última, não obstante ser havida como delito contra o patrimônio, ofende a liberdade em um grau ainda maior que o próprio seqüestro. O estupro e o atentado violento ao pudor, apesar de ainda classificados como crimes contra os costumes pelo Código Penal, são, na verdade, delitos contra a liberdade sexual, uma das mais caras liberdades do ser humano e, por isso, não poderão deixar de figurar como ilícitos penais.

Nessa lógica, fica claro que não poderão ser descriminalizados pelo legislador ordinário, obviamente, o genocídio, as gravíssimas ofensas ao meio ambiente, as lesões mais graves à ordem tributária, ao patrimônio, às finanças e à administração pública, entre outras que tenham conexões imediatas e prevaletentes com a vida e a liberdade.

Na imposição em destaque, os significados válidos para definição do bem jurídico vida e liberdade são impostos pela Carta Constitucional, nada importando a classificação registrada pelo Código Penal que, como lei ordinária, submete-se à influência superior da Constituição, máxime em se tratando de normas constitucionais substanciais por ela estabelecidas

O que foi assentado, de modo algum quer dizer que não haja relevância na criminalização de condutas que afetem outros bens. Por ocasião da análise dos princípios da intervenção mínima e da ofensividade, pudemos demonstrar que outros bens gozam de dignidade constitucional, admitindo as criminalizações procedidas pelo legislador ordinário, desde que respeitados certos limites.

A própria Constituição, em relação a determinados bens jurídicos, prescreve uma série de indicações criminalizadoras, como veremos, a maioria ditada por força dos desdobramentos condicionados pelos bens vida e liberdade. Mas, tais cláusulas são expressas, pois, em havendo decorrência tácita dos significados referidos de vida e liberdade, teremos imposição de conteúdo impeditivo e não prescritivo. Isso é explicado pelo fato de que o constituinte, conhecedor da ordem penal existente em 1988, certamente entendeu que muitas das normas penais incriminadoras, então em voga, já regulamentavam suficientemente os valores mais relevantes, daí a necessidade de prescrição expressa para as condicionantes surgidas com a Constituição. Contudo, deve ficar registrado que, se o surgimento de uma nova lei criminalizadora pós Constituição regula melhor e com mais eficiência as dimensões dos bens vida e liberdade, também ela não poderá mais ser revogada nesse aspecto.

Os juízes, por sua vez, são obrigados a controlar as descriminalizações que não se adequem ao postulado da imposição em tela, podendo fazê-lo tanto via controle difuso quanto concentrado. Ao Supremo Tribunal Federal é possível verificar se a norma editada, provocando anomalia na ordem jurídica, descriminaliza conduta que maltrate significativamente a vida e a liberdade nas dimensões mencionadas.

### **10.3. Imposição constitucional criminalizadora de conteúdo prescritivo: as cláusulas constitucionais de criminalização**

A Carta Constitucional de 1988 pautou, como imposição constitucional criminalizadora de conteúdo prescritivo ao legislador ordinário, uma série de cláusulas que definem condutas ofensivas a bens jurídicos considerados, expressamente, relevantes. A imposição em esboço organiza estas cláusulas hierarquicamente, por considerações axiológicas, demonstrada até por sua situação topológica na Constituição. Há uma primazia para as definidas nos incisos do artigo 5º, pois inseridas como garantias individuais e coletivas, normas pétreas, portanto, não podendo ser suprimidas via reforma. Em segundo lugar, temos a prevista no artigo 7º, que, embora considerada pétrea, não há concordância

em face da literalidade do disposto no § 4º, IV, do art. 60, escalona-se logo abaixo dos direitos fundamentais individuais e coletivos. Por último, aparecem aquelas espraiadas pelo restante do texto constitucional, de menor importância, pois que podem ser revogadas, como ocorreu com a cláusula que determinava a criminalização da cobrança de juros acima de doze por cento (12%) ao ano, por força da Emenda Constitucional n. 40/2003.

As primeiras, fixadas no artigo 5º, tanto determinam criminalizações, quanto recrudescimento no tratamento penal.

