

dermos conta, como Fassò, de que "a natureza do homem é a história, que se realiza na multiplicidade do devir dos indivíduos e dos povos"³⁰, um direito antropológico não procura radicar-se nem na coercitividade cega de sua própria validade, nem na miragem de uma justiça algebrica e intemporal, senão no concreto processo histórico em que se insere.

Ressalvado, portanto, o caráter histórico-condicionado da distinção entre direito privado e direito público; empreendida a crítica do estado como abstração a-histórica; e verificadas as limitações do positivismo jurídico-penal, é correto afirmar-se que o direito penal pertence ao direito público interno.

§ 8º:

Princípios básicos do direito penal

Como afirmou Kaufmann, "toda legislação positiva pressupõe sempre certos princípios gerais do direito"¹. A procura de princípios básicos do direito penal exprime o esforço para, a um só tempo, caracterizá-lo e delimitá-lo. Existem efetivamente alguns princípios básicos que, por sua ampla recepção na maioria dos ordenamentos jurídico-penais positivos da família romano-germânica², pela significação política de seu aparecimento histórico ou de sua função social, e pela reconhecida importância de sua situação jurídica — condicionadora de derivações e efeitos relevantes — constituem um patamar indeclinável, com ilimitada valência na compreensão de todas as normas positivas. Tais princípios básicos, embora reconhecidos ou assimilados pelo direito penal, seja através de norma expressa (como, por exemplo, o princípio da legalidade — art. 1º CP), seja pelo conteúdo de muitas normas a eles adequadas (como, por exemplo, a inexistência de pena de morte ou mutilações — art. 32 CP — e o objetivo de integração social na execução da pena — art. 1º LEP — com relação ao princípio da humanidade), não deixam de ter um sentido programático, e aspiram ser a plataforma mínima sobre a qual

1 *Analogía y naturaleza de la cosa*, Santiago, 1976, p. 48.

2 "As colônias espanholas, portuguesas, francesas e holandesas da América (...) aceitaram de modo completamente natural as concepções jurídicas próprias da família romano-germânica" — René David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. P. Gala, Madri, 1969, p. 57.

possa elaborar-se o direito penal de um estado de direito democrático.

É comum que os autores procurem *deduzir* tais princípios, seja de seus conceitos de direito penal, seja das conexões deste com outros ramos do direito, seja de "características" do próprio direito penal, ou ainda situá-los como princípios interpretativos. Assim, para Navarrete o princípio da intervenção mínima seria uma nova dimensão do fundamento da afirmação do caráter fragmentário do direito penal³. Para Mir Puig, o princípio da legalidade configura um limite de intervenção derivado do fundamento político do direito penal subjetivo⁴; é também da perspectiva de limites ao *jus puniendi* que Bustos extrai, entre outros, os princípios da intervenção mínima e da legalidade⁵. A subsidiariedade do direito penal, característica que sem dúvida se relaciona com o princípio da intervenção mínima, é examinada por Maurach a partir das conexões entre o direito penal e os demais ramos do direito⁶. Para Zaffaroni, o princípio da humanidade integra um conjunto de cânones a serem observados na interpretação da lei penal, ainda que o houvesse anteriormente deduzido, sob a expressão da proporcionalidade da pena, de seu refinado conceito de "segurança jurídica"⁷.

O que, inicialmente, reuniu esses princípios básicos, de origem, estrutura e objeto tão diversificados, foi sua natureza axiomática e a amplitude de sua expansão lógica. Quanto ao primeiro aspecto, é comum serem referidos como "postulados"⁸ ou "dogmas fundamentais"⁹. Com efeito, não

são eles dedutíveis logicamente de quaisquer outros e tampouco demonstráveis. Sua larga aceitação, que a progressiva conquista histórica sedimentou, e as negações frontais episódicas (como no direito penal da segurança nacional) ou dissimuladas permanentes (como no desempenho do sistema penal nas sociedades de classes) só fazem aviventar, confere-lhes, a despeito de seu cunho prescriptivo, um cariz de opiniões acreditadas e verossímeis (*endoxa*), no sentido aristotélico retomado por Viehweg¹⁰, que os habilita a funcionar como premissas arbitrariamente tomadas, a partir das quais, contudo, no esclarecimento e reconstrução das normas jurídicas, se podem estabelecer articulações lógicas. De fato, "não há crime sem lei anterior" é uma proposição cuja conveniência política e cuja densidade moral são amplamente aceitas tanto pelo homem comum quanto pelo especialista, embora seja possível construir um direito penal sobre um princípio oposto — como fez o nazismo¹¹. Quanto à amplitude referida, os princípios básicos comprometem o legislador, transitando assim pela política criminal, e os aplicadores da lei — do juiz da Corte Suprema ao mais humilde guarda de presídio —, devendo ser obrigatoriamente considerados pelos que se propõem a estudá-la.

Mais tarde, alguns dos princípios básicos lograram obter reconhecimento em nível internacional (interessam-nos, especialmente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos) ou em nível interno (vendo-se consagrados no texto da Constituição, como, com respeito a alguns deles, ocorre entre nós).

Como os princípios básicos implicam também *caracterizar* o direito penal, devemos, ao procurá-los, descartar desde

3 Op. cit., p. 100.

4 Op. cit., p. 141.

5 Op. cit., pp. 25 e 32.

6 *Tratado de derecho penal*, trad. Córdoba Roda, Barcelona, 1962, v. I, pp. 30 e 31.

7 *Manual*, cit., p. 134 e p. 50.

8 Maurach, op. cit., p. 31: "do ponto de vista de política jurídica, a seleção e a acumulação dessas medidas se encontram submetidas ao *postulado* de que não se justifica aplicar um recurso mais grave quando é cabível esperar-se o mesmo resultado de um mais suave".

9 Everardo da Cunha Luna, *Capítulos de direito penal*, S. Paulo, 1985, p. 31.

10 *Tópica e jurisprudência*, trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Brasília, 1979, p. 25.

11 Lei de 28 jun. 35 alterou o § 2º do então vigente código penal alemão, que proibia a analogia, afirmando ser "punido quem comete um fato que a lei declara punível ou que é merecedor de punição segundo o conceito que dá fundamento a uma lei penal e segundo o seu sentimento do povo; se ao fato não se puder aplicar nenhuma norma penal determinada, deverá ele ser punido de acordo com a norma cujo conceito fundamental melhor lhe seja aplicável".

logo duas linhas. A primeira está nos atributos de *todo* o ordenamento jurídico, como, por exemplo, seu caráter "finalista".¹² Como diz Zaffaroni, "o direito penal, por ser direito, participa de todos os caracteres do direito em geral: é cultural, é normativo, é valorativo, etc."¹³; por isso mesmo, tais atributos não nos interessam aqui. A segunda linha a descartar-se é aquela que se detém diante da própria sanção com a qual opera o direito penal — a pena —, para tomá-la como sua característica essencial¹⁴, não porque não o seja, mas porque ficaremos perigosamente imobilizados numa redundância.

Em nossa opinião, são cinco os princípios básicos do direito penal: 1. princípio da legalidade (ou da reserva legal, ou da intervenção legalizada); 2. princípio da intervenção mínima; 3. princípio da lesividade; 4. princípio da humanidade; 5. princípio da culpabilidade. Nos próximos parágrafos, forneceremos algumas indicações sobre cada um deles, em nível genérico que corresponde a seu tratamento no âmbito de uma introdução ao direito penal.

12 Mirabete, op. cit., p. 15; Magalhães Noronha, op. cit., p. 5; Asúa, *Tratado de derecho penal*, B. Aires, 1964, v. I, p. 35. Advirta-se que o termo "finalista" é aqui empregado no sentido de que o direito penal se orienta teleologicamente — como, entre outras, a teoria dos bens jurídicos demonstraria — e persegue, através da cominação, aplicação e execução da pena, fins: von Liszt, que mais consequentemente trouxe, inspirando-se em Ihering, a idéia de fim para o direito penal, falava numa "pena de fim", em oposição a uma pena que se esgotasse na retributividade. Tal emprego do termo finalista nada tem a ver com as transformações na teoria do crime, elaboradas na metade deste século, principalmente por Hans Welzel, que receberam o nome de "teoria da ação final", ou "teoria finalista", ou ainda simplesmente "finalismo".

13 *Manual*, cit., p. 55. Também a "contutividade" é um atributo geral do direito (Navarrete, op. cit., p. 106).

14 Registra Zaffaroni que a característica que distingue o direito penal de outros ramos não está senão "no meio mediante o qual provê à segurança jurídica: a pena" (*Manual*, cit., p. 55).

§ 9º

O princípio da legalidade

O princípio da legalidade, também conhecido por "princípio da reserva legal"¹ e divulgado pela fórmula "nullum crimen nulla poena sine lege", surge historicamente com a revolução burguesa e exprime, em nosso campo, o mais importante estágio do movimento então ocorrido na direção da positividade jurídica e da publicização da reação penal. Por um lado resposta pendular aos abusos do absolutismo e, por outro, afirmação da nova ordem, o princípio da legalidade a um só tempo garantia o indivíduo perante o poder estatal e demarcava este mesmo poder como o espaço exclusivo da coerção penal. Sua significação e alcance políticos transcendem o condicionamento histórico que o produziu, e o princípio da legalidade constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo.

Devemos abandonar a tarefa, mais própria de antiquário que de historiador, como diria Marc Bloch², de respigar em textos romanos alguma afinidade — ainda que sonora — com o princípio, ou de cismar sobre a passagem do artigo 39 da *Magna Charta* — que continha, segundo opinião dominante,

1 Essa a preferência de Fragozo, *Lições*, cit., p. 84. Muñoz Conde usa a designação "princípio da intervenção legalizada", o que lhe permite emparelhá-lo ao princípio da intervenção mínima num quadro geral de limitação do poder punitivo estatal (*Introducción*, cit., p. 58).

2 *Introdução à História*, trad. M. Manuel e R. Grácio, ed. Europa-América, 4ª ed., s/d, p. 43.

mera garantia processual restrita aos poucos "homens livres" —, à procura de um antecedente³.

O artigo 9º da Declaração de Direitos da Virgínia (12.jun.1776) afirmava que as leis com efeito retroativo, feitas para punir delitos anteriores a sua existência, são opressivas e não devem ser promulgadas. A seção 9º do artigo I da Constituição americana (17.set.1787) proíbe a promulgação de decreto de proscição (*Bill of Attainder*) ou de lei retroativa (*ex post facto Law*). O artigo VIII da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26.ago.1789) prescrevia que ninguém fosse punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao crime (*loi établie et promulguée antérieurement au délit*). Parece que o primeiro corpo de leis penais a incluir o princípio foi a codificação de D. José II da Áustria, de 1787 (*Josephina*).

A fórmula latina foi cunhada e introduzida na linguagem jurídica pelo professor alemão Paulo João Anselmo Feuerbach (1775-1833), especialmente em seu Tratado que veio a lume em 1801⁴. Ao contrário do que se difunde frequentemente, das obras de Feuerbach não consta a fórmula ampla "nullum crimen nulla poena sine lege"; nelas se encontra, sim, uma articulação das fórmulas "nulla poena sine lege", "nullum crimen sine poena legali" e "nulla poena (legalis) sine crimine"⁵. Um dos pilares sobre os quais se assentava a construção feuerbachiana estava em sua concepção preventivo-geral da pena, entendida como "coação psicológica". Se a intimidação era a mais relevante função da pena, e sua inflição

3 O princípio da legalidade era desconhecido do direito romano, ensina Mestieri (op. cit., p. 81). Os antecedentes anteriores à ilustração, como a *Magna Charta* de 1215 e a *Constituição criminalis carolingia* de 1536, não possuem o sentido moderno deste princípio, ensina Mir Puig (op. cit., p. 142). A referência à lei da terra ("vel per legem terrae") ao final do artigo 39 da *Magna Charta*, segundo opiniões respeitáveis, invoca os costumes (Luis C. Cabral, *Ubicación histórica del principio nullum crimen nulla poena sine lege*, B. Aires, 1958, p. 51).

4 Paulo João Anselmo Feuerbach foi pai do famoso filósofo Ludwig Feuerbach.

5 Cattaneo, Mario, *Anselm Feuerbach — filósofo e giurista liberale*, Milão, 1970, p. 451.

deveria reforçar esse efeito intimidatório, só poderia ser infligida a pena com a qual a própria lei ameaçara⁶. Outro pilar estava em seu arraigado liberalismo, que através do código penal não só pretendia a defesa do estado diante do criminoso mas também do criminoso diante do estado⁷. É inegável, por fim, o influxo da concepção contratualística e da questão — predominante no debate político da época — da divisão de poderes, tão presentes no classicismo penal, como se pode constatar, por exemplo, em Beccaria⁸.

O princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da "previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado", que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do "sentimento de segurança jurídica" que postula Zaffaroni⁹. Além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta na lei. Está o princípio da legalidade inscrito na Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁰ e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹¹.

6 Cattaneo, op. cit., p. 452; Fragoso, *Lições*, cit., p. 93; Muñoz Conde, *Introducción*, cit., p. 87.

7 Ernst Bloch, *Derecho natural y dignidad humana*, trad. F. Vircey, Madrid, 1980, p. 265.

8 "Apenas as leis podem fixar as penas com relação aos delitos praticados; e esta autoridade não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade agrupada por um contrato social. Nenhum magistrado (que também faz parte da sociedade) pode, com justiça, infligir penas contra outro membro da mesma sociedade" (*Dos delitos e das penas*, trad. A. Carlos Campana, S. Paulo, 1978, p. 109).

9 Roxin, *Iniciación al derecho penal de hoy*, trad. M. Conde e Luzón Peña, Sevilla, 1981, p. 98; Zaffaroni, *Manual*, cit., p. 49.

