

*Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro* entrega ao leitor as chaves necessárias para desarticular criticamente um direito penal com ênfase no enfoque lesa-majestade, fornecendo a possibilidade de reconstrução de um verdadeiro direito penal das garantias.

Dos muitos méritos deste trabalho, elejo “arbitrariamente” um. O enfoque de Nilo Batista permite superar o debate estéril entre uma visão pan-penalista da vida social e um abolicismo total e imediato do sistema penal.

O segredo da receita é simples: considerar seriamente os direitos e garantias, aprimorar as técnicas de defesa jurídica da sociedade civil e decifrar os enigmas da dogmática jurídica, para torná-los acessíveis aos movimentos sociais.

*Emilio Garcia Mendez*

Nilo Batista

INTRODUÇÃO CRÍTICA AO DIREITO PENAL BRASILEIRO

# Nilo Batista

# INTRODUÇÃO CRÍTICA AO DIREITO PENAL BRASILEIRO

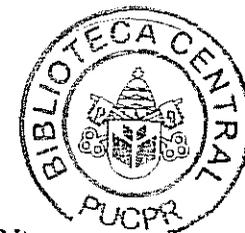
ISBN 85-7106-023-1



9 788571 060234



Editora Revan



**Nilo Batista**

Livre-docente (UERJ) e Mestre (UFRJ) em  
direito penal, professor da Faculdade de  
Direito Cândido Mendes e da PUC-RJ.

# INTRODUÇÃO CRÍTICA AO DIREITO PENAL BRASILEIRO

11ª edição

341.5  
B333i  
2007  
x2



Editora Revan

Copyright © 1990 by Nilo Batista

Todos os direitos reservados no Brasil pela Editora Revan Ltda. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida, seja por meios mecânicos, eletrônicos ou via cópia xerográfica, sem a autorização prévia da Editora.

*Coordenação editorial*  
Lilian M. G. Lopes

*Arte e produção gráfica*  
Ricardo Gosi

*Revisão*  
Miguel Villela

*Capa*  
Danilo Basto Silva

*Composição*  
WJ Fotocomposição

*Impressão e acabamento*

(Em papel Off-set 75grs. após paginação eletrônica, em tipos Time New Roman, c. 11/13)  
Divisão Gráfica da Editora Revan

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ

8337i

Batista, Nilo  
Introdução crítica ao direito penal brasileiro / Nilo Batista.  
Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007

136p.

ISBN 85-7106-023-1.

1. Direito penal - Filosofia. 2. Direito penal - Brasil. I. Título.

90-0484

CDU - 343.2.01  
343(81)

2007

Editora Revan Ltda.  
Avenida Paulo de Frontin, 163  
20260-010 - Rio de Janeiro, RJ  
Tel.: 21-2502-7495 - Fax.: 21-2273-6873

*Este trabalho foi escrito quando  
Carlos Bruce, Maria Clara e João  
Paulo estavam aprendendo a ler. A  
eles, com o carinho afeto de seu pai,  
é dedicado o livro.*

Do autor:

*Teoria da lei penal*, S. Paulo, 1974, ed. RT (em colaboração com Aníbal Bruno).

*O elemento subjetivo do crime de denúncia caluniosa*, Rio, 1975, ed. Liber Juris.

*Decisões criminais comentadas*, 1ª edição, Rio, 1976, ed. Liber Juris; 2ª edição, Rio, 1984, ed. Liber Juris.

*Aníbal Bruno, penalista*, Rio, 1978, ed. Liber Juris

*Advocacia criminal*, Rio, 1978, ed. Liber Juris (em colaboração com João Mestieri).

*Concurso de agentes*, Rio, 1979, ed. Liber Juris.

*Casos de direito penal — parte especial*, Rio, 1980, ed. Liber Juris (em colaboração com Heitor Costa Jr.).

*Temas de direito penal*, Rio, 1984, ed. Liber Juris.

*Punidos e mal pagos* (violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje), Rio, 1990, ed. Revan.

Biblioteca Central

Introdução crítica ao direito penal brasileiro.

Ac. 224621 - R. 688084 Ex. 2

Compra - Cia dos Livros

Nf.: 141985 R\$ 14,75 - 05/10/2007

Direito (Diurno) - Reg. Sem. Ctba

## Sumário

Nota Prévia 9

Apresentação 11

### CAPÍTULO I

Direito penal e sociedade. Sistema penal. Criminologia. Política criminal.

§ 1º — Direito penal e sociedade	17
§ 2º — Direito penal e sistema penal	24
§ 3º — Criminologia	27
§ 4º — Política criminal	34

### CAPÍTULO II

A designação “direito penal” e suas acepções. Princípios básicos do direito penal. Missão do direito penal. A ciência do direito penal.

§ 5º — Direito penal ou direito criminal?	43
§ 6º — As três acepções da expressão “direito penal”	50
§ 7º — O direito penal como direito público	52
§ 8º — Princípios básicos do direito penal	61
§ 9º — O princípio da legalidade	65
§ 10 — O princípio da intervenção mínima	84
§ 11 — O princípio da lesividade	91
§ 12 — O princípio da humanidade	98
§ 13 — O princípio da culpabilidade	102
§ 14 — Um direito penal subjetivo?	106
§ 15 — A missão (fins) do direito penal	111
§ 16 — A ciência do direito penal	117

Bibliografia 123

## Nota Prévia

Com inúmeros acréscimos e alguma atualização bibliográfica, é este o trabalho que, em 1988, apresentei ao concurso para a livre-docência de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Sou muito grato aos professores Jair Leonardo Lopes, João Marcello Araújo Jr., Luiz Luisi, René Ariel Dotti e Sérgio do Rego Macedo pelas observações então formuladas.

Nossa literatura jurídico-penal se ressentia da inconstância de contribuições propedêuticas, que permitam aos professores de direito penal visitar os fundamentos de seu magistério e facilitem a iniciação dos estudantes. O reflexo dessa inconstância está no tratamento repetitivo e linear que os sedimentos básicos do estudo do direito penal merecem da maior parte de nossos livros.

Este trabalho se destina a ser a primeira leitura do estudante de direito penal. Assumidamente simplificador, procurou não só reorganizar a matéria introdutória, como questionar-lhe as respostas usuais. Um saber crítico é fundamentalmente um esforço para "fazer aparecer o invisível" (Miaille) ou as "funções encobertas" (Warat) do visível.

Nessa direção, interessei-me particularmente em registrar condicionamentos históricos e objetivos ocultos com os quais o sistema penal de uma sociedade dividida em classes nega cotidianamente os princípios idealisticamente transcritos nos livros de direito penal. As perplexidades e contradições permitem entender a teoria crítica como poderoso instrumento metodológico para o conhecimento do direito penal e para a correção de deformações ideológicas que a reflexão jurídico-penal comumente apresenta.

Nilo Batista

## De como considerar seriamente os direitos e garantias do cidadão

O direito penal, particularmente na América Latina, não constitui exceção em relação ao domínio de uma hegemonia do pensamento conservador no campo do direito em geral. Hegemonia que pode ser entendida como a ausência de tradução dos conflitos do plano político para a área específica do jurídico. Em outras palavras, um exemplo concreto desta hegemonia se manifesta na cultura jurídica progressista do jurista, que desaparece quando se trata das "técnicas da dogmática"

Nilo Batista representa uma clara ruptura com essa tradição. Poucos são os trabalhos que, no contexto do direito penal latino-americano, justificam seu caráter explicitamente crítico como o excelente trabalho que aqui se tem orgulho de apresentar.

Sempre achei que o direito penal tradicional tinha muito pouco de liberal na acepção original do termo, isto é, vinculado à produção de garantias para o cidadão. Foi precisamente este direito penal liberal, em nossa recente história latino-americana, que "se adaptou às circunstâncias" dos diversos autoritarismos, oferecendo legitimidade ao justificar o caráter excepcional das rupturas estruturais da ordem jurídico-democrática.

O enfoque "crítico" do direito penal não constitui um corpo homogêneo. Existe também, paradoxalmente, um enfoque "crítico", que se movimenta dentro dos parâmetros hegemônicos do pensamento conservador e que permite delinear o problema das garantias, em termos de modelo normativo não realizado na prática. Isto possibilitou aos juristas desenvolver um direito das garantias que permanecia no plano do "espírito da lei", sem se interessar pelas técnicas garantidoras. O contrário teria exigido o questionamento da dogmática penal.

Os mecanismos que asseguram a efetivação dos princípios estabelecidos na instituição do cheque como forma de pagamento não encontram equivalente no campo das liberdades públicas ou individuais, para dar um exemplo.

O enfoque histórico, ao qual Nilo Batista recorre freqüentemente, permite colocar em julgamento as hipóteses do modelo não realizado.

Em resumo, parece-me que a expressão direito penal "conservador-liberal" não configura um caso de contradição previsto pela dogmática.

O direito penal iluminista, resultado das lutas da burguesia que culminaram na Revolução Francesa, se legitima como instrumento de defesa da sociedade civil, frente a um estado (absolutista) que atuava factual e normativamente com total arbitrariedade e discricionariedade. Em contrapartida, o direito penal deve constituir-se de um sistema de técnicas que assegure as liberdades individuais frente ao poder político. Os códigos penais modernos deveriam, portanto, constituir a culminação técnico-política deste processo. Sem dúvida um elemento chama a atenção dos códigos penais do começo do século XIX (característica que, por outro lado, permanece inalterada até hoje). O conjunto de garantias da sociedade civil frente ao estado não está registrado nos artigos dos códigos. Pelo contrário, os delitos contra o estado (lesa-majestade) constituem a prioridade político-legislativa. Metaforicamente, se poderia afirmar que os delitos contra o estado ocupam, na construção da norma penal, o lugar dos mecanismos de acumulação originária no processo de formação do capital.

A questão não é de pouca importância na determinação futura da direção concreta que assume a garantia das liberdades públicas e de algumas liberdades individuais.

Concebido para ser usado como material didático, a *Introdução crítica ao direito penal brasileiro* entrega ao leitor as chaves necessárias para desarticular criticamente um direito penal com primazia do enfoque "lesa-majestade", outorgando a possibilidade de reconstruir um verdadeiro direito penal das garantias.

Dos muitos méritos deste trabalho, alguns já postos em evidência, elejo "arbitrariamente" um. O enfoque de Nilo Batista permite superar o debate estéril entre uma visão pan-penalista da vida social e um abolicionismo total e imediato do sistema penal.

O segredo da receita é simples: considerar seriamente os direitos e garantias, aprimorar as técnicas de defesa jurídica da sociedade civil e decifrar os enigmas da dogmática jurídica, para torná-los acessíveis aos movimentos sociais.

*Emilio Garcia Mendez*

*O homem não existe para a lei, mas sim a lei existe para o homem.*

Karl Marx

Capítulo I

DIREITO PENAL E SOCIEDADE.  
SISTEMA PENAL.  
CRIMINOLOGIA. POLÍTICA  
CRIMINAL.

## § 1º

### Direito penal e sociedade

Os trabalhos brasileiros de iniciação ao direito penal costumam ser abertos com observações sobre as relações entre *sociedade e direito*. Tais observações, quase sempre, se limitam a assinalar que a vida em sociedade não prescinde de normas jurídicas; assim, por exemplo, Mirabete<sup>1</sup>, Damásio<sup>2</sup>, Mayrink da Costa<sup>3</sup>.

Certamente não há incorreção em lembrar — valham-nos as palavras de Losano — que “das sociedades pré-letradas até às pós-industriais, os homens movem-se dentro de sistemas de regras”<sup>4</sup>. Convém, entretanto, questionar imediatamente as formas de aparição histórica do direito, para contornar riscos idealistas aos quais podem expor-se os iniciantes. O mais grave desses riscos é aquele que Miaille chama de “universalismo a-histórico”<sup>5</sup>; na medida em que as idéias constituíssem

---

1 *Manual de direito penal*, P.G., S. Paulo, 1980, ed. Atlas, p. 13: “a vida em sociedade exige um complexo de normas disciplinadoras que estabeleça as regras indispensáveis ao convívio entre os indivíduos que a compõem”.

2 *Direito penal*, P.G., 1º v., S. Paulo, 1985, ed. Saraiva, p. 3: “o direito surge das necessidades fundamentais das sociedades humanas”.

3 *Direito penal*, P.G., Rio, 1982, ed. Forense, p. 4: “a vida em sociedade implica relações sociais e todo grupamento humano abre espaço para um *modus vivendi* através de um conjunto de regras diretivas”.

4 *Os grandes sistemas jurídicos*, trad. A.F. Bastos e L. Leitão, Lisboa, 1979, ed. Presença, p. 17.

5 *Uma introdução crítica ao direito*, trad. A. Prata, Braga, 1979, ed. Moraes, p. 48.

a matriz da realidade, a história do direito seria autônoma e destacada com respeito ao contexto histórico em que tal direito fora produzido, passando a compor um conjunto de noções universalmente válidas.

Sem pretender resgatar a surrada imagem da “base e superestrutura”, desacreditada pela voz autorizada de Poulantzas<sup>6</sup>, é decisivo advertir-se para a “essência econômica” que subjaz às definições jurídicas abstratas<sup>7</sup>, compreendendo o verdadeiro processo social de criação do direito.

Uma passagem de Tobias Barreto, escrita há mais de um século, auxiliará nessa compreensão: “não existe um direito natural, mas há uma lei natural do direito”<sup>8</sup>. Acrescentava Tobias Barreto que, da mesma forma, não existem linguagem, indústria ou arte naturais, embora exista aquilo que chama de lei natural da linguagem, da indústria e da arte: o homem não fala “língua alguma, não exerce indústria nem cultiva arte de qualquer espécie que a natureza lhe houvesse ensinado; tudo é produto dele mesmo, do seu trabalho, da sua atividade”<sup>9</sup>. Ao conceber o direito como algo não *revelado* ao homem (a exemplo de uma noção religiosa) nem *descoberto* por sua razão (a exemplo de uma regra de lógica formal), mas sim produzido pelo grupamento humano e pelas condições concretas em que esse grupamento se estrutura e se reproduz; ao ridicularizar a concepção do direito como “uma lei suprema, preexistente à humanidade e ao planeta que ela habita”, To-

6 Poulantzas, Nicos, *O estado, o poder e o socialismo*, trad. R. Lima, Rio, 1980, ed. Graal, p. 19.

7 Losano, op. cit., p. 17. As relações econômicas, por seu turno, não se constituem estruturalmente apenas como relações sociais, mas também como relações marcadamente políticas e jurídicas: cf. Boaventura de Souza Santos, Para uma sociologia da distinção estado/sociedade civil, in *Desordem e processo*, P. Alegre, 1986, p. 73.

8 Introdução ao estudo do direito, in *Estudos de direito*, Rio, 1892, ed. Laemmert, p. 36.

9 *Ibidem*.

bias Barreto se antecipava extraordinariamente às concepções jurídicas correntes no Brasil de sua época<sup>10</sup>.

O direito penal vem ao mundo (ou seja, é legislado) para cumprir funções concretas *dentro de e para uma* sociedade que concretamente se organizou de *determinada maneira*.

O estudo aprofundado das funções que o direito cumpre dentro de uma sociedade pertence à *sociologia jurídica*, mas o jurista iniciante deve ser advertido da importância de tal estudo para a compreensão do próprio direito.

Quem quiser compreender, por exemplo, o direito assírio, o direito romano, ou o direito brasileiro do século XIX, procure saber como assírios, romanos e brasileiros do século XIX viviam, como se dividiam e se organizavam para a produção e distribuição de bens e mercadorias; no marco da proteção e da continuidade dessa engrenagem econômica, dessa “Ordem Política e Social” (não por acaso, designação dos departamentos de polícia política entre nós — DOPS) estará a contribuição do respectivo direito. Mesmo os penalistas chamados de “clássicos”, tão próximos de um processo histórico no qual foi oportuno extrair da *razão* conteúdos jurídicos “naturais”<sup>11</sup>, percebiam às vezes esse caráter “prático”. Carrara, desenvolvendo os elementos de sua famosa definição de crime, ao deter-se no “dano político”, assinalava que o direito penal (em sentido subjetivo) é atribuído ao estado “como meio de mera defesa da ordem externa, não para o fim de aperfei-

10 Op. cit., p. 39. Hermes Lima percebeu que a posição de Tobias Barreto “significava repelir a crença numa essência ideal de justiça, que moveria os sistemas jurídicos, e substituí-la pela concepção de fatores sociais e culturais que, na esfera da humana atividade, apareciam e se renovavam” (*Obras completas de Tobias Barreto*, Introdução Geral, S. Paulo, 1963, ed. INL, v. I, p. 160).

11 O jusnaturalismo foi a teoria jurídica da burguesia revolucionária, que procurava destruir os privilégios e distinções do mundo (e, portanto, do direito) medieval, bem como inserir o monarca dentro da esfera de novas relações jurídicas, através dos princípios “naturais” da igualdade formal e da universalidade do direito. Cf. Lukács, La reificazione nella scienza giuridica, trad. R. Guastini, in *Marxismo e teoria del diritto*, Bolonha, 1980, ed. Il Mulino, p. 90. Cf. também Paulo Bonavides, *Do estado liberal ao estado social*, Rio, 1980, ed. Forense, p. 4.

çoamento interno”<sup>12</sup>. É a esse viés que se reporta a observação, recorrente em trabalhos introdutórios, da característica *finalística* do direito penal. O direito penal existe para cumprir finalidades, *para que algo se realize*; não para a simples celebração de valores eternos ou glorificação de paradigmas morais.

Resulta claro que conhecer essas finalidades é importante para conhecer o direito penal. Quaisquer que sejam tais finalidades — inclusive a de evitar que “prorrumpa a guerra de todos contra todos”, como dizia von Liszt<sup>13</sup> —, constituem elas obviamente matéria que não pode ser estranha às preocupações do jurista. Atribuindo-se à figura de von Liszt conotações que certamente não possuía, o jurista não pode deixar de formular algumas indagações, a saber: existirá de fato uma guerra de todos contra todos, ou, pelo contrário, uma guerra de *alguns* contra *outros*? Que guerra é essa? Por que alguns desejam guerrear contra outros? Se o direito não cai do céu, mas é elaborado por homens, qual a posição dos homens que o editam nessa guerra? Só o direito penal evita que se prorrumpa tal guerra? Não prorrumperá ela *apesar* do direito penal? Evitada a guerra, quem ganha e quem perde com essa “paz” que o direito penal assegurou? Essas e outras perguntas poderão aproximar-nos, até sem que o percebamos, de certas chaves centrais no afazer jurídico: jusnaturalismo e positivismo jurídico, interpretação da lei, fins da pena, política criminal, etc.