A cláusula do inciso XLI, de conteúdo genérico, estabelece a necessidade de punição para qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais, firmando a dignidade penal destes direitos e, com isso, a possibilidade para incriminação, e anunciando as regulamentações que serão procedidas em seqüência.

O incisos XLII, XLIII e XLIV prevêm a criminalização do racismo<sup>270</sup>, da tortura<sup>271</sup> e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático<sup>272</sup>, respectivamente. Determinam, ademais, a inafiançabilidade e o atributo da imprescritibilidade para o primeiro e último crime especificados, estabelecendo a inafiançabilidade e a proibição de graça e anistia para o segundo delito, estendendo tais efeitos aos crimes que a lei ordinária considerar hediondos (Lei n. 8.072/90), o tráfico ilícito de entorpecentes (Lei n. 6.368/76) e o terrorismo (arts. 15 e 20 da Lei n. 7.170/83), determinando ainda que as pessoas que se omitirem, quando podiam evitar o cometimento destes delitos, responderão por eles. Obviamente que este último caso, previsto no inciso XLIII, só pode ser entendido com o influxo do princípio da culpabilidade.

---

<sup>270</sup> O racismo somente foi tratado como crime, entre nós, com a edição da Lei n. 7.716, de 15 de janeiro de 1989, posterior, portanto, à Carta Constitucional. A Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997, modificou dois dos seus dispositivos, introduzindo importantes modificações. Antes da Constituição de 1988, o racismo era tratado como contravenção penal pelas prescrições da Lei 1.390/51.

<sup>271</sup> A tortura só foi criminalizada no Brasil após o advento da Constituição. A Lei n. 9.455, de 07 de abril de 1997, estabeleceu os tipos objetivos deste delito.

<sup>272</sup> A ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado democrático tem previsão em alguns dos tipos definidos na Lei n. 7.170/83 (Segurança Nacional), a qual merece crítica por sua preocupação com a manutenção do poder vigente e não, necessariamente, com a ordem constitucional e o Estado democrático.

A segunda cláusula, estabelecida no artigo 7º, item X, da Carta Constitucional, que trata da retenção dolosa de salário, ainda não foi regulamentada, não obstante a Lei n. 10.741/2003 ter criado a figura típica de apropriação indébita de proventos, pensão ou qualquer rendimento dos idosos, olvidando, no entanto, como o fez a legislação que estatuiu o crime de apropriação indébita previdenciária (CP, art. 168-A) em 2000, de tipificar, objetivamente, e estabelecer sanções para o caso em comento. Há aqui, indubitavelmente, uma inconstitucionalidade por omissão, cabendo, por isso, a respectiva ação para sanar o problema. Não é possível a aplicação imediata do dispositivo, como não é possível a aplicação imediata de nenhum mandamento de criminalização, em razão de se tratar de matéria restritiva aos direitos fundamentais e, por isso, na seara penal, carecer das irradiações dos princípios constitucionais penais que darão sentido à regulamentação procedida pelo legislador ordinário.

As últimas cláusulas sinalizam para a obrigação de criminalizar os atos que importem em improbidade administrativa (CF, art. 37, § 4º), em abuso do poder econômico (CF, art. 173, § 5º), em ofensas ambientais (CF, art. 225, § 3º) e, finalmente, em abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente (CF, art. 227, § 4º). Por óbvio que tais determinações não escapam dos influxos dos princípios constitucionais penais, somente sendo possível criminalizações que estejam adequadas aos parâmetros que acima fixamos.

Muitos dos atos de improbidade administrativa já são considerados criminosos. Os atuais artigos 359A-359H do Código Penal e o antigo Decreto-lei n. 201/67 definem uma série de crimes neste aspecto. Também o abuso do poder econômico aparece como delito em dispositivos previstos, por exemplo, na Lei n. 8.176/91 e Lei n. 9.613/98. As ofensas ambientais foram criminalizadas com ênfase, não obstante os flagrantes tipos inconstitucionais, como já observamos, através da Lei n. 9.605/98. Por último, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90 e a própria lei dos crimes hediondos, Lei 8.072/90, fixaram regras mais duras contra as ofensas mais graves a crianças e a adolescentes.

