

Víctor Gabriel Rodríguez

Fundamentos de
**Direito Penal
Brasileiro**

Lei Penal e
Teoria Geral do Crime

editora
atlas

© 2010 by Editora Atlas S.A.



Capa: Roberto de Castro Polisel

Composição: Entexto – Diagramação de textos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Rodríguez, Víctor Gabriel

Fundamentos de direito penal brasileiro: lei penal e teoria geral do crime / Víctor Gabriel Rodríguez. -- São Paulo: Atlas, 2010.

ISBN 978-85-224-5937-7

1. Direito penal 2. Direito penal – Brasil I. Título.

10-03315

CDU-343(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil: Direito penal 343(81)

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Decreto nº 1.825, de 20 de dezembro de 1907.

Impresso no Brasil/*Printed in Brazil*



Editora Atlas S.A.

Rua Conselheiro Nébias, 1384 (Campos Elísios)

01203-904 São Paulo (SP)

Tel.: (0_ _11) 3357-9144 (PABX)

www.EditoraAtlas.com.br

Sumário

Apresentação, xiii

1 Função do Direito Penal e Função da Pena, 1

- 1.1 Missão mediata do Direito Penal, 1
 - 1.1.1 O controle social e a pacificação, 3
 - 1.1.2 Os limites ao Direito de punir, 4
- 1.2 Missão imediata do Direito Penal: proteger bens jurídicos, revalidar o ordenamento ou neutralizar o inimigo?, 6
 - 1.2.1 Missão do Direito Penal: ponto de vista pessoal, 16
- 1.3 A função da pena, 16
 - 1.3.1 Teorias absolutas da função da pena, 17
 - 1.3.2 Teorias relativas da função da pena, 18
 - 1.3.2.1.1 Prevenção geral negativa, 18
 - 1.3.2.1.2 Prevenção geral positiva, 20
 - 1.3.2.2 Prevenção especial, 22
 - 1.3.2.2.1 Prevenção especial negativa, 22
 - 1.3.2.2.2 Prevenção especial positiva, 23
 - 1.3.3 Finalidade da pena na lei vigente, 24
- 1.4 Considerações finais: opinião sobre a prática do Direito penal, 25

2 Evolução da Dogmática Penal, 27

- 2.1 Existe uma ciência do Direito Penal?, 27
- 2.2 História do Direito Penal como Ciência, 30
 - 2.2.1 Introdução: como se considera a ciência do Direito Penal, 31
 - 2.2.2 John Howard e o *The State of Prisons*, 31
 - 2.2.3 Bentham e o fundamento utilitarista da pena, 32
 - 2.2.4 Beccaria e *Dos delitos e das Penas*, 33
 - 2.2.5 Escola Clássica, 35
- 2.3 A escola positiva do Direito Penal, 37
 - 2.3.1 Fase antropológica, 39
 - 2.3.2 Fase sociológica, 40
 - 2.3.3 Fase criminológica, 41
 - 2.3.3.1 A influência positivista no Brasil: a Escola de Recife, 42
 - 2.3.4 A sistemática penal von Liszt, 44
 - 2.3.5 Edmund Mezger e a evolução da doutrina, 46
 - 2.3.6 Finalismo e Hans Welzel, 47
 - 2.3.7 O Pós-finalismo, 50
 - 2.3.7.1 Normativismo de Roxin: funcionalismo-teleológico, 51
 - 2.3.7.2 Jakobs e a teoria dos sistemas, 52
- 2.4 Conclusão, 54

3 Constituição Federal e Hermenêutica das Normas Penais, 56

- 3.1 Introdução, 56
- 3.2 As fontes da norma penal, 57
- 3.3 Interpretação da norma penal: Limitação semântica e limitação sintática, 57
 - 3.3.1 Limitações semânticas, 58
 - 3.3.1.1 Limitações semânticas: Referências endofóricas e exofóricas, 60
 - 3.3.1.2 Relações exofóricas, 62
 - 3.3.1.2.1 A doutrina, 63
 - 3.3.1.2.2 A jurisprudência, 64
 - 3.3.2 Limitação sintática, 65
 - 3.3.2.1 Conflito de normas, 66
 - 3.3.3 Regras Elementares da Interpretação da Norma Penal, 68
 - 3.3.3.1 A norma penal incriminadora deve ser interpretada de maneira estrita, 69
 - 3.3.4 A norma penal incriminadora não admite analogia, 71
 - 3.3.5 O texto normativo não comporta sinonímia, 73
 - 3.3.6 A interpretação da norma deve atender a um sistema de valores, 75

- 3.3.7 Ser intérprete da norma não importa em ser seu coautor do texto normativo, 76
 - 3.3.8 O intérprete atenderá à prevalência da norma especial ou hierarquicamente superior, 77
 - 3.4 A Constituição, 79
 - 3.4.1 A Constituição como Fonte de Bens Jurídicos para o Direito Penal, 79
 - 3.4.2 A interpretação exclusivamente Constitucional do Direito Penal, 82
 - 3.4.3 As garantias Constitucionais do Direito Penal, 84
 - 3.4.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, inc. III, da CF), 85
 - 3.4.3.2 Princípio da legalidade e da anterioridade da Lei Penal (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal), 86
 - 3.4.3.3 Irretroatividade da lei penal mais grave (art. 5º, XL, CF), 87
 - 3.4.3.4 Pessoalidade da pena (art. 5º, XLV), 87
 - 3.4.3.5 Princípio da Humanidade da Pena (art. 5º, XLVII, CF), 88
 - 3.4.3.6 Individualização da pena (art. 5º, XLVII e XLVIII), 88
 - 3.4.3.7 Outras garantias da execução penal (art. 5º, XLVIII, XLIX e L, da CF), 89
 - 3.4.4 Garantias penais não expressas na Constituição, 89
 - 3.4.4.1 Princípio da Culpabilidade, 90
 - 3.4.4.2 Fragmentariedade e Subsidiariedade do Direito Penal, 90
 - 3.4.4.3 A exclusiva proteção de bens jurídicos e o princípio da insignificância, 92
 - 3.4.4.4 A proporcionalidade, 94
 - 3.4.4.4.1 Primeiro sentido: a pena como proporcional ao delito, 94
 - 3.4.4.4.2 Segundo sentido: a necessidade de justificação para a constrição de um direito fundamental, 96
 - 3.4.5 Dispositivos Criminalizadores da Constituição, 98
 - 3.5 A interpretação diante de outras fontes normativas, 100
 - 3.5.1 A interpretação das normas internacionais, 101
 - 3.5.1.1 Os tratados internacionais que o Brasil se obriga a cumprir, 102
 - 3.5.2 As normas deontológicas como princípios de interpretação, 104
 - 3.6 Conclusão, 105
- 4 Lei Penal no Espaço, 106**
- 4.1 Introdução, 106
 - 4.2 Premissa: o local do crime, 106
 - 4.3 A regra: a territorialidade da Lei Penal, 107

- 4.3.1 O que é o território nacional, 108
- 4.3.2 Territorialidade e extradição, 110
- 4.3.3 A extradição: regras gerais, 111
 - 4.3.3.1 Impossibilidade de extradição do brasileiro: regra e exceções, 112
 - 4.3.3.2 A existência de tratado ou promessa de reciprocidade, 114
 - 4.3.3.3 A dupla tipicidade, 115
 - 4.3.3.4 A vedação aos crimes políticos e de opinião, 117
 - 4.3.3.5 O respeito aos direitos fundamentais: vedação da prisão perpétua e da pena de morte, 119
- 4.4 A extraterritorialidade, 119
 - 4.4.1 Os princípios que motivam a extraterritorialidade, 120
- 4.5 O Tribunal Penal Internacional, 124
 - 4.5.1 Antecedentes do TPI: Os Tribunais Penais Internacionais *ad hoc*: Nuremberg, Ruanda, Iugoslávia, 124
 - 4.5.2 Regras do Estatuto do TPI Permanente, 127
 - 4.5.3 O TPI diante do direito brasileiro, 132
- 4.6 Colaboração Internacional para além do TPI, 139
- 4.7 Conclusão, 140

5 A Tipicidade e o Tipo, 141

- 5.1 Introdução, 141
- 5.2 Breve delimitação terminológica: tipo, tipicidade e injusto, 142
- 5.3 Evolução do conceito de tipo penal, 143
 - 5.3.1 Elementos negativos do tipo, 147
 - 5.3.2 Tipicidade formal e material, 149
 - 5.3.3 Tipicidade conglobante, 151
- 5.4 O tipo em seus elementos: os elementos objetivos e subjetivos, 152
 - 5.4.1 Elementos normativos do tipo, 153
 - 5.4.1.1 Elementos normativos do tipo e remissão às causas de justificação, 153
 - 5.4.2 Elementos científicos do tipo, 157
- 5.5 Imputação objetiva do tipo, 159
 - 5.5.1 A imputação objetiva de Claus Roxin, 162
 - 5.5.2 Sociedade de risco, 165
 - 5.5.3 Ponto de vista pessoal, 166
- 5.6 As funções do tipo penal, 168
 - 5.6.1 Tipos penais e função limitadora: classificação, 169
 - 5.6.2 Tipos penais e função de proteção: classificação, 174
- 5.7 Tipos penais e tendência expansiva do Direito penal, 176

- 5.7.1 Os delitos de tentativa, 177
- 5.7.2 Punição (via tipificação) de atos preparatórios, 178
- 5.7.3 Os bens jurídico-penais supraindividuais, 181
- 5.7.4 Delitos de efeito meramente simbólico, 182
- 5.8 O dolo no tipo: dolo direto, dolo eventual, 184
- 5.9 Tipo penal e culpa (remissão), 185
- 5.10 Posição pessoal: o relato típico, 185

- 6 Tipos Omissivos e Crimes Omissivos, 193**
 - 6.1 Introdução, 193
 - 6.2 Definições prévias: não agir naturalístico e não agir ontológico, 194
 - 6.3 A distinção: crimes omissivos próprios e impróprios, 196
 - 6.4 Tipicidade nos crimes omissivos próprios, 197
 - 6.5 Crimes omissivos impróprios, 203
 - 6.5.1 Fontes materiais e formais da posição de garante, 205
 - 6.5.2 As propostas de delimitação da obrigação de agir do garante, 208
 - 6.5.3 Para o contexto nacional: argumentos extensivos da omissão imprópria, 213
 - 6.5.4 Segue: argumentos para restrição da omissão imprópria, 215
 - 6.6 Conclusão, 217