Afirmamos, portanto, que o direito penal é disposto pelo estado para a concreta realização de fins; toca-lhe, portanto,

12 *Programma*, § 13.

13 *Tratado de direito penal alemão*, tradução J. Hygino, Rio, 1899, ed. Briguiet, v. I, p. 95. A expressão “guerra de todos contra todos” remonta a Hobbes; Montesquieu falaria de “estado de guerra”, e Rousseau do “direito do mais forte”. Como registrado por Marx, no século XVIII a ficção segundo a qual o “estado de natureza é o verdadeiro estado da natureza humana” alcançou o apogeu (II manifesto filosófico della scuola storica del diritto, in Marx/Engels, *Opere*, Roma, 1980, ed. Riuniti, v. I, p. 206).

uma missão política, que os autores costumam identificar, de modo amplo, na garantia das “condições de vida da sociedade”, como Mestieri<sup>14</sup>, ou na “finalidade de combater o crime”, como Damásio<sup>15</sup>, ou na “preservação dos interesses do indivíduo ou do corpo social”, como Heleno Fragoso<sup>16</sup>. Tais fórmulas não devem ser aceitas com resignação pelo iniciante. O direito penal nazista garantia as “condições de vida da sociedade” alemã subjugada pelo estado nazista, ou era a pedra de toque do terrorismo desse mesmo estado, garantindo em verdade as condições de morte da sociedade? Sem adentrar a fascinante questão de que o estado primeiro *inventa* para depois *combater* o crime, esse combate não será algo miseravelmente reduzido ao *crime acontecido e registrado*?<sup>17</sup>. Ou seja: o combate que o direito penal pode oferecer ao crime praticamente se reduz — desde que a pesquisa empírica demonstrou o precário desempenho do chamado “efeito intimidador” da pena, sob cuja égide sistemas inteiros foram construídos — ao *crime acontecido* (sendo mínima sua atuação *preventiva*) e *registrado* (a chamada criminalidade aparente, que, como também a pesquisa empírica revelou, é muito inferior — em alguns casos, escandalosamente inferior: pense-se por exemplo no abortamento — à criminalidade real, sendo a diferença denominada *cifra oculta*). Por último, que significarão “interesses do corpo social” numa sociedade dividida em classes, na qual os interesses de uma classe são estrutural e logicamente antagônicos aos da outra?

A função do direito de estruturar e garantir determinada ordem econômica e social, à qual estamos nos referindo, é habitualmente chamada de função “conservadora” ou de “controle social”. O controle social, como assinala Lola

14 *Teoria elementar do direito criminal*, Rio, 1971, p. 3.

15 *Op. cit.*, p. 3.

16 *Lições de direito penal*, P.G., Rio, 1985, ed. Forense, p. 2.

17 Welzel havia percebido que, quando o direito penal “entra efetivamente em ação, já é, em geral, muito tarde” (*Derecho penal alemán*, trad. Bustos Ramirez e Y. Perez, Santiago, 1970, p. 13).

Aniyar de Castro, “não passa da predisposição de táticas, estratégias e forças para a construção da hegemonia, ou seja, para a busca da legitimação ou para assegurar o consenso; em sua falta, para a submissão forçada daqueles que não se integram à ideologia dominante”<sup>18</sup>. É fácil perceber o importante papel que o direito penal desempenha no controle social. Sob certas condições, pode o direito desempenhar outras funções (como, por exemplo, a “educativa” e mesmo a “transformadora” — esta, oposta à “conservadora”). A preponderância da função de controle social é, contudo, inquestionável.

Determinadas, assim, pela necessidade do poder que confere garantia e continuidade às relações materiais de produção prevalentes numa dada sociedade, estariam as normas jurídico-penais alijadas de qualquer influência ativa sobre essa mesma sociedade? A resposta de Aníbal Bruno merece transcrição: “sabemos como as sociedades humanas se encontram ligadas ao Direito, fazendo-o nascer de suas necessidades fundamentais e, em seguida, deixando-se disciplinar por ele, dele recebendo a estabilidade e a própria possibilidade de sobrevivência”<sup>19</sup>. Ou seja, embora o direito penal seja modelado pela sociedade — e, em última instância, hão de prevalecer sempre as variáveis econômicas que determinam suas linhas fundamentais — ele também interage com essa mesma sociedade. Como ensina Miranda Rosa, “se o direito é condicionado pelas realidades do meio em que se manifesta, entretanto, age também como elemento condicionante”<sup>20</sup>.

Há marcante congruência entre os fins do estado e os fins do direito penal, de tal sorte que o conhecimento dos primei-

18 *Criminología de la liberación*, Maracaibo, 1987, ed. Un. del Zulia, p. 119. Informação sobre o desenvolvimento da idéia de controle social em Zahidé Machado Neto, *Direito penal e estrutura social*, S. Paulo, 1977, ed. Saraiva, p. 4 ss. Para Juarez Tavares, a finalidade normativo-material da criação jurídica de delitos está na “proteção aos interesses dominantes na estrutura social estratificada” (*Teorias do delito*, S. Paulo, 1980, ed. RT, p. 4).

19 *Direito penal*, P.G., Rio, 1959, ed. Forense, v. I, t. 1º, p. 11.

20 *Sociologia do direito*, Rio, 1970, ed. Zahar, p. 57.

ros, não através de fórmulas vagas e ilusórias, como sói figurar nos livros jurídicos<sup>21</sup>, mas através do exame de suas reais e concretas funções históricas, econômicas e sociais, é fundamental para a compreensão dos últimos.

Conhecer as finalidades do direito penal, que é conhecer os objetivos da criminalização de determinadas condutas praticadas por determinadas pessoas, e os objetivos das penas e outras medidas jurídicas de reação ao crime, não é tarefa que ultrapasse a área do jurista, como às vezes se insinua. Com toda razão, assinala Cirino dos Santos que “a definição dos objetivos do Direito Penal permite clarificar o seu significado político, como técnica de controle social”<sup>22</sup>. Aliás, a indagação sobre fins, que comparece em vários momentos particulares (na interpretação da lei, na teoria do bem jurídico, no debate sobre a pena, etc), não poderia deixar de dirigir-se ao direito penal como um todo.

21 “Los fines del Estado son difíciles de determinar, de modo absoluto y omni-compreensivo” — Sanguinetti, *Curso de derecho político*, B. Aires, 1986, p. 297.

22 *Direito penal*, Rio, 1985, p. 23.

## § 2º

### Direito penal e sistema penal

Devemos distinguir entre *direito penal* e *sistema penal*. Provisoriamente, diremos que o direito penal é o conjunto de normas jurídicas que prevêm os crimes e lhes cominam sanções, bem como disciplinam a incidência e validade de tais normas, a estrutura geral do crime, e a aplicação e execução das sanções cominadas.

Há outros conjuntos de normas que estão funcionalmente ligados ao direito penal: assim, o direito processual penal<sup>1</sup>, a organização judiciária, a lei de execução penal, regulamentos penitenciários, etc. Criadas por esses conjuntos, ou a eles subordinadas, existem instituições que desenvolvem suas atividades em torno da realização do direito penal.

A polícia judiciária investiga um crime sujeitando-se (ou, pelo menos, devendo sujeitar-se!) às regras que o Código de Processo Penal (CPP) consagra ao inquérito policial e às provas. O inquérito concluído é encaminhado a uma “vara criminal”, ou que outra designação lhe tenha assinado a lei de organização judiciária local. Tratando-se de um crime perseguível por ação penal pública, o Promotor de Justiça oferecerá denúncia, e um procedimento previsto no CPP se seguirá.

1 Frederico Marques assim o define: “conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do direito penal, bem como as atividades persecutórias da polícia judiciária, e a estruturação dos órgãos de função jurisdicional e respectivos auxiliares” (*Elementos de direito processual penal*, Rio, 1961, v. I, p. 20).

Condenado o réu a pena privativa de liberdade que deva cumprir-se sob regime fechado, será ele recolhido a uma “penitenciária”, espécie do gênero “estabelecimento penal”, submetido ao que dispõe a Lei de Execução Penal — LEP<sup>2</sup>. Vimos a sucessiva intervenção, em três nítidos estágios, de três instituições: a instituição policial, a instituição judiciária e a instituição penitenciária. A esse grupo de instituições que, segundo regras jurídicas pertinentes, se incumbe de realizar o direito penal, chamamos *sistema penal*.

Zaffaroni entende por sistema penal o “controle social punitivo institucionalizado”<sup>3</sup>, atribuindo à *vox* “institucionalizado” a acepção de concernente a procedimentos estabelecidos, ainda que não legais. Isso lhe permite incluir no conceito de sistema penal casos de ilegalidades estabelecidas como práticas rotineiras, mais ou menos conhecidas ou toleradas (“esquadrões da morte” — por ele referidos como “ejecuciones sin proceso”<sup>4</sup>, tortura para obtenção de confissões na polícia, espancamentos “disciplinares” em estabelecimentos penais, ou uso ilegal de celas “surdas”, etc). O sistema penal a ser conhecido e estudado é uma realidade, e não aquela abstração dedutível das normas jurídicas que o delinham.

Com propriedade, Cirino dos Santos observa que o sistema penal, segundo ele “constituído pelos aparelhos judicial, policial e prisional, e operacionalizado nos limites das matrizes legais”<sup>5</sup>, pretende afirmar-se como “sistema garantidor de uma ordem social justa”, mas seu desempenho real contradiz essa aparência.

Assim, o sistema penal é apresentado como *igualitário*, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é *seletivo*, atingindo

2 Cf. lei nº 7.210, de 11.jul.84, art. 82 ss.

3 *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, B. Aires, 1984, p. 7.

4 *Manual de derecho penal*, B. Aires, 1986, p. 32.

5 Op. cit., p. 26.

apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas<sup>6</sup>. (As exceções, além de confirmarem a regra, são aparatosamente usadas para a reafirmação do caráter igualitário.) O sistema penal é também apresentado como *justo*, na medida em que buscaria prevenir o delito, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade — na expressão de von Liszt, “só a pena necessária é justa”<sup>7</sup> —, quando de fato seu desempenho é *repressivo*, seja pela frustração de suas linhas preventivas, seja pela incapacidade de regular a intensidade das respostas penais, legais ou ilegais. Por fim, o sistema penal se apresenta comprometido com a proteção da dignidade humana — a pena deveria, disse certa ocasião Roxin, ser vista como o serviço militar ou o pagamento de impostos<sup>8</sup> —, quando na verdade é *estigmatizante*, promovendo uma degradação na figura social de sua clientela. O Instituto Interamericano de Direitos Humanos realizou uma pesquisa sobre sistemas penais e direitos humanos na América Latina, cujo informe final, redigido pelo diretor da pesquisa, Zaffaroni, constitui o mais atual e completo documento crítico sobre a realidade de nossos sistemas penais<sup>9</sup>. Seletividade, repressividade e estigmatização são algumas características centrais de sistemas penais como o brasileiro. Não pode o jurista encerrar-se no estudo — necessário, importante e específico, sem dúvida — de um mundo normativo, ignorando a contradição entre as linhas programáticas legais e o real funcionamento das instituições que as executam.

6 “En la realidad, pese al discurso jurídico, el sistema penal se dirige casi siempre contra ciertas personas más que contra ciertas acciones” — Zaffaroni, *Manual*, cit., p. 32.

7 *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. A. Calvi, Milão, 1962, p. 46.

8 Apud Ordeig, Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal? in *Estudios de derecho penal*, Madri, 1976, p. 72.

9 *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina — informe final*, B. Aires, 1986.

### § 3º

## Criminologia

Criminologia, segundo Lola Aniyar de Castro, “é a atividade intelectual que estuda os processos de criação das normas penais e das normas sociais que estão relacionadas com o comportamento desviante; os processos de infração e de desvio destas normas; e a reação social, formalizada ou não, que aquelas infrações ou desvios tenham provocado: o seu processo de criação, a sua forma e conteúdo e os seus efeitos”<sup>1</sup>.

Nossos textos de iniciação ao direito penal oferecem geralmente conceito bem diferente da criminologia, neles apresentada como um conjunto de conhecimentos, ao qual se atribui ou não caráter científico<sup>2</sup>, cujo objetivo seria o exame causal-explicativo do crime e dos criminosos<sup>3</sup>, de utilidade questionada<sup>4</sup>. Aníbal Bruno menciona a “prevenção de alguns

1 *Criminologia da reação social*, trad. E. Kosowski, Rio, 1983, p. 52.

2 “Seu caráter de verdadeira ciência é por muitos contestado (...)” — Mestieri, op. cit., p. 20.

3 “É ela (a criminologia) ciência causal-explicativa. Estuda as leis e fatores da criminalidade e abrange as áreas da antropologia e da sociologia criminal” — Magalhães Noronha, *Direito penal*, S. Paulo, 1985, v. I, p. 14. Mirabete adota a seguinte definição: “é a ciência que cuida das leis e fatores da criminalidade, consagrando-se ao estudo do crime e do delinqüente, do ponto de vista causal-explicativo” — op. cit., p. 20. Para Mestieri, é “a ciência que estuda o fenômeno criminal sob o prisma causal-explicativo, em todos os seus aspectos, endógenos e exógenos” — op. cit., p. 20.

4 É representativa a seguinte passagem de Magalhães Noronha: “acreditamos que sinceramente não se pode negar o valor da criminologia” — op. cit., p. 15. Como assinala com precisão René Ariel Dotti, no Brasil, sob o influxo do pensamento de Néelson Hungria, a criminologia “caiu em desgraça na órbita jurídica” (*Reforma penal brasileira*, Rio, 1988, p. 162).

juristas para com os trabalhos da criminologia”<sup>5</sup>.

Tal prevenção, infelizmente, não derivava da percepção do impasse metodológico e dos equívocos positivistas, presentes na consideração da criminologia como simples exame causal-explicativo do crime e do criminoso, nem das funções de legitimação de ordens sociais injustas desempenhadas por tal criminologia<sup>6</sup>. Tal prevenção estava ligada à prática esquizofrênica, haurida de uma vertente neokantista que influenciou extraordinariamente o pensamento jurídico, não de distinguir entre o *ser* e o *dever-ser*, mas sim de literalmente criar dois mundos epistemologicamente incomunicáveis. Tal influência, surgida, como lembra Zaffaroni, “numa época em que se evidenciou a necessidade de isolar cuidadosamente o *ser* e o *dever-ser*, pois o segundo não guardava harmonia com o primeiro e o positivismo organicista burguês não lograva compatibilizá-los”<sup>7</sup>, atingiu profundamente o direito penal brasileiro<sup>8</sup>, levando-o a um desprezo olímpico pela realidade, a um intencional isolamento<sup>9</sup>. Na verdade, *ser* e *dever-ser* relacionam-se como fato e valor, numa relação de totalidade

5 Op. cit., p. 43.

6 Não por acaso, Basileu Garcia caracteriza as disciplinas criminológicas como aquelas “que se preocupam com a delinquência *como fato natural*, procurando apontar-lhe as causas, com o emprego do *método positivo*, de observação e experimentação” — *Instituições de direito penal*, S. Paulo, s/d, v. I, t. I, p. 25. Bergalli menciona o “serviço que o positivismo criminológico, especialmente aquele de cunho lombrosiano, prestou à afirmação do sistema social implantado pela burguesia triunfante no processo de unificação da Itália”, acrescentando que tal serviço teve “exitoso e rápido traslado para a América do Sul” (cf. Pavarini, Massimo, *Control y dominación*, trad. I. Muñagorri, México, 1983, epílogo, p. 200).

7 Las necesidades del saber penal latinoamericano, in rev. *Iusta*, Bogotá, 1987, nº 9, p. 135.

8 Veja-se, por exemplo, o Heleno Fragoso de *Conduta punível* (S. Paulo, 1961).

9 Relembra-se Néelson Hungria conclamando professores e estudantes de direito, advogados e magistrados, para uma “doutrina de Monroe”: “o direito penal é para os juristas, exclusivamente para os juristas. A qualquer indébita intromissão em nosso *Lebensraum*, façamos ressoar, em toque de rebate, nossos tambores e clarins!” (*Novas questões jurídico-penais*, Rio, 1945, p. 15).

dialética, como registra Poulantzas<sup>10</sup>, e por essa perspectiva o saber criminológico e o saber jurídico-penal se comunicam permanentemente.

Releia-se o conceito de criminologia de Lola Aniyar de Castro, com o qual foi aberto este parágrafo, comparando-o ao conceito absolutamente predominante nos autores brasileiros<sup>11</sup>. Devemos fugir à tentação de supor que a diferença esteja apenas na amplitude. Para a professora venezuelana, a criminologia englobaria os seguintes aspectos: 1. a sociologia do direito penal e do comportamento desviante; 2. a etiologia do comportamento delitivo e do comportamento desviante; 3. a reação social, compreendendo a psicologia social correspondente, as penas e outras medidas, bem como a análise das instituições que as executam<sup>12</sup>. Para a criminologia positivista, o alcance se limitaria à metade do segundo aspecto (etiologia do comportamento delitivo). Não é essa, contudo, a diferença importante.

Quando a criminologia positivista não questiona a construção política do direito penal (como, por quê e para quê se ameaçam penalmente determinadas condutas, e não outras, que atingem determinados interesses, e não outros, com o resultado prático, estatisticamente demonstrável, de se alcançar sempre pessoas de determinada classe, e não de outra),

10 “A relação dos sistemas normativos da superestrutura, que pertencem ao *dever-ser* social, com a base, compreendendo a relação de significante a significado, ou de linguagem a realidade, é *determinante e significativa enquanto relação de dever-ser e ser, de valor e fato*, concebidos esses termos não já em sua irreduzibilidade idealista essencial, mas sim em sua relação de totalidade dialética” (El examen marxista del estado y del derecho actuales y la cuestión de la alternativa, in *Marx — el derecho y el estado*, trad. J.R. Capella, Barcelona, 1979, p. 81).