## CONCLUSÃO

No Estado Democrático de Direito, os princípios são limites, balizas, “mandados de otimização” devidamente positivados no ápice do ordenamento jurídico e, ao contrário das críticas referentes à sua excessiva abertura, mesmo numa perspectiva dogmática, aberta é verdade, temos que eles irradiam comandos delimitadores para ação do legislador e do juiz, demarcando suas possibilidades criativas, impedindo-os de oferecer respostas incompatíveis com a abrangência irradiada, que sigam em oposição às determinações traçadas e impostas.

Como normas jurídicas, apesar da elevada carga axiológica, os princípios devem ser entendidos deontologicamente e, aqueles materializados, explícita ou implicitamente, na Carta Constitucional não podem ser contrariados por lei inferior, sob pena de inconstitucionalidade desta se posterior à Constituição, ou revogação se posterior. O instrumental de controle da constitucionalidade passa, necessariamente, pela ponderação de bens e por um outro princípio mencionado neste trabalho, o da proporcionalidade.

A lei aprovada pelo legislativo, sancionada, promulgada e publicada pelo Executivo presume-se, fortemente, constitucional. A decisão judicial de declarar a inconstitucionalidade material de uma norma jurídica, seja através do controle difuso, seja pelo controle concentrado, carece de um estudo atento e de argumentos sólidos por parte do juiz, preservando o princípio constitucional da separação dos poderes.

O princípio da proporcionalidade, como os princípios penais, surge com a idéia de limitação do poder no século XVIII. Hoje, nos regimes constitucionais ditos democráticos, alastra suas raízes para todos os ramos da ordem jurídica e, no Direito Penal, perpassa por todos os princípios constitucionais penais e pelos mandamentos de criminalização, desdobrando-se em várias exigências com as matizes próprias do ramo.

Fornecendo critérios para os juízes no controle da constitucionalidade das leis, o princípio da proporcionalidade torna-se um mecanismo constitucional para aferir se os meios empregados por elas são justificados por sua finalidade.

Compõe-se, o princípio em questão, de três elementos ou subprincípios: a pertinência ou aptidão, que revela se determinada medida representa o meio apropriado para levar a termo um fim baseado no interesse público; a necessidade, que verifica se a medida excede os limites indispensáveis à consecução do fim legítimo a que se almeja; o terceiro elemento consiste na proporcionalidade mesma, tomada *stricto sensu*. A utilização da proporcionalidade impõe uma obrigação e uma interdição: obrigação de fazer uso dos meios adequados e interdição relativa ao uso e medidas desproporcionais. A inconstitucionalidade ocorre, diz Bonavides<sup>273</sup>, citando Stern, quando a medida é “excessiva”, “injustificável”, vale dizer, não cabe na moldura da proporcionalidade.

Os princípios constitucionais penais, mesmo os expressos, encontram fundamento na dignidade da pessoa humana, por isso são forjados como garantias que demarcam as possibilidades de limitação aos direitos fundamentais, mormente, entre nós, ao direito de liberdade, fazendo do legislador um servidor da Constituição, estreitando seu espaço de intervenção na feitura das leis penais incriminadoras e, do juiz, um operador atento ao controle do legislado, ao mesmo tempo que circunscrito, preso, limitado às respostas (decisões) não incompatíveis com o emanado dos princípios.

Os princípios penais implícitos da intervenção mínima e da ofensividade são uma imposição constitucional de conteúdo que informa ao legislador os bens jurídicos merecedores da proteção penal, os quais encontram abrigo na própria Constituição, como também informa-o, vinculando-o sempre, acerca da qualidade e quantidade de ofensa a esses bens para que seja procedida a criminalização.