10 Art. XI, 2: "Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso".

11 Art. 9º: "Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em

Entre nós, o princípio figura na Constituição, entre os direitos e garantias fundamentais¹² e no artigo 1º do Código Penal, com a seguinte redação: "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal". A abrangência do princípio inclui a pena *cominada* pelo legislador, a pena *aplicada* pelo juiz e a pena *executada* pela administração, vedando-se que critérios de aplicação ou regimes de execução mais severos possam retroagir. No que tange à execução da pena, até mesmo a matéria disciplinar está agora comprometida com o princípio da legalidade, como se vê do artigo 45 da Lei de Execução Penal¹³.

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

Pode o princípio da legalidade, visto pelo prisma de garantia individual, ser decomposto em quatro funções, que examinaremos a seguir.

Primeira: proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*).

que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito."

12 Art. 5º, inc. XXXIX: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Todas as Constituições brasileiras proclamaram o princípio: C. 1824, art. 149, nº 11; C. 1891, art. 72, § 15; C. 1934, art. 113, nº 26; C. 1937, art. 122, nº 13; C. 1946, art. 141, § 27; C. 1967/E, 69, art. 153, § 16 (cuja redação, nas palavras de Pontes de Miranda, constituiu "documento histórico da insuperada mediocridade governante de 1964-1967") (*Comentários à Constituição de 1967*, S. Paulo, 1971, t. V, p. 242).

13 Lei nº 7.210, de 11.jul.84 — Lei de Execução Penal (LEP), art. 45: "Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar".

Temos aqui a função "histórica" do princípio da legalidade, que surgiu exatamente para reagir contra leis *ex post facto*. Tudo que se refira ao crime (por exemplo, supressão de um elemento integrante de uma justificativa, qual a *vox imminente*" na legítima defesa) e tudo que se refira à pena (por exemplo, reificação gravosa na disciplina da prescrição) não pode retroagir em detrimento do acusado. É hoje opinião doutrinária dominante que a irretroatividade deva aplicar-se também às medidas de segurança¹⁴. Note-se que a lei penal retroagirá sempre que beneficiar o acusado, seja pela revogação da norma incriminadora (*abolitio criminis*), seja por qualquer outro modo (art. 2º CP)¹⁵, excetuando-se as chamadas leis excepcionais (promulgadas em face de situações especialmente calamitosas ou conflitivas) e leis temporárias (promulgadas com termo de vigência) — (art. 3º CP). O aprofundamento dessas questões, bem como a caracterização do que seja, na hipótese de concurso, a lei mais favorável, pertencem à teoria da lei penal.

Sustentou-se que o chamado Tribunal de Nuremberg violou o princípio da legalidade, sob o aspecto da irretroatividade da lei penal. No Brasil, o caso mais escandaloso foi a imposição, por decreto, da pena de banimento a presos cuja liberdade era reclamada como resgate de diplomatas seqüestrados por organizações políticas clandestinas, durante a ditadura militar. Sem reserva legal e sem processo, os presos — que nada haviam feito — eram atingidos por autêntico *bill of attainder*, impondo-se-lhes uma pena não contemplada previamente em lei.

14 Não entre nós; anteriormente, através do argumento positivista de que as medidas de segurança deviam ser usadas como um remédio; agora, porquanto reduzidas a internação ou tratamento de inimputáveis ou semi-imputáveis. Cf. Fragozo, *Lições*, cit., p. 94.

15 Por força do inc. XL do art. 5º CR, a irretroatividade da lei mais benéfica tem caráter de garantia individual, impondo-se ao legislador penal.

Segunda: proibir a criação de crimes e penas pelo costume (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*).

Só a *lei escrita*, isto é, promulgada de acordo com as previsões constitucionais, pode criar crimes e penas: não o costume. "Destacar a exclusão do costume como fonte de crimes e penas", frisa Mir Puig, é exigência do princípio da legalidade¹⁶. Isso não significa, por certo, que os costumes não participem da experiência jurídico-penal: Assis Toledo assinala tratar-se de "equívoco a suposição de que o direito costumeiro esteja totalmente abolido do âmbito penal"¹⁷. De fato, é indiscutível que os costumes desempenham uma função *integrativa*, que provém principalmente de sua influência no direito privado¹⁸. Tal função integrativa se apresenta na elucidação de elementos de alguns tipos penais (por exemplo, "mulher honesta" no tipo do rapto — art. 219 CP —, ou "ato, objeto ou recitação obscenos", nos tipos de ultraje público ao pudor — arts. 233 e 234 CP)¹⁹. Apresenta-se ela igualmente no conceito central (dever objetivo de cuidado) dos tipos culposos, sempre que a atividade dentro da qual ocorreu o fato não

16 *Introducción*, cit., p. 145.

17 *Princípios básicos de direito penal*, S. Paulo, 1986, p. 24.

18 Costa e Silva, *Comentários ao código penal brasileiro*, S. Paulo, 1967, p. 17; Aníbal Bruno, op. cit., p. 189.

19 Hungria afirma que, no ultraje público ao pudor, "a lei penal se reporta a um *costume social*, isto é, à moralidade coletiva em torno dos fatos da vida social, ficando subordinada, para o seu entendimento e aplicação, à variabilidade, no tempo e no espaço, desse costume" (*Comentários ao código penal*, Rio, 1958, v. I, t. I, p. 94). Advirta-se para os riscos de aceitar-se, acriticamente, o conceito de "moralidade coletiva" numa sociedade de classes. Ensina Adolfo Sandez Vásquez ser "evidente a natureza particular da moral nas sociedades classistas, em face da pretensão de uma moral universalmente válida" (*Ética*, trad. J. Dell'Anna, Rio, 1970, p. 199). "Dificilmente as classes dominantes conseguem impor a moral por elas elaborada à totalidade da sociedade" (Cesare Luporini, *As raízes da vida moral*, in Della Volpe et al., *Moral e sociedade*, trad. N. Rissone, Rio, 1969, p. 65); entretanto, através de conceitos como "moralidade coletiva", o direito pode transformar a coerção penal no mais terrível instrumento de sua imposição.

esteja positivamente regulamentada de modo exaustivo²⁰, como também em justificativas (pense-se no exercício regular do direito — art. 23, inc. III CP — enquanto aplicação de castigos físicos na correção educacional de menores). Negativamente, geralmente, uma função *derrogatória* aos costumes (*desuetudo* penal); Oscar Stevenson a reconheceu em hipóteses que trataríamos hoje como "adequação social da ação" (perfuração de orelhas para uso de brincos, circuncisão), dele dissentindo Hungria²¹. A verdade é que a adequação social da ação, seja enquanto justificativa de caráter consuetudinário (assim a concebeu Welzel durante longo período), seja enquanto princípio de interpretação que reinsere os tipos penais numa sociedade historicamente determinada (como a concebeu o último Welzel), está indissolivelmente ligada aos costumes²². Podemos, assim, concluir que o princípio da legalidade proíbe a intervenção dos costumes apenas — porém incondicional e totalizantemente — no que concerne à criação (definição ou agravamento) de crimes e penas.

Inscreve-se aqui a questão das fontes. Fonte de produção (ou material) do direito penal é o Congresso Nacional, ao qual, com exclusividade, a Constituição da República defere o poder de legislar em matéria penal (art. 22, inc. I e 48). Segundo Aníbal Bruno, em passagem de matiz historicista, muito acolhida, por trás dos órgãos estatais que ditam o direito estaria

20 Muñoz Conde vê a intervenção integrativa dos costumes no conceito de "diligência devida" na condução de automóveis (*Introducción*, cit. p. 89). Entre nós, a existência de um Código Nacional de Trânsito (lei n.º 5.108, de 21.set. 1966) extensamente regulamentado (decreto n.º 62.127, de 16.jan.1968, e inúmeros outros — cf. *Legislação de trânsito*, Brasília, 1984, ed. Ministério da Justiça, p. 50 ss), torna estritamente suplementar a intervenção dos costumes à hipótese. Juarez Tavares reconhece no desatendimento acuidado objetivo exigível ao autor do crime culposo uma "característica normativa aberta" (*Teoria do delito*, S. Paulo, 1980, p. 68). Assinala Heitor Costa Jr. a impossibilidade de descrição exaustiva da conduta punível nos crimes culposos (*Teoria dos crimes culposos*, Rio, 1988, p. 55).

21 Hungria, op. cit., p. 95.

22 Welzel, op. cit., p. 83 ss.

“a consciência do povo em dado momento do seu desenvolvimento histórico, consciência onde se fazem sentir as necessidades sociais e as aspirações da cultura, da qual uma das expressões é o fenômeno jurídico”²³. Essa linha de especulação, que substitui a modesta verificação da produção objetiva do direito pela música inconsistente de um “espírito nacional”, ou cumpre, se desenvolver, uma função ideológica de fazer passar por vontade do conjunto do corpo social a vontade de uma classe, ou estimula, se contraditória, uma simplificação mecanicista que — com muito maiores razões — pode situar no modo de produção as verdadeiras fontes do direito²⁴. Fonte direta de conhecimento (ou formal) de normas que definem crimes e cominam ou agravam penas é apenas e tão-somente a lei; muito adequadamente frisa Mestieri ser a lei penal “a fonte ou forma de expressão única do direito criminal quando se trata de definir infrações penais e cominar penas”²⁵. Além desse campo — porém muitas vezes, indireta ou suplementarmente, *neste mesmo campo*, como vimos acima — temos os costumes e os princípios gerais do direito penal, um dos quais estamos exatamente estudando neste momento. Especial importância têm os princípios constantes de documentos internacionais de direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, resolução da Organização das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, recomendação da IX Conferência Interamericana, de 2 de maio de 1948. Em novembro de 1969 foi firmada, em San José, Costa Rica, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como “*Pacto de San José da Costa Rica*”, que é o documento

23 Op. cit., p. 187; endossam-lhe as palavras Damásio (op. cit., p. 8) e Mirabete (op. cit., p. 29), entre outros.

24 Cirino dos Santos, *Direito penal*, cit., p. 24. Cf. ainda Konstantin Stoyanovich, *La pensée marxiste et le droit*, Vendôme, 1974, p. 45, para quem a vontade da classe dominante é fonte *formal* do direito.

25 Op. cit., p. 81. Afirma Bustos que a lei é a única fonte “para o poder punitivo estatal” (*Introducción*, cit., p. 35).

fundamental da proteção internacional dos direitos humanos no âmbito americano²⁶; o Brasil a subscreveu em 1986, já lhe havendo concedido o Congresso Nacional a aprovação constitucional²⁷.

Fala-se em “reserva absoluta” e “reserva relativa” de lei para aprofundar o entendimento de dispositivos constitucionais concernentes à reserva legal. A concepção de “reserva absoluta” postula que a lei penal resulte sempre do debate democrático parlamentar, cujos procedimentos legislativos, e só eles, teriam idoneidade para ponderar e garantir os interesses da liberdade individual e da segurança pública, cumprindo à lei proceder a uma “integral formulação do tipo”²⁸; dessa forma, só a lei em sentido formal poderia criar crimes e cominar penas, com “a obrigação de disciplinar de modo direto a matéria reservada”²⁹. A concepção de reserva relativa nega o monopólio do poder legislativo em assuntos penais³⁰ e admite que a matéria de proibição possa ser parcialmente definida por outras fontes de produção normativa, cabível que o legislador estabeleça estruturas gerais e diretrizes, a serem complementadas, as primeiras com observância das segundas, pelo regulamento³¹. A constitucionalidade das normas penais em branco de complementação heteróloga³² seria discutível à

26 Cf. Fragozo, *Direito penal e direitos humanos*, cit., p. 119 ss; Zaffaroni, *Manual*, cit., p. 94 ss; Lyra Filho, op. cit., p. 11 e 109.

27 Decreto Legislativo nº 5/89, D.C.N. de 2.jun.89.

28 Bricola, Franco, L'art. 25, commi 2° e 3° della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70, in *La questione criminale*, nº 2/3, Bolonha, 1980, p. 210; do mesmo autor, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milão, 1965, p. 233.

29 Siniscalco, Marco, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milão, 1969, p. 85.

30 Para uma concepção absoluta da reserva legal, não pode o Presidente da República editar medida provisória (art. 59, inc. V CR) sobre matéria penal.

31 Nilo Batista, Bases constitucionais do princípio da reserva legal, in *RDP* nº 35, p. 57.

32 Chamam-se normas penais em branco aquelas nas quais a conduta incriminada não está integralmente descrita, necessitando de uma complementação que se apresenta em outro dispositivo de lei (complementação homóloga), seja da própria lei penal (complementação homóloga homovitelina), seja de lei diversa

luz da reserva absoluta da lei. Em todo caso, como ensina Petrocelli, o complemento administrativo que passa a integrar uma norma penal está sujeito a todas as exigências que derivam do princípio da legalidade: o contrário significa violação do próprio princípio³³.

Terceira: proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*).