- 7 A Ilicitude, 219**
 - 7.1 Introdução, 219
 - 7.2 Terminologia: ilicitude ou antijuridicidade?, 219
 - 7.3 Antijuridicidade subjetiva e objetiva, 220
 - 7.3.1 Posicionamento sobre o caráter subjetivo da antijuridicidade, 224
 - 7.4 Relação antijuridicidade – justificação, 227
 - 7.5 O sistema de causas de justificação no Brasil, 227
 - 7.6 As causas de justificação em espécie, 229
 - 7.6.1 O estado de necessidade, 229
 - 7.6.1.1 Requisitos do Estado de Necessidade, 231
 - 7.6.1.2 Segue: A existência de uma situação de perigo atual, 231
 - 7.6.1.3 Perigo inevitável e não provocado pelo agente, 231
 - 7.6.1.4 Inexigibilidade do sacrifício: a ponderação de interesses, 233
 - 7.6.1.4.1 Dever de arrostar o perigo, 236
 - 7.6.1.4.2 Fórmula nacional para a ponderação de bens: exigibilidade, 236
 - 7.6.1.4.3 Ponderação de bens e um caso especial: a tortura para obter informação relevante, 238
 - 7.6.1.5 Estado de necessidade agressivo e defensivo, 241

- 7.6.1.6 Estado de necessidade justificante e exculpante, 242
- 7.6.2 A legítima defesa, 243
 - 7.6.2.1 Requisitos da legítima defesa, 244
 - 7.6.2.1.1 Existência de uma agressão, 244
 - 7.6.2.1.2 A agressão injusta, 245
 - 7.6.2.1.2.1 Injustiça e ilicitude da agressão, 245
 - 7.6.2.1.2.2 Omissão como agressão, 246
 - 7.6.2.1.2.3 Possível limitação dos bens agredidos, 247
 - 7.6.2.2 Bens jurídicos e proporcionalidade, 248
 - 7.6.2.3 Elemento subjetivo na legítima defesa, 249
- 7.6.3 Estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito, 251
 - 7.6.4.1 Adequação social e risco permitido no cumprimento do dever legal, 253
- 7.6.5 Consentimento do ofendido como causa supralegal de justificação, 254
- 7.7 Excesso doloso e excesso culposo, 258
- 7.8 Conclusão, 260

8 A Culpabilidade, 261

- 8.1 Introdução, 261
- 8.2 A culpabilidade psicológica, 262
- 8.3 A culpabilidade normativa, 263
- 8.4 Culpabilidade no finalismo de Welzel, 266
- 8.5 Crise do conceito de culpabilidade depois de Welzel, 268
 - 8.5.1 Schünemann e o embate contra o determinismo, 269
 - 8.5.2 Pedro Lessa e Gimbernat: a negação do livre-arbítrio, 270
 - 8.5.3 Roxin e o funcionalismo, 271
 - 8.5.4 Jakobs e a estabilização do ordenamento, 272
 - 8.5.5 A culpabilidade por vulnerabilidade na Argentina, 273
- 8.6 Culpabilidade no Brasil: pressuposto do delito ou pressuposto da pena?, 274
- 8.7 Culpabilidade e dosimetria da pena, 276
- 8.8 Culpabilidade e sua exclusão, 277
 - 8.8.1 Culpabilidade e sua exclusão no Direito positivo brasileiro, 277
 - 8.8.2 A imputabilidade (e o agente inimputável), 278
 - 8.8.2.1 Critério biopsicológico de aferição de imputabilidade, 279
 - 8.8.2.2 A inimputabilidade para o menor de 18 anos: política criminal, 280
 - 8.8.2.3 Doença mental, desenvolvimento mental incompleto e retardo mental, 283

- 8.8.2.3.1 Desenvolvimento mental e a situação do indígena, 284
- 8.8.2.4 Inimputabilidade e Embriaguez: total acidental e *actio libera in causa*, 286
- 8.8.3 Potencial consciência da ilicitude e sua exclusão – O Erro de proibição (remissão), 288
- 8.8.4 Exigibilidade de conduta diversa e sua exclusão, 289
 - 8.8.4.1 Coação irresistível e obediência hierárquica, 289
 - 8.8.4.1.1 A coação irresistível, 290
 - 8.8.4.1.1.1 A gravidade da ameaça e gravidade do medo, 291
 - 8.8.4.1.1.2 A existência de um agente que ameaça, 292
 - 8.8.4.1.1.3 Mal grave e imediato, 293
 - 8.8.4.1.2 A obediência hierárquica, 294
 - 8.8.4.2 A inexigibilidade de conduta diversa: causa supralegal de exclusão da culpabilidade, 296
- 8.10 Conclusão – síntese, 299

9 O Erro, 303

- 9.1 Introdução: o erro, na teoria, 303
- 9.2 Segue: o erro, na prática, 304
- 9.3 Dos antigos erro de fato e erro de direito, 306
- 9.4 Erro de tipo e erro de proibição: considerações iniciais, 306
 - 9.4.1 Teoria estrita do dolo, 307
 - 9.4.2 Teoria limitada do dolo, 308
 - 9.4.3 Teoria estrita da culpabilidade, 309
 - 9.4.4 Teoria limitada da culpabilidade, 311
- 9.5 Elementos negativos do tipo e erro: posicionamento pessoal, 314
- 9.6 Erro, na lei brasileira, 315
 - 9.6.1 Erro de tipo, 316
 - 9.6.1.1 Segue: erro que recai sobre elementos normativos do tipo, 317
 - 9.6.1.2 Descriminantes putativas, 319
 - 9.6.1.3 Erros acidentais: sobre a pessoa, *aberratio ictus*, *aberratio delicti* e crime impossível, 320
 - 9.6.1.4 O erro determinado por terceiro, 322
 - 9.6.1.5 Das restrições legais ao erro de tipo, 323
 - 9.6.2 Erro de proibição, 324

- 9.6.2.1 Inescusabilidade do desconhecimento da lei e erro de proibição, 324
- 9.6.2.2 O erro de proibição quanto à incidência: direto, indireto e erro de mandamento, 325
- 9.6.2.3 O erro de proibição: vencível ou invencível, 326
- 9.6.2.4 Critérios para a aferição da invencibilidade do erro, 327
- 9.6.2.5 A colaboração do terceiro para o erro de proibição, 330
- 9.6.2.6 Erro de proibição vencível e consciência não atual da proibição, 331

9.7 Sistematização, 332

9.8 Considerações finais: posicionamento pessoal, 332

10 O Delito Culposos, 335

10.1 Introdução: a localização do crime culposos, 335

10.2 O papel dos crimes culposos no cenário penal, 336

10.3 Culpa consciente e culpa inconsciente, 336

10.4 Breve evolução da teoria do crime culposos, 337

10.4.1 O crime culposos antes do finalismo, 339

10.4.2 Crime culposos e finalismo: as três fases em Welzel, 341

10.4.3 Culpa na teoria normativista, 343

10.5 Crime culposos e tipicidade, 343

10.5.1 Da tipicidade objetiva e subjetiva no delito culposos, 343

10.5.2 O crime culposos e sua dependência do resultado, 345

10.5.2.1 Crime culposos e nexos de causalidade, 347

10.5.3 Da existência de risco não permitido, 348

10.5.4 Omissão do dever de cuidado: critérios de aferição, 349

10.5.4.1 O “esquecimento” como modalidade de culpa, 353

10.5.5 Do tipo culposos como tipo subsidiário, 354

10.6 Culpabilidade no delito culposos, 356

10.6.1 Imputabilidade, 356

10.6.2 Potencial consciência da ilicitude, 358

10.6.3 Exigibilidade de conduta diversa, 359

10.7 Antijuridicidade no delito culposos, 359

10.8 Delitos culposos de omissão (próprios e impróprios), 361

10.9 Os delitos culposos previstos no CPB, 362

10.10 Conclusão, 363

Bibliografia, 365

3

Constituição Federal e Hermenêutica das Normas Penais

3.1 Introdução

Para lidar com o Direito Penal é necessário conhecer o modo como suas normas estão insertas em um *sistema*. Somente essa ideia de sistema é que pode dar subsídio à criação de uma técnica de interpretação da lei penal eficaz à sua aplicação.

Nesse passo, não se pode deixar de dar especial realce ao fenômeno de *constitucionalização* do Direito Penal, ou seja, de sua interpretação *estritamente* vinculada aos ditames constitucionais. Tal fenômeno decorre de diversos fatores, entre os quais destacamos, em um primeiro plano, a abrangência do texto constitucional e a complexidade e falta de sistemática da norma infraconstitucional; em um segundo plano, o enfraquecimento sistemático do Poder Legislativo e o ganho de eficácia do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Dessas constatações nasce nossa opção de, como no Capítulo 3, apresentar as regras hermenêuticas da norma penal à luz dos princípios inscritos na Constituição para a matéria que aqui se aborda. A lição termina com a exposição dos demais princípios que devem ser conhecidos e reiteradamente utilizados pelo aplicador/intérprete da norma penal, estejam ou não enunciados em lei, em sentido lato.

3.2 As fontes da norma penal

Escreve a Constituição Federal que todo poder emana do povo; com maior razão, portanto, o *poder punitivo* deve ser exercido sob absoluto controle dos meios de representação popular. Parecerá utópico dizer que é de fato o povo que escolhe a lei penal, mas isso faz parte de uma discussão política que não caberia neste espaço. De qualquer forma, a norma punitiva, para que se legitime, deve advir da lei *em sentido estrito*, ou seja, daquela lei ordinária aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pela Presidência da República. Esse controle formal da fonte da norma incriminadora impõe uma constrição dos poderes legislativos dos entes da federação nacional – os Estados e o Distrito Federal, pois apenas a União pode legislar acerca de matéria penal¹ (art. 22, I, da CF). Tal concentração de poder é de algum modo justificada em um país que, embora conte com amplíssima diversidade cultural, ainda tem muito a trilhar em relação à segurança jurídica.