Em um segundo momento, os princípios em destaque determinam ao juiz não só o controle do legislado, observando, consoante advertimos há pouco, a vigorosa presunção de constitucionalidade, mas uma interpretação das normas criminalizadoras voltada para a redução, sempre que possível, do processo dogmático de criminalização. Nesse sentido, já tem se revelado na jurisprudência brasileira o decorrente princípio da insignificância, o qual deve ser visto como um critério de descriminalização dogmática, porquanto assenta-se, em muitos casos, como condição da tipicidade.

---

<sup>273</sup> BONAVIDES, Paulo. O Princípio Constitucional da Proporcionalidade e a Proteção dos Direitos Fundamentais, **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n 34, 199, p. 279-281.

Os princípios penais da legalidade, culpabilidade e humanidade são expressões de uma imposição constitucional restritiva, tanto na atividade de feitura das regras incriminadoras, quanto na atuação criminalizadora do juiz. Neles, não há determinação relativa ao conteúdo da norma criminalizadora como nos primeiros, mas a fixação de limites para sua elaboração (v.g. técnica legislativa para diminuir ao máximo as ambigüidades do texto), demarcações no processo de criminalização (v.g. proibição da criminalização sem dolo ou culpa) e balizas para a prescrição e aplicação da pena (v.g. vedação de penas perpétuas).

Evidente que esses princípios expressos, a exemplo dos implícitos, impõem ao juiz o dever de fiscalização dos atos legislativos para verificação de sua compatibilidade com a Constituição e também um olhar interpretativo voltado para a contenção da intervenção estatal (v.g. abrandamento da resposta penal na aplicação da pena), tudo como realização do garantismo penal e, até, por imperativo do princípio constitucional da igualdade, já que esta intervenção é, sobremaneira, mais poderosa do que as possibilidades de defesa do indivíduo ou indivíduos.

Porém, não se pode perder de vista que a intervenção penal do Estado faz-se necessária ora como instrumento, entre outros, destinado à salvaguarda dos bens de especialíssima relevância ao próprio indivíduo, ora como um dos recursos voltados a assegurar os valores mais significativos para a coexistência. Nesse passo, é, mais uma vez, a Constituição que, através de imposições de conteúdo impeditivo e prescritivo, tanto restringe os processos de descriminalização, como recrudesce o tratamento penal ou/e determina criminalizações, neste último caso, dependendo de regulamentação por lei ordinária, pois trata-se de matéria restritiva a direitos fundamentais e carece da necessidade de mediação com os princípios constitucionais penais.

É possível concluir afirmando que os princípios penais estudados não são meros guias, ou indicativos de boas intenções, como sempre entendeu a doutrina, são normas jurídicas constitucionais cuja compreensão, no Estado Democrático de Direito, não pode ser feita isoladamente, há uma necessária correlação entre eles. A significação prática de uma interdependência entre os princípios implica que o descumprimento de qualquer um resultará em maltrato a uma superior legalidade material da Constituição que os condensa e lhes dá sentido.

A liberdade, concebida modernamente como um direito fundamental do indivíduo não se submeter senão às leis, especialmente à constitucional, de não poder ser preso ou detido pelo efeito da decisão arbitrária de um ou de muitos indivíduos<sup>274</sup>, carece de mecanismos eficientes para sua proteção, mormente para os estratos sociais mais vulneráveis, que não têm arsenais outros em suas defesas.

A história das penas, que não deixa também de ser a história do Direito Penal, sempre desenvolveu-se amalgamada à perversão contra certos indivíduos. Na atualidade, em especial no Brasil, o Direito Penal integra, formalmente, o grupo de instituições que formam o controle social cuja pretensão, legítima, diga-se de passagem, é promover e garantir a sujeição das pessoas aos modelos e às normas comunitárias. Todavia, nesse mister, a realização prática do Direito Penal continua, com notas específicas do momento em que vivemos, mantendo aquela perversão, contra uma clientela formada, basicamente, de pessoas economicamente desfavorecidas.

A redução do Direito Penal é, a um só tempo, uma forma de minorar esta realidade, de fazê-lo mais operacional para condutas que ofendem gravemente aos direitos fundamentais para além de ampliá-lo, desta feita por imperativo democrático, para os estratos sociais privilegiados, onde se acham os autores dos muitos crimes que maltratam a coexistência e têm graves conseqüências difusas e coletivas.