Chama-se analogia o procedimento lógico pelo qual o espírito passa de uma enunciação singular a outra enunciação singular (tendo, pois, caráter de uma indução imperfeita ou parcial), inferindo a segunda em virtude de sua semelhança com a primeira³⁴; no direito, teríamos analogia quando o jurista atribuisse a um caso que não dispõe de expressão regulamentação legal a(s) regra(s) prevista(s) para um caso semelhante. A fórmula básica da analogia, extraída de Atienza Rodríguez³⁵, vai a seguir grafada; nela, para nossos fins, "M"

(complementação homóloga heterovitelina), ou em fontes legislativas de hierarquia constitucional inferior, como o ato administrativo, ou a lei estadual ou municipal (complementação heteróloga). Foi o penalista alemão Karl Binding quem, dentro de seu projeto teórico de remeter a lei penal a um conjunto de normas distintas do próprio ordenamento jurídico-penal, empreendeu a primeira teorização importante a respeito de tais normas, cunhando-lhes a designação que, levemente alterada, ainda perdura (*Blankettsstrafgesetz*), e ainda formulando a seu respeito uma famosa expressão: dizia ele que, sem a proibição do completo da norma, a lei penal pareceria um corpo errante que busca sua alma (*ein irrender Körper seine Seele sucht*). Cf. Binding, *Die Normen und ihre Überretung*, Utrecht, 1965, v. I, p. 162; Thompson, Augusto, Lei penal em branco e retroatividade benéfica, in *Rv. Dir. Procuradoria Geral E. Guanabara*, Rio, 1968, v. 19, p. 223; Nilo Batista, Observações sobre a norma penal e sua interpretação, *RDP* n.º 17/18, p. 87. O estudo das normas penais em branco pertence à teoria da lei penal.

33 Norma penal e regulamentação, in *Saggi di diritto penale*, 2.ª série, Pádua, 1965, p. 161.

34 Maritain, *Lógica menor*, trad. I. Neves, Rio, 1972, p. 308; Puigarnau fala de indução reconstrutiva (*Lógica para juristas*, Barcelona, 1969, p. 127).

35 *Sobre la analogía en el derecho*, Madrid, 1986, p. 48. —

e "S" representarão condutas humanas e "P" representará não apenas proibido, mas proibido sob cominação de pena:

(1) M é P

(2) S é semelhante a M

(3) S é P

Salta aos olhos a total inaplicabilidade da analogia, perante o princípio da legalidade, a toda e qualquer norma que defina crimes e comine ou agrave penas, cuja expansão lógica, por qualquer processo, é terminantemente vedada, havendo neste ponto unanimidade na doutrina brasileira.

Como vimos, o direito penal nazista utilizava-se largamente da analogia. O artigo 1.º do código penal dinamarquês de 1930 estipula que "ninguém pode ser punido com pena senão por atos cujo caráter criminoso esteja consignado em lei, ou que sejam inteiramente assimiláveis a tais atos", mas parece que a cláusula analógica é reconstruída pela doutrina sem lesão ao princípio da legalidade³⁶. Na União Soviética, desde o código de 1960, que se seguiu às "bases" de 1958, a analogia é uma "instituição abolida"³⁷. Na China, mesmo após o código de 1979, a predominância de um conceito material de crime, definido como um ato que ofenda a soberania do estado, a integridade do território, o regime da ditadura do proletariado, a revolução e a edificação socialistas, a ordem

36 Zaffaroni, *Manual*, cit., p. 136.

37 Zdravomislav et al, *Derecho penal soviético*, trad. N. Mora e J. Guerrero, Bogotá, 1970, p. 52. Em 25 de dezembro de 1958, o Soviète Supremo da União promulgou princípios fundamentais que deveriam constituir as bases dos novos códigos das repúblicas federadas ("Bases"). Em 27 de outubro de 1960, a República Socialista Federativa Soviética da Rússia, certamente a mais importante e influente das 15 repúblicas federadas, promulgou seu novo código penal (e também um novo código de processo penal e uma lei de organização judiciária). Quer em seu artigo 3.º (fundamentos da responsabilidade penal), quer em seu artigo 7.º (conceito de crime), o componente material da "ação socialmente perigosa" está condicionado à "previsão legal", podendo, ao contrário, a defecção da primeira suprimir a eficácia da segunda (art. 7.º, segunda parte).

pública, os bens públicos, os bens coletivos das massas trabalhadoras e os bens pessoais dos cidadãos, os direitos individuais e democráticos dos cidadãos e ainda todo ato socialmente nocivo, deixa as portas abertas ao indiscriminado emprego da analogia³⁸.

No Brasil, muitas vezes admitiu-se e praticou-se a analogia vedada. Rememora Fragoso um decreto-lei do Estado Novo (n.º 4.166, de 11.mar.42) que "expressamente autorizava o recurso à analogia"³⁹. A punição do apoderamento ilícito de aeronaves (então fato atípico entre nós) a título de *sequestro*, pelos tribunais, durante a ditadura militar, implicou analogia. Em seu importante trabalho, Rosa Cardoso demonstra como a admissão de pessoas jurídicas na posição de sujeito passivo do crime de difamação previsto no Código Penal (art. 139, entre os "crimes contra a pessoa", e usando a *vox* "alguém", caracterizadora de pessoa humana) representou emprego de analogia⁴⁰.

Vedado o acesso da analogia naquilo que Aníbal Bruno chamava de "direito penal estrito", ou seja, o direito penal criador de crimes e cominador de penas, tem ela as portas abertas para cumprir suas funções integrativas em todo o restante ordenamento jurídico-penal; e como este se estrutura numa dualidade tensiva (opondo às normas que definem crimes e cominam ou agravam penas outras que, sob as mais diversas circunstâncias, excluem ou reduzem a punibilidade, na mais ampla acepção deste termo), segue-se que é possível formular um critério prático e constatável para essa analogia

38 Tsieng Tche-Hao, *Le droit chinois*, Vendôme, 1982, p. 112; cf. também Dell'Aquila, *Il diritto cinese*, Pádua, 1981, p. 193. Na Inglaterra, com seu peculiar sistema jurídico, o poder judicial de declarar ou ampliar analogicamente um crime "parece não haver desaparecido inteiramente" (Curzon, *Criminal law*, Londres, 1973, p. 9), embora nos últimos tempos fosse exercido rara e limitadamente, e, é claro, "with the greatest reluctance" (op. cit., p. 7). Zaffaroni, entretanto, menciona um ato de 1972 que teria posto termo àquele poder (*Manual*, cit., p. 135), tornando indispensável a base estatutária.

39 Lições, cit., p. 95.

40 O caráter retórico do princípio da legalidade, P. Alegre, 1979, p. 104.

admitida: é aquela que favorece o acusado, é a analogia *in bonam partem*. Há quase unanimidade nos autores brasileiros quanto ao acolhimento da analogia *in bonam partem*⁴¹, com exceção, que resulta de imperativo lógico, de normas excepcionais⁴². Ninguém estabeleceu a regra da analogia *in bonam partem* de maneira mais formosa e exata do que Carrara: "Per analogia non si può estendere la pena da caso a caso: per analogia si deve estendere da caso a caso la scusa"⁴³.

O artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil recomenda que, na omissão da lei, o juiz decida "de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". Temos, no direito penal, limites a tal recomendação, derivados do princípio da reserva legal, limites esses que incidem sobre as normas que definem crimes e cominam ou agravam penas. Além desses limites, o desenvolvimento do direito penal, pela colmatagem de suas lacunas, só encontra a fronteira político-criminal da intervenção mínima, também expressa em seu caráter fragmentário — que será mais tarde examinado.

Observe-se, por fim, que alguns autores questionam a real vigência lógica e lingüística da proibição da analogia, mesmo dentro dos limites assinalados. Kaufmann chegou a dizer que "não há um só fato criminoso cujos contornos estejam fixados em lei: por todos os lados os lindes estão abertos"⁴⁴.

Quarta: proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).

41 Cf. Toledo, op. cit., p. 25; A. Bruno, op. cit., p. 209; Fragoso, *Lições*, cit., p. 83; Mirabete, op. cit., p. 30; Dumásio, op. cit., p. 48. Dissentia do entendimento, isoladamente, Nélson Hungria (op. cit., p. 91).

42 A norma excepcional instaura um regime distinto e especial para determinada hipótese: regula a exceção, subtrai o caso ao qual se destina a disciplina geral. É óbvio que admitir, aqui, a analogia, é destruir o próprio conceito de norma excepcional. Convém registrar que as causas gerais de exclusão da antijuricidade e da culpabilidade não são normas excepcionais, como supunha Hungria, até por serem gerais: admitem, portanto, o exercício analógico.

43 Op. cit., p. 368 (§ 890, nota 1, *in fine*).

44 Op. cit., p. 42.

A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos. Formular tipos penais "genéricos ou vazios", valendo-se de "cláusulas gerais" ou "conceitos indeterminados" ou "ambíguos"⁴⁵, equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e politicamente muito mais nefasto e perigoso. Não por acaso, em épocas e países diversos, legislações penais votadas à repressão e controle de dissidentes políticos escolhiam precisamente esse caminho para a perseguição judicial de opositores do governo. Soler registrou que se recorre com frequência a esse expediente em caso de delitos criados deliberadamente com intenção política⁴⁶. No Brasil, as famigeradas leis de segurança nacional compunham autêntico florilégio de tipos penais violadores, pela construção de crimes vagos, do princípio da legalidade, e coube especialmente a Fragozo, em inúmeros trabalhos, profligar-lhes tal vício⁴⁷. A vigente lei de segurança nacional (lei n.º 7.170, de 14.dez.83),

45 Toledo, op. cit., p. 28; Mir Puig, op. cit., p. 146; Muñoz Conde, *Introducción*, cit., p. 96; Roque de Brito Alves, op. cit., p. 226. Em sua origem histórica, a clareza do texto legal estava associada ao princípio liberal da autodeterminação da conduta a partir do conhecimento da lei (intimidação); Marat preconizava "qu'il n'y ait rien d'obscur, d'incertain, d'arbitraire" em tema de crimes e penas, por ser necessário "que chacun entende parfaitement les loix, et sache à quoi il s'expose en les violant" (*Plan de législation criminelle*, Paris, 1974, p. 68).

46 La formulación actual del principio nullum crimen, in *Fe en el derecho*, B. Aires, 1956, p. 284.

47 Em diversos artigos, relatórios da OAB e defesas de presos políticos, Heleno Fragozo se deteve na denúncia da violação do princípio da legalidade pela criação de tipos penais vagos e indeterminados; cf. *Lei de segurança nacional — uma experiência antidemocrática*, P. Alegre, 1980; *Terrorismo e criminalidade política*, Rio, 1981; *Direito penal e direitos humanos*, Rio, 1977; *Advocacia da liberdade*, Rio, 1984. Sobre a legislação de segurança nacional, no Brasil, cf. ainda Evaristo de Moraes Filho, A., *Lei de segurança nacional — um atentado à liberdade*, Rio, 1982; Roberto Martins, *Segurança nacional*, S. Paulo, 1986; Nilo Batista, *Lei de segurança nacional: o direito da tortura e da morte*, in *Temas de direito penal*, Rio, 1984, p. 11 ss.

considerada por muitas como palatável forma evolutiva das anteriores, incrimina, em seu artigo 15, "praticar sabotagem contra instalações militares, meios de comunicação, meios e vias de transporte, estaleiros, portos, aeroportos, fábricas, usinas, barragens, depósitos e outras instalações congêneres", estabelecendo seu § 2.º a punição dos "atos preparatórios de sabotagem". Se "praticar sabotagem" configura, já por si, um núcleo bastante indeterminado para o tipo, seus atos preparatórios são infinitamente multiformes; por outro lado, quem, em estado de sanidade mental, será capaz de definir "instalações congêneres", a um só tempo, de uma estrada, uma fábrica, uma usina e um depósito?⁴⁸

Alguns autores deslocam a ênfase para a subjetivização da imprecisão do preceito, isto é, para o aspecto de que o preceito deve ser "determinado e especificado de modo tal a fazer ver claramente ao cidadão a conduta a seguir, e os limites do próprio livre comportamento"⁴⁹. Tal aspecto, importante sem dúvida, é predominantemente nas teorias preventivo-gerais, mais ou menos remontáveis a Feuerbach, que se constroem a partir da ideia de *intimidação penal*; sua crítica deverá considerar os problemas da ineficácia motivadora da norma penal (que pertence à criminologia) e da ficção da presunção do conheci-

48 Essas e outras observações constam de um artigo publicado quando o anteprojeto governamental foi remetido ao Congresso Nacional. Escrevia-se, ali: "o ilícito deve estar perfeitamente demarcado, até para advertência do cidadão, mas principalmente para evitar sua manipulação insidiosa quando da aplicação da lei. Dizer 'punem-se os atos preparatórios da sabotagem' é não dizer nada, porque cientificar-se do preço de componentes de um explosivo é um ato preparatório, tanto quanto comprar uma fita adesiva. Quando atos preparatórios de determinado delito apresentam suficiente nocividade, o legislador do estado de direito democrático constitui novos delitos (geralmente, de perigo), *perfeita e claramente demarcados*" (Nilo Batista, Para que serve essa boca tão grande? — observações sobre o anteprojeto governamental da lei de segurança do estado, in *Temas de direito penal*, cit., p. 34 ss).

49 Petrocelli, *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, in *Saggi 2.ª série*, cit., p. 193. A uma "função pedagógica de motivar o comportamento" se refere Toledo (op. cit., p. 28).

mento da lei (que é estudado na teoria do crime, ao tratar-se do erro). De qualquer modo, é correto extrair-se, do texto constitucional brasileiro ("lei anterior que o defina"), um *direito* subjetivo público de conhecer o crime, correlacionando-o a um dever do Congresso Nacional de legislar em matéria criminal sem contornos semânticos difusos. Com toda a procedência se observa, diante das graves medidas restritivas que se abatem sobre o acusado num processo criminal, que a criação de incriminações vagas e indeterminadas transcende a violação do princípio da legalidade para ofender diversos direitos humanos fundamentais⁵⁰.