A concentração na lei federal como única fonte de norma punitiva não significa dizer que a aplicação da norma esteja livre de grandes trabalhos hermenêuticos, isto é, de esforços de interpretação. O momento de aplicar a norma penal exige a combinação de diversas fontes legislativas em busca da melhor solução jurídica ao caso concreto. Tal solução deve ser meticulosa, principalmente porque lidar com esse tipo de norma implica estar sempre na iminência de constranger os maiores direitos do cidadão, que os merece ainda quando tenha praticado o mais odioso dos delitos.

3.3 Interpretação da norma penal: Limitação semântica e limitação sintática

A necessidade da interpretação tem duas origens: a imperfeição do idioma e a complexidade do sistema normativo. Aquele que faz a lei sempre estará diante do dilema de constituir comandos em certa medida *específicos* e em certa medida *gerais*. Específicos porque são comandos que devem descrever com exatidão a situação fática proibida; gerais porque são comandos prévios à situação de fato, ou seja, servem a uma generalidade de situações que ainda estão por acontecer.

Quem elabora a lei deve dispor de uma série de técnicas que venham a suprir essas limitações, à procura da previsão mais perfeita da situação-tipo-futura que se

¹ Quando se trata de norma incriminadora, não há grandes dificuldades interpretativas para se compreender a primazia da norma Federal e a impossibilidade de cada Estado dispor sobre essa matéria. Entretanto, questão mais controversa aparece quando se cuida de normas que favorecem o réu. Por exemplo: a Constituição Estadual pode, como no caso do Rio de Janeiro e da Bahia, criar prerrogativas de foro para os vereadores, em ampliação aos direitos da Constituição? Trata-se de matéria penal ou de mera organização judiciária?

quer proibir. Quem interpreta a lei, por sua vez, tem de trilhar o caminho inverso: observar do fato concreto à proibição, à procura de o que o legislador tentou proibir e de todos os recursos dos quais dispunha no momento de elaboração da lei. Mas entenda-se: o momento da elaboração da lei como um todo, e não o momento de redação de um *fragmento* da norma que se pretende dotar de sentido.

Dizer que a vontade da lei (*mens legis*) pode não coincidir com a vontade do legislador (*mens legislatoris*) é, em minha opinião, buscar um problema onde ele não existe. Porque a vontade do legislador só não coincide com a vontade da lei caso se entenda o legislador como aquele que redigiu ou fez redigir um único comando legal (por exemplo, uma lei que insira um parágrafo no Código Penal para trazer mais um tipo incriminador). Caso – como é mais correto – entenda-se o legislador como aquele que redigiu *todo* o ordenamento jurídico (um ente abstrato, portanto, mas não muito mais do que o legislador de uma norma única), sua vontade sempre será coincidente com a vontade da lei.

Nada, no ordenamento jurídico, entendo, permite que se identifique, sequer como exercício de reconstrução histórica, um legislador como *pessoa* diversa daquela que constituiu o ordenamento como um todo.² Por isso, aliás, o recurso linguístico de utilizarmos a palavra *legislador*, no sentido de ser aquele que elabora a lei abstratamente dita, em sentido amplo, e não um texto específico (fragmento de texto) em momento determinado.

Vejamos, em poucas linhas, as limitações do legislador e o modo como o aplicador da lei penal deve lidar com elas.

3.3.1 Limitações semânticas

Limitações semânticas³ são aquelas que se relacionam com o *significado* das palavras. Por correta questão terminológica, costumamos dizer “vocábulo” à palavra tal qual está no léxico e “termo” àquela palavra quando dotada de significado. Esse significado também se pode chamar “carga semântica”.

Quando se redige uma proibição penal, pretende-se que ela *signifique* algo, vale dizer, que seja dotada de sentido suficiente para coibir comportamentos (ações e omissões) ocorridos em circunstâncias determinadas. Entretanto, ao fazê-lo, já encontra uma grande limitação: utilizar-se de idioma *natural*.

O legislador tem como instrumento de trabalho o idioma, tal qual ele é falado em sua nação. Em nosso caso, o léxico português. Diz-se, então, que esse idioma é *natural* porque não se trata de um conjunto de símbolos feitos artificialmente

² Sobre as Exposições de Motivos e Trabalhos preparatórios, comenta Jiménez de Asúa: “No pueden considerarse tales documentos como interpretación auténtica, puesto que sólo aluden al proceso de generación de las leyes. Nos descubren la voluntad del legislador, pero no el espíritu de la ley, la voluntad de ésta, que, en la última instancia, es la que debe esclarecer el juez”. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Principios*, p. 104.

³ Trago aqui uma nomenclatura que, conquanto seja pessoal, ao menos à luz do Direito penal puro, não prejudica a inteligência nem impede que se conjugue perfeitamente com as regras hermenêuticas clássicas, como se tratará adiante.

para aquela ciência, tal como ocorre na matemática. Na linguagem matemática, existe um conjunto de símbolos criados abstratamente, e que servem com exatidão para expressar conceitos, que entretanto não têm reflexo no mundo natural (o 2 ou o 3 só existem porque são abstratamente construídos para aquela ciência, e nada significam fora da matemática). Nas ciências humanas, a transmissão de ideias, fatos, conceitos, bem como sua progressão, evolução e combinação, têm de enunciar-se por uma linguagem utilizada comumente pelo povo.⁴

Portanto, a linguagem natural, com a qual se compõe a lei, tem uma equívocidade, uma falha de sentido ínsita ao próprio idioma, qualquer que seja ele. Em outras palavras, quando o aplicador da lei encontra inexatidão em seu significado, não é por necessário erro de quem elaborou a norma, como falta de cuidado específico na redação: trata-se da dificuldade real em lidar com um idioma natural, que trava uma relação abstrato-concreto, diversa da língua artificial da matemática, que estabelece a relação abstrato-abstrato.

Tal dificuldade agrava-se pelo fato de a lei descrever *hipóteses*, situações proibidas, e não *fatos*. Um jornalista dispõe de variados recursos linguísticos para descrever uma situação vista ou sentida, mas conta com a facilidade, por assim dizer, de já os fatos haverem ocorrido. Daí pode valorá-los, escolher o estilo de escrita, determinar possível sinonímia, contextualizar com informações que o leitor já tem e comparar constantemente a situação real com aquela que seu texto conota ao intérprete. Ao legislador penal, ao contrário, o fato concreto indesejado serve apenas como experiência para a proibição futura e, na medida em que tal situação futura não existe no momento da redação da proibição, é muito mais complexo encontrar os termos corretos para prevê-la. Ainda, caso se entenda que a língua está em constante evolução – porque, como expressão social e não apenas criação abstrata do legislador, sujeita-se à valoração que lhe fazem todos os usuários do idioma (principalmente os doutrinadores do Direito, mas não só) –, ver-se-á ao fim e ao cabo que o legislador apresenta uma linguagem exígua e sempre desatualizada.⁵

Há fatores que podem agravar a existência de equívocidade no momento de interpretação normativa. A própria falta de cuidado do legislador é uma delas, na utilização de texto com formulação não criteriosa, ou de termos de significação

⁴ Não ignoro, especialmente no português falado no Brasil, os diversos *níveis* de linguagem, que assim mesmo são linguagem natural.

⁵ Barthes, falando de literatura, expressa com maestria o que aqui se coloca: “Vê-se assim que uma obra-prima moderna é impossível, por estar o escritor colocado em sua escritura numa contradição sem saída: ou o objeto da obra está ingenuamente concorde com as convenções da forma, a literatura permanece surda à nossa História presente e o mito literário não é ultrapassado; ou o escritor reconhece o vasto frescor do mundo presente, mas para prestar conta dele só dispõe de uma linguagem esplêndida e morta; diante de sua página em branco, no momento de escolher as palavras que devem francamente assinalar o seu lugar na História e testemunhar que ele assume os seus dados, observa uma disparidade trágica entre o que faz e o que vê”. BARTHES, R., *O Grau Zero*, p. 75.

mais ampla que o necessário. *Regionalismos* ou uso de linguagem hermética, fechada em certo círculo de significação, são outros fatores. Estrangeirismos (ou, pior, a tentativa de tradução de termos que na linguagem natural são utilizados no original estrangeiro) também podem contribuir para os sentidos equívocos. Alguns termos, porém, que Perelman denominou “noções confusas”, são mais comumente carregados de valor. De qualquer valor. Na descrição criminal, os chamados elementos normativos do tipo⁶ são conhecidos por remissão de significado complexa, como se verá em momento oportuno. De minha parte, acrescento que, tal qual na linguagem comum, os adjetivos, malgrado sua função sintaticamente restritiva, na semântica costumam ser elementos excessivamente carregados de subjetividade, que dificultam a aceção do sentido, mesmo que em alguns momentos sejam indispensáveis.

[Veja como é imprecisa a linguagem ao se determinar, v. g., o conteúdo desses termos:
 Meio *cruel* (art. 121, § 2, inc. III)
 Participar de *rixa* (art. 137)
Abusar da inexperiência ou *inferioridade mental* de outrem (art. 154)
 Motivo *egoístico* (122, inc. I)
 Mal injusto e *grave* (art. 147)]

Se a limitação semântica é ínsita à linguagem que o legislador pode utilizar, também há de se contar que este sabe que existem formas de dirimi-la. O texto legislativo como um todo trabalha com um sistema de referências que servem para atribuir sentido mais específico à língua natural, o que diminui (mas não anula) o nível de equivocidade, de indefinição do idioma.

3.3.1.1 Limitações semânticas: Referências endofóricas e exofóricas⁷

Se consideramos todo o ordenamento jurídico como um texto completo, fica claro que ele tem de fazer constantes remissões de sentido. Ou seja, qualquer texto normativo, por assim dizer, *sabe* que sua interpretação depende do constante empréstimo de sentido de outros textos legais.

O texto normativo também tomará de empréstimo significado de outros textos que não estão na lei, a começar pelo próprio idioma. Não seria exagero dizer que todo o vernáculo é um texto, exterior ao ordenamento jurídico, que empresta sentido a este.

⁶ Vide 5.4.1.

⁷ Cf. HALLIDAY, M. A. K.; HASAN, R., *Cohesion in English*, p. 131.

Classificamos, então, aproveitando-nos da teoria do texto, as relações de aquisição de sentido em *endofóricas* e *exofóricas*. Elas serão *exofóricas* quando o texto, para se completar em significado, tomar de empréstimo outros termos que *não* estão no ordenamento normativo (por exemplo: o significado do vocábulo *tipo* no art. 21 do Código Penal – erro de tipo – somente é encontrado na doutrina, ou seja, nos escritos sobre Direito. O legislador, ao escrever o art. 21 do Código Penal, sabe que ele tomará de empréstimo o valor semântico em textos que não fazem parte do ordenamento normativo).