11 O Heleno Fragoso da maturidade, que já havia percebido “o completo fracasso” da criminologia positivista (expressão empregada no prefácio à tradução brasileira da *Criminologia da reação social*, de Lola Aniyar de Castro, cit., p. XIII), adotou, nas últimas edições de suas *Lições*, a seguinte definição: “a ciência que estuda o crime como fato social, o delinquente e a delinquência, bem como, em geral, o surgimento das normas de comportamento social e a conduta que as viola ou delas se desvia e o processo de reação social” (op. cit., p. 18).

12 Op. cit., p. 52.

nem a aparição social de comportamentos desviantes (seja pelo silêncio estratégico do legislador, que não converte aquilo que a maioria desaprova — desviante — em delituoso, seja pelo descompasso entre vetustas bases morais, a partir das quais se instalaram instrumentos de controle social, e sua incessante transformação histórica, seja até pela própria etiologia enquanto processo social individualizável), nem a reação social (desde as representações do delito, do desvio, da pena e do sistema penal, dispersas no movimento social, ou sinalizadas na opinião pública e nos meios de comunicação, até o exame das funções, aparentes e ocultas, que a pena desempenha, nomeadamente a pena privativa da liberdade, tal como existe e é executada pelas diversas instituições que dela participam); quando a criminologia positivista não questiona nada disso, ela cumpre um importante papel político, de legitimação da ordem estabelecida. Como anota com precisão Quinney, “a realidade oficial é a realidade com a qual o positivista opera — e a realidade que ele aceita e suporta. O positivista toma por dada a ideologia dominante, que enfatiza a racionalidade burocrática, a tecnologia moderna, a autoridade centralizada e o controle científico”<sup>13</sup>. Tal criminologia necessariamente tende a tratar o episódio criminal como episódio *individual* e a respaldar a ordem legal como ordem *natural*: não por acaso, seus precursores procuraram tematizar um “homem delinqüente”, que, ao lado dos “loucos morais”<sup>14</sup>, viola a ordem legal, ou um “delito natural”, que atinge

13 O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal, in Taylor, Walton e Young (org.), *Criminologia crítica*, trad. Cirino dos Santos e S. Tancredo, Rio, 1980, p. 224.

14 Ao longo de todo o livro de Lombroso (*L' uomo delinquente*, Turim, 1884, ed. F. Bocca, 3ª ed.), a “triste classe do homem delinqüente” (p. 304) é sempre referida e cotejada à chamada “loucura moral”. Na página citada, Lombroso examinava a “estranha tenacidade e difusão” com as quais réus ostentavam tatuagens. Bem disse Lichtenberg, citado por Jaspers, que “o estudo da fisionomia é, descontada a profetização, a mais enganosa de todas as artes humanas que uma mente excêntrica jamais inventou” (*Psicopatologia geral*, trad. A. Reis, Rio, 1973, v. I, p. 326).

“sentimentos” encontráveis nas “raças superiores”, indispensáveis para a “adaptação do indivíduo à sociedade”<sup>15</sup>, isto é, para a manutenção da ordem legal. Se alguma abertura social se acrescenta a essa perspectiva, como se deu com Ferri<sup>16</sup>, o resultado é, como precisou, espiritualmente, Lyra Filho, “uma espécie de progressismo idílico”<sup>17</sup>. A racionalidade ou a justiça da ordem legal e das instituições que integram o sistema penal, bem como as funções por elas desempenhadas numa sociedade dividida em classes, não são absolutamente inquiridas pelo criminólogo positivista.

A essa “falha política”<sup>18</sup> do positivismo (à qual, por inserir-se num trabalho de introdução ao direito penal, concedeu-se primazia) somam-se outras, que colocam em cheque o valor de suas premissas, seus métodos e conclusões. Simplificadamente, resumiremos essas falhas em: a) supor que na transcrição da objetividade cognoscível não se imprime a experiência do sujeito cognoscente; b) reduzir a objetividade cognoscível ao que nela for empírica e sensivelmente demonstrável; c) ter, portanto, na metodologia o centro e o limite inexorável de sua atividade científica; d) conceber de forma mecanicista os fatos sociais, produzindo explicações com base em relações causais<sup>19</sup>. Frise-se que daquele suposto “distanciamento” entre o objeto cognoscível e o sujeito cognoscente, com a interveniência da mitificação metodológica, o positivismo extrai outra conseqüência política: a aparente

15 O “delito natural”, na definição de Garofalo, “é uma lesão daquela parte do senso moral que consiste nos sentimentos altruísticos fundamentais (piedade e probidade) segundo a proporção média em que se encontram nas raças humanas superiores, proporção essa necessária para a adaptação do indivíduo à sociedade” (*Criminologia*, Turim, 1885, p. 30).

16 *Princípios de direito criminal*, trad. L. d'Oliveira, S. Paulo, 1931.

17 *Criminologia dialética*, Rio, 1972, p. 16.

18 Quinney, loc. cit.

19 Para um exame amplo dessas falhas, cf. Juarez Cirino dos Santos, *A criminologia da repressão*, Rio, 1979, p. 47 ss.; Quinney, op. cit., p. 223 ss.; Lola Aniyar de Castro, op. cit., p. 2 ss.

“neutralidade” do cientista social, que seria um simples produtor de saberes, indiferente às tensões da realidade social.

A criminologia conheceu, nos últimos vinte anos, uma verdadeira revolução, que lhe permitiu superar o impasse positivista. Chamemos, de modo genérico, Criminologia Crítica ao conjunto das tendências — “espécie de frente ampla”, como registra Araújo Jr.<sup>20</sup> — que realizaram tal superação e tornaram acessível ao estudioso do direito penal conhecimentos até então camuflados ou distorcidos, inclusive sobre seu próprio ofício<sup>21</sup>. Ao contrário da Criminologia Tradicional, a Criminologia Crítica não aceita, qual *a priori* inquestionável, o código penal, mas investiga como, por quê e para quem (em ambas as direções: *contra quem* e *em favor de quem*) se elaborou *este* código e não outro. A Criminologia Crítica, portanto, não se autodelimita pelas definições legais de crime (comportamentos delituosos), interessando-se igualmente por comportamentos que implicam forte desaprovação social (desviantes). A Criminologia Crítica procura verificar o desempenho prático do sistema penal, a missão que efetivamente lhe corresponde, em cotejo funcional e estrutural com outros instrumentos formais de controle social (hospícios, escolas, institutos de menores, etc). A Criminologia Crítica insere o sistema penal — e sua base normativa, o direito penal — na disciplina de uma sociedade de classes historicamente deter-

20 *Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo*, Rio, 1986, p. 4.

21 Não cabe, em mero tópico de introdução ao direito penal, uma exposição das diversas criminologias de cariz positivista, nem daquelas que, certamente a partir dos estudos precursores da criminologia interacionista, estamos reunindo sob o rótulo geral de Criminologia Crítica. Por não haverem influenciado qualquer penalista brasileiro, não nos referimos às direções construcionista social e fenomenológica. Além das obras citadas, remetemos o leitor interessado a: Taylor, Walton e Young, *The new criminology: for a social theory of deviance*, N. York, 1974; Traverso e Verde, *Criminologia crítica*, Pádua, 1981; Baratta, A., *Criminologia crítica y crítica del derecho penal*, trad. A. Bunster, México, 1986; Cirino dos Santos, *A criminologia radical*, Rio, 1981; Lola Aniyar de Castro, *Criminología de la liberación*, Maracaibo, 1987; Bergalli, R., *Crítica a la criminología*, Bogotá, 1982; Rosa del Ojmo, *América Latina y su criminología*, México, 1981.

minada e trata de investigar, no discurso penal, as funções ideológicas de proclamar uma igualdade e neutralidade desmentidas pela prática<sup>22</sup>. Como toda teoria crítica, cabe-lhe a tarefa de “fazer aparecer o invisível”<sup>23</sup>

22 “Compreender que o sistema legal não serve à sociedade como um todo, mas serve os interesses da classe dominante, é o começo de uma compreensão crítica do direito criminal, na sociedade capitalista” — Quinney, op. cit., p. 240.

23 Miaille, op. cit., p. 17.

§ 4º  
Política criminal

Do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se *política criminal*. Segundo a atenção se concentre em cada etapa do sistema penal, poderemos falar em política de segurança pública (ênfase na instituição policial), política judiciária (ênfase na instituição judicial) e política penitenciária (ênfase na instituição prisional), todas integrantes da política criminal. Como anota com precisão Pulitanò, há entre a criminologia e a política criminal a distinção — e ao mesmo tempo o relacionamento — intercorrente entre a capacidade de *interpretar* e aquela de *transformar* certa realidade<sup>1</sup>. Convém igualmente advertir que a acepção que se confere aqui

1 *Politica criminale*, in Marinuci e Dolcini (org.), *Diritto penale in trasformazione*, Milão, 1985, p. 17. Essa dualidade entre *conhecer* e *atuar* está presente na definição de Zipf, para quem a política criminal implicaria "obtenção e realização de critérios diretivos no âmbito da justiça criminal" (*Introducción a la política criminal*, trad. Macias-Picavea, Madri, 1979, ed. Rev. Pen. Privado, p. 4). Zaffaroni questiona a distinção entre criminologia e política criminal, porquanto "todo saber criminológico está previamente delimitado por uma intencionalidade política" (*En busca de las penas perdidas*, B. Aires, 1989, p. 177).

à política criminal nada tem a ver com compromissos teóricos de um certo movimento, liderado por von Liszt no final do século XIX, que chegou a ser chamado de "escola da política criminal"<sup>2</sup>.

O campo da política criminal tem hoje uma amplitude enorme. Não cabe mais reduzi-la ao papel de "conselheira da sanção penal", que se limitaria a indicar ao legislador onde e quando criminalizar condutas<sup>3</sup>. Nem se pode aceitar a primitiva fórmula lisztiana de sua relação com a política social: esta se ocuparia de suprimir ou limitar as condições sociais do crime, enquanto a política criminal só teria por objeto o delinqüente individualmente considerado<sup>4</sup>. Em ambos os casos, estão sendo pagas elevadas taxas à criminologia positivista: taxa política no primeiro caso (a aceitação legitimante da ordem legal não permite que a política criminal visite o outro lado, circunscrevendo-a às funções de "conselheira da sanção penal"), taxa teórica no segundo caso (a segregação arbitrária do indivíduo delinqüente das condições sociais do crime sugere o reconhecimento de processos causais distintos — ainda que ao gênero "fatorialista" — de ordem social e individual, tendo como seqüela que a política criminal também deve *distinguir-se* da política social). A política criminal será, como diz Szabó, a prima pobre da política

2 Sobre as características desses compromissos teóricos: Bergalli, op. cit., p. 90; Fragoso, *Lições*, p. 48; A. Bruno, op. cit., p. 111.

3 Para A. Bruno, a política criminal é "um conjunto de princípios de orientação do Estado na luta contra a criminalidade, através de medidas aplicáveis aos criminosos" (op. cit., p. 33). Para Basileu Garcia, "a política criminal examina o direito em vigor, apreciando a sua idoneidade na proteção social, contra os criminosos e, em resultado dessa crítica, sugere as reformas necessárias. Verificado se a legislação vigente alcança sua finalidade, trata de aperfeiçoar a defesa jurídico-penal contra a delinqüência" (op. cit., p. 37). Para Marc Ancel, "todo mundo parece concordar com que a política criminal tem de início por objeto, indiscutivelmente, a repressão do crime, pelos meios e procedimentos do direito penal (ou, mais amplamente, do sistema penal) em vigor" (Pour une etude systematique des problemes de politique criminelle, in *Archives de politique criminelle*, nº 1, Paris, 1975, p. 16).

4 von Liszt, *Tratado*, p. 112.

social<sup>5</sup>, mas está indissolúvelmente ligada a ela. Por isso mesmo, muito mais do que a histórica tensão entre a política criminal (concebida como aquela “conselheira” que procura aprimorar a funcionalidade repressiva do sistema penal) e o direito penal (concebido pela perspectiva garantístico-liberal), tão lapidarmente expressa por von Liszt (“o direito penal é a barreira infranqueável da política criminal”), os grandes debates se travam entre finalidades políticas diversas que pretendam modelar o instrumento jurídico<sup>6</sup>, ou seja, entre políticas criminais diversas.

É ilustrativo perceber a influência do fracasso da pena privativa de liberdade em concretas propostas de política criminal. Há um século, von Liszt preconizava a suspensão condicional, substitutivos de caráter pedagógico para criminosos jovens, e se insurgia contra as penas curtas, que “não corrigem, não intimidam” e, “muitas vezes, encaminham definitivamente para o crime o delinqüente novel”<sup>7</sup>. A constatação, pela pesquisa empírica nos últimos cinquenta anos, do fracasso da pena privativa de liberdade com respeito a seus objetivos proclamados, levou a uma autêntica *inversão de sinal*: uma política criminal que postula a permanente redução do âmbito de incidência do sistema penal. Assim se entende Fragozo: “uma política criminal moderna orienta-se no sentido da descriminalização e da desjudicialização, ou seja, no sentido de contrair ao máximo o sistema punitivo do Estado, dele retirando todas as condutas anti-sociais que podem ser reprimidas e controladas sem o emprego de sanções criminais”<sup>8</sup>, isto é, no sentido de uma “conselheira da sanção não-penal”<sup>9</sup>.

Baratta propõe quatro indicações “estratégicas” para uma política criminal das classes dominadas<sup>9</sup>, das quais apresentare-

5 “*pariente pobre*” — *Criminología y política en materia criminal*, trad. F. Blanco, México, 1980, p. 169.

6 Pulitanò, op. cit., p. 9: “la tensione posta in evidenza non è tanto fra diritto e politica criminale, quanto fra finalit  politiche diverse, tutte confluenti a modellare lo strumento giuridico”.

7 *Tratado*, p. 113 e 114.

8 *Lições*, p. 17.

9 Op. cit., p. 213 ss.

mos a seguir um resumo. Em primeiro lugar, numa sociedade de classes a política criminal não pode reduzir-se a uma “política penal”, limitada ao âmbito da função punitiva do estado, nem a uma “política de substitutivos penais”, vagamente reformista e humanitária, mas deve estruturar-se como política de transformação social e institucional, para a construção da igualdade, da democracia e de modos de vida comunitária e civil mais humanos. Em segundo lugar, a partir da consideração do direito penal como direito desigual, deve-se empreender dois movimentos: 1º) instituir a tutela penal em campos que afetem interesses essenciais para a vida, a saúde e o bem-estar da comunidade (o chamado “uso alternativo do direito”): criminalidade econômica e financeira, crimes contra a saúde pública, o meio ambiente, a segurança do trabalho, etc; 2º) contrair ao máximo o sistema punitivo, observando-se que muitos dos códigos penais vigentes foram elaborados sob o signo de uma concepção autoritária e ética do estado (para o Brasil, basta ler a Exposição de Motivos do vigente Código Penal), descriminalizando pura e simplesmente ou substituindo por formas de controle legal não estigmatizantes (sanções administrativas ou civis)<sup>10</sup>. A esses objetivos corresponderia uma profunda transformação no processo e na organização judiciária, bem como na instituição policial<sup>11</sup>. Em terceiro lugar,

10 Sobre descriminalização, cf. *The decriminalization*, Milão, 1975 (que contém as atas do colóquio de Bellagio de 1973 sobre o tema; o relatório Hulsman foi traduzido e publicado na *Revista de Direito Penal (RDP)* n° 9-10, p. 7 ss); *Report on decriminalization*, Council of Europe, Estrasburgo, 1980; Peris Riera, J.M., *El proceso despenalizador*, Valência, 1983; Miguel Reale Jr., *Descriminalização*, in *Rev. do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB)*, ano VII, n° 29, p. 189 ss; Ivete Senise Ferreira, *Política criminal e descriminalização*, in *Rev. IAB*, ano VII, n° 29, p. 196 ss; Nilo Batista, *Algumas palavras sobre descriminalização*, in *RDP* n° 13, p. 28 ss. Como acentuou Figueiredo Dias, “uma Política Criminal que se queira válida para o presente e o futuro próximo e para um Estado de Direito material, de cariz social e democrático, deve exigir do direito penal que só intervenha com os seus instrumentos próprios de atuação ali onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem” (*Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro*, Lisboa, 1983, p. 11).

11 A esse propósito, merecem leitura e reflexão as recomendações concretas formuladas por Zaffaroni, em seu estudo sobre o que denominou, adequadamente, de

e tendo como premissa o fracasso histórico da prisão, em suas funções de controlar a criminalidade e promover a reinserção social do condenado, bem como os verdadeiros fins que tem exercido, pugnar pela abolição da pena privativa de liberdade<sup>12</sup>; para aproximar-se desse objetivo, sugerem-se as seguintes táticas: a) implantação de “substitutivos penais”; b) ampliação de formas de suspensão condicional de execução e livramento condicional; c) introdução de formas de execução em regime de semiliberdade; d) reavaliação do trabalho carcerário; e) abertura da prisão para a sociedade, mediante a colaboração de órgãos locais. Por essa linha, a alternativa oferecida ao mito da reeducação consistiria na criação de condições que levassem o condenado a compreender as contradições sociais que o conduziram a uma reação individual e egoística (o cometimento do crime), que, desenvolvida nele a consciência de classe, se transformaria em participação no movimento coletivo. Em quarto e último lugar, preocupado com os processos ideológicos e psicológicos que se desenvolvem em torno da opinião pública, ao escopo de legitimação do direito penal desigual (com referência especial aos processos de indução de alarma social, que se apresentam em “campanhas de lei e ordem” manipuladas por forças políticas,

---

“nova defesa individual” (*Política criminal latinoamericana*, B. Aires, 1982, pp. 28 a 30).