Não é permitido, igualmente, tratando-se de penas graduáveis, que o legislador não estabeleça uma escala de merecimento penal, com pólos mínimo e máximo, ou a estabelecça com extensão tão ampla que instaure na prática a insegurança jurídica, diante de soluções radicalmente diferentes para fatos pelo menos tipicamente assimiláveis, favorecendo um perigoso arbórito judicial. A individualização legal da pena, através da criteriosa cominação — o que supõe uma distribuição ponderada de penas (mantendo correspondência com a maior ou menor gravidade dos crimes), limites (mínimo e máximo) claramente fixados para cada crime, e um nítido sistema de atenuação/agravação —, abre perspectivas para a fértil mobilidade da individualização judicial, com a consideração *daquela* conduta humana na aplicação da pena, e garante em tese os limites e o sentido da individualização administrativa, quando deveria ocorrer, na execução da pena, a mais próxima e frutuosa consideração *daquele* homem. A individualização da pena tem, no Brasil, o *status* de garantia individual expressamente contemplada (art. 5º, inc. XLVI CR). A clareza na cominação da pena, desse modo, expande os efeitos do princípio da legalidade, impedindo sua violação no nível da aplica-

50 Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina — informe final*, B. Aires, 1986, p. 16.

ção e da execução, sem negar — antes, reafirmando, pela positividade jurídica — a idéia de individualização.

É possível distinguir, como fez Zaffaroni⁵¹, algumas modalidades mais freqüentes de violação do princípio da legalidade pela criação de incriminações vagas e indeterminadas, tal como se segue.

a) *Ocultação do núcleo do tipo*. O verbo que exprime a ação, nos crimes comissivos dolosos, pode ser chamado de núcleo do tipo penal correspondente. Esse verbo pode estar oculto por completo, como no art. 110 do decreto-lei nº 73, de 21.nov.66⁵², ou pode ocultar-se atrás de outro verbo que denote tão-somente um agir vago e indeterminado, como no artigo 240 CP⁵³. Quase sempre, tais vícios são devidos ao equívoco observado por Soler: ter sido o tipo "construído sobre a consequência"⁵⁴ e não sobre a ação. Veja-se, por exemplo, o artigo 149 CP⁵⁵, inteiramente construído sobre o resultado lesivo da liberdade individual que pretende tutelar.

b) *Emprego de elementos do tipo sem precisão semântica*. O que será exatamente o estado de "perigo moral" do artigo 245 CP, ou a "casa mal-afamada" à qual não se deve permitir o acesso do menor de 18 anos, que nela poderá conviver com "pessoa viciosa ou de má vida", e talvez assistir a um "espetáculo capaz de pervertê-lo" (art. 247, inc. I e II CP)?

51 *Sistemas...* — *informe final*, cit., p. 17.

52 "Constitui crime contra a economia popular, punível de acordo com a legislação respectiva, a ação ou omissão, pessoal ou coletiva, de que decorra a insuficiência das reservas e de sua cobertura, vinculadas à garantia das obrigações das sociedades seguradoras." Essa norma viola o princípio da legalidade também quanto à pena, já que a legislação de economia popular (lei nº 1.521, de 26.dez.51) prevê escalas penais diferentes para diferentes crimes, não se podendo precisar a qual delas quis referir-se o redator do texto acima transcrito (que consegue, em autêntico recorde, violar também o princípio da culpabilidade).

53 "Cometer adultério".

54 Op. cit., p. 285. Ensinava Bustos que "as normas só podem proibir (ou ordenar ou permitir) ações e não resultados" (*Bases críticas de um nuevo derecho penal*, Bogotá, 1982, p. 75).

55 "Reduzir alguém a condição análoga à de escravo".

Tais elementos normativos não dispõem de um sistema de referência que permita um nível aceitável de "certeza típica", o que já não ocorrerá com elementos normativos jurídicos que remetam a conceitos anteriormente delineados⁵⁶. Costuma ser frequente a imprecisão, mesmo em elementos descritivos, nas legislações de caráter político: pense-se nos "serviços públicos reputados essenciais para a defesa, a segurança ou a economia do país", ou na incitação "à subversão da ordem política ou social" dos artigos 15, § 1º, al. b e 23, inc. I da lei nº 7.170, de 14.dez.83.

c) *Tipificações abertas e exemplificativas*. Adverte com propriedade Everardo da Cunha Luna que "o maior perigo atual para o princípio da legalidade, em virtude da forma com que se apresenta, são os chamados tipos penais abertos ou amplos", que, se alcançaram nos crimes culposos um nível de caracterização orgânica bastante seguro, têm, como lembra Zaffaroni, "limites muito perigosos nos crimes dolosos de perigo"⁵⁷. Riscos existem também nos crimes comissivos por omissão, a despeito da previsão legal das fontes do dever jurídico de agir (art. 13, § 2º, al. a, b e c CP). Formulações típicas ou majorantes de pena que se valem da enunciação descritiva de alguns elementos, seguida de uma cláusula de caráter analógico, são igualmente perigosas; para o primeiro caso, veja-se o artigo 147 CP; para o segundo, o artigo 226, inc. II CP⁵⁸.

56 Zaffaroni, *Sistemas* ... — *informe final*, cit., p. 18. Fragoso admite que os elementos normativos "enfraquecem a função de garantia da lei penal", embora não violem o princípio da legalidade (*Lições*, cit., p. 97).

57 Cunha Luna, *Capítulos*, cit., p. 33; Zaffaroni, *Sistemas*... — *informe final*, cit., p. 18.

58 Art. 147: "Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico de causar-lhe mal injusto e grave." Art. 226: "A pena é aumentada de quarta parte: (...) II — se o agente é ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela." Damásio reuniu todos os casos que se apresentam no código penal brasileiro (op. cit., p. 39).

Partindo de elementos da lingüística, particularmente de Saussure, Rosa Cardoso questiona na linguagem jurídica a pretensão de estabelecer sentidos originários e unívocos para as expressões legais, com o que a proibição de incriminações vagas e indeterminadas tornar-se-ia inviável, "pela dependência que a significação jurídica possui de termos que integram campos associativos ausentes em seu discurso"⁵⁹. O exame dessa atraente contribuição deve situar-se no campo da interpretação da lei, que integra a teoria da lei penal.

59 Op. cit., pp. 105, 86, 97 ss. Cf. Kaufman, op. cit., p. 40

§ 10

O princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima foi também produzido por ocasião do grande movimento social de ascensão da burguesia, reagindo contra o sistema penal do absolutismo, que mantivera o espírito minuciosamente abrangente das legislações medievais. Montesquieu tomava um episódio da história do direito romano para assentar que “quando um povo é virtuoso, bastam poucas penas”; Beccaria advertia que “proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos”¹; e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão prescrevia que a lei não estabelecesse senão penas “estrita e evidentemente necessárias” (art. VIII).

Tobias Barreto percebeu que “a pena é um meio extremo, como tal é também a guerra”². E, de fato, por constituir ela, como diz Roxin, a “intervenção mais radical na liberdade do indivíduo que o ordenamento jurídico permite ao estado”³, entende-se que o estado não deva “recorrer ao direito penal e sua gravíssima sanção se existir a possibilidade de garantir uma proteção suficiente com outros instrumentos jurídicos

não-penais”, como leciona Quintero Olivares⁴. O conhecimento de que a pena é, nas palavras deste último autor, uma “solução imperfeita” — conhecimento que, de Howard⁵ até a mais recente pesquisa empírica, a instituição penitenciária só logrou fortalecer — firmou a concepção da pena como *ultima ratio*: o “direito penal só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, e as perturbações mais leves da ordem jurídica são objeto de outros ramos do direito”⁶. O princípio da intervenção mínima não está expressamente inscrito no texto constitucional (de onde permitiria o controle judicial das iniciativas legislativas penais) nem no código penal, integrando a política criminal; não obstante, impõe-se ele ao legislador e ao intérprete da lei, como um daqueles princípios imanes a que se referia Cunha Luna⁸, por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídico-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos do estado de direito democrático⁹.

Ao princípio da intervenção mínima se relacionam duas características do direito penal: a *fragmentariedade* e a *subsidiariedade*. Esta última, por seu turno, introduz o debate sobre a *autonomia* do direito penal, sobre sua natureza *constitutiva* ou *sancionadora*.

4 *Introducción al derecho penal*, Barcelona, 1981, p. 49.

5 John Howard (1726-1790), sensibilizado pela situação das prisões inglesas, empreendeu uma viagem por inúmeros países (Holanda, Bélgica, França, Alemanha, Itália, Portugal, Espanha e Rússia), publicando, em 1776, um livro — *The state of prisons* — que provocou, na Inglaterra, a aprovação de leis humanizadoras (chamadas *Howard's acts*), e inspirando em inúmeros outros países medidas semelhantes; alguns autores o consideram o pai do “penitenciário”.

6 Muñoz Conde, *Introducción*, cit., p. 59.

7 Uma república que tenha como fundamento “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, inc. III CR) e como objetivos a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária” e a promoção do “bem de todos” (art. 2º, incs. I e IV CR) deve conter, pelo menos, a inflação penal.

8 Op. cit., p. 30.

9 “O princípio da intervenção mínima se converte, assim, num princípio político-criminal limitador do poder punitivo do estado” — Muñoz Conde, *Introducción*, cit., p. 71.

1 Montesquieu, *Do espírito das leis*, trad. F.H. Cardoso e L.M. Rodriguez. S. Paulo, 1962, p. 109; Beccaria, op. cit., p. 307.

2 Op. cit., p. 56.

3 *Iniciación*, cit., p. 23.

Quem registrou pela primeira vez o caráter fragmentário do direito penal foi Binding, em seu Tratado de Direito Penal Alemão Comum — Parte Especial (1896), e desde então esse tema sempre se faz presente na introdução ao estudo da parte especial do código penal (que costuma ser chamada de “parte geral da parte especial”). Mas enquanto Binding se preocupava com a superação do caráter fragmentário das leis penais, das lacunas daí decorrentes e seus efeitos na proteção dos bens jurídicos, implicando a questão da analogia¹⁰, modernamente se reconhecem as virtudes políticas da fragmentariedade, cabendo a exata observação de Mir Puig, sobre a influência, nessa mudança, da passagem de concepções penais absolutas, como a de Binding, para concepções penais relativas¹¹. De fato, se o fim da pena é fazer justiça, toda e qualquer ofensa ao bem jurídico deve ser castigada; se o fim da pena é evitar o crime, cabe indagar da necessidade, da eficiência e da oportunidade de cominá-la para tal ou qual ofensa. Constitui-se assim o direito penal como um *sistema descontinuo de ilícitos*, bastando folhear a parte especial do Código Penal para percebê-lo. Supor que a legislação e a interpretação tenham como objetivo preencher suas lacunas e garantir-lhe uma totalidade é, como frisa Navarrete, “falso em seus fundamentos e incorreto enquanto método interpretativo, seja do ângulo político-criminal, seja do ângulo científico”¹². Como ensina Bricola, a *fragmentariedade* se opõe a “uma visão onicompreensiva da tutela penal, e impõe uma seleção seja dos bens jurídicos ofendidos a proteger-se, seja das formas de ofensa”¹³.

A subsidiariedade do direito penal, que pressupõe sua fragmentariedade¹⁴, deriva de sua consideração como

¹⁰ *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, B.T., Leipzig, 1902, p. 20.

¹¹ Op. cit., p. 127.

¹² Op. cit., p. 99.

¹³ Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela, in De Acetis et al. (org.), *Funzioni e limiti del diritto penale*, Milão, 1984, p. 4. Cf. Toledo, op. cit., p. 14.

¹⁴ Navarrete, op. cit., p. 103.

“remédio sancionador extremo”¹⁵, que deve portanto ser ministrado apenas quando qualquer outro se revele ineficiente; sua intervenção se dá “unicamente quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito”¹⁶. Como ensina Maurach, não se justifica “aplicar um recurso mais grave quando se obtém o mesmo resultado através de um mais suave: seria tão absurdo e reprovável criminalizar infrações contratuais civis quanto cominar ao homicídio tão-só o pagamento das despesas funerárias”¹⁷. Foi observado por Roxin que a utilização do direito penal “onde bastem outros procedimentos mais suaves para preservar ou reinstaurar a ordem jurídica” não dispõe da “legitimação da necessidade social” e perturba “a paz jurídica”¹⁸, produzindo efeitos que afinal contrariam os objetivos do direito.

Entre nós, existe uma curiosa aplicação *contra legem* do princípio da subsidiariedade no crime de desobediência (art. 330 CP). Embora a lei não faça qualquer ressalva, a doutrina (Hungria, Fragoso, Noronha) e os tribunais (sucessivas e reiteradas decisões) entendem que, se concorrer uma sanção administrativa ou civil para a desobediência, não cabe aplicar a pena. Essa opinião dominante, ainda que jamais fundamentada, deu ensejo a um emprego bem temperado da autoridade dispositiva penal.

A subsidiariedade coloca a questão da autonomia do direito penal, que se resolve em saber se é ele *constitutivo* ou *sancionador*. Predomina no Brasil o entendimento de ser ele constitutivo, afirmando Fragoso que, “mesmo quando o direi-

¹⁵ Roxin, *Iniciación*, cit., p. 31.

¹⁶ Muñoz Conde, *Introducción*, cit., p. 60.

¹⁷ Op. cit., p. 31.

¹⁸ *Problemas básicos del derecho penal*, trad. Luzón-Peña, Madrid, 1976, p. 22.

Roxin exproba especialmente a prática, muito usada no Brasil, de adotar-se em qualquer lei um “cinturão protetor jurídico-penal”, estabelecendo, após a disciplina da respectiva matéria, que a violação “às disposições anteriores” constituirá tal crime, ou sujeitará às penas do crime tal.

to penal tutela bens e interesses jurídicos já tutelados pelo direito privado, o faz de forma peculiar e autônoma”¹⁹. Também Aníbal Bruno, sob o fundamento de que “mesmo quando o preceito penal se encontra expresso em outro ramo do direito” não se pode daí extrair “uma posterioridade temporal ou lógica”, e acrescentando que tal preceito será submetido pelo direito penal “à sua própria elaboração”, tem-no por constitutivo²⁰. Noronha²¹ e Damásio²² consideram-no sancionador.