As referências são *endofóricas* quando o texto normativo toma de empréstimo o sentido de outros textos do próprio ordenamento, ainda que não sejam do mesmo Código ou da mesma lei. Caso se consiga interpretar a norma com uma ordem lógica de apresentação, que culmina no dispositivo a ser compreendido no caso concreto (por exemplo, Constituição, Código Penal Parte Geral, Código Penal Parte Especial/ou norma penal extravagante), pode-se dizer que as referências *endofóricas* são *catafóricas* ou *anafóricas*.

As referências legais são *catafóricas* quando seu sentido somente pode ser apreendido a partir da interpretação de uma norma que, na cadeia normativa, ainda está por aparecer. Assim, a Constituição Federal faz uma relação *catafórica* de sentido quando dispõe:

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Observe como, para compreender os limites da liberdade pública ali garantida, a norma constitucional é obrigada a remeter a outras normas: uma que defina o que é flagrante delito (vide art. 302 do CPP) e outra que defina transgressão militar e crime propriamente militar (vide arts. 9º e 10º do Decreto-Lei 1.001, de 1969). Se ainda formos mais detalhistas, encontraremos uma relação *catafórica* na expressão *autoridade judiciária competente*, como remissão direta às regras de competência judiciária.

As referências legais são *anafóricas* quando a norma utiliza termos cujo sentido somente pode ser captado pelo recurso a outras normas, penais ou não, que lhe devem servir de pressuposto. Assim, se o legislador, no Código Penal, comina, no art. 139, a pena de *detenção* e *multa* para o agente que difamar alguém, sabe que os vocábulos *detenção* e *multa* somente se recheiam de sentido porque, na Parte Geral do Código, foram já definidos. O legislador, então, desloca o sentido de parte do art. 139 do CP para textos anteriores na relação da tessitura normativa: os artigos da Parte Geral que definem os aludidos tipos de pena (vide arts. 33 e 49 do CP).⁸

⁸ Algumas vezes, mesmo na Parte Especial do Código Penal, encontra-se o que Gomes denominou “definições legislativas”. São “enunciados que não têm por fim prescrever um comando, mas apenas

Algumas remissões endofóricas são típicas da técnica legislativa penal, a exemplo das *normas penais em branco*, cujo sentido catafórico é obrigatório para sua compreensão.

O tipo penal que conta com elementos normativos também é, algumas vezes, exemplo de referências endofóricas da lei, muito embora entendamos que, na maioria dos casos, por invocar apenas juízos de valor para sua interpretação, acaba por afirmar relações exofóricas, como adiante se explicará.

3.3.1.2 Relações exofóricas

Para atribuir sentido mais seguro aos vocábulos da lei, aquele que a interpreta sabe que deve recorrer a elementos a que o próprio texto normativo remete, mas que não se encontram nele. As palavras são signos que devem captar seu significado de outras experiências do leitor. Essas experiências, entretanto, ao contrário do que pode ocorrer em um texto poético ou genericamente literário, não serão essencialmente subjetivas, sob pena de não permitir uma interpretação razoavelmente segura do texto normativo e, assim, cair-se em uma situação de insegurança jurídica que transformaria o aplicador – no caso, o juiz – em um intérprete emotivo.

O primeiro elemento exofórico a que a norma penal remete – como já adiantado – é ao **idioma**. Dele não se pode fugir, porque tratamos de linguagem natural.⁹ Assim, o legislador espera que o hermeneuta consulte o próprio léxico, pois sem ele não existe formulação de pensamento.¹⁰ O léxico está no dicionário comum, e este, por sua vez, depende das regras gramaticais vigentes, sob pena de não chegar a constituir unidades mínimas de sentido: orações e frases. Léxico e gramática¹¹ formam um código comum entre autor da norma e destinatário (ou intérprete), em consenso.

Mas esse consenso, na base do idioma, é mínimo. Quer dizer, não é bastante para a regulação das ações humanas, na complexidade que a dinâmica normativa exige. O legislador complementa o sentido de seus vocábulos com outras normas (remissões endofóricas), mas ainda assim não basta.

A linguagem comum, natural, do léxico é reforçada pela técnica. Uma construção científica, sólida, ou uma construção prática – de reiteradas interpretações cobertas

definir o significado de determinados elementos constantes de outros dispositivos legais”. Como exemplo mais evidente há o art. 327 e seu § 1º, que definem a expressão *funcionário público* para os efeitos penais. Cf. GOMES, M. G. de M., *Direito Penal e Interpretação*, p. 54.

⁹ Vide 5.10.

¹⁰ Poderia haver por imagens ou sons, mas não é o caso. Sobre a impossibilidade de raciocínio sem linguagem, vide BERLO, D. K. *O processo*, p. 45.

¹¹ Aqui entendidas como conjunto de regras do *idioma*, à diferença da acepção de 5.10.

de racionalidade –, são necessárias para a interpretação da lei. Sob o ponto de vista do legislador, ocorre algo curioso, que adiante será esmiuçado: não se pode dizer exatamente se ao legislador, como ente abstrato, há uma delegação *a priori* de sentido de seus comandos à interpretação dos doutrinadores e dos juízes, ou se isso ocorre *a posteriori*, em virtude de uma complementação de sentido necessária diante da fraqueza dos elementos enunciadores diante das complexidades do caso concreto. Tal fenômeno, entretanto, caso se entenda a lei como um texto integral, carece de efeitos práticos. Na prática, há que se reconhecer que tanto legislador como hermeneuta também têm em consenso que o sentido dos vocábulos de seu comando deve ser submetido à compreensão da ciência (em nosso caso, a ciência penal) e às reiteradas decisões dos tribunais (a jurisprudência).

A doutrina e a jurisprudência são, então, construções que podem vir a compor o sentido dos termos do texto normativo, em uma relação de remissão exofórica.

3.3.1.2.1 A doutrina

Sem a ciência penal é impossível compreender a lei. Ao contrário do quanto pode o estudante imaginar à primeira vista, a produção científica não serve apenas para *explicar* o contexto normativo, relembra-lo ou sugerir interpretações posteriores.

À norma posta deve anteceder um substrato lógico, e está aí o principal papel da doutrina. Conquanto sirva para nutrir de sentido a norma, colaborando para sua compreensão, sua principal serventia está em edificar uma base científica para que seja posteriormente utilizada pelo legislador. A lei não pode prescindir da doutrina porque o texto normativo, em sua elaboração, toma de empréstimo o valor semântico que os cientistas do Direito fazem integrar nos vocábulos utilizados na redação legislativa. Quando o legislador utiliza um termo técnico, sabe que nele está contida uma carga semântica (um significado) fruto da construção também lenta, gradual e dialética da doutrina, e nesse momento surge uma adequação entre a ciência e a norma positivada, para a maior coerência do ordenamento jurídico.

Ainda mais, seria impossível que o texto jurídico se comunicasse eficazmente com os jurisdicionados contando apenas com os significados naturais das palavras, ou seja, os significados delas quando apartados das considerações que a seu respeito faz a doutrina jurídica. Alguns termos e expressões são de significado complexo e não vêm definidos no ordenamento, mas não por descuido da lei – ao contrário, o legislador sabe, no momento da redação, que seu texto remete ao significado que a doutrina lhe concedeu (ou lhe concederá).¹²

¹² Como muitas vezes será repisado neste trabalho, o bom legislador não interfere (no sentido de que não *define*) em controvérsias doutrinárias, para evitar imposição da lei à ciência, que fatalmente prejudica tanto o texto normativo – que se desatualiza – quanto a ciência, que se vê conduzida.

Essa relação exofórica traz um dinamismo evidente ao significante legal. Porque a doutrina tem a capacidade de atualizar-se com rapidez, e enxertar no texto legislativo – agora sim, *a posteriori* – carga de significado em cada um de seus vocábulos de acordo com as necessidades contemporâneas ou com a própria evolução da ciência.

Como conjunto científico, a doutrina do Direito – aqui neste caso a penal – é um constante elemento de diálogo, sem o qual o texto normativo careceria de sentido, pois seus termos assumirão equivocidade tão alargada que seria impossível ao legislador enunciar uma proibição. À parte disso (que já não é pouco), a doutrina forma um conteúdo racional que sugere ao legislador as alterações necessárias, os resultados a que deve ele chegar e, muitas vezes, a forma como melhor expressar-se para descrever sua pretensão.

A doutrina não é, então, um mero complexo de argumentos de autoridade que servem para a interpretação mais ou menos legítima de uma regra. Ela é parte do próprio significado da norma.

3.3.1.2 *A jurisprudência*

A norma também encontra fonte de sentido na jurisprudência.

Por mais que a ciência construa sínteses a partir de diversas teses e antíteses que ela formula a si própria, seu sistema de autoalimentação, conquanto busque a exatidão, é também incompleto.

É que o ordenamento jurídico é constantemente colocado à prova em uma arena muito peculiar: o foro. Se outras ciências humanas como a Filosofia ou a Sociologia sofrem as pressões dos debates da própria ciência, o Direito é posto cotidianamente em conflito direto de interesses, qual seja, o da dialética do processo-crime. Isso enriquece a interpretação, porque as partes, ao se posicionarem diante do texto normativo como efetivo decisor de seus direitos, a envolver o futuro de bens jurídicos como a liberdade, o patrimônio, a intimidade, a segurança pública etc., conduzem seu raciocínio à interpretação normativa – menos ou mais legítima, o que equivale a dizer menos ou mais *convincente* – que atenda a seus interesses. Esse exercício de interpretação da norma, conquanto seja menos sistemático que a ciência acadêmica do Direito (produção de doutrina), é muito mais constante, mais capilarizado, mais diversificado, mais próximo à realidade palpável (e portanto aos verdadeiros conflitos sociais) e, por que não dizer, conta com um estofamento econômico muito mais denso. Assim, não raro aponta falhas no texto legal e na própria previsibilidade da ciência, que se surpreende com conflitos de interpretação que jamais havia imaginado. Pois bem.