Finalmente, a redução do Direito Penal e a sua substituição contínua por outros mecanismos de controle, nada obstante que nele encontremos, também, uma ferramenta de auxílio à salvaguarda de bens jurídicos supervalorizados, corresponde a um avanço das sociedades democráticas na busca permanente de suas utopias.

---

<sup>274</sup> CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Filosofia Política 2**, Porto Alegre: L&PM, 1985, p. 10.

## REFERÊNCIAS

### 1. Livros:

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionais: Madrid, 1997.

ANDRADE, Manoel da Costa. **Consentimento e Acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

ANGIONI, Francesco. **Contenuto e funzione del concetto di bene giuridico**. Milano: Giuffrè, 1983.

ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale-Parte Generale**. A cura di Luigi Conti. Milano: Giuffrè Editore, 1997.

ANTUNES, Ruy da Costa. **Da Analogia no Direito Penal**. Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco no concurso para livre docente de Direito Penal, 1953.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: RT, 1995.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_ **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1988.

BARRATA, Alexandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 86.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas - Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dei Delitti e Delle Pene**. 4. ed. Milano: Rizzole , 1950.

BECK, Ulrich. **O que é Globalização – Equívocos do Globalismo. Respostas à Globalização**. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BECK, Ulrich e ZOLO, Danilo. A Sociedade Global do Risco – Uma discussão entre Ulrich Beck e Danilo Zolo. **Universidade Federal de Santa Catarina – Centro de Filosofia e Ciências Humanas**. Trad. Selvino J. Assmann. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/ulrich.htm>>. Acesso em: 06.01.2006.

BETTIOL, Giuseppe. **O problema penal**. Coimbra: Coimbra editora, 1967.

BÍBLIA SAGRADA, 45. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, vol. I. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_ **Tratado de Direito Penal – Parte Especial**, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_ **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_ **Falência da Pena de Prisão – Causas e Alternativas**. São Paulo: RT, 1993.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Leite dos Santos, apresentação: Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: UNB, 1995.

\_\_\_\_\_ **O Positivismo Jurídico - Lições de Filosofia do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi, E. Bini e Carlos Rodrigues, São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_ **Teoría General Del Derecho - Teoría de la norma jurídica**. Trad. E. Roza Acuña, Madri: Debate, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_ **A Constituição Aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal – Análise do sistema penal a luz do Princípio da Legalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_ **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BRICOLA, Franco. **Politica Criminale e Scienza del Diritto Penale**. Bologna: Il Mulino, 1997.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, t. 3, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, v. 1, 2. ed. Coimbra: Coimbra ed., 1984.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? In: GRAU Eros R. e GUERRA FILHO, Willis S. (Org.). **Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2000

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984.

\_\_\_\_\_ **Juizes Legisladores ?** Trad. Carlos A Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida**. Trad. Newton R. Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2001.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas Sobre Derecho y Lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

CARVALHO, Márcia Dometila L. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

CEREZO MIR, **Curso de Derecho Penal español – Parte General**. Madrid: Tecnos, 1996.

CHRISTIE, Nils. **A Indústria do Controle do Crime**. Trad. Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Trad. J. Tavares e Luís Régis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa**, 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **“Constituição e Crime” – Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização.** Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O Caráter Retórico do Princípio da Legalidade.** Porto Alegre: Síntese, 1979.

DANTAS, Ivo. **Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **A Ciência Jurídica.** São Paulo: Saraiva, 1995.

DIAS, Figueiredo. **Liberdade, culpa, Direito Penal.** 3. ed., Coimbra: Coimbra editora, 1995.

\_\_\_\_\_ **O problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal.** 5. ed., Coimbra: Coimbra editora, 2000.

\_\_\_\_\_ **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas.** São Paulo: RT 1999.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos En Serio.** Barcelona, 1989.