Os principais argumentos da corrente constitutivista estão: 1º) no caráter original do tratamento penal; 2º) na convivência de conceitos jurídicos com distintos conteúdos; e 3º) na existência de matéria só versada pelo direito penal. O primeiro argumento²³ a nada conduz: ninguém questiona seja a pena algo exclusivo do direito penal, e sim se ela opera sobre preceitos primários também exclusivos. O segundo argumento se baseia na existência de conceitos jurídicos com distintos conteúdos no direito penal e em outros ramos: assim, o conceito amplo de bem imóvel do direito privado (ver especialmente o art. 46 CC) e o conceito restritivo que se usa na teoria dos crimes contra o patrimônio, ou o conceito jurídico-penal de funcionário público (art. 327 CP) e o mesmo conceito no direito administrativo. Não cremos que essas adaptações funcionais, que incidem muita vez sobre conceitos chaves para certos grupos de casos, demonstrem uma desvinculação: pelo contrário, é através delas que se estabelecem linhas de relação que nunca — e eis o que importa — fazem confrontar-se em termos de *contradição* o direito penal e qualquer outro ramo. O terceiro argumento se reporta quase sempre a hipóteses

19 *Lições*, cit., p. 10.

20 Op. cit., v. I, t. I, p. 184.

21 Op. cit., p. 5: “é o direito penal sancionador”.

22 Op. cit., p. 6: “é pois o direito penal um conjunto suplementar e sancionador de normas jurídicas”.

23 Afirma Camargo Hernandez que “a sanção punitiva dá originalidade ao direito penal” (*Introducción al estudio del derecho penal*, Barcelona, 1964, p. 21).

exóticas, como a crueldade contra animais²⁴, ou, recorrentemente, ao crime de omissão de socorro (art. 135 CP). As primeiras são associáveis a um legislador que ignorou o princípio da intervenção mínima ao deferir apenas e principalmente ao direito penal a tutela pretendida: é razoável contar com que, progredindo-se na transferência para o direito administrativo dos ilícitos de polícia e — pensando agora também na omissão de socorro — dentro de um quadro legislativo que estabeleça deveres gerais de solidariedade social e proteja eficientemente os bens públicos, o argumento simplesmente desapareça.

Se a essas considerações se acrescenta o caráter unitário do ilícito perante todo o ordenamento jurídico, que é hoje concepção predominante²⁵, a conclusão no sentido de ser o direito penal sancionador se impõe²⁶. Consigna Luis Carlos Pérez que na Constituição estão as raízes do ordenamento jurídico como um todo e, portanto, também do ilícito como unidade; integra aquele ordenamento, como seu *braço armado*, o direito penal²⁷. Mais do que como resultado do exame objetivo das relações entre o direito penal e a totalidade do ordenamento jurídico, o caráter sancionador deve constituir uma recomendação político-criminal à qual esteja permanentemente atento o legislador. Especial cuidado deve ter o legislador da intervenção econômica do estado, evitando a tentação de socorrer-se permanentemente do direito penal; essa tendência penalís-

²⁴ Para o direito brasileiro, não cabe o exemplo da crueldade contra animais, prevista no artigo 64 da Lei de Contravenções Penais (LCP), porque o decreto nº 24.645, de 10. jul. 34, estabeleceu medidas de proteção aos animais. Foi esse o texto invocado por Sobral Pinto, num dos mais gloriosos momentos da advocacia brasileira, em favor do líder comunista Harry Berger, preso e torturado durante o Estado Novo. Existem normas penais na legislação que protege a fauna (lei nº 5.197, de 3. jan. 67), disciplina a pesca (decreto-lei nº 221, de 28. fev. 67) e regula a viviseção de animais (lei nº 6.638, de 8. mai. 79).

²⁵ Maurach, op. cit., p. 34 ss; Zaffaroni, *Manual*, cit., p. 57.

²⁶ Reformulamos aqui, completamente, opinião anterior (*Observações sobre a norma penal e sua interpretação*, cit.).

²⁷ *Derecho penal*, Bogotá, 1987, t. I, p. 53.

tica "inflacionária", como a denominou Bricola, pode questionar o princípio da intervenção mínima²⁸.

As relações que o direito penal mantém com outros ramos do direito são na verdade relações das normas jurídico-penais com outras normas, da perspectiva de sua validade (por exemplo, o inc. XLV do artigo 51CR em confronto com tipificações que põem uma responsabilidade penal coletiva, como por exemplo o § 2º do artigo 73 da lei 4.728, de 14. jul. 65)²⁹ ou da perspectiva de sua interpretação (por exemplo, o conceito privatístico de posse indireta — art. 486 CC — e o tipo da apropriação indébita — art. 168 CP — ou do peculato — art. 312 CP). Devem por isso, em nossa opinião, ser estudadas na teoria da lei penal. Conviria apenas remarcar que, além de suas funções de fundamento e controle, o texto constitucional seleciona situações a serem necessariamente tratadas pelo legislador penal, naqueles casos de bens essenciais à vida, à saúde e ao bem-estar do povo: chama-se a isso "imposição constitucional de tutela penal". Entre nós, a Constituição de 1946 empregara em vão o termo "repressão" para o abuso do poder econômico: jamais o legislador ordinário atendeu à "imposição constitucional da tutela penal"³⁰. O caráter classista da legislação penal se manifesta também na omissão ou pachorra da elaboração legislativa de crimes que podem ser praticados pelos membros da classe dominante.

²⁸ *Tecnique di tutela penale*, cit., p. 3; cf. Baratta, *Integración — prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, in *Doctrina penal*, B. Rivas, 1985, nº 29, p. li.

²⁹ Art. 5º, inc. XLV CR: "Nenhuma pena passará da pessoa do condenado". Art. 73, § 2º, lei 4.728, de 14. jul. 65: "A violação de qualquer dos dispositivos constituirá crime de ação pública, punido com pena de 1 a 3 anos de detenção, recaiando a responsabilidade, quando se tratar de pessoa jurídica, em todos os seus diretores."

³⁰ Nilo Batista, *Repressão ao abuso do poder econômico?; in Temas de direito penal*, cit., p. 243 ss. Para os "obblighi costituzionali di tutela penale", cf. Bricola, *Tecnique di tutela penale*, cit., p. 9.

§ 11

O princípio da lesividade

Este princípio transporta para o terreno penal a questão geral da *exterioridade* e *alteridade* (ou *bilateralidade*) do direito: ao contrário da moral — e sem embargo da relevância jurídica que possam ter atitudes interiores, associadas, como motivo ou fim de agir, a um sucesso externo —, o direito "coloca face-a-face, pelo menos, dois sujeitos"¹. No direito penal, à conduta do sujeito autor do crime deve relacionar-se, como signo do outro sujeito, o bem jurídico (que era objeto da proteção penal e foi ofendido pelo crime — por isso chamado de objeto jurídico do crime). Como ensina Roxin, "só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral; (...) o direito penal só pode assegurar a ordem pacífica externa da sociedade, e além desse limite nem está legitimado nem é adequado para a educação moral dos cidadãos"². À conduta puramente interna, ou puramente individual — seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente — falta a *lesividade* que pode legitimar a intervenção penal. No campo dos crimes políticos, qualquer lei inspirada na doutrina de segurança nacional contém dispositivos violadores do princípio da lesividade, porque perante aquela doutri-

¹ Del Vecchio, op. cit., p. 371; Radbruch, *Filosofia do direito*, cit., v. I, p. 115; Machado Netto, op. cit., p. 91.

² *Iniciación*, cit., p. 25 e 28.

na a dissidência política toma as cores de "inimigo interno" e provoca "um processo de criminalização".³

Podemos admitir quatro principais funções do princípio da lesividade.

Primeira: proibir a incriminação de uma atitude interna. As idéias e convicções, os desejos, aspirações e sentimentos dos homens não podem constituir o fundamento de um tipo penal, nem mesmo quando se orientem para a prática de um crime: o projeto mental do cometimento de um crime (cogitação) não é punível (*cogitationis poenam nemo patitur*). Isso não significa absolutamente que o direito penal se desinteresse da atitude interna do homem, como já se verá ao tratarmos do princípio da culpabilidade. Antes da perspectiva da culpabilidade, encontraremos esse interesse no dolo (isto é, na consciência e vontade do autor acerca da conduta objetiva proibida), bem como em intenções, motivos e certos estados especiais de ânimo. Em qualquer hipótese, todavia, é imprescindível que a atitude interna esteja nitidamente associada a uma conduta externa.

Segunda: proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor. Os atos preparatórios para o cometimento de um crime cuja execução, entretanto, não é iniciada (art. 14, inc. II CP) não são punidos. Da mesma forma, o simples conluio entre duas ou mais pessoas para a prática de um crime não será punido, se sua execução não for iniciada (art. 31 CP). Temos aí aplicações legislativas dessa função do princípio da lesividade, que também comparece como fundamento parcial da impunibilidade do chamado crime impossível (art. 17 CP). O mesmo fundamento veda a punibilidade da *autolesão*, ou seja, a conduta externa que, embora vulnerando formalmente um bem jurídico, não ultrapassa o âmbito do próprio autor; como por exemplo o suicídio, a automutilação e o uso de drogas. No Brasil, o artigo 16 da lei

3 Garcia Mendez, E., *Autoritarismo y control social*, B. Aires, 1987, p. 106.

nº 6.368, de 21.out.76, incrimina o uso de drogas, em franca oposição ao princípio da lesividade e às mais atuais recomendações político-criminais⁴.

Terceira: proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais. Como diz Zaffaroni, "um direito que reconheça e ao mesmo tempo respeite a autonomia moral da pessoa jamais pode apenar o *ser*, senão o *fazer* dessa pessoa, já que o próprio direito é uma ordem reguladora de conduta"⁵. O direito penal só pode ser um *direito penal da ação*, e não um *direito penal do autor*, como eventualmente se pretendeu. "O homem responde pelo que faz e não pelo que é", frisa Cunha Luna⁶. Com exatidão lembra Mayrink da Costa que "o direito penal do autor é incompatível com as exigências de certeza e segurança jurídicas próprias do estado de direito"⁷. Isso não significa que o sujeito determinado não interesse de nenhuma forma. Ao contrário, o homem e sua existência social concreta devem estar no centro da experiência jurídico-penal, particularmente nas áreas da culpabilidade e da aplicação e execução da pena. O que é vedado pelo princípio da lesividade é a imposição de pena (isto é, a constituição de um crime) a um simples estado ou condição desse homem, refutando-se, pois, as propostas de um direito penal de autor e suas derivações mais ou menos dissimuladas (tipos penais de autor, culpabilidade pela conduta ao longo da vida, etc). Levada às últimas consequências, essa função do princípio da lesividade implica excluir do campo do direito penal as medidas de segurança,

4 Sobre este último aspecto, ainda polémico entre nós, cf. Hobbing, Peter, *Straf-würdigkeit der Selbstverletzung: Der Drogenkonsum in deutschen und brasilianischen Rechts*, Frankfurt am Main, 1982; Nilo Batista, O prazer e a lei penal, in *Temas*, cit., p. 304 ss. Cf. ainda García-Pablos, Antónío, Bases para una política criminal de la droga, in *La problemática de la droga en España*, Madrid, 1986, p. 377 ss.

5 *Manual*, cit., p. 73.

6 *Op. cit.*, p. 34.

7 *Op. cit.*, p. 158.

uma vez que, como acentua Zaffaroni, um direito penal fundamentado na perigosidade é um direito penal de autor.

Quarta: proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. A expressão *desviada* foi aqui empregada na acepção de Clinard, como conduta orientada em direção fortemente desaprovada pela coletividade. Estamos aqui falando do "direito à diferença"⁸, de práticas e hábitos de grupos minoritários que não podem ser criminalizados. Como diz Zaffaroni, "não se pode castigar ninguém porque use barba ou deixe de usá-la, porque corte ou não o cabelo, pois com isso não se ofende qualquer bem jurídico, e o direito não pode pretender legitimamente formar cidadãos com ou sem barba, cabeludos ou tonsurados, mais ou menos vestidos, mas tão-só cidadãos que não ofendam bens jurídicos alheios"⁹. Estamos falando também de condutas que só podem ser objeto de apreciação moral (como práticas sexuais, quaisquer que sejam, entre adultos consencientes, ou como a simples mentira).

Certamente percebeu-se, das linhas anteriores, a importância do conceito de bem jurídico. O espaço teórico para o conceito de bem jurídico surgiu quando, na primeira metade do século XIX, contestou-se a concepção clássica corrente do crime como ofensa de um direito subjetivo, em favor de uma concepção do crime como ofensa a bens (Birnbäum). A partir daí, inúmeras teorias foram elaboradas para a compreensão do bem jurídico ofendido pelo crime¹⁰; ora se retornava aos direitos subjetivos, ora se propunha um direito público subjetivo do estado, aqui o próprio direito objetivo, ali uma obrigação

8 Lyra Filho, op. cit., p. 11.

9 *Manual*, cit., p. 53. Sobre o tratamento jurídico a minorias ("grupos excluídos ou grupos dominados") no Brasil, cf. Nilo Batista, *Minorias e democratização*, Recife, 1984.