O exercício dialógico da argumentação das partes em face da interpretação da lei penal culmina com um resultado. Não que a argumentação das partes (acusação e defesa) esteja desprovida de valor persuasivo por si mesmas, mas elas sempre virão prejudicadas pelo comprometimento de seu ponto de vista com o interesse defendido.¹³ A jurisprudência, ao contrário, revela-se como solução equânime a tais conflitos, comportando-se então como verdadeira fonte do Direito, tal qual a doutrina.

No uso da jurisprudência, há também a força de argumento de autoridade, mas isso não a desvalida como fonte. As decisões dos tribunais superiores têm, por questão hierárquica, um valor suasório maior que o dos órgãos de jurisdição inferior, porque se presume sua maior força de autoridade. Entretanto, mesmo a Suprema Corte utiliza seu próprio julgado como meios de interpretação da norma jurídica, na relação exofórica com seus *precedentes*.¹⁴ Se, no caso do uso da jurisprudência em geral, aparece a inequívoca desvantagem de não se inovar o Direito, recusando-se a nova interpretação em favor da decisão anterior, de outro modo é imprescindível que o hermenauta busque univocidade da norma legal em decisões já havidas, que à sua maneira puseram fim à dialética surgida do embate de interesses das partes e que iluminaram as entranhas do texto normativo.

3.3.2 Limitação sintática

A limitação *sintática* existe porque as normas não cabem todas em um único texto. Para ser claro, o texto legal conta com frases estruturadas de modo curto e objetivo, mas que cobrem apenas *fragmento* do comando legal – proibitivo ou permissivo – que se faz em determinado instante. Imagine se a lei assim determinasse:

Se um homem matar a outro, ser-lhe-á aplicada pena de seis a doze anos de reclusão, que deve ser cumprida em regime inicial fechado, com direito à progressão, e tal pena deve ser aplicada a partir de doze até vinte anos na hipótese de ter a morte havido por meio insidioso ou cruel, entretanto, não será ilícito o ato se o agente o houver praticado em estado de necessidade, ou seja, para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se e se, na hipótese, o agente não tivesse o dever legal de enfrentar o perigo, isso se não agir em violenta emoção logo após injusta provocação do ofendido, caso em que se lhe pode diminuir a pena.

¹³ Sobre o ponto de vista comprometido da argumentação dotada de *parcialidade*, escrevi: RODRÍGUEZ, V. G., *Argumentação*, p. 44-48.

¹⁴ Veja, apenas a título de exemplo, os julgados do STF: HC 93475/SP, HC 93531/SP, HC 93229/SP, Recl. 5212/SP, Ext. 1074/RFA, ADI 2862/SP, HC 91524/BA, HC 93293/MS, HC 91414/BA, HC 89824/MS, dentre outros.

Seria impossível enunciar uma norma penal dessa maneira. Existe uma limitação sintática no enunciado, o que faz com que cada norma tome de empréstimo do ordenamento normativo uma série de outros elementos que complementem seu significado. Agora não se trata de atribuir sentido a cada palavra ou expressão, mas de delimitar o sentido da norma quando inserta em seu *locus*, em seu contexto.

Mais que isso – e aí estamos diante de uma mera questão de análise combinatória –, seria impraticável a previsão de *todos* os modos, como, *v. g.*, pode ocorrer um delito de homicídio, e assim o legislador deve recorrer a *frames*, a quadros de significados, que entre si se organizem para incidir em um caso concreto. Para o exemplo acima, portanto, o legislador fragmenta as situações em artigos diversos (núcleo da ação de matar, circunstâncias que se alçam à qualidade de qualificadoras específicas do delito, pena aplicável no caso da qualificadora, regras da pena, hipótese de concurso de agentes, causas justificantes, causas específicas de diminuição de pena etc.).

Essa organização conduz à realidade de que nenhuma norma faz sentido sozinha, ou seja, individualmente interpretada. O legislador sabe da limitação sintática que existe no momento de elaboração da norma, então *conta* com que o hermenêuta, o aplicador da norma, utilize outras regras legais para dar significado àquele pequeno fragmento linguístico. O legislador tem de considerar que todas as regras do ordenamento estão contidas naquela norma única que se redige, do mesmo modo que um escritor sabe que cada frase de um livro recupera todas as outras anteriores, ou, ainda, remete sentido a explicações que ainda estão por surgir, direta ou indiretamente.

Essa é a noção de sistema.

3.3.2.1 *Conflito de normas*

Na composição do texto do comando normativo, combinando-se os elementos legais, é possível que aquele que aplica a lei penal encontre uma falha sistêmica.

O Direito Penal, como ciência, aproveita-se de estruturas lógicas que, recheadas da vontade do legislador, acabam trazendo uma prevalência da proibição ou de uma permissão específica, para que, dentro do sistema, não se fortaleçam conflitos normativos, até porque a incongruência, pensando-se de modo formal, corrói o sistema ontologicamente. Em defesa desse sistema lógico-formal, Lourival Vilanova ilustra com texto que vale recortar:¹⁵

“Com essas possíveis estruturas formais, o legislador preenche conteúdo social e valorativo. A lógica jurídica não pode dizer qual o conteúdo que

¹⁵ VILANOVA, L., *Estruturas Lógicas*, p. 87.

há de preencher a forma: é tema extralógico. Importa numa consulta à experiência numa tomada de contato com o sistema social. A lógica fica dentro do sistema formalizado da linguagem do direito positivo. Dessa órbita formal, sair implicaria em filosofia ou ciência empírica, investigações indispensáveis para se obter uma teoria filosófica e uma teoria social do direito. A lógica jurídica é apenas a teoria formal do Direito”.

Realista a visão de Vilanova, ao reconhecer as limitações da lógica formal.

Uma visão posterior, entretanto, observará o conflito como um *fato* lógico-informal. O legislador, por sua origem humana, agravada pela produção normativa extensa e pela complexidade do ordenamento, equivoca-se no uso dos instrumentos lógicos de permissividade e proibição, a tal ponto que a estrutura sintática do período, da frase normativa, se rompe. E essa ruptura não é ilusória.

O conflito normativo, então, em nossa opinião, tem seu fundamento ontológico, isto é, existe de fato, não sendo uma mera abstração. As normas se colidem como um texto que apresenta uma imperfeição, uma falha de sequência. Todavia, essa falha não dispensa o legislador, em *busca* de um sistema ideal que permita a segurança jurídica, de encontrar uma solução para os momentos em que se nota fissura no texto. Bem ilustra Perelman que, ao contrário de o que pode ocorrer em um sistema fechado, lógico-formal, a verdadeira lógica informal da interpretação da lei obriga o juiz a encontrar solução normativa mesmo diante de proposições equivocadas.¹⁶ Ora, se um matemático encontra enunciados conflitantes em uma proposição de sua equação, logo pode dizer que a proposição, porque inválida ou logicamente conflitante consigo própria, não pode ser resolvida. Um juiz, por sua vez, nunca poderá dizer que uma proposição normativa é falsa porque, dentro do sistema, há uma quebra sintática que o torne incongruente, ininteligível ou conflitante consigo mesmo.¹⁷

A realidade é que o legislador pode falhar. Natural, dadas as suas limitações,¹⁸ que foram objeto de nosso estudo. Mas essa falha, dada estar em norma positivada, não pode ser, em sentido estrito, revertida. O hermenêuta é *obrigado* a encontrar

¹⁶ No Brasil, essa obrigatoriedade de decisão do juiz está no texto constitucional (art. 5º, XXXV, CF).

¹⁷ Como se verá posteriormente, o caráter *fragmentário* do Direito Penal não obrigará ao juiz que encontre uma resposta criminal a cada conflito de interesses existente na sociedade, de modo que não é obrigado a preencher lacunas, tal qual determina a LICC. Deve, todavia, manter a coerência do ordenamento.

¹⁸ Assim Gilmar Ferreira Mendes, ao comparar normas e princípios, estabelece a existência de conflitos reais de normas, pela inexistência de um *legislador racional*: “Por isso, nesses casos modulares de inconsistência total-total ou de incompatibilidade absoluta entre normas, não se encontram soluções manejando os critérios cronológico, hierárquico ou de especialidade, até porque eles são congenitamente insuficientes, podem entrar em contradição e, afinal, só ‘resolvem’ mesmo os conflitos aparentes de normas”. MENDES, G. F., *Curso de Direito*, p. 33.

definição semântica no texto normativo, vale dizer, apontar solução legítima para ele. Assim, notar que, em algum momento, o ordenamento como um todo trouxe significação equívoca compromete a coesão do texto legal, mas nem por isso se admitirá a ambiguidade. É por isso que se denomina essa situação como conflito *aparente* de normas: um ordenamento que deve ter sentido único não pode admitir que convivam em si mesmo ordens incongruentes.

Assim, pode-se dizer que há regras para retirar do texto normativo suas constantes situações de *instabilidade*, a ponto não de o tornar estável, mas de manter sua *sustentabilidade*.

[As fissuras existem em qualquer texto. Um romance que se tenha feito ao largo de longos anos certamente trará rupturas em sua história (exemplo claro do que ocorre no clássico de Cervantes). Também os aficionados por cinema em geral encontram muitos erros de continuísmo entre um e outro *take*, dado que são feitos em momentos distintos. Nem por isso o livro ou o filme perdem sua unidade textual, ou impedem que se lhe interprete roteiro e mensagem.]

Daí que há também regras hermenêuticas que o operador do Direito Penal deve conhecer, para a solução do conflito aparente de normas, além daquelas que já fazem parte de seus conhecimentos em outras searas, a exemplo do Direito Civil. Elas serão apresentadas adiante.

Em resumo, as limitações semânticas e sintáticas do legislador, bem como a possibilidade de que as ordens legais entrem em aparente conflito, fazem com que seja necessário, na aplicação ou interpretação de qualquer norma penal, estabelecer a conjugação dos diversos fragmentos normativos para a composição de um texto único – a ordem normativa aplicável ao caso concreto. Essa ordem é a tessitura, o conjunto ordenado de normas que se devem ler ponto a ponto, tal qual uma oração em ordem direta, que, agregada a tantas outras, forma uma frase como unidade de sentido.

Apresentamos adiante algumas dessas regras. É importante conhecê-las antes de passar às normas gerais do Código Penal, para que não se perca a noção de sistema.