FELIPPE, Marcio Sotelo. **Razão Jurídica e Dignidade Humana.** São Paulo: Max Limonad, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **Dirritto e Ragione - teoria del garantismo penale.** Roma: Laterza, 1990.

\_\_\_\_\_ **Derecho y Razón– teoría del garantismo penal.** Trad. Perfecto Ibáñez, Ruiz Miguel, Mahino, Basoco e Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, , 2000.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e Sensibilidade – Fundamentos do Direito Penal Moderno**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

FREUD, Sigmund. **O Mal-Estar na Civilização**. Trad. José de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. **Derecho Penal – Introducción**. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho – Universidad Complutense, 2000.

\_\_\_\_\_ **Criminologia**, 2. ed. Trad. Luís F. Gomes, São Paulo: RT, 1997.

GIDDENS, Anthony, BECK, Ulrich & LASH, Scott. **Modernidade Reflexiva**. São Paulo: Unesp, 1997

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: RT, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_ **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1990.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 2. ed. Trad. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos Del Derecho Penal**. Trad. Muñoz Conde e Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. I, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

\_\_\_\_\_ **Comentários ao Código Penal**, vol. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

HULSMAN, Louk & DE CELIS, Jacqueline Bernat, **Penas Perdidas - O Sistema Penal em Questão**. Trad. Maria Lúcia Karan. Niterói: Luam, 1993.

IHERING, Rudolf von. **A Luta pelo Direito**. Trad. R. Paul Neto. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, Norma e Pessoa – Teoria de um Direito Penal Funcional**. Trad. Maurício A. R. Lopes. Barueri-SP: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Trad. André L. Callegari e Nereu J. Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**, vol. I. Trad. Mir Puig e Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.

JESUS, Damásio. **Direito Penal**, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_ **Crimes de Trânsito**. São Paulo: Saraiva, 1998.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1992.

\_\_\_\_\_ **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Trad. Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1992.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. J.B. Machado, 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

\_\_\_\_\_ **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. L.C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

\_\_\_\_\_ **Teoria Geral das Normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

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

LYNETT, Eduardo Montealegre. Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs. In LYNETT, Eduardo Montealegre (Org.). **El Funcionalismo en Derecho Penal – Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

LINS E SILVA, Evandro. Pena de Morte, in **Pena de Morte**. Rio de Janeiro: Destaque, s/d.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal**. Trad. José Higino Pereira. Campinas: Russel, 2003.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Legalidade Penal – Projeções contemporâneas**. São Paulo: RT, 1994.

\_\_\_\_\_ **Princípio da Insignificância no Direito Penal – Análise a luz da Lei 9.099/95 – Juizados Especiais Criminais e da jurisprudência atual**. São Paulo: RT, 1997.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed., Barcelona: Ariel, 1986.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

LUNA, Everardo da Cunha. **Estrutura Jurídica do Crime**. São Paulo: Saraiva, 1993.

MANZINI, Vincenzo. **Tratatto di Diritto Penale Italiano**, vol. I. Torino, 1961.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1988.

MELLO, Marcos. **Teoria do Fato Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1995.

MEZGER, Edmund. **La Culpabilidad en el Moderno Derecho Penal**. Valladolid: Univ. de Valladolid, 1956.

MIRANDA, Jorge. **Constituição de Diversos Países**, vol. I, Lisboa: Imprensa Nacional, 1979.

MOMMSEN, Teodoro. **El Derecho Penal Romano**. Trad. P. Dourado. Madrid: España Moderna, 1898.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Trad. Peter Naumann, 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: RT, 2005.

NUVOLONE, Pietro. **O sistema do Direito Penal**. Trad. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

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

PATROCÍNIO, José do. **Motta Coqueiro ou a pena de morte**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1977.

PÉREZ, Jesús González. **La Dignidad de la Persona**. Madrid: Civitas, 1986.

PÉREZ LUÑO, A. E. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 1990.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969**, tomos I e V. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

\_\_\_\_\_ **Tratado de Direito Privado**, tomo I, 4. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1983.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. São Paulo: RT, 1996.

\_\_\_\_\_ **Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: RT, 2000.