10 Larga exposição dessas teorias em Rocco, *L'oggetto del reato*, Roma, 1932, p. 27 — 220. Entre nós, Fragozo, *Objeto do crime*, in *Direito penal e direitos humanos*, cit., pp. 33 ss.

jurídica, logo os interesses, adiante os valores. Para uns, o bem jurídico é criado pelo direito, através de seleção exercida pelo legislador (Binding); para outros, o bem jurídico é um "interesse da vida", que o legislador toma de uma realidade social que lho impõe (von Liszt). Houve quem deslocasse o bem jurídico estritamente para a tarefa de critério de interpretação teleológica da norma, no movimento que ficou conhecido como "direção metodológica" (Honig). O direito penal nazista procurou fundamentar o crime na violação do dever de obediência ao estado (o chamado "direito penal da vontade") e, para isso, desfez-se, em sua fase inicial, do conceito de bem jurídico (Schaffstein). Posteriormente, retoma-se a perspectiva lisztiana do "interesse da vida", seja através de um conceito idealista de "situação social desejável" (Welzel), seja vendo no bem jurídico uma "fórmula normativa sistêmica concreta de uma relação social dinâmica determinada" (Bustos). Recentemente, intenta-se "positivizar" os bens jurídicos, deduzindo-os do texto constitucional (Angioni).

As dificuldades das quais o itinerário acima esboçado presta testemunho estão ligadas à diversidade categorial dos bens jurídicos, que podem ser uma pessoa, uma conduta, uma coisa, um atributo jurídico ou social da pessoa, da conduta ou da coisa, uma relação vital, uma relação jurídica, um estado de fato, um valor, um sentimento, etc". Isso enseja diversas classificações dos bens jurídicos (físicos e morais, individuais e coletivos, etc).

O bem jurídico põe-se como sinal da lesividade (exterioridade e alteridade) do crime que o nega, "revelando" e demarcando a ofensa. Essa materialização da ofensa, de um lado, contribui para a limitação legal da intervenção penal, e de outro a legitima. Por isso mesmo, como parece ter percebido von Liszt, o bem jurídico se situa na fronteira entre a política criminal e o direito penal. Não há um catálogo de bens

11 Welzel, op. cit., p. 15; Fragozo, op. cit., p. 39; Rocco, op. cit., p. 261.

jurídicos imutáveis à espera do legislador, mas há relações sociais complexas que o legislador se interessa em preservar e reproduzir. São múltiplos e irredutíveis os aspectos dessas relações sociais, aos quais pode o legislador outorgar proteção penal, convertendo-os em bens jurídicos. O bem jurídico, portanto, resulta da criação política do crime (mediante a imposição de pena a determinada conduta), e sua substância guarda a mais estrita dependência daquilo que o tipo ou tipos penais criados possam informar sobre os objetivos do legislador. Em qualquer caso, o bem jurídico não pode formalmente opor-se à disciplina que o texto constitucional, explícita ou implicitamente, defere ao aspecto da relação social questionada, funcionando a Constituição particularmente como um controle negativo (um aspecto valorado negativamente pela Constituição não pode ser erigido bem jurídico pelo legislador). Numa sociedade de classes, os bens jurídicos não de expressar, de modo mais ou menos explícito, porém inevitavelmente, os interesses da classe dominante, e o sentido geral de sua seleção será o de garantir a reprodução das relações de dominação vigentes, muito especialmente das relações econômicas estruturais.

O bem jurídico cumpre, no direito penal, cinco funções: 1ª: *axiológica* (indicadora das valorações que presidiram a seleção do legislador); 2ª: *sistemático-classificatória* (como importante princípio fundamentador da construção de um sistema para a ciência do direito penal e como o mais prestigiado critério para o agrupamento de crimes, adotado por nosso código penal); 3ª: *exegética* (ainda que não circunscrito a ela, é inegável que o bem jurídico, como disse Aníbal Bruno, é "o elemento central do preceito", constituindo-se em importante instrumento metodológico na interpretação das normas jurídico-penais); 4ª: *dognática* (em inúmeros momentos, o bem jurídico se oferece como uma cunha epistemológica para a teoria do crime: pense-se nos conceitos de resultado, tentativa, dano/perigo, etc); 5ª: *crítica* (a indicação dos bens jurídicos permite, para além das generalizações legais, verificar as

concretas opções e finalidades do legislador, criando, nas palavras de Bustos, oportunidade para "a participação crítica dos cidadãos em sua fixação e revisão")¹².

¹² Aníbal Bruno, op. cit., v. I, t. I, p. 16; Bustos, *Introducción*, cit., p. 31; Angioni, Francesco, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milão, 1983, pp. 6, 11, 14, 195; Gregori, Giorgio, *Saggio sull'oggetto giuridico del reato*, Pádua, 1978, p. 41; Navarrete, M. Polaino, *El bien jurídico en el derecho penal*, Sevilla, 1974, pp. 270, 286 ss.

O princípio da humanidade

Quem vê, em Mommsen, as execuções da pena de morte no direito romano, tão impregnadas de ritos e conteúdos simbólicos e religiosos, tão cruelmente indiferentes ao sofrimento e ao desespero humano, e vê a descrição da execução de Damiens, em 1757, com a qual Foucault abre seu importante livro sobre o nascimento da prisão¹, talvez se espante com a semelhança de “estilo penal” ao longo de tantos séculos. E se procurar certificar-se, no direito penal germânico ou em outras legislações medievais, terá a confirmação dessa similitude espantosa. Entre nós, um breve exame no livro V das *Ordenações Filipinas*, que regeram no Brasil até 1830, quando promulgado o código imperial, revelará a indiscriminada cominação da pena de morte, a objetificação do condenado e a discriminação jurídica da pena cabível segundo a classe social do autor ou da vítima. Para os trabalhadores escravos, esses princípios permaneceram com plena eficácia mesmo após 1830, através das penas de morte e açoites, largamente empregadas, ou dos cruéis castigos do “direito penal privado” vigente nos engenhos, na cafeicultura ou nas charqueadas.

O princípio da humanidade, que postula da pena uma *racionalidade* e uma *proporcionalidade* que anteriormente não se viam, está vinculado ao mesmo processo histórico de

1 Mommsen, op. cit., t. 3.º, p. 252 ss; Foucault, *Surveiller et punir*, 1975, ed. Gallimard.

que se originaram os princípios da legalidade, da intervenção mínima e até mesmo — sob o prisma da “danosidade social” — o princípio da lesividade. Montesquieu se referia à “justa proporção das penas com os crimes”², e Beccaria dizia que atribuir a pena de morte para quem mata um faisão ou falsifica um documento conduz a uma destruição de sentimentos morais³. Marat observava que *s’il est de l’équité que les peines soient toujours proportionnées aux délits, il est de l’humanité qu’elles ne soient jamais atroces*⁴. Quando, em 1793, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, foi retomada e proclamada pela Convenção Nacional, o artigo XV mencionava que “as penas devem ser proporcionais ao delito e úteis à sociedade”. A Emenda VIII à Constituição Americana, ratificada, como todas as dez primeiras, em 1791, proibia a infligência de penas cruéis e incommuns. É este hoje um princípio largamente aceito, que consta da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁵ e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁶.

A pena nem “visa fazer sofrer o condenado”, como observou Fragoso, nem pode desconhecer o réu enquanto pessoa humana, como assinala Zaffaroni⁷, e esse é o fundamento do princípio da humanidade. Não por acaso, os documentos internacionais consideram desumanas as penas como aquela executada em Damiens. O princípio pertence à política criminal⁸, porém é proclamado por vários ordenamentos jurídicos positivos. Entre nós, está o princípio da humanidade reconhecido

2 Op. cit., p. 115.

3 Op. cit., p. 226.

4 Op. cit., p. 70.

5 Artigo V: “Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

6 Artigo 5, inciso 2: “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.”

7 Lições, cit., p. 291; Manual, cit., p. 139.

8 Jescheck, op. cit., p. 35.

explicitamente pela Constituição, nos incisos III (proibição de tortura e de tratamento cruel ou degradante), XLVI (individualização — ou seja, “proporcionalização” — da pena) e XLVII (proibição de penas de morte, cruéis ou perpétuas) do artigo 5º CR. Como lembra Muñoz Conde, a idéia de “proporcionalidade integra a idéia de justiça, imanente ao direito”; a hipertrofia do direito penal caracteriza o “estado totalitário que procura afiançar-se através de brutais ameaças penais”⁹. Disso tivemos no Brasil expressivos exemplos durante a ditadura militar.

O princípio da humanidade intervém na cominação, na aplicação e na execução da pena, e neste último terreno tem hoje, face à posição dominante da pena privativa da liberdade, um campo de intervenção especialmente importante¹⁰.

A *racionalidade* da pena implica tenha ela um sentido compatível com o humano e suas cambiantes aspirações. A pena não pode, pois, exaurir-se num rito de expiação e opróbrio, não pode ser uma coerção puramente *negativa*¹¹. Isso não significa, de modo algum, questionar o caráter retributivo, timbre real e inegável da pena. Contudo, a pena que se detém na simples retributividade, e portanto converte seu *modo* em seu *fim*, em nada se distingue da vingança. A pena de morte, estritamente retributiva e negativa (além de ineficaz, do ponto de vista da prevenção geral), violenta essa racionalidade. São também inaceitáveis, porque desconsideram a auto-regulação como atributo da pessoa humana, penas que pretendam intervir fisicamente numa “metamorfose” do réu: castração ou esterilização, lobotomia, etc. Um sistema igualitário na distribuição da pena (o que significa que, sob os mesmos pressupos-

9 *Introducción*, cit., p. 77 e 78.

10 Jescheck, op. cit., p. 35.

11 Em seu último trabalho, Zaffaroni caracteriza a pena como “sofrimento órfão de racionalidade” e busca conceitua-la, de forma residual, precisamente pela falta de adequação racional aos demais modelos de solução de conflitos (cf. *En busca...*, cit., p. 210).

12 *Manual*, cit., p. 50.

13 *Fondamenti filosofici della sanzione penale*, no volume *Problemi della sanzione* — *società e diritto in Marx*, Roma, 1978, I, p. 98.

tos, duas pessoas deveriam receber penas semelhantes, correndo as diferenças tão-só à conta da individualização), negado pelo direito há duzentos anos, e negado — apesar do direito — pelo sistema penal ainda hoje, é outro imperativo da racionalidade. Seria perfeitamente possível derivar a *proporcionalidade* da *racionalidade*, mas convém destacá-la por sua importância no surgimento histórico do princípio da humanidade e por sua importância prática. Zaffaroni lembra que as penas desproporcionais produzem mais alarma social (afetando o que ele considera o aspecto subjetivo da segurança jurídica) do que o próprio crime e formula a hipótese do que se passaria nesse terreno se uma lei impusesse a pena de mutilação aos punhistas¹². Da proporcionalidade pode extrair-se, igualmente, a proibição de penas perpétuas. Como registrou com exatidão Cattaneo, a prisão perpétua, com “seu caráter de definitividade, ou seja, de eliminação da esperança, contraria o senso da humanidade”¹³. Nossa Constituição, como já visto, proíbe a imposição de penas de caráter perpétuo (art. 5º, inc XLVII, al. b CR).

consciente, seja de uma relevante negligência (como os artigos 18 e 19 CP), devemos compreender que um longo processo, certamente inconcluso, transformou radicalmente as bases da responsabilidade penal. O ponto mais importante desse processo é a produção histórica do princípio da culpabilidade.

O princípio da culpabilidade deve ser entendido, em primeiro lugar, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva. Mas deve igualmente ser entendido como exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada causalmente a um resultado, lhe seja reprovável. Voltando ao exemplo do pedreiro, isso representaria que o desabamento só funcionaria como um limite *exterior* preliminar e que seria indispensável verificar se o pedreiro reprovavelmente quis a morte do morador e seu filho, predispondo nesse sentido sua construção, ou quis o desabamento — também predispondo nesse sentido a sua construção — ainda que não quisesse diretamente a morte provável do morador e seu filho, ou construiu a casa com imperícia inescusável. Para além de simples laços subjetivos entre o autor e o resultado objetivo de sua conduta, assinala-se a reprovabilidade da conduta como núcleo da idéia de culpabilidade, que passa a funcionar como fundamento e limite da pena. As relações entre culpabilidade e pena constituem matéria polêmica, que integra a teoria do crime, onde a estrutura e as funções dogmáticas da culpabilidade, seja na economia do crime, seja na fundamentação da pena, são minuciosamente examinadas¹.

1 Uma questão, entretanto, merece ser referida desde logo, por vincular-se à política criminal. Que toda pena corresponda a uma prévia culpabilidade, não há dúvida; que, reconhecida a culpabilidade, deva inexoravelmente seguir-se a pena, é hoje questionado. Fala-se, a respeito, em concepções bilateral e unilateral de culpabilidade. Roxin, que se inclina pela concepção unilateral, acredita que o caminho consistiria em remeter a culpabilidade (responsabilidade) a um conceito superior de "responsabilidade", que seria integrado pelos "pressupostos preventivos de necessidade da pena" (*Culpabilidad y prevención en derecho penal*, trad. Muñoz Conde, Madrid, 1981, p. 193). Com reservas acerca de uma pena inferior à medida

§ 13

O princípio da culpabilidade

Numa antiga legislação da Babilônia, editada pelo rei Hammurabi (1728-1686 a.C.), encontramos que, se um pedreiro construísse uma casa sem fortificá-la e a mesma, desabando, matasse o morador, o pedreiro seria morto; mas se também morresse o filho do morador, também o filho do pedreiro seria morto. Imaginemos um julgamento "modernizado" desse pedreiro: de nada lhe adiantaria ter observado as regras usuais nas construções de uma casa, ou pretender associar o desabamento a um fenômeno sísmico natural (uma acomodação do terreno, por exemplo) fortuito e imprevisível. A casa desabou e matou o morador: segue-se sua responsabilidade penal. Não deixemos de imaginar, igualmente, o julgamento do filho do pedreiro. A casa construída por seu pai desabou e matou o morador e seu filho: segue-se sua responsabilidade penal. A responsabilidade penal, pois, estava associada tão-só a um fato objetivo e não se concentrava sequer em quem houvesse determinado tal fato objetivo. Era, pois, uma responsabilidade *objetiva* e *difusa*.