12 O abolicionismo penal, caracterizado por Scheerer como uma “teoria sensibilizadora”, na acepção que Scheff atribuiu ao interacionismo, ou seja, como uma “teoria” que, dispondo da capacidade de superar de alguma forma as classificações, pressupostos e modelos tradicionais, não consegue, entretanto, proporcionar, com seus próprios instrumentos metodológicos e conceituais, a adequada verificação das novas idéias produzidas (Scheerer, Sebastian, *La abolición del sistema penal: una perspectiva en la criminología contemporánea*, in *Rev. Derecho Penal y Criminología*, v. VIII, nº 26, Bogotá, 1985, p. 205), tem seu mais militante profeta em Louk Hulsman, para quem o sistema de reação social formal penal é algo completamente inútil e problemático em si mesmo, podendo, à míngua de qualquer função, ser deixado de lado (*Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, trad. S. Politoff, Barcelona, 1984). Para outros, como Nils Christie, só após alterações estruturais nas sociedades pós-industriais, com a reorganização dos processos de controle social, será possível a abolição (*Limus to pain*, Oslo, 1983).

produzindo a falsa representação de uma solidariedade social geral contra um comum “inimigo interno”), propõe Baratta uma “batalha cultural e ideológica em favor do desenvolvimento de uma consciência alternativa no campo das condutas desviantes e da criminalidade”, tentando-se inverter as “relações da hegemonia cultural com um trabalho de decidida crítica ideológica, de produção científica e de informação”<sup>13</sup>.

Um pequeno, mas decisivo, capítulo dessa batalha pode ser travado nos livros dedicados ao ensino do direito penal.

---

13 Op. cit., p. 219. Farto material sobre política criminal pode ser encontrado na *Revue Internationale de Droit Pénal*, nº 1, 1978, contendo as atas do colóquio de Madri sobre Política Criminal e Direito Penal.

## Capítulo II

A DESIGNAÇÃO “DIREITO  
PENAL” E SUAS ACEPÇÕES.  
PRINCÍPIOS BÁSICOS DO  
DIREITO PENAL. MISSÃO DO  
DIREITO PENAL. A CIÊNCIA  
DO DIREITO PENAL.

§ 5º

Direito “penal” ou direito “criminal”?

Uma conduta humana passa a ser chamada “ilícita” quando se opõe a uma norma jurídica ou indevidamente produz efeitos que a ela se opõem. A oposição lógica entre a conduta e a norma (cuja consideração analítica dá origem a um objeto de estudo chamado *ilícito*) estipula uma relação, de caráter deôntico — denominada relação de imputação<sup>1</sup> —, que traz como segundo termo a *sanção* correspondente. Quando esta sanção é uma *pena*, espécie particularmente grave de sanção<sup>2</sup>, o ilícito é chamado *crime*.

---

1 Cf. Raffo, J., *Introdução ao conhecimento jurídico*, Rio, 1983, p. 16.

2 As sanções jurídicas têm geralmente caráter *reintegrativo* (visando, real ou simbolicamente, a restabelecer a situação jurídica anterior ao ilícito) ou *compensatório* (visando, na impossibilidade da reintegração do *status quo ante*, a uma reparação). A pena tem caráter *retributivo*: ela implica infligir ao responsável pelo crime, sob a forma de perda ou restrição de bens jurídicos ou direitos subjetivos, um mal que excede a simples possível reintegração ou a compensação devidas. Sobre o tema, cf. Soler, *Conceito e objeto do direito penal*, in *RDP* 4/30 ss; Frago, *Lições*, p. 292. Para Hart, o primeiro elemento da definição de pena reside na implicação de “dor ou outras conseqüências normalmente consideradas desagradáveis” (*Punishment and responsibility*, Londres, 1973, p. 4). Cf. ainda Ross, *On guilt, responsibility, and punishment*, Londres, 1975, p. 36. Diz Jescheck que “negar o caráter de mal à pena equivaleria a negar o próprio conceito de pena” (*Tratado de derecho penal*, trad. Puig-Conde, Barcelona, 1981, v. I, p. 91). Diz nosso Aníbal Bruno: “é de sua essência o caráter aflitivo e retributivo” (op. cit., t. 3º, p. 23). É importante ter presente que o caráter retributivo, embora ofereça um critério relativamente seguro para distinguir a pena das demais sanções, nem, por um lado, esgota ou limita a discussão sobre objetivos e funções da pena, nem, por outro, circunscreve-a com exclusividade ao campo do direito

Vemos, portanto, que o elemento que transforma o *ilícito* em *crime* é a decisão política — o ato legislativo — que o vincula a uma *pena*. Esse é o substrato das definições formais de crime<sup>3</sup>, e ele nos revela que a pena não é simples “conseqüência jurídica” do crime, mas sim, antes disso, sua própria *condição de existência jurídica*<sup>4</sup>. Se nos dermos conta de que, no momento da aplicação da norma penal, através de

---

penal. Sanções de natureza retributiva existem no direito privado, como a indignidade para a sucessão do art. 1.595 CC (“a indignidade constitui pena civil” — Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, S. Paulo, 1962, p. 63), no direito processual, como a multa para quem indevidamente recebe custas do art. 30 CPC (chamada de “penalidade” por Pontes de Miranda, *Comentários ao código de processo civil*, Rio, 1974, t. I, p. 434) ou algumas das sanções do sistema de responsabilidade das partes por dano processual (das quatro espécies de sanções “de vária natureza” apreendidas por Barbosa Moreira, as três primeiras têm caráter retributivo, sendo a terceira verdadeira e própria pena — cf. *Temas de direito processual*, S. Paulo, 1977, p. 18 e 19), e no direito administrativo, como as sanções disciplinares que atingem o funcionário público faltoso, ou as cominações do Código Nacional de Trânsito contra o motorista infrator (hipóteses que podem ser adequadamente chamadas, respectivamente, de *penas disciplinares* e *penas governativas*). Fala-se hoje num “direito administrativo penal”, que se aproxima do direito penal exatamente pelo uso de sanções retributivas, e ao qual, por isso mesmo, devem aplicar-se os princípios básicos do direito penal (cf. *Revue Internationale de Droit Pénal*, Toulouse, 1988, v. 59, n.ºs 1-2, p. 520). Completa-se a distinção observando que a pena, além do caráter retributivo, é cominada pela lei como *pena criminal*, ou seja, dentro do quadro constitucional ou legal das penas admitidas, subordinada sua aplicação às condições constitucionais e legais correspondentes, a primeira das quais é a jurisdição penal. Ao “procedimento jurisdicional” como distintivo complementar também recorre Boscarella (*Compendio di diritto penale*, P.G., Milão, 1980, p. 2). Veja-se o quinto elemento da definição de pena oferecida por Hart (op. cit., p. 5). Frágoso menciona a “conotação processual” que as expressões *crimen* e *delictum* tiveram durante certa fase do direito romano (*Lições*, cit., p. 25).

3 “Crime é todo aquele comportamento humano que o ordenamento jurídico castiga com uma pena” (Jescheck, op. cit., p. 70); “crime é toda conduta que o legislador sanciona com uma pena” (Muñoz Conde, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, 1975, p. 28); “crime é toda ação ou omissão proibida pela lei, sob ameaça de pena” (Frágoso, *Lições*, p. 147); etc.

4 Já o intuira Tobias Barreto: “O conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político. O defeito das teorias correntes em tal matéria consiste justamente no erro de considerar a pena como uma conseqüência de direito, logicamente fundada” (op. cit., p. 177).

uma decisão judiciária — que é também um ato político —, o crime se põe como condição de existência jurídica da pena<sup>5</sup>, compreenderemos a relação dialética que continuamente associa e distingue esses conceitos opostos, que se fundamentam e se negam reciprocamente.

Assim vistas as coisas, o debate sobre a designação direito “penal” ou direito “criminal” poderia sugerir o debate sobre o ovo ou a galinha, não fosse o concurso de três variáveis, que examinaremos a seguir.

A expressão “direito criminal” é mais antiga, e historicamente se observa uma gradual prevalência da expressão “direito penal”, que teria sido empregada pela primeira vez, segundo Mezger<sup>6</sup>, por Regnerus Engelhard, em 1756, popularizando-se, segundo Bustos, após a promulgação do código penal francês de 1810<sup>7</sup>.

A primeira variável que se deve considerar é a influência da opção do legislador. Entre nós, no Império, a Constituição recomendou que se elaborasse um código *criminal*<sup>8</sup>, no que foi obedecida com o Código *Criminal* de 1830. Já o primeiro código da república, de 1890, se chamou Código *Penal*, ainda que a Constituição republicana de 1891 viesse a referir-se a “direito criminal”<sup>9</sup>. As demais constituições adotaram a designação direito penal<sup>10</sup>, e o código de 1940 se chamou Código

---

5 Navarrete fala em “causa”: “O crime é a causa jurídica da pena, e mais exatamente o seu fundamento” (*Derecho penal*, P.G., Barcelona, 1984, p. 28).

6 *Tratado de derecho penal*, trad. R. Muñoz, Madri, v. I, p. 27.

7 *Introducción al derecho penal*, Bogotá, 1986, p. 3.

8 Constituição de 1824, art. 169, inc. XVIII: “organizar-se-á quanto antes um código civil, e *criminal*, fundado nas sólidas bases da Justiça e Equidade”.

9 No inciso 23 do artigo 34, que previa a competência do Congresso Nacional: “legislar sobre o direito civil, comercial e *criminal* da República e o processual da justiça federal”.

10 1934 — art. 5º, inc. XIX, al. a; 1937 — art. 16, inc. XVI; 1946 — art. 5º, inc. XV, al. a; 1967 — art. 8º, inc. XVII, al. b (mantido na Emenda nº 1 de 1969); 1988 — art. 22, inc. I. Entre nós, foi Roberto Lyra quem chamou a atenção para a importância do texto constitucional, num livro que, por influência do positivismo ferriano, se chamava *Introdução ao estudo do direito criminal*, Rio, 1946, p. 47.

Penal. Tal influência é perceptível em Damásio<sup>11</sup>, Mayrink da Costa<sup>12</sup>, Basileu Garcia<sup>13</sup>, Mirabete<sup>14</sup> e Magalhães Noronha<sup>15</sup>.

A segunda variável diz respeito a paradigmas doutrinários que impliquem nomear o direito penal dessa ou daquela maneira. No processo histórico de prevalência da expressão direito penal, Bustos vê certa intenção de "acentuar o caráter sancionador deste direito como seu traço mais distintivo e definitivo"<sup>16</sup>. Partilha dessa linha, entre nós, Brito Alves, que privilegia a locução direito penal por ver na punibilidade a "nota específica do crime, a sua conseqüência jurídica mais natural ou lógica, como a circunstância predominante, como a característica maior"<sup>17</sup>. É sempre lembrada a designação Código de Defesa Social, introduzida (1936) em Cuba<sup>18</sup>. O uso da expressão direito *criminal*, em 1946, por Roberto Lyra, exprime a influência que sobre ele exercia o pensamento de Ferri<sup>19</sup>.

- 11 "Nós possuímos um código penal, razão pela qual preferimos a expressão Direito Penal, aceitando a predileção do legislador" (op. cit., p. 4).
- 12 "...a partir de 1890 nossa legislação passou a denominar-se Código Penal. Seguimos a tradição" (op. cit., p. 5).
- 13 "Possuímos um Código Penal, não um Código Criminal. Deve ser aceito, pois, para título da matéria, o sugerido pela lei positiva" (op. cit., p. 8).
- 14 "...em consonância com a legislação pátria" (op. cit., p. 14).
- 15 "Optamos, entretanto, pela de direito penal, em consonância com o Código" (op. cit., p. 3).
- 16 *Introducción*, cit., p. 4. A mudança importante, registra Bustos, estava no abandono da idéia de expiação, substituída pela de *pena*, associada historicamente "à concepção de estado de direito e ao princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*".
- 17 *Direito penal*, P.G., Recife, 1977, p. 111. A ênfase na pena não significa que este autor atribua ao direito penal funções estritamente sancionadoras (cf. p. 115).
- 18 Fortemente influenciado pelo positivismo e, "segundo os próprios autores, inspirado na idéia ferriana de defesa social" (Martínez Rincónes, *Sociedad y derecho penal en Cuba*, Bogotá, 1986, p. 62), tal código, ao contrário do que possa pensar-se, não conferiu vigência aos postulados da primeira defesa social; disso se queixava Gramatica (*Princípios de defensa social*, trad. Prado e Aparicio, Madrid, 1974, p. 209).
- 19 *Introdução ao estudo do direito criminal*, cit. Em 1953, Lyra publica sua *Exposição mais simples do direito penal* (Rio, ed. J. Konfino). Sua peculiar forma de organizar as disciplinas criminais contemplaria, doravante, um direito *penal* normativo e um direito *penal* científico (cf. *Novo direito penal*, Rio, 1980, p. 1).

Outras designações de regência doutrinária costumam ser evocadas<sup>20</sup>.

A variável mais importante, contudo, diz respeito ao alcance descritivo da designação proposta, isto é, à sua capacidade de compreender determinados conteúdos. Mestieri, por exemplo, opta por Direito Criminal porque deseja abranger também o direito processual penal e respectiva organização judiciária<sup>21</sup>. Aqui, a principal objeção à designação direito penal foi oposta pelo advento, no final do século XIX, das medidas de segurança<sup>22</sup>. Como diz Mir Puig, "o direito penal

- 20 Tais designações nem sempre significam *nomear*, senão *orientar* o direito, ao contrário do que pode supor o iniciante. *Derecho protector de los criminales*, sempre lembrado em textos brasileiros de iniciação, não é o nome de um anteprojeto de código elaborado por Dorado Montero, e sim o nome da segunda edição revista e aumentada, em dois volumes (1915), de seus *Estudios de derecho penal preventivo*. Atrás dessa designação estava a mais humanística e generosa vertente que o positivismo consentiu — por isso mesmo, rompida com ele na vulgaridade determinística do homem delinqüente —, capaz de pretender da administração da justiça uma função de medicina social, fraternalmente comprometida com o criminoso-paciente, com quem deve repartir, enquanto agente social, a responsabilidade — solidária e coletiva — pelo crime-doença (*Bases para un nuevo derecho penal*, B. Aires, 1973, pp. 65 ss). Do mesmo modo, "direito repressivo" é apenas título de um livro publicado, em 1883, em Turim, pelo positivista Ferdinando Puglia (*Prolegomeni allo studio del diritto repressivo*).
- 21 Op. cit., p. 4. Frosali reuniu numa só obra o estudo do direito e do processo penal sem renunciar a esta designação, porém atribuiu à obra o título geral de *Sistema penal italiano*, e designou os três primeiros volumes de "direito penal substancial" e o último de "direito processual penal" (Frosali, R.A., *Sistema penale italiano*, Turim, 1958).
- 22 Da verificação do fracasso prático da pena (expresso na multi-reincidência e na ascensão da criminalidade) e do determinismo positivista, que lhe questionava os fundamentos, surgiram as *medidas de segurança* como segunda ordem de reação jurídica ao crime, aplicáveis no pressuposto da perigosidade e não, como a pena, da culpabilidade do indivíduo. Ao lado das penas, autonomamente aplicáveis, as medidas de segurança comporiam um regime *binário* (pena e medida). Recebidas no direito brasileiro pelo Código Penal de 1940, por direta influência do Código Rocco, com desempenho inteiramente ineficaz, foram consideravelmente reduzidas em 1984, suprimindo-se seu aspecto mais polêmico (medida de segurança detentiva para imputáveis). Hoje, subsistem somente a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e o tratamento ambulatorial para inimputáveis ou, sob regime *vicariante* (pena ou medida), para semi-imputáveis.

já não é hoje apenas o direito da pena”; diante das medidas de segurança, “direito penal parece expressão demasiado estreita para abranger tudo o que pretende significar hoje”<sup>23</sup>. É essa a razão que levava Costa e Silva a dizer que “a denominação de código penal não se adapta com exatidão à matéria contida nesse diploma”<sup>24</sup>, ou Magalhães Noronha a reconhecer que a expressão código criminal “é mais compreensiva”<sup>25</sup>, ou Basileu Garcia a referir-se ao “plausível fundamento” da locução “direito criminal”<sup>26</sup>.

Deve prevalecer a expressão direito penal. Em primeiro lugar, porque, como vimos, a pena é condição de existência jurídica do crime — ainda que ao crime, posteriormente, o direito reaja *também* ou *apenas* com uma medida de segurança. Pode-se, portanto, afirmar com Mir Puig que a pena “não apenas é o conceito *central* de nossa disciplina, mas também que sua presença é *sempre* o limite daquilo que a ela pertence”<sup>27</sup>. Em segundo lugar, porque as medidas de segurança constituem juridicamente sanções com caráter retributivo, e portanto com indiscutível matiz *penal*. Na Exposição de Motivos da lei que reformou a Parte Geral do Código<sup>28</sup>, representando a opinião comum no Brasil, está registrado que a medida detentiva para imputáveis é “na prática uma fração de pena eufemisticamente denominada medida de segurança”. Afirma Zaffaroni que, “salvo o caso dos inimputáveis,

23 *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, 1976, p. 18.

24 *Comentários ao código penal brasileiro*, S. Paulo, 1967, p. 16.

25 Op. cit., p. 4. Roberto Lyra dizia que a denominação direito criminal é “mais substancial, mais compreensiva, mais duradoura, abrangendo os irresponsáveis que não são apenados e as medidas de segurança que não são penas” (*Introdução*, cit., p. 47).

26 Op. cit., p. 7.

27 Op. cit., p. 26. Mir Puig desenvolveu um argumento de Rodríguez Devesa, versando as medidas de segurança pré-delituais, para concluir que mesmo aí o direito penal atua na suposição de um fato *apenado* pela lei.

28 Lei nº 7.209, de 11.jul.84. Cf. Exposição de Motivos, nº 87, da Mensagem nº 241/83, do Poder Executivo.

sempre que se tira a liberdade do homem por um fato por ele praticado, o que existe é uma pena”<sup>29</sup>.

Contudo, não hesitamos em afirmar que mesmo as medidas concernentes a inimputáveis, ainda que se orientem para fins de proteção e melhoramento, operam pela via retributiva da perda ou restrição de bens jurídicos ou direitos subjetivos, e ostentam igualmente matiz *penal*. Neste sentido, peremptoriamente, Frago: “Não existe diferença ontológica entre pena e medida de segurança”<sup>30</sup>.