\_\_\_\_\_ **Crimes Contra o Ambiente**. São Paulo: RT, 2001.

PRIGOGINE, Ilya. **O Fim das Certezas – Tempo, Caos e as Leis da Natureza**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 1996.

RABENHORST. Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

REALE. Miguel. **Filosofia do Direito**. Pena de Morte e Mistério, in: **O Direito Como Experiência**, São Paulo: Saraiva, 1992.

REALE JR., Miguel. **Teoria do Delito**. São Paulo: RT, 1998.

ROBLES, Gregório. **Os Direitos Fundamentais e a Ética na Sociedade Atual**. Trad. Roberto B. Alves. São Paulo: Manole, 2005.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**, trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Trad. A.P. dos Santos e L. Natscheradetz, 2. ed. Lisboa: Vega, 1993.

\_\_\_\_\_ **Iniciación al derecho penal de hoy.** Trad. Muñoz Conde e Luzón Peña, Sevilla: Univ. de Sevilla, 1981.

\_\_\_\_\_ **Política Criminal y Sistema del Derecho Penal.** Trad. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972.

\_\_\_\_\_ **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal.** Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_ **Derecho Penal**, t. I. Trad. Luzón Peña, Dias y García Conlledo e Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo.** Barcelona: Bosch, 1992.

\_\_\_\_\_ **A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Trad. Luiz Rocha. São Paulo: RT, 2002.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização – do pensamento único à consciência universal.** Rio de Janeiro: Record, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SINGER, Peter. **Vida Ética.** Trad. Alice Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

SOFFIATI NETO, Aristides Arthur. **Fundamentos Filosóficos do Pensamento Ecológico.** In: UNGER, Nancy Mangabeira (Org.). São Paulo: Loyola, 1992.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VALEJJO, Manuel Jaén. **Principios Constitucionales y Derecho Penal Moderno.** Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

VELO, Joe Tennyson . **O juízo de censura penal – o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências.** Porto Alegre: Fabris, 1993.

VIEIRA, Jair Lot. **Código de Hamurabi – Código de Manu – Lei das XII Tábuas.** Bauru: Edipro, 2000.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito - Definições e fins do direito.** Trad. Alcidema F. Bueno Torres. São Paulo: Atlas (col. universitária de ciências humanas), 1977.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán,** trad. Juan Bustos Ramirez e Sérgio Yañez Péres. Santiago: Jurídica do Chile, 1970.

\_\_\_\_\_ **O novo sistema jurídico-penal – uma introdução à doutrina da ação finalista.** Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001.

XIFRA HERAS, Jorge. **Curso de Derecho Constitucional.** Barcelona: Bosch, 1957.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal - Parte General,** 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1991.

\_\_\_\_\_ **Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina** (Informe Final), Coord. Eugenio R. Zaffaroni. Buenos Aires: Depalma, 1986.

\_\_\_\_\_ **Poder Judiciário – Crise, Acertos e Desacertos.** Trad. Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995.

\_\_\_\_\_ **En busca de las penas perdidas – Deslegitimación e dogmática jurídico-penal,** 2. ed., Bogotá: Temis, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

## 2. Artigos:

APLICAÇÃO DA PENA DE MORTE TRIPLICOU EM 2004. **La Vanguardia**. Barcelona. 10.10.2005. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/lavanguardia/2005/10/12/ult2684u137.jhtm>> Acesso em 10.10.2005.

BARATTA, Alessandro, Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma Teoria do Bem Jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 5, janeiro-março. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BONAVIDES, Paulo. O Princípio Constitucional da Proporcionalidade e a Proteção dos Direitos Fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n.º 34, 1994.

BORGES, José Souto Maior. Pró-dogmática. Por uma hierarquização dos princípios constitucionais. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, n. 1, 1993.

“BRASIL miserável” é o sexto mais pobre do mundo. **Folha de São Paulo**, São Paulo. 07.09.2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0709200535.htm>>. Acesso em: 07.09.2005.

BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. In: **Novissimo Digesto Italiano**. Torino: Torinese, 1977.