Quando lemos hoje, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 5, 1, 3) ou em nossa Constituição (artigo 5º, inciso XLV), proibições de que a pena ultrapasse a pessoa do delinqüente, ou quando encontramos no Código Penal regras que não só, relacionando-se àquelas proibições, circunscrevem a imputação objetiva de resultados (como o art. 13 CP), mas também exigem a intervenção seja de uma vontade

Em primeiro lugar, pois, o princípio da culpabilidade impõe a *subjetividade* da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. É indispensável a culpabilidade. No nível do processo penal, a exigência de provas quanto a esse aspecto conduz ao aforisma "a culpabilidade não se presume", que, no terreno dos crimes culposos (negligentes), nos quais os riscos de uma consideração puramente causal entre a conduta e o resultado são maiores, figura como constante estribilho em decisões judiciais: "a culpa não se presume". A responsabilidade penal é sempre *subjetiva*.

Em segundo lugar, temos a *personalidade* da responsabilidade penal, da qual derivam duas conseqüências: a *intranscendência* e a *individualização* da pena. A *intranscendência* impede que a pena ultrapasse a pessoa do autor do crime (ou, mais analiticamente, dos autores e partícipes do crime). A responsabilidade penal é sempre *pessoal*. Não há, no direito penal, responsabilidade coletiva, subsidiária, solidária ou sucessiva². Nada pode, hoje, evocar a infâmia do réu que se transmitia a seus sucessores. A *intranscendência* da pena coloca a questão da família do condenado pobre (art. 5º, inc. XLV CR), e fundamenta a exigência, no sistema de segurança social, de um "auxílio-reclusão". Por *individualização* se entende aqui especialmente a individualização judicial, ou seja, a exigência

da culpabilidade, embora admitindo que o caráter bilateral impositivo da relação tem o sabor de indemonstrável profissão de fé, Jescheck, *op. cit.*, p. 32.

2 O art. 73, § 2º da lei 4.728, de 14.jul.65, transcrito na nota 29 do § 12, é um bom exemplo de norma penal que viola o princípio da culpabilidade e é inconstitucional. A responsabilidade "sucessiva" da lei de imprensa (art. 37 ss da lei 5.250, de 9.fev.67), tradicional em nosso direito, foi historicamente criada em favor da liberdade de imprensa, subtraindo-lhe a matéria da disciplina extensiva do concurso de agentes do direito penal comum. Ao invés de responderem todos os "causantes", ainda que "culpáveis" — autor, instigador, tipógrafo, dono da tipografia, editor, diretor do jornal, transportador, vendedor, etc. — só um deles responderia (em princípio, o autor), e, em sua defeção, só outro, e assim, dentro das regras legais, sucessivamente. Mas é claro que o princípio da culpabilidade não prescinde de que o "responsável" pela ordem de sucessão *legal* seja também *subjetivamente* responsável.

de que a pena aplicada considere aquela pessoa concreta à qual se destina. Neste campo, o tema mais atual é a chamada *co-culpabilidade*. Trata-se de considerar, no juízo de reprovabilidade que é a essência da culpabilidade, a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes depararam e a assistência que lhes foi ministrada, correlacionando sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do estado que vai impor-lhes a pena; em certa medida, a co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu, como queria Ernst Bloch³. Como diz Zaffaroni, "reprovar com a mesma intensidade a pessoas que ocupam situações de privilégio e a outras que se acham em situação de extrema penúria é uma clara violação ao princípio da igualdade corretamente entendido"⁴. "O direito realmente igual" — anota Cirino⁵ — "é o que considera desigualmente indivíduos concretamente desiguais". O artigo 5º, inciso 1 do código penal da República Democrática da Alemanha, de 1968, abre as portas a essa orientação: "uma ação é cometida de forma reprovável quando seu autor, não obstante as possibilidades de uma conduta socialmente adaptada que lhe tenham sido oferecidas, realiza, por atos irresponsáveis, os elementos legalmente constitutivos de um delito ou de um crime".

3 *Op. cit.*, p. 261.

4 *Sistemas penales ... — informe final*, cit., p. 58; cf. também *Política criminal latinoamericana*, cit., p. 161 ss.

5 *Direito penal*, cit., p. 219.

Um direito penal subjetivo?

Os autores brasileiros, de modo geral, admitem a existência de um direito penal subjetivo¹, caracterizando-o como “a *facultas agendi* do estado de *criar* as infrações penais e as respectivas sanções, de natureza criminal, e de *aplicar* essas mesmas sanções, na forma do preceituado em lei, *executando-as*”². Percebe-se que o *jus puniendi* é portanto tomado em consideração no *momento legislativo* (supondo-se, assim, uma anterioridade sobre o *jus poenale* — o direito penal objetivo) e também no *momento judicial*, após a violação da lei penal. Examinar separadamente esses momentos pode ser esclarecedor para responder à pergunta: existirá um direito penal subjetivo?

A construção de um direito penal subjetivo antes do momento legislativo, configurando um “direito de punir” meta-

1 Assim, Basileu Garcia, op. cit., p. 8; Mirabete, op. cit., p. 16; Magalhães Noronha, op. cit., p. 7; Damásio, op. cit., p. 7; Mayrink, op. cit., p. 6; Mestieri, op. cit., p. 3; Frágoso, *Lições*, cit., p. 276. Contestou sua existência Aníbal Bruno, op. cit., v. I, t. I, p. 19 ss.

2 Mestieri, op. cit., p. 3. Também Mayrink se refere à faculdade de “estabelecer e executar as penas e as medidas de segurança” (op. cit., p. 6).

3 Grispigni promoveu minuciosa dissecação do fenômeno em cinco momentos: antes da positividade das normas penais; após a positividade das normas penais e antes que o crime seja cometido; posterior ao cometimento do crime; verificação jurisdicional-penal; e execução da pena (*Diritto penale italiano*, Milão, 1950, v. I, p. 277). Em nossa opinião, como veremos, para além do cometimento do crime o fenômeno está “processualizado”, e à teoria do processo toca equacioná-lo.

jurídico, só é pensável por duas vias: a do contrato social⁴ e a do direito natural⁵. Como a teoria do contrato social é hoje uma vineta historiográfica, e como, valha-nos a lição de Novoa, se o *jus puniendi* poderia fundamentar-se nos “princípios e características atribuídos tradicionalmente ao direito natural”, não logra fazê-lo nos “princípios do estado secularizado que hoje se admite”⁶, mesmo os autores que perfilham o direito penal subjetivo passaram a negá-lo *antes* do momento legislativo. Assim, Bettiol dizia ser “tecnicamente impróprio falar de um direito de punir que caiba ao estado nas vestes de legislador”⁷, e Frágoso anotava que “anteriormente ao surgimento da norma penal, não há falar em direito subjetivo do estado. Somente seria possível falar aqui de direitos recorrendo-se ao direito natural”⁸.

A consideração do *jus puniendi* em seu momento judicial, isto é, após a violação da lei penal, implica deduzir o direito penal subjetivo do direito penal objetivo, como Rocco: “não é o direito subjetivo que preexiste e dá causa ao direito objetivo, e sim este que gera, no mesmo parto, a obrigação jurídica e o direito subjetivo”⁹. As dificuldades passam a ser duas: caracterizar e conferir conteúdo à “faculdade” do estado e à “obrigação” do súdito.

Ferri ridicularizava a elaboração teórica dessa *facultas agendi*, dando por absurdo que ela pudesse consistir “na faculdade do estado de agir em conformidade com as normas

4. Pulitandò lembra que, em suas origens iluminísticas, o direito de punir estava “coligado à idéia contratualística” (op. cit., p. 10).

5 Camargo Hernández literalmente admite que o “fundamento da faculdade do estado para ditar normas jurídico-penais se encontra no direito natural” (op. cit., p. 47). Como lembra Tarso Genro, historicamente a implantação da ordem burguesa se fez fundamentando-a “em direitos subjetivos que não se amparavam numa normatividade preexistente” (*Introdução crítica ao direito*, P. Alegre, 1988, p. 43).

6 Novoa Monreal, Algunas reflexiones sobre el derecho de castigar del estado, in *Homenaje a Hilde Kaufmann*, B. Aires, 1985, p. 202.

7 *Direito penal*, trad. Costa Jr. e Silva Franco, S. Paulo, 1966, v. I, p. 193.

8 *Lições*, cit., p. 275.

9 Op. cit., p. 134.

de direito objetivo postas (...) pelo mesmo estado, e por ele só"¹⁰. De fato, atribuir à auto-obrigação jurídica, que caracteriza o estado de direito, os matizes de faculdade é inquietantemente metafórico. Por outro lado, o dever (indisponível e inalienável por um lado, e limitado e vinculado por outro) da persecução penal que cabe ao estado, enquanto agente histórico do que Weber chamaria de monopólio do poder punitivo legítimo, é algo extremamente distinto de uma *faculdade de agir*, ainda que se a designasse por *dever de agir*.

Não é menos problemática a elaboração teórica da "obrigação jurídica". Descarte-se, desde logo, a idéia binária de um vago dever genérico, sem conteúdo fixado, de obediência à lei penal, hoje inaceitável, como lembra Bettiol¹¹. Não obstante, o mesmo Bettiol admite uma obrigação do indivíduo de abster-se da prática do crime¹², o que vem a ser rigorosamente a mesma coisa. Essas contradições levaram a que se tentasse elaborar a "obrigação jurídica" como "obrigação de sofrer a pena", o que em verdade levou a uma agravamento das dificuldades. Como disse Antolisei, "o réu não tem o dever de submeter-se à pena, e sim é ela submetido"¹³. A nenhuma intervenção da vontade do réu (ou seja, o caráter juridicamente *necessário* da pena) e a inexistência de sanção para a "inadimplência" questionam igualmente uma "obrigação de sofrer a pena"¹⁴. Apropriadamente dizia Aní-

10 Op. cit., p. 115.

11 "A doutrina é agora concorde em considerar que não existe uma obrigação de observar as normas penais, de obedecê-las, obrigação à qual deveria corresponder um direito do estado à obediência" — Bettiol, op. cit., p. 194. "Um direito genérico de obediência, sem conteúdo, não existe" — Fragozo, Objeto do crime, in *Direito penal e direitos humanos*, cit., p. 54. Em *Lição*: cit., p. 276, Fragozo não obstante admite esse "dever de observância do comando".

12 Op. cit., p. 201.

13 *Manuale di diritto penale*, P.G., Milão, 1969, p. 37.

14 Este último argumento, usado por Antolisei (op. cit., p. 38), deve ser recebido entre nós com reservas, porque embora a simples fuga à execução da pena privativa de liberdade não constitua crime, a violação da pena de interdição de direitos constitui um crime contra a administração da justiça (art. 359 CP).

bal Bruno que "se o poder do estado de assegurar as condições de vida social não pode ser equiparado a um direito subjetivo, menos ainda a submissão do réu à pena pode ser tomada como cumprimento de uma obrigação jurídica"¹⁵.

Lembra Vernengo que "a noção de direito subjetivo é útil quando podemos identificar um credor frente a um devedor de uma obrigação"¹⁶, o que, de resto, é perfeitamente compatível com sua aparição histórica enquanto "manifestação da técnica jurídica do sistema capitalista moderno que tem por fim permitir um certo tipo de troca"¹⁷. De fato, confundido no direito objetivo (se baseado nas teorias da vontade ou da garantia), e simplesmente absurdo, como Kelsen¹⁸ ressaltou (se baseado na teoria do interesse), o direito penal subjetivo acaba por resultar tecnicamente inútil¹⁹ e politicamente perigoso²⁰.

15 Op. cit., v. I, t. I, p. 21.

16 *Curso de teoría general del derecho*, B. Aires, 1976, p. 230.

17 Mialle, op. cit., p. 144.

18 "No caso de uma sanção penal, não pode ser um interesse nem, portanto, um direito do agente aquilo que é protegido pelo dever de o punir que impende sobre o órgão aplicador do direito" — escreve Kelsen, levando às últimas consequências o caráter reflexo do direito subjetivo como interesse juridicamente protegido (*Teoria pura do direito*, trad. J.B. Machado, Coimbra, 1962, p. 258).

19 A ele se refere Tércio Sampaio Ferraz Jr. como "imprecisa metáfora" (*Introdução ao estudo do direito*, S. Paulo, 1988, ed. Atlas, p. 143).

20 A idéia de *jus puniendi*, particularmente quando referida ao momento legislativo (e sobrevive assim em inúmeros trabalhos brasileiros, como vimos), transforma-se no eixo de uma concepção autoritária do estado. O estado realiza uma "prodigiosa acumulação de meios de coação corporal" (Poulantzas, *O estado*..., cit., p. 90), expressa na "centralização excludente de seu aparato político de poder e violência" (Bustos, *Introducción*, cit., p. 25). Negar um direito penal subjetivo, ainda que pelas fórmulas do *imperium* ou "poder de dominação do estado" (A. Bruno, op. cit., v. I, t. I, p. 22), ou do "atributo da soberania" (Manzini, *Tratado*, cit., v. I, p. 81), ou de um "poder jurídico" (Antolisei, op. cit., p. 38), é chamar a atenção para a indeclinabilidade da regulação jurídico-objetiva do poder penal estatal, bem como abrir as perspectivas para o exame das relações sociais em cuja preservação e reprodução está comprometido o estado. Bem ao contrário de um direito penal subjetivo (direito público subjetivo do estado), os direitos subjetivos públicos dos indivíduos, que vieram a inscrever-se nos documentos internacionais como direitos humanos fundamentais e nas constituições como garantias

Observando que a técnica do direito público subjetivo não era praticamente usada pelo moderno direito penal, Kelsen assinalava que a vítima do crime foi substituída por "um órgão estatal que, como parte autora ou acusadora por dever de ofício, põe em movimento o processo que leva à execução da sanção"²¹. Em nossa opinião, corresponde à teoria do processo compreender, seja enquanto um *interesse de agir*, autônomo ou ínsito na própria acusação, como quer Grinover²², seja enquanto *conteúdo* necessário da ação penal, diante do princípio da jurisdição, seja enquanto *condição* da ação do ângulo da legitimação, a natureza e funções dos deveres do estado com relação aos crimes cometidos, e sua articulação instrumental.

individuais, ainda que sujeitos a objeções técnico-jurídicas, representam um positivo instrumento democrático, e, como diz Bessa Antunes, "importante fator de reivindicação por reformas e avanços sociais" (op. cit., p. 150).