Em todo caso, quem não quisesse ir tão longe poderia contentar-se na verificação de que mesmo a imposição dessas medidas pressupõe o cometimento de um crime — algo que só se constitui juridicamente a partir da pena. Por tudo isso, e também porque, histórica e antropológicamente, são as penas, tais como efetivamente executadas, que definem objetivos e perfil da categorização jurídica de condutas humanas como crimes e de seu correspondente tratamento político, o melhor nome para nossa disciplina é direito penal.

29 *Da tentativa*, S. Paulo, 1988, p. 27.

30 *Lições*, cit., p. 293.

## § 6

### As três acepções da expressão "direito penal"

A essa altura, já se percebeu que a expressão "direito penal" é utilizada, freqüentemente no mesmo contexto, em três acepções distintas.

Por direito penal se designa, inicialmente, *o conjunto das normas jurídicas que, mediante a cominação de penas, estatuem os crimes, bem como dispõem sobre seu próprio âmbito de validade, sobre a estrutura e elementos dos crimes e sobre a aplicação e execução das penas e outras medidas nelas previstas.* Chama-se a esta acepção direito penal em sentido objetivo ou simplesmente direito penal objetivo.

A seu lado, introduz-se uma acepção segundo a qual direito penal exprime a faculdade de que seria titular o estado para cominar, aplicar e executar as penas, apreendida como direito subjetivo (daí, direito penal em sentido subjetivo ou simplesmente direito penal subjetivo). Se com respeito ao direito penal objetivo (*Uus poenale*), dentro evidentemente de quadrantes doutrinários bem distintos, prevalece certo consenso, o direito penal subjetivo (*Uus puniendi*) desperta acirrada controvérsia, havendo quem negue sua existência enquanto direito subjetivo ou o valor teórico da classificação.

Outras vezes, contudo, ao empregarmos a expressão direito penal estamos nos referindo ao estudo do direito penal, à apropriação intelectual de conhecimentos sobre aquele conjunto de normas jurídicas ou aquela faculdade do estado; usa-se a ex-

pressão, aí, numa acepção de ciência do direito penal, ou direito penal-ciência. Já foi muito observado que, especialmente para o iniciante, o fato de a ciência e de seu objeto terem o mesmo nome ("direito penal é a ciência que estuda o direito penal") pode gerar alguma perplexidade e confusão.

Nos próximos parágrafos, procuraremos desenvolver alguns aspectos essenciais dessas três chaves de abóbada que, nos planos normativo, político e científico, se relacionam e se distinguem, embora usem o mesmo nome.

## § 7º

### O direito penal como direito público

O posicionamento do direito penal objetivo dentro do direito público interno costuma ser extraído, por uma perspectiva conteudística, de supostos objetivos sociais gerais de suas normas, ou, por uma perspectiva formalista, da exclusividade e imperatividade com as quais o estado as impõe. À primeira perspectiva se integra Magalhães Noronha: “Pertence o direito penal ao direito público. Violada a norma penal, efetiva-se o *ius puniendi* do Estado, pois este, responsável pela *harmonia e estabibilidade sociais*, é o *coordenador* dos indivíduos que compõem a sociedade”<sup>1</sup>; à segunda, Basileu Garcia: “Se só pode ser exercido pelo estado, se a função de impor penas (...) é essencialmente pública, o direito penal constitui necessariamente um ramo do direito público interno”<sup>2</sup>. Em seu texto de iniciação, Miguel Reale, caracterizando uma relação de direito público pelo “fato de atender, de maneira imediata e prevalente, a um interesse de caráter geral”, afirma que a criminalização da apropriação indébita não atende apenas ao interesse da vítima, e sim ao interesse social, e “por esse motivo, o direito penal é um direito público, uma vez que visa a assegurar bens essenciais à sociedade toda”<sup>3</sup>. Filiando-se a ambas as perspec-

1 Op. cit., p. 4.

2 Op. cit., p. 12.

3 *Lições preliminares de direito*, S. Paulo, 1973, p. 385: “quando uma norma proíbe que alguém se aproprie de um bem alheio, não está cuidando apenas do interesse da vítima, mas, imediata e prevalentemente, do interesse social”.

tivas, Fragoso fundamenta a inclusão do direito penal no direito público não só porque sua proteção “refere-se sempre a interesses da coletividade” como também porque “o estado detém o monopólio do magistério punitivo, mesmo quando a acusação é promovida pelo ofendido”<sup>4</sup>.

Uma revisão dessas perspectivas fundamentadoras supõe a intervenção de três linhas críticas: 1ª crítica da distinção a-histórica entre direito público e direito privado; 2ª crítica do estado como abstração a-histórica; 3ª crítica do positivismo jurídico-penal.

Em primeiro lugar, portanto, cumpre verificar que a distinção direito privado—direito público era completamente desconhecida das práticas penais primitivas, nem faria sentido perante elas<sup>5</sup>, aparecendo pela primeira vez no direito romano, na famosa passagem de Ulpiano<sup>6</sup>. Sabemos como se deu, em Roma, a superação do regime gentílico pelo incoercível movimento da plebe afluyente, que conduziu à “destruição da antiga ordem social fundamentada nos vínculos de sangue”<sup>7</sup>, substi-

4 *Lições*, cit., p. 2. Sobre o aspecto, Aníbal Bruno: “se em certos casos a atuação do direito punitivo fica dependente de queixa do ofendido e só este pode provocar o movimento da justiça, isso é mera condição do processo, que não altera o caráter público da definição e cominação penal e da aplicação e execução da sanção punitiva” (op. cit., v. I, t. 1º, p. 25).

5 Max Weber, *Economía y sociedad*, trad. J. Echavarría et al., Bogotá, 1977, v. I, p. 503; Machado Neto, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, S. Paulo, 1975, p. 241; Losano, op. cit., p. 140.

6 *Digesto*, liv. 1º, tit. 1, § 2º: “É direito público aquele que se refere ao estado da coisa Romana (*ad statum rei Romanae spectat*); privado, aquele (que se refere) à utilidade de cada indivíduo (*quod ad singulorum utilitatem*); pois umas coisas são úteis pública e outras privadamente. O direito público consiste nas coisas sagradas, as dos sacerdotes e as dos magistrados (*in sacerdotibus, in magistratibus consistit*). O direito privado é tripartido, pois está composto dos preceitos naturais, ou dos das gentes, ou dos civis (*ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus*)”. Como observa Bonfante, a expressão *res publica romana* corresponde ao termo “estado”, em sentido político, enquanto *status* corresponde ao mesmo termo em sentido ontológico ou natural (*Instituciones de derecho romano*, trad. L. Braci et al., Madri, 1965, p. 13).

7 Engels, F., *A origem da família, da propriedade privada e do estado*, trad. L. Konder, in *Obras escolhidas*, Rio, 1963, v. 3, p. 104. O termo “destruído” (*distrutto*) é também empregado por Guarino (*La rivoluzione della plebe*, Nápoles, 1975, p. 256).

tuída por uma ordem de estado, baseada na representação de classes sociais diferenciadas pela riqueza e na divisão territorial. A distinção direito privado—direito público, no processo histórico que estatui e conduz a república romana, não consegue disfarçar que interesses privados do patriciado se converterão, pela mediação do estado, em interesses públicos: a adotar-se essa fórmula da *utilidade* (Ulpiano), nada foi mais útil para a sobrevivência do patriciado do que o surgimento histórico do estado, e, neste sentido, nada nasceu mais privado do que o público<sup>8</sup>. De qualquer sorte, estabelece-se uma tendência a que o poder (*imperium*) seja o eixo do direito público, enquanto a propriedade (*dominium*) seja o eixo do direito privado, e efetivamente o estado tende a monopolizar a titularidade e o exercício de direitos públicos, discernindo-se entre as atribuições políticas do monarca e seus direitos privados<sup>9</sup>. A Idade Média assistiria à superposição daqueles dois eixos — *imperium* e *dominium* — na pessoa do senhor feudal, cujo poder político derivava da propriedade da terra e da forma peculiar de sua exploração<sup>10</sup>. Com a dissolução do mundo feudal, dando partida à ascensão social da burguesia e ao processo político de formação dos estados nacionais, reanima-se a distinção. Rad-

8 Obviamente muito distante dessa linha, Del Vecchio registrava que “o critério dessa utilidade é assaz incerto. Não podem separar-se, de um modo seguro e nítido, os interesses gerais dos interesses particulares” (*Lições de filosofia do direito*, trad. A. Brandão, Coimbra, 1979, p. 390). Pode demonstrá-lo a longa convivência romana entre o direito penal privado e o direito penal público, bem como a gradativa transmigração de matéria criminal do primeiro para o segundo, desde que não nos conformemos com o *distingo* processual, e tentemos capturar sua filogenia substancial a partir respectivamente da disciplina penal doméstica e do direito de guerra. Veja-se, amplamente informativo, Mommsen, *Le droit pénal romain*, trad. Duguesne, Paris, 1907, t. I, p. 16 a 73.

9 Hermes Lima, *Introdução à ciência do direito*, Rio, 1955, p. 64.

10 Sobre o aspecto, Leo Huberman, *História da riqueza do homem*, trad. W. Dutra, Rio, 1979, cap. I. Registra Pasukanis que “os direitos públicos do senhor feudal sobre os servos eram ao mesmo tempo seus direitos como proprietário privado; de modo recíproco, seus direitos e interesses privados podem ser interpretados, se se quiser, como direitos políticos, isto é, públicos” (*Teoría general del derecho y marxismo*, trad. V. Zapatero, Barcelona, 1976, p. 116).

bruch dirá que “a superação do feudalismo coincidiu com o aparecimento da consciência dessa distinção entre direito público e privado”<sup>11</sup>. A burguesia revolucionária destruirá o absolutismo, conferindo positividade jurídica aos direitos de seu imediato interesse econômico e político, até então deduzidos da razão como “direitos naturais”, e logo os instalará nos textos constitucionais como direitos subjetivos públicos<sup>12</sup>. A distinção direito privado—direito público novamente será chamada a proclamar como de utilidade geral aquilo que na véspera da proclamação legal era do interesse particular de *uma* classe social. Com o advento de revoluções socialistas, e com alterações operadas no capitalismo (do capitalismo competitivo, correspondente ao estado gendarme, ao capitalismo monopolista, ao crescente intervencionismo, ao *Welfare State*), surgem em nosso século novas propostas para equacionar a relação direito público—direito privado. De qualquer modo, assiste toda razão a Machado Neto quando assinala “o caráter histórico-condicionado dos dois conceitos e da distinção”<sup>13</sup>.

Em segundo lugar, e como entrevisto anteriormente, importa questionar esse estado promotor da “harmonia e estabilidade sociais, que visa a “assegurar bens essenciais à coletividade toda”, permanente defensor dos “interesses da coletividade”; importa, em suma, “desmitificar o papel do estado”<sup>14</sup>. Para isso, é preciso ter presente que o estado, como historiograficamente demonstrou Engels, foi um produto de sociedades que, em certo grau de desenvolvimento, se enredaram em contradições, advindas de antagonismos inconciliáveis, e para que as classes com interesses econômicos coliden-

11 *Filosofia do direito*, trad. L. Moncada, Coimbra, 1961, v. II, p. 13.

12 “Vitoriosa, a burguesia teve necessidade política de estabelecer que seu regime, sua ordem social, seu modo de vida eram eternos e imodificáveis e que, ao mesmo tempo, sempre existiram” — Paulo Bessa, *Uma nova introdução ao direito*, Rio, 1986, p. 149.

13 Op. cit., p. 243.

14 Capeller, W., O discurso jurídico e o homem, in D. Araújo Lyra, *Desordem e processo*, cit., p. 172.

tes não se entredevorasssem, estabeleceu-se, dentro do espectro político no qual concretamente podiam resolver-se tais contradições, um poder aparentemente acima da sociedade — mas dela originado —, que é o estado<sup>15</sup>, o qual adquiriu logo uma “configuração autônoma de interesse geral”, embora, na sociedade de classes, isso não passe de uma “ilusória comunidade de interesses”<sup>16</sup>. Por isso, através da deformação ideológica, como lembra Guastini, o estado pode aparecer “como encarnação do interesse universal-abstrato, distinto e superior aos interesses particulares-concretos antagônicos, que se agitam na sociedade civil”<sup>17</sup>. O direito e o estado — ensina Muñoz Conde — “não são expressões de um consenso geral de vontades, e sim reflexões de um modo de produção, formas de proteção de interesses de classe, da classe dominante no grupo social ao qual esse direito e esse estado pertencem”<sup>18</sup>. Ou, nas palavras de Lyra Filho, “na sociedade de classes, o estado, como sistema de órgãos que regem a sociedade politicamente organizada, fica sob o controle daqueles que comandam o processo econômico, na qualidade de proprietários dos meios de produção”<sup>19</sup>. Em consequência, o poder político do estado tem limites e orientação no poder da propriedade privada dos meios de produção; Leandro Konder transcreve um excerto de Marx, segundo o qual apenas sobra para o estado “a ilusão de que determina, quando na verdade é determinado”<sup>20</sup>. Diante disso, convém não só reavaliar a função ideológica muita vez desempenhada pela distinção direito privado—direito público, como também receber com reservas

15 Op. cit., p. 136.

16 Marx, apud Guastini, R., *Marx — dalla filosofia del diritto alla scienza della società*, Bolonha, 1974, p. 295. No mesmo sentido, Marilena Chauf: “o estado é uma comunidade ilusória” (*O que é ideologia*, S. Paulo, 1984, p. 70).

17 Loc. cit.

18 *Derecho penal y control social*, Jerez, 1985, p. 44.

19 *O que é o direito*, S. Paulo, 1982, p. 8.

20 A crítica do jovem Marx à concepção hegeliana do estado e do direito, in Araújo Lyra, D. (org.), *Desordem e processo*, cit., p. 140.

proposições que tenham como premissa um estado abstrato, a-histórico, neutro e igualitário guardião dos interesses de todos. Diante da colocação citada de Miguel Reale (a criminalização da apropriação indébita não atende apenas ao interesse da vítima, e sim ao interesse social), devemos perguntar-nos — sem que isso implique incondicional oposição a alguma tutela penal da propriedade — se a criminalização da apropriação indébita atende igualmente ao interesse de proprietários e de não-proprietários.

Por último — e agora implicando também o direito penal-ciência —, cabe a crítica do positivismo jurídico-penal, assim entendido como a postura que reduz o objeto de estudo do penalista exclusivamente ao direito estatal, a partir da afirmação de que “não existe outro direito além do direito positivo”<sup>21</sup>. Partimos da premissa de que o trabalho do cientista e, em certa medida, a fronteira de seus resultados, principiam pela eleição e construção do objeto do afazer científico. Não se pretende aqui aviventar a polaridade jusnaturalismo-positivismo jurídico. Há textos de iniciação que fazem profissão de fé jusnaturalista, como o de Baumann: “a essência do autêntico direito penal concorda com os dez mandamentos”<sup>22</sup>. A ferocidade irracional da legislação penal nazista suscitou importante polêmica sobre o tema<sup>23</sup>, que ora não abordaremos. Como técnica jurídica de garantia (a famosa

21 Emprego aqui a “distinção assimétrica” de Bobbio, que caracteriza o jusnaturalismo pela distinção entre direito natural e o positivo, com supremacia do primeiro, e caracteriza o positivismo por não admitir aquela distinção (*Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milão, 1977, p. 127).

22 *Derecho penal — conceptos fundamentales y sistema*, trad. C. Finzi, B. Aires, 1973, p. 3.

23 Cf. Radbruch, *Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes*, trad. R. Paniagua, no volume *Derecho injusto y derecho nulo*, Madri, 1971; Baratta, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milão, 1966; Nilo Batista, Justiça criminal e justiça criminosa, in *RDP* nº 32. De forma lapidar, Radbruch assinalou que o positivismo jurídico absoluto revelou-se “o instrumento jurídico ideal de todos os regimes que quiseram dar expressão legal à injustiça e (...) exigir acatamento à arbitrariedade institucionalizada (*La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento*, Córdoba, 1963, p. 13).

“barreira infranqueável da política criminal”), o direito penal tem que jungir-se à lei penal: não se pode infligir pena sem cominação legal anterior ao fato (princípio da reserva legal, ou da legalidade). A “necessidade de limitar o risco da arbitrariedade”<sup>24</sup> deve manter distante do direito penal esse “fantasma proteiforme” que Fassò divisa no direito natural<sup>25</sup>: isso nem deve significar que o ofício do penalista se converta num culto votivo às normas estatais, nem exclui de nosso interesse o que há de penal para além dessas normas. “A percepção da lei como objeto único do fenômeno jurídico nada mais é do que um reducionismo vinculado a uma tradição ideológica identificável com a consolidação do estado liberal”, ensina José Eduardo Faria<sup>26</sup>. Como frisava, com seu peculiar vigor, Lyra Filho, “se o direito é reduzido à pura legalidade, já representa a dominação ilegítima, por força desta mesma suposta identidade; e este ‘direito’ passa, então, das normas estatais, castrado, morto e embalsamado, para o necrotério de uma pseudociência, que os juristas conservadores, não à toa, chamam de dogmática”<sup>27</sup>. Sem dúvida, o objeto privilegiado do direito penal são as normas jurídicas estatais, tal como von Liszt apontou em sua influente definição (*staatlichen Rechtsregeln*). Entretanto, pode o estudioso do direito penal brasileiro do século XIX ignorar o direito penal doméstico, o grande sócio oculto — e majoritário — do direito penal comum no controle terrorífico da escravaria? Quais as verdadeiras normas processuais da ditadura militar, durante nossos “anos de chumbo”: aquelas que constavam do Código de Processo Penal Militar e de dispositivos da Lei de Segurança Nacional, ou outras, que nunca puderam ser lidas em nenhuma biblioteca, mas permitiam a tortura, a morte e a

24 Figueiredo Dias, *Direito penal* (sumário das Lições), Coimbra, 1975, p. 3.

25 *Società, legge e ragione*, Milão, 1974, p. 202.

26 Paradigma jurídico e senso comum: para uma crítica da dogmática jurídica, in Araújo Lyra, *Desordem e processo*, cit., p. 63.