3.3.3 Regras Elementares da Interpretação da Norma Penal

Em geral, o legislador não se ocupa em positivizar regras hermenêuticas, ainda que o faça excepcionalmente.¹⁹ Dos vários argumentos que militam em favor da não intervenção do legislador na imposição de regras de interpretação, está a simples arguição de que estas, quando positivadas, demandam que elas mesmas

¹⁹ A exemplo do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que traz regras evidentes de interpretação.

sejam objeto hermenêutico, daí que passariam a exigir novas normas de idêntica natureza. Mas não deixa de ser relevante pensar que o legislador revela que seu texto é mais aprimorado quanto menor a necessidade de explicar ou impor o modo de compreensão de suas próprias palavras, o que deixa ao aplicador da norma o papel de verdadeiro intérprete, a quem atribui a tarefa de dar continuidade ao trabalho de construção do raciocínio normativo,²⁰ quando é suplementado pela nova proposição do caso concreto, com suas características de realidade.

É imprescindível, entretanto, que a interpretação da norma penal atenda a princípios diferenciados, tendo em vista seu caráter incriminador. Isso não importa em rejeitar o caráter sistêmico da norma penal, ao assumir que ela é apenas parte de um grande texto normativo, que, sintaticamente limitado, tem no enunciado penal um fragmento apenas.

Ao construir a norma, o legislador penal leva em conta uma série de regras lógico-formais que devem ser reconstruídas pelo intérprete, porque constituem um consenso imprescindível à atividade comunicativa da lei. Sendo consenso, portanto, as regras hermenêuticas não necessitam estar escritas em outras normas. Mas é a partir de um sistema de liberdades – em que também está inserta a segurança jurídica – que se podem traçar algumas regras básicas de interpretação da norma penal. Vamos a elas.

3.3.3.1 *A norma penal incriminadora deve ser interpretada de maneira estrita*

Primeiro, há que se realçar que nem toda norma penal é incriminadora.

A norma incriminadora é um imperativo proibitivo. Um comando que impõe um não fazer (em regra), que, se desobedecido, acarreta uma sanção. Assim, o art. 155 do Código Penal determina indiretamente que não se furete, pois impõe sanção ao crime de furto. Excepcionalmente, a norma incriminadora impõe uma *ação*, na medida em que pune a *omissão*, como no caso de omissão de socorro (art. 135 do CP).

Mas há normas penais não incriminadoras, chamadas permissivas, ou seja, normas que “limitam a limitação”.²¹ É o caso da legítima defesa ou do estado de necessidade. A esse não vige a regra de que aqui tratamos, de que interpretação estrita.²² Há normas também simplesmente explicativas, que delimitam sentido, e que não fazem parte de uma incriminação

²⁰ Com razão Reale Jr. ao afirmar que: “Por essa razão, Rotondi, equivocadamente, afirma que o ponto de partida do legislador é o ponto de chegada do aplicador, que percorrem a mesma estrada em sentido inverso. O caminho, no entanto, não é o mesmo ao inverso, pois trata-se na verdade de uma continuação do caminho com muitas variantes sem a linearidade que tem a ida e a volta ou o círculo”. REALE JR., M., *Instituições*, v. 1, p. 87.

²¹ REALE JR., M., *Instituições*, v. 1, p. 79.

²² O Direito Romano já consagrava a frase de Modestino: “*Legis virtus hoec est: imperare, vetare, permittere, punire*” (Digesto, liv. I, tít. 3, frag. 7).

direta, embora seus efeitos de ampliação ou diminuição de poder punitivo sejam evidentes, como ocorre com a ampliação da definição de funcionário público (art. 327 do CP).

Sendo incriminadora, à medida que se dá a ela um sentido mais estrito, menor (menos abrangente) fica a proibição. A função garantista do Direito Penal, portanto, pugna por que se lhe conceda interpretação cada vez mais restrita. Haverá quem entenda que a restrição excessiva não é razoável,²³ mas o fazem erroneamente: trata-se de uma garantia da qual não se pode abrir mão. Ademais, quando o hermeneuta sinaliza que somente interpretará estritamente a norma proibitiva, exige do legislador uma maior precisão vocabular na elaboração da norma,²⁴ e com isso ganha toda a sociedade, que tem segurança que a vontade punitiva está na lei elaborada sob os princípios democráticos, e não em uma interpretação momentânea baseada em razões de política criminal.

[Veja-se, por exemplo, o tipo do art. 288 do Código Penal:

Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena – reclusão de um a três anos.

Se muitas pessoas se associam para cometer *um* delito, mesmo que de proporções enormes, como o grande estelionato do *Golpe de Mestre*, não se pode entender que esteja configurada a formação de quadrilha (diz-se, então, que o fato não é típico). O aplicador da norma penal é obrigado a considerar que a palavra *crimes*, escrita assim no plural, exige que *mais de um* delito seja desejado ou planejado. Se um grande grupo de bandidos se reúne para planejar um grande roubo, estarão agindo – nessa ação de reunião, consenso e planejamento – de modo imoral ou alijado da justiça, mas não de modo criminoso].

Mas a *polissemia* dos termos utilizados na norma penal incriminadora, que não se pode evitar, às vezes dificulta o estabelecimento do sentido mais estrito para a norma penal. Às vezes, falta-nos fonte de consulta – nossos dicionários, a bem da verdade, são ainda pobres: se comparados a outros, de idiomas menos ricos como o inglês, são menos variados, com menor número de verbetes e significações. Então, sequer eles podem ser instrumento de todo válidos para delimitar sentido estreito a um vocábulo; menos ainda se diga sobre os dicionários jurídicos. A solução do

²³ Assim, Maximiliano: “Em país nenhum do mundo prevalece hoje semelhante modo de pensar, compatível com o grau de progresso das ideias sobre as funções do Estado, os deveres da magistratura e os objetivos da repressão. [...] Portanto, ou se aceita a intervenção do hermeneuta, ou se decreta implicitamente a impunidade para a maioria dos delinquentes e contraventores. Houve outrora justo motivo para temer sobretudo o arbítrio; hoje se incorre no risco oposto, de concorrer para o florescimento da criminalidade, pelo excesso de benevolência, mormente entre os povos latinos”. MAXIMILIANO, C., *Hermenêutica*, p. 320. Quase no mesmo sentido, ZAFFARONI admite exceção ao princípio da estrita interpretação da lei penal “cuando su aplicación deriva un escándalo por su notoria irracionalidad”. ZAFFARONI, E., *Manual*, p. 108.

²⁴ Ilustrativa, nesse ponto, são as considerações de Engisch sobre o tipo de furto, insuficiente para punir o desvio de energia elétrica, por esta não ser “coisa”, e, em seguida, a impossibilidade do tipo de desvio de energia elétrica vir a abranger o uso indevido do telefone público, vez que, neste, não havia desvio de corrente, também não se enquadrando no estelionato, porque “um aparelho não pode ser enganado”. ENGISCH, K., *Introdução*, p. 81.

hermeneuta deve ser a de interpretar a norma em seu conjunto e, dentro da razoabilidade, encontrar a versão de incriminação mais estreita, tendo em vista que esta atenderá aos princípios garantistas que o Direito Penal vai tentando trilhar.

O mandamento de interpretação restrita para o tipo penal traz dificuldades ao legislador. Exemplo é o caso da pirataria de *software*. Uma interpretação estrita do termo *pirataria* não permitiria o enquadramento daquele que viola os direitos de autor, porque não seria ele um “pirata” na interpretação restrita do dicionário. Tampouco o termo *software* pode ser utilizado, por não ser de idioma nacional. A solução foi prever o tipo de “Violar direitos de autor de programa de computador”.²⁵ A oração *piratear software* seria mais clara e definida a qualquer cidadão nacional, leigo ou técnico, mas esbarraria na regra hermenêutica que aqui expomos. Do mesmo modo, o *insider trading* foi traduzido, na rubrica do art. 27-D da Lei 6.385/76, como “uso indevido de informação privilegiada”. Nos dois casos, conquanto possa, a princípio, a tradução ser menos clara ao próprio destinatário da norma, que conhece a ação proibida por seu nome comum, é no tipo penal que se vai definir com maior segurança a conduta penalmente proibida (no caso do *insider trading*, por exemplo, a norma penal exige que o agente tenha um dever prévio de sigilo, o que não é exigido para a punição administrativa da mesma figura).

Em todo caso, caberá ao aplicador definir o sentido menos incriminador que pode dar à norma, em caso de evidente polissemia.

3.3.4 A norma penal incriminadora não admite analogia

A norma que incrimina é um *tipo de garantia*, ou seja, tem a função de limitar o poder punitivo do Estado. No Direito privado, ao se zelar pelo caráter completo do ordenamento (ou seja, que a lei deve dar solução a *qualquer* conflito), admite-se o recurso à analogia ou à interpretação extensiva para que à situação de fato seja concedida solução isonômica a uma outra, prevista no modelo normativo. No Direito Penal, no entanto, seu caráter fragmentário²⁶ não exige – ou melhor, ainda rechaça – que *todos* os injustos sociais tenham solução penal. Não pode haver aplicação por analogia da norma penal que prejudica o réu.²⁷ Essa proibição de analogia é parelha ao princípio da estrita legalidade da norma penal, de seu caráter

²⁵ Art. 12 da Lei 9.609/98.

²⁶ Vide, adiante, 3.4.4.2.

²⁷ Importante comentar, mesmo que fora do corpo do nosso texto, o posicionamento de STRATENWERTH, para quem é impossível falar-se em proibição de analogia no Direito penal. Explica o autor que diverge daqueles que creem que fazer analogia é fugir ao sentido literal das palavras. Como as palavras não são o caso concreto, é impossível interpretar a lei sem extensão analógica. Claro que assiste razão ao autor alemão, se considerado seu ponto de vista: o preenchimento de sentido a cada palavra já é, em si, analogia. Mas o que se pretende aqui é uma diferenciação linguística entre o sentido mais restrito que pode ter a palavra e seu sentido mais amplo, em que haveria interpretação extensiva, ou a novidade normativa, que seria a analogia. Cf. STRATENWERTH, G., *Derecho Penal*, p. 80-81.

fragmentário e da própria necessidade de interpretação estrita dos enunciados incriminadores. Todos são instrumentos de *contenção* do Direito penal.^{28, 29}

A proibição de analogia diferencia-se do mandamento de interpretação estrita. Ao interpretar estritamente, o hermenêuta nega-se a conceder ao enunciado legal um sentido que ele pode assumir, se concedida a cada vocábulo sua carga semântica mais abrangente. Na analogia, por sua vez, o hermenêuta assume que a situação de fato *não* está prevista no enunciado legal, mas a sua vontade de dar respostas idênticas a situações essencialmente semelhantes faz com que ele aplique o mesmo raciocínio (ou fundamento) daquele, porque ele tem pontos de contato (elementos de analogia) diversos com o da situação-tipo. Assim seria, por exemplo, o caso de um juiz que, observando que a lei penal não tipifica a atividade do *hacker*, condena aquele que invade sistema de computador à mesma pena da *invasão de domicílio*, vez que configurariam injustos *parecidos*, em ataque ao mesmo bem jurídico. Consideraria também o juiz que o legislador somente não houvera previsto o tipo de invasão de sistema informático em virtude da novidade da situação, pois a Internet era algo inexistente no momento de redação da Parte Especial do Código Penal etc.