CARVALHO, Paulo de Barros. Sobre os Princípios Constitucionais Tributários. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: RT, n. 55, janeiro/março, 1991.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Filosofia Política 2**, Trad. Loura Silveira. Porto Alegre: L&PM, 1985.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal e Estado de Direito Material (sobre o método, a constatação e sentido da doutrina geral do crime). **Revista de Direito Penal**, n. 31, janeiro-junho 1981. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

FERRAJOLI, Luigi. O Direito Como Sistema de Garantias. **Revista do Ministério Público**, n. 61, Lisboa, p. 29/49, jan-mar, 1995.

LEMGRUBER, Julita. As Penas Alternativas. Segurança Pública como Tarefa do Estado e da Sociedade – **Debates**, n. 18. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1998.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, n. 12, p. 40-55, jan-fev-mar, 2002.

MATHIESEN, Thomas, A Caminho do Século XXI - Abolição um Sonho Impossível? **Conversações Abolicionistas - Uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva**. Org. Edson Passeti e Roberto B. Dias da Silva. São Paulo: IBCCrim, 1997.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**. Revista da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Recife, n.º 11, p. 125-156, 2000.

NUVOLONE, Pietro. La problematica penale della costituzione. **Aspetti e tendenze Del diritto costituzionale: scritti in onore di Constantino Mortati**. Milano: Giuffrè, s/d.

RABENHORST, Eduardo R. **Filosofia ou Teoria do Direito**. Artigo entregue pelo autor aos discentes do Doutorado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco.

REALE JR., Miguel. Concepção Existencial de Bettiol. **Ciência Penal 2**. São Paulo: Bushatsky, 1974.

ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 10, n.º 38, p. 11-31: jan-mar 1994.

SANTOS, Lycurgo de Castro. O Princípio da Legalidade no Moderno Direito Penal, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 15, julho – setembro, São Paulo: RT, 1996.

TORTURA NUNCA MAIS. **Revista Jurídica Consulex**, n. 8. Brasília: Consulex, 1997.

ZABALA, Ana Messuti. O tempo como pena. **Fascículos de Ciências Penais**. Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 135-160, jul-set 1992.

### **3. Documentos:**

BRASÍLIA. **Supremo Tribunal Federal**. RHC n.º 66.869-1/PR. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Brasília, 06 de dezembro de 1988. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/>> Acesso em: 20 set. 2005.

BRASÍLIA. **Supremo Tribunal Federal**. INQ 800 – RJ – T.P. – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 19.12.1994.

BRASÍLIA. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n.º 82959/SP. Impetrante: Oseas de Campos. Paciente: Oseas de Campos. Coatores: Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Brasília, 13 de dezembro de 2004. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/>> Acesso em 28 set. 2005.

**Censo Penitenciário do Ministério da Justiça** de 1993, introduzido no **Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito** destinada a investigar o Sistema Penitenciário Brasileiro – Diário do Congresso Nacional, ano XLIX, suplemento ao nº 57, Câmara dos Deputados: Brasília, 19 de abril de 1994.

**Censo Penitenciário do Ministério da Justiça** de 1994 introduzido no **Jornal do Magistrado** – Jornal Oficial da Associação dos Magistrados Brasileiros, nº 34, ano VII, abril de 1996.

**Censo Penitenciário do Ministério da Justiça de 1995, Conselho Nacional de Política Criminal**, Brasília: Imprensa Nacional, 1997.

**Censo Populacional de 2000**. IBGE. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/>> Acesso em: 30.09.2005.

**Pesquisa produzida pelo Ministério da Justiça sobre o déficit de vagas nos sistemas penitenciários estaduais** – dados do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, disponível em:<<http://www.mj.gov.br/depen/sistema-brasil.htm>>. Acesso em: 25 de agosto de 2003.

**Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito** destinada a investigar o Sistema Penitenciário Brasileiro – Diário do Congresso Nacional, ano XLIX, suplemento ao nº 57, Câmara dos Deputados: Brasília, 19 de abril de 1994.