27 Op. cit., p. 12.

ocultação do cadáver de indiciados? A face ilegal do sistema penal<sup>28</sup>, com suas detenções arbitrárias, espancamentos e execuções capitais, em nada nos interessa? Somente as formas penalmente típicas (seqüestro qualificado, custódia indevida, maus-tratos, violência arbitrária, por exemplo) do exercício abusivo dos controles psiquiátricos e disciplinares nos dizem respeito, e não a urdidura normativa subterrânea que articula sua aplicação intensiva contra grupos minoritários ou dissidentes? O estudo do direito penal que inclua este contraponto, através do qual as normas e práticas penais de determinada sociedade podem ser entrevistas em sua globalidade, sem circunscrever-se ao discurso legal do estado, não deve sacrificar a qualidade técnica da reconstrução do direito positivo, perdendo-se no labirinto ilusório da polaridade jusnaturalismo-positivismo. Com rara precisão, sentenciou Marilena Chauí: “Abstrações gêmeas, o positivismo jurídico toma o direito como um fato, enquanto o jusnaturalismo o apreende como idéia. Ancorado na positividade imediata da Ordem, o positivista dissimula a significação social de seu conceito-chave, isto é, que em sociedades divididas em classes a ‘ordem’ é apenas o que a classe dominante ordena. Apoiado na idealidade imediata da Justiça, o jusnaturalista mantém a gênese do justo fora do movimento social que o constitui ou que o dissimula. A crença na positividade do ‘dado’ e a confiança na imobilidade da ‘idéia’ fazem com que o positivista e o jusnaturalista percamos o movimento histórico pelo qual os dados se cristalizam em conceitos e as idéias se petrificam em instituições, perda que deixa a ambos na impossibilidade de compreender como a ordem ‘dada’ se converte em ordem necessária e como a justiça ‘pensada’ se converte em legalidade instituída”<sup>29</sup>. Aquela “lei natural do direito” a que se referia Tobias Barreto (cf. § 1<sup>o</sup>) restará melhor esclarecida se nos

28 Cf. Zaffaroni, *Manual*, cit., p. 32.

29 Marilena Chauí, Roberto Lyra Filho ou da dignidade política do direito, in Araújo Lyra (org.) *Desordem e processo*, cit., p. 18.

dermos conta, como Fassò, de que “a natureza do homem é a história, que se realiza na multiplicidade do dever dos indivíduos e dos povos”<sup>30</sup>; um direito antropomórfico não procura radicar-se nem na coercitividade cega de sua própria validade, nem na miragem de uma justiça algébrica 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.

30 Op. cit., p. 229.

## § 8º

### Princípios básicos do direito penal

Como afirmou Kaufmann, “toda legislação positiva presuppõe sempre certos princípios gerais do direito”<sup>1</sup>. 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-germânica<sup>2</sup>, 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 penal<sup>3</sup>. Para Mir Puig, o princípio da legalidade configura um limite de intervenção derivado do fundamento político do direito penal subjetivo<sup>4</sup>; é também da perspectiva de limites ao *jus puniendi* que Bustos extrai, entre outros, os princípios da intervenção mínima e da legalidade<sup>5</sup>. 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 direito<sup>6</sup>. 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”<sup>7</sup>.

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”<sup>8</sup> ou “dogmas fundamentais”<sup>9</sup>. Com efeito, não

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.

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 prescritivo, um cariz de opiniões acreditadas e verossímeis (*endoxa*), no sentido aristotélico retomado por Viehweg<sup>10</sup>, 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 nazismo<sup>11</sup>. 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

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 são 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"<sup>12</sup>. 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"<sup>13</sup>; 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 essencial<sup>14</sup>, 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 "coatividade" 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"<sup>1</sup> 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 Bloch<sup>2</sup>, 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 Fragoso, *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 antecedente<sup>3</sup>.

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 proscricção (*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 1801<sup>4</sup>. Ao contrário do que se difunde freqüentemente, 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”<sup>5</sup>. 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 inflicção

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 *Constitutio 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 — filosofo e giurista liberale*, Milão, 1970, p. 451.

deveria reforçar esse efeito intimidatório, só poderia ser infligida a pena com a qual a própria lei ameaçara<sup>6</sup>. 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 estado<sup>7</sup>. 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 Beccaria<sup>8</sup>.

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 Zaffaroni<sup>9</sup>. 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 Homem<sup>10</sup> e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>11</sup>.

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. Virceu, Madri, 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, Sevilha, 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 fundamentais<sup>12</sup> 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 Penal<sup>13</sup>.

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 iminente* na legítima defesa) e tudo que se refira à pena (por exemplo, retificação 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 segurança<sup>14</sup>. 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)<sup>15</sup>, 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. Fragoso, *Lições*, cit., p. 94.

15 Por força do inc. XL do art. 5º CR, a retroatividade 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 legalidade<sup>16</sup>. 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”<sup>17</sup>. De fato, é indiscutível que os costumes desempenham uma função *integrativa*, que provém principalmente de sua influência no direito privado<sup>18</sup>. 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)<sup>19</sup>. 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). “Difícilmente 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 exaustivo<sup>20</sup>, 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). Negase, 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 Hungria<sup>21</sup>. 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 indissolúvelmente ligada aos costumes<sup>22</sup>. 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 ao cuidado 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”<sup>23</sup>. Essa linha de especulação, que substitui a modesta verificação da produção objetiva do direito pela mística inconsistente de um “espírito nacional”, ou cumpre, se desenvolvida, uma função ideológica de fazer passar por vontade do conjunto do corpo social a vontade de uma classe, ou estimula, se contraditada, uma simplificação mecanicista que — com muito maiores razões — pode situar no modo de produção as verdadeiras fontes do direito<sup>24</sup>. 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”<sup>25</sup>. 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 Stoyanovitch, *La pensée marxista 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 americano<sup>26</sup>; o Brasil a subscreveu em 1986, já lhe havendo concedido o Congresso Nacional a aprovação constitucional<sup>27</sup>.

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”<sup>28</sup>; 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”<sup>29</sup>. A concepção de reserva relativa nega o monopólio do poder legislativo em assuntos penais<sup>30</sup> 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 regulamento<sup>31</sup>. A constitucionalidade das normas penais em branco de complementação heteróloga<sup>32</sup> seria discutível à

26 Cf. Fragoso, *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 revisitato 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 princípio<sup>33</sup>

*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 primeira<sup>34</sup>; no direito, teríamos analogia quando o jurista atribuisse a um caso que não dispõe de expressa regulamentação legal a(s) regra(s) prevista(s) para um caso semelhante. A fórmula básica da analogia, extraída de Atienza Rodríguez<sup>35</sup>, 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 (*Blankeitstrafgesetz*), e ainda formulando a seu respeito uma famosa expressão: dizia ele que, sem a proibição do completivo 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 Übertretung*, Utrecht, 1965, v. 1, 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 regulamento, 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*, Madri, 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 legalidade<sup>36</sup>. Na União Soviética, desde o código de 1960, que se seguiu às "bases" de 1958, a analogia é uma "instituição abolida"<sup>37</sup>. 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 Zdravomíslav 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 analogia<sup>38</sup>.

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”<sup>39</sup>. A punição do apoderamento ilícito de aeronaves (então fato atípico entre nós) a título de *seqüestro*, 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 analogia<sup>40</sup>.

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 Tsien 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*<sup>41</sup>, com exceção, que resulta de imperativo lógico, de normas excepcionais<sup>42</sup>. 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”<sup>43</sup>.

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”<sup>44</sup>.

*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; Damásio, op. cit., p. 48. Dissentia do entendimento, isoladamente, Néelson 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 da 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 antijuridicidade 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”<sup>45</sup>, 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 escolheram 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 política<sup>46</sup>. 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 Fragoso, em inúmeros trabalhos, profligar-lhes tal vício<sup>47</sup>. 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, Helene Fragoso 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?<sup>48</sup>

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”<sup>49</sup>. Tal aspecto, importante sem dúvida, é predominante nas teorias preventivo-gerais, mais ou menos remontáveis a Feuerbach, que se constroem a partir da idéia 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 identificar-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 fundamentais<sup>50</sup>.

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 estabeleça 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 arbítrio 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 Zaffaroni<sup>51</sup>, 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.66<sup>52</sup>, ou pode ocultar-se atrás de outro verbo que denote tão-somente um agir vago e indeterminado, como no artigo 240 CP<sup>53</sup>. Quase sempre, tais vícios são devidos ao equívoco observado por Soler: ter sido o tipo “construído sobre a conseqüência”<sup>54</sup> e não sobre a ação. Veja-se, por exemplo, o artigo 149 CP<sup>55</sup>, 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. Ensina Bustos que “as normas só podem proibir (ou ordenar ou permitir) ações e não resultados” (*Bases críticas de un 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 delineados<sup>56</sup>. Costuma ser freqüente 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 n.º 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”<sup>57</sup>. 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 CP<sup>58</sup>.

---

56 Zaffaroni, *Sistemas ... — informe final*, cit., p. 18. Fragozo 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”<sup>59</sup>. 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”; 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”<sup>2</sup>. E, de fato, por constituir ela, como diz Roxin, a “intervenção mais radical na liberdade do indivíduo que o ordenamento jurídico permite ao estado”<sup>3</sup>, 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

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.

não-penais”, como leciona Quintero Olivares<sup>4</sup>. O conhecimento de que a pena é, nas palavras deste último autor, uma “solução imperfeita” — conhecimento que, de Howard<sup>5</sup> 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”<sup>6</sup>. O princípio da intervenção mínima não está expressamente<sup>7</sup> 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 imanentes a que se referia Cunha Luna<sup>8</sup>, por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídico-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos do estado de direito democrático<sup>9</sup>.

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.

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 analogia<sup>10</sup>, 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 relativas<sup>11</sup>. 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 descontínuo de ilicitudes*, 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”<sup>12</sup>. 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”<sup>13</sup>.

A subsidiariedade do direito penal, que pressupõe sua fragmentariedade<sup>14</sup>, deriva de sua consideração como

10 *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrecht, 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”<sup>15</sup>, 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”<sup>16</sup>. 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”<sup>17</sup>. 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”<sup>18</sup>, 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 autoritária disposição 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, Madri, 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”<sup>19</sup>. 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 constitutivo<sup>20</sup>. Noronha<sup>21</sup> e Damásio<sup>22</sup> 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 argumento<sup>23</sup> 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 animais<sup>24</sup>, 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 predominante<sup>25</sup>, a conclusão no sentido de ser o direito penal sancionador se impõe<sup>26</sup>. 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 penal<sup>27</sup>. 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-

<sup>24</sup> 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 regulamenta a vivissecção de animais (lei nº 6.638, de 8. mai. 79).

<sup>25</sup> Maurach, op. cit., p. 34 ss; Zaffaroni, Manual, cit., p. 57.

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

<sup>27</sup> *Derecho penal*, Bogotá, 1987, t. I, p. 53.

tica "inflacionária", como a denominou Bricola, pode questionar o princípio da intervenção mínima<sup>28</sup>.

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 propõem uma responsabilidade penal coletiva, como por exemplo o § 2º do artigo 73 da lei 4.728, de 14. jul. 65)<sup>29</sup> 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"<sup>30</sup>. 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.

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

<sup>29</sup> 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, recaindo a responsabilidade, quando se tratar de pessoa jurídica, em todos os seus diretores."

<sup>30</sup> Nilo Batista, Repressão ao abuso do poder económico?, 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"<sup>1</sup>. 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"<sup>2</sup>. 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”<sup>3</sup>.

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

<sup>3</sup> 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-criminais<sup>4</sup>.

*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”<sup>5</sup>. 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 Luna<sup>6</sup>. 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”<sup>7</sup>. 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 conseqüências, essa função do princípio da lesividade implica excluir do campo do direito penal as medidas de segurança,

<sup>4</sup> Sobre este último aspecto, ainda polêmico entre nós, cf. Hobbing, Peter, *Strafwürdigkeit der Selbstverletzung: Der Drogenkonsum in deutschen und brasilianischen Recht*, Frankfurt am Main, 1982; Nilo Batista, O prazer e a lei penal, in *Temas*, cit., p. 304 ss. Cf. ainda García-Pablos, António, Bases para una política criminal de la droga, in *La problemática de la droga en España*, Madri, 1986, p. 377 ss.

<sup>5</sup> *Manual*, cit., p. 73.

<sup>6</sup> *Op. cit.*, p. 34.

<sup>7</sup> *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”<sup>8</sup>, 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”<sup>9</sup>. 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 (Birnbau). A partir daí, inúmeras teorias foram elaboradas para a compreensão do bem jurídico ofendido pelo crime<sup>10</sup>: 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, Frago, 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 sistemática 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<sup>11</sup>. 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; Frago, 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 hão 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 *dogmática* (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”)<sup>12</sup>.

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*, Sevilha, 1974, pp. 270, 286 ss.

## § 12

### 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 prisão<sup>1</sup>, 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. 3º, 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”<sup>2</sup>, e Beccaria dizia que atribuir a pena de morte para quem mata um faisão ou falsifica um documento conduz a uma destruição de sentimentos morais<sup>3</sup>. 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*<sup>4</sup>. 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 infligção de penas cruéis e incomuns. É este hoje um princípio largamente aceito, que consta da Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>5</sup> e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>6</sup>.

A pena nem “visa fazer sofrer o condenado”, como observou Fragoso, nem pode desconhecer o réu enquanto pessoa humana, como assinala Zaffaroni<sup>7</sup>, 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 criminal<sup>8</sup>, 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”<sup>9</sup>. 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 importante<sup>10</sup>.

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*<sup>11</sup>. 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 interferir 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 conceituá-la, de forma residual, precisamente pela falta de adequação racional aos demais modelos de solução de conflitos (cf. *En busca...*, cit., p. 210).

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 punquistas<sup>12</sup>. 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”<sup>13</sup>. Nossa Constituição, como já visto, proíbe a imposição de penas de caráter perpétuo (art. 5º, inc XLVII, al. b CR).

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.

## § 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

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 examinadas<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> 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, Madri, 1981, p. 193). Com reservas acerca de uma pena inferior à medida

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 *personal*. Não há, no direito penal, responsabilidade coletiva, subsidiária, solidária ou sucessiva<sup>2</sup>. 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 existência, no sistema de seguridade 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 defecção, 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 Bloch<sup>3</sup>. 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”<sup>4</sup>. “O direito realmente igual” — anota Cirino<sup>5</sup> — “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.

## § 14

### Um direito penal subjetivo?

Os autores brasileiros, de modo geral, admitem a existência de um direito penal subjetivo<sup>1</sup>, 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*”<sup>2</sup>. 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?<sup>3</sup>

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; Fragoso, *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 positivação das normas penais; após a positivação 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 social<sup>4</sup> e a do direito natural<sup>5</sup>. Como a teoria do contrato social é hoje uma vinheta 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”<sup>6</sup>, 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”<sup>7</sup>, e Fragoso 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”<sup>8</sup>.

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”<sup>9</sup>. 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. Pulitanò 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<sup>10</sup>. 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 bidinguiana de um vago dever genérico, sem conteúdo fixado, de obediência à lei penal, hoje inaceitável, como lembra Bettiol<sup>11</sup>. Não obstante, o mesmo Bettiol admite uma obrigação do indivíduo de abster-se da prática do crime<sup>12</sup>, 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 a ela submetido”<sup>13</sup>. 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”<sup>14</sup>. 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 *Lições*, 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”<sup>15</sup>.

Lembra Vernengo que “a noção de direito subjetivo é útil quando podemos identificar um credor frente a um devedor de uma obrigação”<sup>16</sup>, 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”<sup>17</sup>. De fato, confundido no direito objetivo (se baseado nas teorias da vontade ou da garantia), e simplesmente absurdo, como Kelsen<sup>18</sup> ressaltou (se baseado na teoria do interesse), o direito penal subjetivo acaba por resultar tecnicamente inútil<sup>19</sup> e politicamente perigoso<sup>20</sup>.

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

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

17 Miaille, 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 conseqüências 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, *Trattato*, 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”<sup>21</sup>. Em nossa opinião, corresponde à teoria do processo compreender, seja enquanto um *interesse de agir*, autônomo ou ínsito na própria acusação, como quer Grinover<sup>22</sup>, 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”<sup>1</sup>; 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 interferências 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 empreende 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”<sup>2</sup>. 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. 1º LEP<sup>3</sup>, 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 prisão<sup>4</sup>. 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 sociale*, 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. 1º: “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 opositores políticos)<sup>5</sup>. Esta maneira de conceber os fins da pena é chamada por Baratta de concepção “materialística ou político-econômica”, em oposição à concepção “ideológica ou idealista” das teorias absoluta e relativa<sup>6</sup>. 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 Cirino dos Santos<sup>7</sup>.

Entre os autores brasileiros, prevalece o entendimento de que o fim do direito penal é a *defesa de bens jurídicos*: assim Aníbal Bruno, Fragoso, Damásio, Toledo, Mirabete. Alguns colocam a defesa de bens jurídicos como o meio empregado para a *defesa da sociedade* (Bruno, Fragoso), 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 subordinações 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; Cirino 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)<sup>8</sup>, 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*”<sup>9</sup>, 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”<sup>10</sup>. 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 Fragoso: “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”<sup>11</sup>. 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”?<sup>12</sup>

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”<sup>13</sup>. 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 classe<sup>14</sup>. 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 judiciais que, por força de sua repetição, incorporam-se à tradição jurídica”<sup>1</sup>. 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 guardiã 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”<sup>2</sup>. 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.

fronto valorativo que transcenda sua descrição, explicação e organização. Em outras palavras, o afazer dogmático não interpela a norma: acata-a (*dogma*) como objeto do conhecimento. Uma lei básica da dogmática está no *princípio da proibição da negação*; ao jurista é vedado, como diz Tércio Sampaio Ferraz Jr., negar os “pontos de partida das séries argumentativas”<sup>3</sup>. Podemos pretender que o auto-abortamento seja indiferente perante a lei, ou que seja punido com branda multa: o direito penal brasileiro comina-lhe detenção de um a três anos (art. 124 CP), e isso, no que concerne à pena, é unicamente o que deve ser considerado nas hipóteses em que concorra um caso de auto-abortamento.