Daí a diferenciação que fazem muitos juristas, dentre eles Bobbio³⁰ e Jiménez,³¹ ainda que com posicionamentos distintos, em relação à diferença entre *analogia* e *interpretação extensiva*. De fato, a primeira implica a criação de uma nova norma a partir de outra (*analogia legis* – *Gesetzesanalogie*) ou do todo do ordenamento (*analogia iuris* – *Rechtstanalogie*); a interpretação extensiva, por sua vez, não importa no surgimento de uma nova norma, mas da mera ampliação de um conceito legal. É necessário cuidado; uma visão mais restrita do Direito penal não admitirá tampouco a interpretação extensiva, que nada mais é que o antônimo da interpretação estrita vista em 3.2.1.

Mas nem em todo Direito Penal o raciocínio analógico é proibido. Momentos haverá que será permitida a chamada *analogia in bonam partem*, ou seja, a que ocorre em favor do réu. Para que exista *analogia in bonam partem*, são necessários dois requisitos: (a) a certeza de que sua aplicação é favorável ao acusado e (b) a existência de uma efetiva lacuna legal a ser preenchida.³²

²⁸ Nesse sentido, essencial a definição de Bobbio, para quem “a analogia é certamente o mais típico e mais importante dos procedimentos interpretativos de um determinado sistema normativo: é aquele procedimento mediante o qual se manifesta a chamada tendência de todo sistema jurídico a expandir-se para além dos casos expressamente regulados”. BOBBIO, *Teoria do Ordenamento*, p. 275.

²⁹ Note-se, porém, que, como lembra Maurach, a proibição de analogia tem sua origem menos na ideia de garantia e mais no propósito de evitar fácil atenuação, pelo juiz, de leis draconianas. Vide MAURACH, R., *Tratado de Derecho Penal*, 10, II, V.

³⁰ *Idem*, p. 292-296.

³¹ “En efecto, por medio de la analogía se llega siempre a una extensión de la ley; pero la analogía se distingue de la interpretación extensiva, porque en ésta, aunque el intérprete se sirva del elemento sistemático, el caso está previsto por los legisladores, incluso sirviéndose de palabras inadecuadas para expresarlo, mientras en que en la analogía el caso no ha sido previsto por ley”. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado*, t. II, p. 479.

³² Tal o posicionamento de Francisco de Assis Toledo, que, no entanto, alerta: “É preciso notar, porém, que a analogia pressupõe falha, omissão na lei, não tendo aplicação quando estiver claro o texto legal que a *mens legis* quer excluir de certa regulamentação determinados casos semelhantes”. TOLEDO, F. de A., *Princípios*, p. 26.

Bom exemplo está na situação que culminou na Súmula 698 do STF. A Lei 8.072/90 vedava progressão de regime para crimes hediondos e assemelhados. Em 1997, entrou em vigor a lei 9.455, que veio a definir os crimes de tortura, e cujo art. 1º, § 7º, ao indicar que a pena pelo delito de tortura deveria *iniciar-se* em regime fechado, acabou por abrir caminho para a progressão de regime, naquela figura típica. Após essa lei, vários réus passaram a pleitear no Judiciário a possibilidade de progressão de regime não em crimes de tortura, mas em todos os hediondos e assemelhados, por *analogia in bonam partem*: na sua tese, se a Constituição equiparava vários delitos para a eles proibir a progressão,³³ uma lei que excepcionasse um deveria excepcionar a todos.

Muito bem colocada a questão, mas o Supremo Tribunal Federal notou – algumas vezes não por unanimidade do Pleno – que a pretensão de analogia era impossível, pois não havia, na lei, lacuna. Desejava-se a analogia, pela equiparação à situação constitucional, mas não existia qualquer claro a preencher, pois a norma somente autorizava a excepcionalidade ao tipo que ali se inaugurava, a tortura. Por isso, após vários precedentes,³⁴ a Corte editou o enunciado de que “Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura”.³⁵ A questão perdeu grande parte de sua relevância prática com o acórdão do Min. Marco Aurélio, que decidiu o HC 82.859/SP, bem como com a Lei 11.464/2007.

A equidade, portanto, é fundamento que obriga o uso da analogia, quando favorável ao réu, desde que exista uma lacuna legal a ser preenchida, e não meramente uma pretensa situação de isonomia, ao arrepio do enunciado legislativo.

3.3.5 O texto normativo não comporta sinonímia

Se, na tarefa da interpretação, o aplicador da norma deve seguir em busca vontade da lei, é certo que tem de considerar, como premissa, que esta expressasse, *ao menos dentro da linguagem existente*, de um modo preciso. Se em alguns momentos os signos, as palavras, não conseguem represar a realidade, a dar causa a que o enunciado normativo pareça uma descrição insuficiente da vontade do ordenamento, deve-se entender que isso ocorre porque as palavras não são bastantes, mas não porque o legislador não as sabe utilizar.

Portanto, na lei não deve haver preocupações com o estilo. Questões como a evitação das palavras repetidas, das rimas do texto em prosa, dos cacófatos e coisas

³³ Art. 5º, XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

³⁴ STF: HC 76543, de 17/4/1998, HC 76894, de 22/5/1998, HC 77023, de 14/8/1998, HC 76617, de 6/10/1998, HC 77256, de 16/10/1998, HC 77335, de 27/11/1998, HC 76371, de 19/3/1999 (RTJ 168/577), HC 78413, de 26/3/1999, HC 78967, de 16/4/1999, RE 237846, de 30/4/1999, HC 77943, de 21/5/1999.

³⁵ Súmula 698 STF, DJ de 10/10/2003, p. 6.

do gênero são próprias da literatura, que esta sim busca propiciar a coesão necessária a uma leitura rápida e pouco enfadonha. A lei tem objetivo maior: a precisão.

Daí que a aplicação (ou, no polo oposto, a identificação) da sinonímia no texto normativo é quase impossível. Se, na redação comum, pode-se admitir, mesmo com gigantescas ressalvas, que duas palavras possam conter o mesmo significado,³⁶ na redação da lei isso não existe: há que se entender que uma *redação diferente* importa em uma *diversa vontade* e, daí, uma *distinta consequência*.

Veja como isso ocorre na comparação entre os dois textos legais abaixo:

Violação de domicílio

Art. 150. Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

Pena – detenção, de um a três meses, ou multa.

§ 1º Se o crime é cometido **durante a noite**, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência.

[...]

Furto

Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado **durante o repouso noturno**.

Embora a figura da violação de domicílio e do furto visem à proteção, em tese, de bens jurídicos distintos,³⁷ podem ser, em alguns casos, figuras muito próximas.³⁸ A primeira qualifica-se se ocorrido durante a “noite”; segunda, agrava-se se cometida durante o “repouso noturno”. Pergunta-se: como estipular qual o horário em que deve ocorrer cada uma das figuras para que haja a maior reprimenda?

Outras fontes do Direito devem responder, em especial a doutrina e a jurisprudência. Mas, ao comparar ambos os institutos, o hermeneuta pode tirar uma regra clara: os critérios para a qualificação da invasão e para o agravamento do furto **não** são idênticos. Caso fossem, o legislador haveria utilizado a mesma expressão em ambos os casos.

Mesmo no texto corrente é difícil encontrar o sinônimo perfeito.³⁹ Na lei, é impossível.

³⁶ As ressalvas estão em LYONS, J., *Linguistics Semantics: an introduction*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

³⁷ Inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI, da CF) e patrimônio (5º, XXII, da CF), respectivamente.

³⁸ Veja-se, por exemplo, que em caso de desistência voluntária de furto, pela regra do art. 16 do CP, pode remanescer a invasão de domicílio.

³⁹ Nota Vilar que os sinônimos absolutos “são escassos no acervo de qualquer língua e Curse faz notar que seria mesmo impraticável provar que dois itens são absolutamente sinônimos, com significados idênticos e identidade em todas as suas relações contextuais, simplesmente por tal exercício significar confrontarem-se tais relações em todos os contextos possíveis – algo teoricamente impossível, por ser infinito o número de contextos”. VILLAR, M. de S., *Prefácio*, p. III.

3.3.6 A interpretação da norma deve atender a um sistema de valores

O intérprete da norma penal deve dotar-se do espírito da lei. Fala-se em *espírito* de um modo retórico, de maneira que não é necessário entendê-lo como algo etéreo e transcendental, em sentido estrito. Apenas se deve considerar que conhecer a norma é integrar a ela todo um *valor* normativo.⁴⁰ No momento da interpretação da norma, deve-se perguntar qual é o verdadeiro valor que aquele enunciado procura atingir. Existe então um sistema de valores, que o ordenamento *declara* a partir de seu texto. Ele não existe necessariamente *a priori*, como revela a ideia kantiana, nem necessariamente é congruente a uma ideia inata como o Direito natural. Apenas há que se compreender que existe um conjunto axiológico comum à lei como um todo, e que de algum modo se expressa em cada fração do texto normativo. Em cada fragmento (por exemplo, um artigo do Código Penal), a lei pode privilegiar determinado valor, e isso aparece em suas palavras, com a possibilidade de que o intérprete o capte. Mas, se após a compreensão do sentido dessas palavras não houver suficiente definição quanto à ordem normativa, em um problema trazido ao raciocínio pelo caso concreto, o intérprete tem de buscar o todo do texto normativo.