21 Op. cit., p. 263.

22 As condições da ação penal, S. Paulo, 1977, p. 109.

§ 15

A missão (fins) do direito penal

Já se observou que "uma teoria da pena é sempre uma teoria do direito penal" e que "o debate científico-político sobre a pena se transforma no debate sobre todo o direito penal"; a sabedoria chinesa chama o código penal de "lei da pena" (*xing fa*). Discutir os fins do direito penal deveria ser, portanto, discutir os fins da pena — e, no entanto, não é. Quando se fala nos fins (ou "missão") do direito penal, pensa-se principalmente na interface pena/sociedade e subsidiariamente num criminoso *antes do crime*; quando se fala nos fins (ou objetivos, ou funções) da pena, pensa-se nas interações criminoso *depois do crime*/pena/sociedade. Por isso, a missão do direito penal *defende* (a sociedade), *protegendo* (bens, ou valores, ou interesses), *garantindo* (a segurança jurídica, ou a confiabilidade nela) ou *confirmando* (a validade das normas); ser-lhe-á percebido um cunho *propulsor*, e a mais modesta de suas virtualidades estará em *resolver* casos. Observe-se que os fins assinalados se projetam predominantemente na relação pena-sociedade e se apresentam com um "sinal social positivo", que abrange sua funcionalidade, utilidade e dignidade. Já quanto à pena, ou bem apenas *retribuirá* (mediante a *privação* de bens jurídicos imposta ao criminoso) o mal do crime com seu próprio *mal*, *restaurando* assim a

1 Respectivamente Zaffaroni, *Manual*, cit., p. 68 e Quintero Olivares, op. cit., p. 5.

justiça, ou bem *intimidar* a todos (pela *ameaça* de sua cominação e pela *execução exemplar*) para que não se cometam (mais) crimes, ou tratará de *conter* e *tratar* o criminoso. Os objetivos referidos vinculam interativamente um criminoso predominantemente "acontecido", a pena e a sociedade, e dispõem de um "sinal social negativo" que efetivamente timbra a pena; a mais nobre observação possível será tê-la como "uma amarga necessidade". Um iniciante estaria tentado a considerar até que os fins do direito penal e os fins da pena habitam a mesma casa, porém os primeiros na sala de visitas e os segundos na cozinha.

Essa descrição comparativa, algo caricata, das mais usuais respostas oferecidas às perguntas sobre a missão do direito penal e os objetivos da pena, põe de manifesto que, se os penalistas não sucumbem à tentação de substituir a missão do direito penal que devem descrever pelo direito penal de seus sonhos, ou existem diferenças entre aquilo que pretende o direito penal e aquilo que pretende seu instrumento essencial e característico — a pena —, ou este é o ponto mais densamente turvo, do ponto de vista ideológico, do discurso jurídico-penal. Mais do que em qualquer outra passagem, a ideologia transforma aqui fins particulares em fins universais, encobre as tarefas que o direito penal desempenha para a classe dominante, travestindo-as de um interesse social geral, e emprende a mais essencial inversão, ao colocar o homem na linha de fins da lei: o homem existindo para a lei, e não a lei existindo para o homem.

Se os fins da pena, expostos nas tradicionais teorias absolutas e relativas (essas, divididas entre a prevenção geral e a prevenção especial) e nas teorias mistas (que visam a conciliar ou superar a contradição das anteriores) aproximam os fins do direito penal de sua *realidade penal*, é ilusório imaginar que tais teorias escapem a um idealismo impeditivo do conhecimento das funções que concretamente a pena desempenha numa sociedade determinada. Como lapidarmente disseram Rusche e Kirchheimer, "a pena como tal não existe; existem

apenas concretas formas punitivas e específicas praxes penais"². Uma teoria da pena generalizante e esquemática, que tenha a pretensão de apreender, com os mesmos instrumentos, por exemplo as práticas penais do escravismo colonial brasileiro, cujos pontos cardiais estavam na utilidade imediata do criminoso (= açoites) e no terror (= morte e penas domésticas), e de nosso capitalismo ao início do século, cujo princípio era, como diria Ernst Bloch, a "conservação útil" do criminoso, está pagando à abstração um preço altíssimo, cuja moeda é conhecimento. Por isso mesmo, ao lado das funções aparentes da pena, que se extraem de uma verificação da compatibilidade, semelhança ou oposição entre normas do direito positivo e o eterno esquema das teorias absolutas, relativas e mistas, fala-se hoje nas *funções ocultas* ou *não declaradas* da pena. Diante do art. 1.º LEP³, podemos afirmar que desde 1985 a legislação brasileira adotou a prevenção especial: isso não esgotará o conhecimento possível sobre as funções da execução da pena privativa de liberdade, no Brasil, nem sobre o que possa significar hoje a "tarefa ressocializadora" da prisão⁴. Sandoval Huertas organizou as funções não declaradas da pena privativa de liberdade em três níveis: a) o nível psicossocial (funções vindicativa e de cobertura ideológica); b) o nível econômico-social (funções de reprodução da criminalidade, controle coadjuvante do mercado de trabalho, e reforço protetivo à propriedade privada); c) o nível político (funções de manutenção do *status quo*, controle sobre

2 *Pena e estrutura social*, trad. Melossi e Pavarini, Bolonha, 1978, p. 45. De base marxista, tal afirmação é extremamente adequada ao que o filósofo Clément Rosset chamou de "princípio da realidade suficiente" (*O princípio da crueldade*, trad. J.T. Brum, Rio, 1989, p. 12).

3 Lei nº 7.210, de 11.jul.84, art. 1.º: "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado".

4 Sobre este aspecto, cf. Anabela Miranda Rodrigues, *Reinserção social — para uma definição do conceito*, in *RDP* nº 34, p. 24 ss; Losano, op. cit., p. 89; Muñoz Conde, *Derecho penal y control social*, cit., p. 93; Bustos, *Introducción*, cit., p. 96; Zaffaroni, *Manual*, cit., p. 62.

as classes sociais dominadas e controle de opoitores políticos)⁵. Esta maneira de conceber os fins da pena é chamada por Baratta de concepção “materialística ou político-co-econômica”, em oposição à concepção “ideológica ou idealista” das teorias absoluta e relativa⁶. O estudo aprofundado da pena, chamado “teoria da pena”, tem sua sede na ocasião em que o conjunto das penas previstas pelo código penal é objeto de exposição e análise.

Pensamos que numa sociedade verdadeiramente justa e democratizada os fins do direito penal e da pena constituirão, transparentemente expostos e debatidos, um só e indivisível projeto. Entrementes, cabe um esforço, a exemplo do que ocorreu na área das funções da pena, no sentido de desmitificar os fins do direito penal, questionando as respostas usuais. Esse esforço vem sendo empreendido por inúmeros penalistas de perspectiva crítica; entre nós, situa-se nesse endereço Ciri-no dos Santos⁷.

Entre os autores brasileiros, prevalece o entendimento de que o fim do direito penal é a *defesa de bens jurídicos*: assim Aníbal Bruno, Fragozo, Damásio, Toledo, Mirabete. Alguns colocam a defesa de bens jurídicos como o meio empregado para a *defesa da sociedade* (Bruno, Fragozo), concebida eventualmente como *combate ao crime* (Mirabete); outros procuram enfatizar a defesa dos *valores sociais* que subjazem nos bens jurídicos (Brito Alves) ou o “robustecimento na consciência social” desses valores (Damásio). Muito adequadamente, Toledo promove uma depuração no conceito de bem jurídico, expurgando-o de volúveis subordinaciones eticizantes,

5 Sandoval Huertas, Emiro, Las funciones no declaradas de la privación de la libertad, in *Rev. del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, Cali, 1981, p. 41 ss. Cf. também Baratta, Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad, in *Nuevo foro penal*, Bogotá, 1982, n.º 15, p. 737 ss; Ciriño dos Santos, *Direito penal*, cit., p. 30.

6 *Criminologia crítica*, cit., p. 200.

7 *Direito penal*, cit., p. 22.

com o que pode afirmar que a “tarefa imediata” do direito penal é sua proteção. A proteção de valores da vida comunitária é autonomamente referida, bem como uma função, certamente mais próxima do direito privado, de *regular a convivência humana* (Mayrink).

O inter-relacionamento dos conceitos de *bem jurídico*, *interesse* e *valor*, sobre o qual Welzel concebe a missão do direito penal como defesa de *valores* ético-sociais elementares da consciência jurídica e *só por inclusão* defesa dos *bens jurídicos*, entendidos como estados sociais de preservação juridicamente *desejáveis* (por esta porta — “desejável” — o argumento do *interesse* se reapresenta)⁸, e que levou Baumann, num momento de justamente extenuada simplificação, a escrever que o direito penal tem por função a “*proteção de bens jurídicos especialmente importantes* = *valores jurídicos* = *interesses*”⁹, ensejou a Aníbal Bruno perceber que a escolha dos bens jurídicos tem um agente histórico; tratando dos fins do direito penal, referiu-se aos bens jurídicos como “interesses fundamentais do indivíduo ou da sociedade que, pelo seu valor social, a consciência comum do grupo ou das camadas sociais nele dominantes eleva à categoria de bens jurídicos”¹⁰. Embora percebendo a existência de um agente histórico (as “camadas sociais dominantes” no grupo humano — sociedade civil — que, organizando-se como estado, editará o direito penal), Aníbal Bruno supõe uma sociedade unitária, vivenciada e apreendida por uma consciência social também unitária. A noção de classe social não é chamada a participar. Veja-se a seguinte passagem de Fragozo: “o fim do direito é a tutela e a preservação dos interesses do indivíduo e do corpo social. É evidente que os interesses que o direito tutela correspondem sempre às exigências da cultura de deter-

8 Op. cit., pp. 13-17. Não nos esqueçamos de que Welzel atribui ao direito penal uma “função de formação ética” (p. 16).

9 Op. cit., p. 9.

10 Op. cit., v. I, t. I, p. 15.

minada época e de determinado povo"¹¹. A criminalização da arte negra da capoeira, dois anos após a abolição da escravidão, pelo artigo 402 do código penal de 1890, correspondia às "exigências de cultura" de "determinado povo"¹².

Para Cirino dos Santos, os objetivos aparentes do direito penal, expressos na "proteção dos interesses e necessidades (conhecidos como valores) essenciais para a existência do indivíduo e da sociedade", têm certos pressupostos, como "as noções de *unidade* (e não de divisão) social, de *identidade* (e não de contradição) de classes, de *igualdade* (e não de desigualdade real) entre os componentes das classes sociais, e de *liberdade* (e não de opressão) individual"¹³. Definitivamente é inegável que numa sociedade dividida, o bem jurídico, que opera nos lindes entre a política criminal e o direito penal, tem caráter de classe¹⁴. Tal constatação permite o aproveitamento crítico do conceito de bem jurídico, no amplo espectro de funções que, como vimos, lhe corresponde.

Podemos, assim, dizer que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena. Numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações sociais (ou "interesses", ou "estados sociais", ou "valores") escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações. Efeitos sociais não declarados da pena também configuram, nessas sociedades, uma espécie de "missão secreta" do direito penal.

¹¹ *Lições*, cit., p. 2.

¹² Código penal de 1890 (dec. n.º 847, de 11.out.890), art. 402: "Fazer nas ruas e praças públicas exercícios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação de capoeiragem; andar em correrias (...): pena — de prisão celular por 2 a 6 meses".

¹³ *Direito penal*, cit., p. 23.

¹⁴ Cf. Peña Cabrera, *Bien jurídico y relaciones sociales de producción*, in *Debate penal*, n.º 2, Lima, 1987, p. 139.

§ 16

A ciência do direito penal

A terceira acepção em que a expressão direito penal pode ser empregada tem a ver com o estudo do ordenamento jurídico positivo; fala-se então em ciência do direito penal, ou jurisprudência, ou dogmática jurídico-penal. É preferível a denominação ciência do direito penal. A *vox* "jurisprudência", em nossa família jurídica, "é comumente usada para definir o conjunto de decisões judiciárias que, por força de sua repetição, incorporam-se à tradição jurídica"¹. Optar por "dogmática" representaria um atrelamento metodológico muito questionável: a dogmática é o mais prestigiado e eficaz método em uso na ciência do direito, porém não a guardia solitária das chaves epistemológicas do reino.

A ciência do direito penal tem por objeto o ordenamento jurídico-penal positivo e por finalidade permitir uma aplicação equitativa (no sentido de casos semelhantes encontrarem soluções semelhantes) e justa da lei penal. Tornando, como diz Novoa, "segura e calculável a aplicação da lei", estabelecendo limites e definindo conceitos, a dogmática subtrai daquela aplicação "a irracionalidade, a arbitrariedade e a improvisação"². Trata-se, portanto, de conhecer o direito aplicável, cujas normas não são submetidas a qualquer con-

¹ Coelho, Luiz Fernando, *Teoria da ciência do direito*, S. Paulo, 1974, p. 52.

² *Crítica y desmitificación del derecho*, B. Aires, 1985, p. 226.