A dogmática não é, por certo, uma leitura pontilhada da lei; sua técnica procura reconstruir os variados elementos que integram a lei, organizando-os como *sistema*. Essa é uma palavra chave no surgimento histórico da dogmática, bem como na angústia de seu futuro. A idéia de sistema, como assinala Luhmann, chegou à ciência do direito no início do século XVII, vinda da astronomia e da teoria musical<sup>4</sup>. De fato, as legislações anteriores a esse período consistiam na justaposição seqüencial de textos, “compilações” cujo conhecimento era haurido pelo exame individual-circular de cada texto (glosa). De modo análogo, “até meados do século XVII” — como lembra Foucault — “o historiador tinha por tarefa estabelecer a grande compilação dos documentos e dos signos”<sup>5</sup>; a partir de então, sob a regência da “classificação” como instrumento metodológico central, estavam franqueadas as rotas gnosiológicas que conduziriam à “história natural” e sua aparente aptidão para apreender num só “quadro” as mais distintas e contraditórias “classes”. Não por acaso, Ihering, reputado fundador do método dogmático, caracterizava a construção jurídica como “a aplicação do método da história

3 Op. cit., p. 49.

4 *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, trad. A. Febbrajo, Bolonha, 1978, p. 35.

5 *As palavras e as coisas*, trad. S.T. Muchail, S. Paulo, 1981, p. 144.

natural à matéria jurídica”<sup>6</sup>. Para Ihering, a sistematização configura o nível superior da jurisprudência, enquanto a história e a interpretação configuram seu nível inferior. O tributo ao positivismo se exprime em suas reiteradas comparações do direito com a química, ou no esforço de categorização de “corpos jurídicos”<sup>7</sup>. A influência dessas idéias é ainda hoje absolutamente visível: dir-se-á que “frente a um conjunto de disposições legais, o jurista se comporta como um físico”<sup>8</sup>. Entre nós, Nelson Hungria proclamará que “o sistema é a mais perfeita forma do conhecimento científico”<sup>9</sup>.

As etapas do método dogmático são: 1ª *demarcação do universo jurídico* (catalogação completa dos textos legais vigentes na área objeto de interesse); 2ª *análise e ordenação* (as leis válidas são de início apreciadas individualmente, e logo, a partir de semelhanças e disparidades, submetidas a exercícios de agrupamento que permitirão estabelecer uma ainda que provisória ordem lógica); 3ª *simplificação e categorização* (o material resultante das etapas anteriores é simplificado, quantitativa e qualitativamente, dando origem aos princípios classificatórios, que funcionarão como eixos categoriais); 4ª *reconstrução dogmática* (a dogmática, pela classificação e reorganização da “matéria” legal, assim reconstruída, produz um *sistema* que revelará e demarcará conteúdo e inter-relacionamento lógico dos textos legais, “devolvidos” sob a condição de serem conhecidos através da mediação desse sistema).

Tais etapas devem ser vencidas com a obediência de duas leis ou princípios: a) *lei de proibição da negação* (já referida, exprime o caráter de dogma que o texto legal deve ter, para que o trabalho de desenvolvimento lógico não induza a erros sobre o conteúdo do direito); b) *lei de proibição da contradição*

6 *La dogmática jurídica* (trechos selecionados do Espírito do Direito Romano), trad. E.P. Satorres, B. Aires, 1946, p. 142.

7 Op. cit., pp. 109, 125, 135 ss.

8 Zaffaroni, *Manual*, cit., p. 127.

9 Introdução à ciência penal, in *Novas questões jurídico-penais*, Rio, 1944, p. 5.

(também chamada por Ihering de “unidade sistemática”, exprime a impossibilidade de princípios ou proposições contraditórias; por exemplo, ou o abortamento necessário — art. 128, inc. I CP — tem caráter justificativo ou tem caráter exculpante, não podendo conviver ambas as conclusões no mesmo sistema, sendo certo que a contradição se apresentaria também nas respectivas fundamentações)<sup>10</sup>.

A dogmática “fechada” foi duramente questionada, quer da perspectiva metodológica, quer da perspectiva política. Metodologicamente, sua dependência da lógica formal e a entronização do sistema foram duramente fustigadas. “Como qualquer estudante sabe” — disparam Warat e Russo — “a verdade, em lógica formal, se adquire ao preço de renunciar ao conhecimento do mundo”; a proposta da dogmática de produzir, através do estudo da legislação vigente, um saber que realize funções jurídicas distintas das realizadas pela própria legislação seria “uma ilusão infecunda e obscurantista”<sup>11</sup>. Efetivamente, o sistema é um instrumento do saber discriminatório e seletivo: as diferenças e peculiaridades que não incidam sobre os princípios classificatórios por ele eleitos são reputadas indiferentes (Foucault); nessa linha, o saber penal tende a transformar-se numa *geometria* (Novoa) excludente. A superação aparente de uma dogmática positivista por uma dogmática neokantista<sup>12</sup> só agravou esses problemas. A se-

10 A chamada lei da estética jurídica, inconvincentemente incluída por Ihering (op. cit., p. 149), não passava em nossa opinião de uma válvula aberta para o real. Ihering dizia que umas leis agradavam, por “seu caráter, sua transparência, simplicidade e clareza; outras repugnavam, porque carecem de tais predicados e nos parecem violentas e pouco naturais, sem que possamos declará-las viciosas” (ibidem). Tal “lei” está vinculada a dados da realidade social que devem impor-se ao afazer dogmático, e melhor seria chamá-la de lei da ética jurídica; em algum futuro, poderá converter-se em lei da estética jurídica.

11 *Interpretación de la ley*, B. Aires, 1987, pp. 9 e 14. Nosso Aníbal Bruno advertia que “o jurista deve prevenir-se contra o poder absorvente da lógica formal” (op. cit., v. I, t. I, p. 29).

12 Sobre o neokantismo na dogmática jurídico-penal, cf. Mir Puig, op. cit., pp. 227 ss; Muñoz Conde, *Introducción*, cit., pp. 110 ss.

paração irreduzível entre as ciências da natureza e as ciências culturais abriu o campo não só ao dualismo metodológico, mas a uma autêntica “esquizofrenia” (Muñoz Conde) gnosiológica; como disse Zaffaroni, os “mastins metodológicos” se encarregavam de manter a realidade fora do sistema. Tudo isso sem que jamais a “disparidade absoluta entre ser e dever-ser” tenha sido provada, como objurga Larenz a Kelsen<sup>13</sup>. De outro lado, a dogmática indiretamente pode reafirmar certos mitos, que desempenham relevantes funções ideológicas: o mito da sabedoria da lei (supor um legislador racional e arguto, de cuja coerência, precisão, economia e previdência jamais proviriam palavras inúteis ou dúbias, contradições, etc)<sup>14</sup> que esconde a *reificação* da lei; o mito da neutralidade da ciência (supor que a gramática, a historiografia jurídica e a lógica formal abolem a consciência de classe), fundamental na legitimação da ordem jurídica<sup>15</sup>. Por certo, sua função ideológica mais importante é afiançar a possibilidade de uma construção harmonizante das relações sociais (representadas no jurídico), na qual “todos os antagonismos são conciliáveis pela ordem jurídica” (José Eduardo Faria). Daí, Lola Aniyar de Castro dizer que a dogmática tradicional constitui uma “filosofia da dominação”<sup>16</sup>. Efetivamente, o dogma da “completude” do direito reforça o monopólio jurídico do estado moderno e impede a consideração de direitos concorrentes<sup>17</sup>.

A dogmática pode libertar-se dessas acusações se lograr, como preconizava Fragoso, superar o esquema apresentado pelo tecnicismo jurídico, que “tende à compreensão e justificação do direito penal vigente”<sup>18</sup>. “A construção dos concei-

13 Op. cit., p. 87.

14 Cf. Rosa Cardoso, op. cit., p. 118; Novoa, *Crítica*, cit., p. 228. Ost e Kerchove afirmam que a racionalidade do legislador é uma crença de ordem metafísica (*Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelas, 1987, p. 117).

15 Cf. especialmente Faria, José Eduardo, *Paradigma jurídico*, cit., pp. 43, 46 e 47.

16 *Criminología de la liberación*, cit., p. 27.

17 Bobbio, *Teoría do ordenamento jurídico*, Brasília, 1989 p. 120.

18 *Lições*, cit., p. 13.

tos dogmáticos deve incorporar os dados da realidade” (Zaffaroni) e a constatação de seus efeitos sociais concretos. Não se quer uma crítica *posterior, fora* da dogmática, como Rocco<sup>19</sup>. “A incorporação à dogmática penal das finalidades político-criminais transforma-a de um sistema fechado em um sistema aberto”, ensina Bustos, e assim em “permanente renovação e criação”<sup>20</sup>.

Faraco de Azevedo adverte que a dogmática penal, “a menos que se converta em instrumento ideológico destinado a dissimular ou falsear a realidade, precisa manter-se rente à vida, recebendo seu influxo e sobre ela atuando, atenta à configuração da situação humana global a que se destina”, sem “perder de vista sua dimensão histórica e crítica”<sup>21</sup>.

No momento atual, não podemos abrir mão da dogmática jurídico-penal, porque, como assinala Gimbernat Ordeig em seu festejado trabalho, “temos que conviver com o direito penal”<sup>22</sup>. Transformá-la numa dogmática *aberta* é o desafio que o penalista brasileiro tem, hoje, diante de si.

19 *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*, trad. R.N. Vallejo, Bogotá, 1978, p. 31.

20 Política criminal y dogmática, in *Homenaje a Hilde Kaufmann*, B. Aires, 1985, p. 124.

21 Dogmática penal e estado, in *Fascículos de ciência penal*, P. Alegre, 1989, ano 2, v. 2, nº 4, p. 60.

22 Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?, in *Estudios de derecho penal*, Madri, 1976, p. 82.

## Bibliografia

- Ancel, Marc, Pour une étude systematique des problemes de politique criminelle, in *Archives de politique criminelle*, v. 1, Paris, 1975, ed. A. Pedone.
- Angione, Francesco, *Contenuto e funzione del concetto di bene giuridico*, Milão, 1983, ed. Giuffrè.
- Aniyar de Castro, Lola, *Criminologia da reação social*, trad. E. Kosowski, Rio, 1983, ed. Forense.
- , *Criminología de la liberación*, Maracaibo, 1987, ed. Un. Zulia.
- Antolisei, Francesco, *Manuale de diritto penale*, P.G., Milão, 1969, ed. Giuffrè.
- Araújo Jr., João Marcello, *Os grandes movimentos da política criminal de nossos tempos*, Rio, 1986, ed. Inst. Bennett.
- Araújo Lyra, D. (org.), *Desordem e processo — estudos em homenagem a Roberto Lyra Filho*, P. Alegre, 1986, ed. Fabris.
- Asúa, Luis Jiménez de, *Tratado de derecho penal*, B. Aires, 1964, ed. Losada, v. I.
- Atienza Rodríguez, Manuel, *Sobre la analogía en el derecho*, Madri, 1986, ed. Cívitas.
- Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, trad. A. Bunster, México, 1986, ed. Siglo XXI.
- , Integración — prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica, in *Doctrina penal*, B. Aires, 1985, ed. Depalma, p. 3 ss.
- , Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la

- producción de las relaciones sociales de desigualdad, in *Nuevo foro penal*, Bogotá, 1982, ed. Temis, nº 15, p. 737 ss.
- , *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milão, 1966, ed. Giuffrè.
- Barbosa Moreira, José Carlos, *Temas de direito processual*, S. Paulo, 1977, ed. Saraiva.
- Barros Monteiro, Washington, *Curso de direito civil — direito das sucessões*, S. Paulo, 1962, ed. Saraiva, 4ª ed.
- Basileu Garcia, *Instituições de direito penal*, S. Paulo, s/d, ed. M. Limonad, 4ª ed., v. I, t. I.
- Batista, Nilo; Algumas palavras sobre descriminalização, in *RDP* nº 13, Rio, 1975, p. 28 ss.
- , Bases constitucionais da reserva legal, in *RDP* nº 35, Rio, 1983, ed. Forense, p. 54 ss. .
- , Justiça criminal e justiça criminoso, in *RDP* nº 32, Rio, 1983, ed. Forense, p. 70 ss.
- , *Minorias e democratização*, Recife, 1984, ed. OAB.
- , Observações sobre a norma penal e sua interpretação, in *RDP* nº 17/18, Rio, 1975, ed. RT, p. 83 ss.
- , *Temas de direito penal*, Rio, 1984, ed. Liber Juris.
- Baumann, Jütgen, *Derecho penal — conceptos fundamentales y sistema*, trad. Comado A. Finzi, B. Aires, 1973, ed. Depalma.
- Beccaria, Cesare, *Dos delitos e das penas*, trad. A. Carlos Campana, S. Paulo, 1978, ed. J. Bushatsky.
- Bergalli, Roberto, *Crítica a la criminología*, Bogotá, 1982, ed. Temis.
- Bessa Antunes, Paulo D., *Uma nova introdução ao direito*, Rio, 1986, ed. Renovar.
- Bettioli, Giuseppe, *Direito penal*, trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco, S. Paulo, 1966, ed. RT.
- Binding, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, Utrecht, 1965, ed. Scientia.
- , *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, B.T., Leipzig, 1902, re-edição Scientia, 1969.
- Bloch, Emst, *Derecho natural y dignidad humana*, trad. Felipe

- Gonzales Vicen, Madri, 1980, ed. Aguilar.
- Bloch, Marc, *Introdução à História*, trad. Maria Manuel e Rui Grácio, ed. Publicações Europa-América, coleção Saber, s/d, 4ª ed.
- Bobbio, Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milão, 1977, ed. Comunità.
- , *Teoria do ordenamento jurídico*, trad. C. Cicco e M.C. Santos, Brasília, 1989, ed. Polis.
- Bonavides, Paulo, *Do estado liberal ao estado social*, Rio, 1980, ed. Forense.
- Bonfante, Pedro, *Instituciones de derecho romano*, trad. L. Bacci e A. Larrosa, Madri, 1965, ed. Reus.
- Boscarelli, Marco, *Compendio di diritto penale*, P. G., Milão, 1980, ed. Giuffrè, 3ª ed.
- Bricola, Franco, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milão, 1965, ed. Giuffrè.
- , L'art. 25, commi 2º e 3º della Costituzione revisitato alla fine degli anni '70, in *La questione criminale*, nº 2/3, Bolonha, 1980, ed. Il Mulino.
- , Tecnicas di tutela penale e tecnicas alternative di tutela, in De Acetis, Mauricio et al. (org.), *Funzioni e limiti del diritto penale*, Milão, 1984, ed. Cedam.
- Brito Alves, Roque, *Direito penal*, Recife, 1977, ed. Inojosa, v. 1º.
- Bruno, Aníbal, *Direito penal*, P. G., Rio, vol. I, 1959 (tt. 1º e 2º) e 1962 (t. 3º), ed. Forense.
- Bustos Ramírez, Juan, *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, 1982, ed. Temis.
- , *Introducción al derecho penal*, Bogotá, 1986, ed. Temis.
- , Política criminal y dogmática, in *Homenage a Hilde Kaufmann*, B. Aires, 1985, ed. Depalma, pp. 123 ss.
- Cabral, Luis C., *Ubicación histórica del principio 'nullum crimen nulla poena sine lege'*, B. Aires, 1958, ed. U. Abeledo.
- Camargo Hernandez, Cesar, *Introducción al estudio del dere-*

- cho penal*, Barcelona, 1964, ed. Bosch.
- Capeller, Wanda, O discurso jurídico e o homem, in Araújo Lyra, D., *Desordem e processo*.
- Cardoso da Cunha, Rosa Maria, *O caráter retórico do princípio da legalidade*, P. Alegre, 1979, ed. Síntese.
- Carrara, Francesco, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, ed. Canovetti, ou Firenze, ed. Fratelli Cammelli, 7 vols. (diversas datas).
- Cattaneo, Mario A., *Anselm Feuerbach — filosofo e giurista liberale*, Milão, 1970, ed. Comunità.
- , *Fondamenti filosofici della sanzione penale*, no volume *Problemi della sanzione — società e diritto in Marx*, Roma, 1978, ed. Bulzoni.
- Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, *The decriminalization (Transactions of colloquium of Bellagio 1973)*, Milão, 1975.
- Chauí, Marilena, *O que é ideologia*, S. Paulo, 1984, ed. Brasiliense.
- , Roberto Lyra Filho ou da dignidade política do direito, in Araújo Lyra, D. (org.), *Desordem e processo*.
- Christie, Nils, *Limits to pain*, Oslo, 1981, ed. Universitária.
- Cirino dos Santos, Juarez, *A criminologia da repressão*, Rio, 1979, ed. Forense.
- , *A criminologia radical*, Rio, 1981, ed. Forense.
- , *Direito penal — A nova parte geral*, Rio, 1985, ed. Forense.
- Coelho, Luiz Fernando, *Teoria da ciência do direito*, S. Paulo, 1974, ed. Saraiva.
- Costa e Silva, A.J., *Comentários ao código penal brasileiro*, S. Paulo, 1967, ed. Contasa.
- Costa Jr., Heitor, *Teoria dos crimes culposos*, Rio, 1988, ed. Liber Juris.
- Council of Europe, report on decriminalization*, Estrasburgo, 1980.
- Cunha Luna, Everardo, *Capítulos de direito penal*, S. Paulo, 1985, ed. Saraiva.

- Curzon L. B., *Criminal law*, Londres, 1973, ed. Macdonald & Evans.
- Damáσιο E. de Jesus, *Direito penal*, P. G., 1º v., S. Paulo, 1985, ed. Saraiva.
- David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. P. Bravo Gala, Madri, 1969, ed. Aguilar.
- Dell'Aquila, Enrico, *Il diritto cinese*, Pádua, 1981, ed. Cedam.
- Del Vecchio, Giorgio, *Lições de filosofia do direito*, trad. Antônio José Brandão, Coimbra, 1979, ed. A. Amado.
- Dotti, René Ariel, *Reforma penal brasileira*, Rio, 1988, ed. Forense.
- Dorado Montero, Pedro, *Bases para un nuevo derecho penal*, B. Aires, 1973, ed. Depalma.
- Engels, Frederico, *A origem da família, da propriedade privada e do estado*, trad. Leandro Konder, in *Obras escolhidas*, Rio, 1963, ed. Vitória, v. e.
- Evaristo de Moraes Filho, Antônio, *Lei de segurança nacional — um atentado à liberdade*, Rio, 1982, ed. Zahar.
- Faraco de Azevedo, Plauto, Dogmática penal e estado, in *Fascículos de ciência penal*, P. Alegre, 1989, ed. Fabris, ano 2, v. 2, nº 4.
- Faria, José Eduardo, Paradigma jurídico e senso comum: para uma crítica da dogmática jurídica, in Araújo Lyra, D. (org.), *Desordem e processo*.
- Fassò, Guido, *Società, legge e ragione*, Milão, 1974, ed. Comunità.
- Ferraz Jr., Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito*, S. Paulo, 1988, ed. Atlas.
- Ferreira, Ivete Lenise, Política criminal e descriminalização, in *Rev. do Instituto dos Advogados Brasileiros*, ano VII, nº 29, p. 196 ss.
- Ferri, Enrico, *Princípios de direito criminal*, trad. L. d'Oliveira, S. Paulo, 1931, ed. Saraiva.
- Figueiredo Dias, Jorge, *Direito penal (sumários das lições)*, Coimbra, 1975, ed. Offset J. Abrantes.
- , Os novos rumos da política criminal e o direito penal do

futuro, Lisboa, 1983, in *Rev. Ordem dos Advogados Portugueses*, n.º 1, p. 3 ss.

Foucault, Michel, *As palavras e as coisas*, trad. S. Tannus Muchail, S. Paulo, 1981, ed. Martins Fontes.

———, *Surveiller et punir*, 1975, ed. Gallimard (França).

Fragoso, Heleno Cláudio, *Advocacia da liberdade*, Rio, 1984, ed. Forense.

———, *Conduta punível*, S. Paulo, 1961, ed. J. Bushatsky.

———, *Direito penal e direitos humanos*, Rio, 1977, ed. Forense.

———, *Lei de segurança nacional — uma experiência antidemocrática*, P. Alegre, 1980, ed. Fabris.

———, *Lições de direito penal*, P.G., Rio, 1985, 7.ª ed., ed. Forense.

———, *Terrorismo e criminalidade política*, Rio, 1977, ed. Forense.

Frederico Marques, José, *Elementos de direito processual penal*, Rio, 1961, ed. Forense, v. I.

Frosali, Raul Alberto, *Sistema penale italiano*, Turim, 1958, ed. Utet, 4 vols.

García-Pablos, Antonio, Bases para una política criminal de la droga, in *La problemática de la droga en España*, Madri, 1986, ed. Edersa, p. 355 ss.

García Mendez, Emilio, *Autoritarismo y control social*, B. Aires, 1987, ed. Hammurabi.

Garofalo, Raffaele, *Criminologia*, Turim, 1885, ed. F. Bocca.

Genro, Tarso, *Introdução crítica ao direito*, P. Alegre, 1988, ed. Fabris.

Gimbernat Ordeig, Enrique, *Estudios de derecho penal*, Madri, 1976, ed. Civitas.

Gramatica, Filippo, *Principios de defensa social*, trad. J.M. Nuñez de Prado e L. Z. Aparicio, Madri, 1974, ed. Montecorvo.

Gregori, Giorgio, *Saggio sull'oggetto giuridico del reato*, Pádua, 1978, ed. Cedam.

Grinover, Ada Pellegrini, *As condições da ação penal*, S. Paulo,

1977, ed. J. Bushatsky.

Grispigni, Filippo, *Diritto penale italiano*, Milão, 1950, ed. Giuffrè.

Guarino, Antonio, *La rivoluzione della plebe*, Nápoles, 1975, ed. Liguore.

Guastini, Riccardo, *Marx — dalla filosofia del diritto alla scienza della società*, Bolonha, 1974, ed. Il Mulino.

Hart, H.L.A., *Punishment and responsibility*, Londres, 1973, ed. Un. Oxford.

Hermes Lima, *Introdução à ciência do direito*, Rio, 1955, ed. Freitas Bastos.

———, *Introdução Geral, Obras completas de Tobias Barreto*, S. Paulo, 1963, ed. INL.

Hobbing, Peter, *Strafwürdigkeit der Selbstverletzung: Der Drogenkonsum in deutschen und brasilianischen Recht*, Frankfurt am Main, 1982, ed. Peter Lang.

Huberman, Léo, *História da riqueza do homem*, trad. Waltensir Dutra, Rio, 1979, ed. Zahar, 15.ª ed.

Hulsman, L.H.C., Descriminalização, trad. Y. Catão, in *RDP* 9-10, Rio, 1973, p. 7 ss.

Hulsman, Louk, e J. Bernat de Celis, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, trad. S. Politoff, Barcelona, 1984, ed. Ariel.

Hungria, Néelson, *Comentários ao código penal*, v. I, t. I, Rio, 1958, ed. Forense.

———, *Introdução à ciência penal*, in *Novas questões jurídico-penais*, Rio, 1944, ed. Nacional de Direito.

———, *Novas questões jurídico-penais*, Rio, 1945, ed. Nacional de Direito.

Ihering, Rudolf von, *La dogmática jurídica* (trechos selecionados do Espírito do Direito Romano), trad. Enrique Príncipe y Satorres, B. Aires, 1946, ed. Losada.

Jaspers, Karl, *Psicopatologia geral*, trad. A. Reis, Rio, 1973, ed. Atheneu, v. I.

Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal*, P.G., trad. S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, Barcelona, 1981, ed. Bosch.

Kaufmann, Arthur, *Analogía y naturaleza de la cosa*, trad. E.B. Bourie, Santiago, 1976, ed. Jur. de Chile.

Kelsen, Hans, *Teoria pura do direito*, trad. J. Baptista Machado, Coimbra, 1962, vols. I e II, ed. A. Amado.

Konder, Leandro, A crítica do jovem Marx à concepção hegeliana do estado e do direito, in Araújo Lyra, D. (org.), *Desordem e processo*.

Larenz, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, trad. José de Sousa e Brito e José Antônio Veloso, Lisboa, 1978, ed. Fund. C. Gulbenkian.

Liszt, Franz von, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. A.A. Calvi, Milão, 1962, ed. Giuffrè.

———, *Tratado de direito penal alemão*, trad. José Hygino Duarte Pereira, Rio, 1899, ed. F. Briguiet.

Lombroso, Cesare, *L'uomo delinquente*, Turim, 1884, ed. F. Bocca, 3ª ed.

Losano, Mário G., *Os grandes sistemas jurídicos*, trad. A.F. Bastos e L. Leitão, Lisboa, 1979, ed. Presença.

Luhmann, Niklas, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, trad. Alberto Febbrajo, Bolonha, 1978, ed. Il Mulino.

Lukács, György, Storia e coscienza di classe — la reificazione nella scienza giuridica, in Guastini, Ricardo (org.), *Marxismo e teoria del diritto*, Bolonha, 1980, ed. Il Mulino.

Luporini, Cesare, As raízes da vida moral, in Della Volpe, Galvano, et al., *Moral e sociedade*, trad. Nice Rissone, Rio, 1969, ed. Paz e Terra.

Lyra, D. Araújo (org.), *Desordem e processo — estudos em homenagem a Roberto Lyra Filho*, Porto Alegre, 1986, ed. Fabris.

Lyra, Roberto, *Expressão mais simples do direito penal*, Rio, 1953, ed. J. Konfino.

———, *Introdução ao estudo do direito criminal*, Rio, 1946, ed. Nac. de Direito.

———, *Novo direito penal*, Rio, 1980, ed. Forense.

Lyra Filho, Roberto, *O que é o direito*, S. Paulo, 1982, ed. Brasiliense.

Machado Neto, A. L., *Compêndio de introdução à ciência do direito*, S. Paulo, 1975, ed. Saraiva.

Machado Neto, Zahidé, *Direito penal e estrutura social*, S. Paulo, 1977, ed. Saraiva.

Magalhães Noronha, E., *Direito penal*, S. Paulo, 1985, ed. Saraiva, v. I (Introdução e P.G.).

Manzini, Vincenzo, *Tratatto di diritto penale italiano*, Turim, 1950, ed. Utet, v. I.

Marat, Jean-Paul, *Plan de legislation criminelle*, Paris, 1974, ed. A. Montaigne.

Maritain, Jacques, *Lógica menor*, trad. Ilza das Neves, Rio, 1972, ed. Agir.

Martínez Rincones, J., *Sociedad y derecho en Cuba*, Bogotá, 1986, ed. Temis.

Martins, Roberto R., *Segurança nacional*, S. Paulo, 1986, ed. Brasiliense.

Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, trad. Juan Cordoba Roda, Barcelona, 1962, ed. Ariel.

Mayrink da Costa, Álvaro, *Direito penal*, P.G., Rio, 1982, ed. Forense.

Marx, Karl, e Engels, Friedrich, *Opere*, Roma, 1980, ed. Riuniti.

Mestieri, João, *Teoria elementar do direito criminal*, Rio, 1971, ed. Sedegra.

Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, trad. J.A. Rodriguez Muñoz, Madri, 1946, ed. Rev. Der. Privado, t. I.

Miaille, Michel, *Uma introdução crítica ao direito*, trad. A. Prata, Braga, 1979, ed. Moraes.

Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, 1976, ed. Bosch.

Mirabete, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal*, P.G., S. Paulo, 1980, ed. Atlas.

Miranda Rosa, Felipe Augusto, *Sociologia do direito*, Rio, 1970, ed. Zahar.

Mommsen, Theodor, *Le droit pénal romain*, trad. J. Duquesne, Paris, 1907, t. 1ª, 2ª e 3ª, ed. A. Fontemoing.

Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal y control social*, Jerez, 1985, ed. Univ. de Jerez.

———, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, 1975, ed. Bosch.

Navarrete, Miguel Polaino, *Derecho penal*, P.G., Barcelona, 1984, ed. Bosch.

———, *El bien jurídico en el derecho penal*, Sevilha, 1974, ed. Univ. Sevilha.

Novoa Monreal, Eduardo, Algunas reflexiones sobre el derecho de castigar del estado, in *Homenaje a Hilde Kaufmann, El poder penal del estado*, B. Aires, 1985, ed. Depalma, p. 185 ss.

———, *Crítica y desmistificación del derecho*, B. Aires, 1985, ed. Ediar.

Ordeig, E. Gimbernat, *Estudios de derecho penal*, Madri, 1976, ed. Civitas.

Ost, François e Kerchove, Michel van der, *Jalons pour une theorie critique du droit*, Bruxelas, 1987, ed. Un. Saint-Louis.

Pasukanis, Eugeni B., *teoría general del derecho y marxismo*, trad. Virgilio Zapatero, Barcelona, 1976, ed. Labor.

Pavarini, Massimo, *Control y dominación*, trad. I Muñagorri, México, 1983, ed. Siglo XXI.

Peña Cabrera, Raúl, Bien jurídico y relaciones sociales de producción, in *Debate Penal*, n° 2, Lima, 1982, p. 133 ss.

Pérez, Luis Carlos, *Derecho penal*, Bogotá, 1987, ed. Temis.

Peris Riera, Jaime Miguel, *El proceso despenalizador*, Valência, 1983, ed. Un. de Valência.

Petrocelli, Biagio, *Saggi di diritto penale*, 2ª série, Pádua, 1965, ed. Cedam.

Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, S. Paulo, 1971, ed. RT.

———, *Comentários ao código de processo civil*, Rio, 1974, ed. Forense, t. I.

Poulantzas, Nicos, El examen marxista del estado y del derecho actuales y la cuestión de la "alternativa", in *Marx — el*

*derecho y el estado*, trad. J.R. Capella, Barcelona, 1979, ed. Oikos-tau, p. 79 ss.

———, *O estado, o poder e o socialismo*, trad. R. Lima, Rio, 1980, ed. Graal.

Puigarnau, Jaime M. Mans, *Lógica para juristas*, Barcelona, 1969, ed. Bosch.

Pulitanò, Domenico, Política criminal, in *Diritto penale in trasformazione*, Milão, 1985, ed. Giuffrè, p. 1 ss.

Quinney, Richard, O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal, in Taylor, Walton e Young (org.), *Criminologia crítica*, trad. J. Cirino dos Santos e S. Tancredo, Rio, 1980, ed. Graal.

Quintero Olivares, Gonzalo, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, 1981, ed. Barcanova.

Radbruch, Gustav, *Filosofia do direito*, trad. L. Cabral de Moncada, Coimbra, 1961, ed. A. Amado, 2 vols.

———, *La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento*, trad. E.G. Valdés, Córdoba, 1963, ed. Un. Córdoba.

———, Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes, trad. Rodriguez Panagua, in *Derecho injusto y derecho nulo*, Madri, 1971, ed. Aguilar.

Raffo, Julio C., *Introdução ao conhecimento jurídico*, Rio, 1983, ed. Forense.

Reale, Miguel, *Lições preliminares de direito*, S. Paulo, 1973, ed. J. Bushatsky.

Reale Jr., Miguel, Descriminalização, in *Rev. do Instituto dos Advogados Brasileiros*, ano VII, n° 29, p. 189 ss.

*Revue Internationale de Droit Pénal*, n° 1, 1978 (*Politique Criminelle et Droit Pénal*).

———, Toulouse, 1988, ed. Eres, v. 59, n°s 1-2.

Rocco, Arturo, *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*, trad. R. Naranjo Vallejo, Bogotá, 1978, ed. Temis.

———, *L'oggetto del reato*, Roma, 1932, ed. Foro Italiano.

Rodrigues, Anabela Miranda, Reinserção social — para uma definição do conceito, in *Revista de Direito Penal e Crimi-*

nologia (RDP) n° 34, Rio, 1982, ed. Forense, pp. 24 ss.

Rosa del Olmo, *América Latina y su criminología*, México, 1981, ed. Siglo XXI.

Ross, Alf, *On guilt, responsibility and punishment*, Londres, 1975, ed. Stevens & Sons.

Rosset, Clément, *O princípio da crueldade*, trad. J.T. Brum, Rio, 1989, ed. Rocco.

Roxin, Claus, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, trad. Muñoz Conde, Madri, 1981, ed. Reus.

———, *Iniciación al derecho penal de hoy*, trad. F. Muñoz Conde e D.M. Luzón-Peña, Sevilha, 1981, ed. Univ. de Sevilha.

———, *Problemas básicos del derecho penal*, trad. Luzón-Peña, Madri, 1976, ed. Reus.

Rusche, Georg, e Kirchheimer, Otto, *Pena e struttura sociale*, trad. Dario Melossi e Massimo Pavarini, Bolonha, 1978, ed. Il Mulino.

Sánchez Vasquez, Adolfo, *Ética*, trad. João Dell'Anna, Rio, 1970, ed. Civilização Brasileira.

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.

Sanguinetti, Horácio, *Curso de derecho político*, B. Aires, 1986, ed. Astrea.

Scheerer, Sebastian, La abolición del sistema penal: una perspectiva en la criminología contemporánea, trad. E. Sandoval Huertas e E. García-Méndez, in *Rev. Derecho Penal y Criminología*, vol. VIII, n° 26, Bogotá, 1985, p. 203 ss.

Siniscalco, Marco, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milão, 1965, ed. Giuffrè.

Soler, Sebastián, Conceito e objeto do direito penal, trad. N. Batista, in *RDP* n° 4, Rio, 1971, ed. Borsoi, p. 30 ss.

———, *Fe en el derecho*, B. Aires, 1956, ed. Tip. Argentina.

Stoyanovitch, Konstantin, *La pensée marxista et le droit*, Vendôme, 1974, ed. P.U.F.

Szabó, Denis, *Criminología y política en materia criminal*, trad. F. Blanco, México, 1980, ed. Siglo XXI.

Tavares, Juarez, *Teorias do delito*, S. Paulo, 1980, ed. RT.

Taylor, Ian, Walton, Paul e Young, Jock, *The new criminology: for a social theory of deviance*, Nova Iorque, 1974, ed. Harger & Row.

Thompson, Augusto, Lei penal em branco e retroatividade benéfica, in *Rev. de Dir. Procuradoria Geral Est. Guanabara*, Rio, 1968, v. 19.

Tobias Barreto, *Estudos de direito*, Rio, 1892, ed. Laemmert.

Toledo, Francisco de Assis, *Princípios básicos do direito penal*, S. Paulo, 1986, ed. Saraiva.

Traverso, Giovanni, e Verde, Alfredo, *Criminologia critica*, Pádua, 1981, ed. Cedam.

Tsien Tche-Hao, *Le droit chinois*, Vendôme, 1982, ed. P.U.F.

Vernengo, Roberto José, *Curso de teoría general del derecho*, B. Aires, 1976, ed. Coop. Der. y C. Sociales.

Warat, Alberto L., e Russo, Eduardo A., *Interpretación de la ley*, B. Aires, 1987, ed. Abeledo-Perrot.

Weber, Max, *Economía y sociedad*, trad. J. Echavarría et al., Bogotá, 1977, ed. Fondo de Cultura Económica, 2 vols.

Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, trad. J. Bustos Ramirez e S. Yañez Peres, Santiago, 1970, ed. Jurídica de Chile.

Zaffaroni, E. Raúl, Las necesidades del saber penal latinoamericano, in *rev. Iusta*, Bogotá, 1987, ed. Un. Sto. Tomás, n° 9, p. 135 ss.

———, *Manual de derecho penal*, B. Aires, 1986, ed. Ediar, 5ª ed.

———, *Política criminal latinoamericana*, B. Aires, 1982, ed. Hammurabi.

——— (relator), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, B. Aires, 1984, ed. Depalma.

——— (relator), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina — informe final*, B. Aires, 1986, ed. Depalma.

C. de libros

14, 75

\_\_\_\_\_, *En busca de las penas perdidas*, B. Aires, 1989, ed. Ediar.

10/10/14

\_\_\_\_\_, e Pirangeli, J.H., *Da tentativa*, S. Paulo, 1988, ed. RT.

Zdravomíslav et al., *Derecho penal soviético*, trad. N. Mora e J. Guerrero, Bogotá, 1970, ed. Temis.

Zipf, Heinz, *Introducción a la política criminal*, trad. Macías-Picavea, Madri, 1979, ed. Rev. Der. Privado.