A proposição desse método encontra, a nosso ver, objeção, que deve ser respondida:⁴¹ a de que buscar os valores do ordenamento muitas vezes fará com que o intérprete tenha de entrar em choque com o próprio texto que se pusera a interpretar. Em outras palavras, pode entender que existem valores superiores àquele que, a princípio, compreendeu que a lei interpretada tutelava.⁴² É possível que isso ocorra, mas em casos raros de conflito absoluto de normas. Em geral, a atribuição de valor da semântica mais simplista e da gramática do microtexto (o texto em seus menores fragmentos, como cada oração determinante da norma), ou seja, aquilo que alguns denominam *interpretação gramatical*, **precede** à investigação axiológica.⁴³

Mas sabe-se que procurar a vontade da lei não é tarefa simples. Muitas vezes, a possibilidade de afastar-se da interpretação estrita da norma, à procura de seus valores mais abrangentes, pode configurar um recurso retórico para fugir à vontade

⁴⁰ CANOTILHO, J. J. G., *Direito Constitucional*, p. 1212.

⁴¹ Isso se faz, aqui, não como a defesa de uma tese, vez que um Manual não é lugar para tanto. O importante é que se compreendam os *limites* da interpretação teleológica.

⁴² Por exemplo, o intérprete, diante de uma norma que impede a liberdade provisória em crime hediondo, pode, ao interpretá-la, entender que ela não é em *nada* compatível com o sistema normativo vigente, de modo que passa a ter de desconsiderar seu enunciado.

⁴³ Para Eros Grau, “a preservação dos princípios impõe, seguidas vezes, a transgressão das regras”. Vide HC 94.916/RS, DJE 12.12.2008.

expressa da lei. Mais arriscado ainda é buscar encontrar uma *função* da lei, um sentido prático calcado em valores mais abstratos que aqueles que a linguagem da preposição claramente denota. A *finalidade* ou *função* da lei, que se aproxima do método hermenêutico denominado *teleológico*, caso não se observe sua subsidiariedade, pode também trazer desvios de finalidade, ou não raro atender a ideologias, o que nunca é ideal. Afinal, sempre como contraponto de uma função prática da lei, em um objetivo alargado de igualdade e justiça, deve estar sempre presente a ideia de vigência do ordenamento.

Tampouco é simples entender, como insinua alguma doutrina ou jurisprudência, que a finalidade maior da lei é a *diminuição da criminalidade*. Esse é sim um dos objetivos da norma penal e da própria pena, mas ele não é absoluto. Considerações acerca da possibilidade de manutenção da criminalidade em níveis apenas suportáveis e dos valores da pessoa humana.

3.3.7 Ser intérprete da norma não importa em ser seu coautor do texto normativo

Na literatura, diz-se que o texto é feito 50% pelo autor e 50% pelo leitor.⁴⁴ De fato, o destinatário de um texto complementa-o sempre com suas experiências, caso contrário, este não tem seu processo significativo completo. Pode-se dizer, portanto, que, nesse sentido vago e quase metafórico, o intérprete é autor do texto normativo.

A característica principal de um texto é sua unidade de sentido. Um conjunto de palavras amontoadas não forma um *texto*, que tem – já diz sua morfologia – uma *tessitura*, um conjunto ordenado. Mas seria impossível estabelecer a coerência e a unidade de sentido de qualquer norma se não fosse ela complementada com as impressões do próprio leitor. Quem produz o texto sabe que trabalha com *frames*, com quadros semióticos que invocam mínimas experiências do leitor. Por exemplo, quando a norma agrava a pena do roubo porque o agente conhecia a condição de *transporte de valores*, sabe que o intérprete tem uma mínima experiência com os roubos a carros-fortes ou assemelhados, caso contrário a norma não faria sentido: uma vítima que levasse algum dinheiro no bolso para pagar a conta do restaurante em que irá almoçar transportaria valores.

Em sentido estrito e mais técnico, entretanto, o intérprete **não** é coautor da lei. Da mesma forma que o leitor de uma novela qualquer, o intérprete da lei preenche lacunas do texto, complementa-a com seus valores, compreende o espírito da

⁴⁴ No teatro, fala-se da *tríade* teatral: ator, texto e público. Veja-se: o texto da dramaturgia é representado pelo ator, que o enriquece com seu trabalho interpretativo. Da mesma forma, o público é destinatário e cointérprete do texto teatral, já representado; o público complementa as evidentes lacunas do texto e da interpretação com sua própria emoção. Mas nem ator nem público podem ser *coautores* do texto dramaturgício, em sentido estrito.

norma para aplicá-la ao caso concreto, mas não a pode *alterar*. **O texto normativo, quando unívoco, não admitirá alteração em seu sentido.**

Se não é mais admissível a máxima de que *in claro cessat interpretatio*,⁴⁵ porque interpretação sempre haverá, há que se afirmar, ao menos, que a recomposição do sentido da norma encontra um limite: a univocidade do texto. Em outras palavras, não se pode aproveitar da concepção acertada de que a linguagem da lei, porque natural, não é de todo exata, para afirmar-se que ela nunca seja capaz de expressar com clareza sua vontade. O trabalho da interpretação somente se deve aprofundar em casos em que a unidade de sentido do texto não houver de modo imediato.

3.3.8 O intérprete atenderá à prevalência da norma especial ou hierarquicamente superior

Regras elementares de solução de conflito normativo não podem ser desperdiçadas. Tratamos aqui dos critérios da prevalência da norma específica e da hierarquicamente superior: regras simples e objetivas, mas que condicionam a interpretação em um mínimo hierárquico sem o qual a segurança jurídica seria ainda mais ilusória.

A **especialidade** da norma permite a mais clara expressão da vontade da lei, quando se diminui seu ângulo de incidência. O motivo é presumir que existe uma *razão* para que a norma especial desprenda-se da regra mais ampla e, assim sendo, a aplicação desta, em desatenção à lei especial, seria o menosprezo à vontade normativa expressa.

Mas na realidade nacional não são raros os casos em que essa *razão* de especialização da norma não fica clara, ou, pior, pode-se identificar que existe uma razão não idônea, a exemplo daquelas que deixam transparecer a *occasio legis*.⁴⁶ São as chamadas normas de ocasião. Elas não apenas desatendem à minimalização do Direito Penal, como sequer atentam para os fundamentos daqueles que defendem um sistema progressivo de expansão da criminalização. Contribuem para as normas de ocasião dois elementos básicos, em nossa opinião: primeiro deles, a leitura equivocada, até mesmo de muitos operadores do Direito, de que a criminalização de condutas ou o aumento das penas cominadas (que muitas vezes dá-se em conjunto, com a criação de novos tipos que pouco mais são que crimes já existentes, com pequenos diferenciais e penas majoradas) diminui a criminalidade. Nesse sentido, contígua a (também ilusória) convicção de que

⁴⁵ Quando o sentido da lei é] claro, interrompe-se a interpretação.

⁴⁶ “*Occasio Legis* é o acontecimento que foi motivo para a publicação, ou adoção de uma lei”. ARRUDA, J., *Filosofia*, p. 375.

muitas das novas formas de injusto, decorrentes da modernização social, não estejam descritas em tipos antigos, como as diversas formas de fraude eletrônica no antigo estelionato, ou os crimes de trânsito em delitos comuns, as novos modos de sequestro, a pedofilia na Internet, dentre outros.

As leis de ocasião podem causar desequilíbrio no sistema normativo, porque desprezam a regra da proporcionalidade, proposta desde Beccaria.

Vejam-se alguns exemplos dessa desproporção:

a) Certamente com a finalidade de *punir* aqueles que praticam roubos em grandes cidades, mas não são flagrados na consumação desse crime, o legislador entendeu por castigar mais severamente o porte de arma.⁴⁷ Com isso, afasta das ruas o potencial assaltante, mediante prisão em flagrante, e evita o trabalho, tantas vezes impossível, de constituir prova acerca da ocorrência do delito de roubo. Assim a Lei nº 10.826/2003, em seu artigo 14, prevê pena privativa de liberdade no mínimo de 2 anos, para o porte ilegal de arma.

Entretanto, a pena mínima do roubo tentado, agravado por uso de arma de fogo (art. 157, II, a c.c. 14, II, do CP) é de 1 ano e 9 meses (e dez dias). Sendo assim, a incongruência: o agente que é flagrado pela polícia quando, armado, iniciava o roubo a um banco terá uma pena menor que o outro agente que tenha sido flagrado, com arma idêntica, simplesmente passeando pelas ruas.

b) A lei de crimes ambientais (9.605/98) comina, para o delito de “Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano”, a pena de detenção de três meses a um ano, e multa; no Código Penal, o crime de *dano* é punido com pena mínima de um mês. A incongruência: o agente que, usando *spray*, pichar o muro de uma casa privada será punido com uma detenção três vezes maior que um outro agente que resolva *destruir* o mesmo muro, fazendo uso de uma marreta, por exemplo.

Também é princípio básico da hermenêutica que a norma superior prevaleça sobre a inferior. Regra suficientemente clara a de que existam princípios e normas maiores,⁴⁸ que vêm a traçar diretrizes a que as normas hierarquicamente inferiores devem adaptar-se (ou devem atender).

A complexidade das relações sociais passou a exigir uma miríade de normas de diversas hierarquias, não apenas para impor regulações e obrigações, mas também a fim de garantir novas liberdades. A reação a tal complexidade do fenômeno social não poderia ser outra – a revalorização do texto constitucional, como expressão mais simples, inteligível e organizada da vontade popular.

Um texto menor, com valores maiores: assim é a Constituição.

⁴⁷ Trata-se da técnica de antecipação da tutela ao bem jurídico mediante a criação de tipo de perigo concreto, de que trata o item 5.6.2. Vale o comentário de Moccia de que “Todo esto ha determinado no sólo una ampliación cuantitativa, sino cualitativa; no solamente el número de tipos penales, sino que se ha modificado su estructura, cambiando, en consecuencia, las modalidades de intervención”. MOCCIA, S., *Aporías normativas*, p. 165.

⁴⁸ “La posibilidad de interpretación conforme de los jueces ordinarios se condensa en la obligación de elegir frente a varias interpretaciones aquélla que sea acorde con la Constitución”. WEBER, A., *La interpretación*, p. 36.

3.4 A Constituição

Estabelecer pontos de intersecção ou fronteiras entre as diversas disciplinas jurídicas é tarefa delicada, que entretanto já foi superada nos capítulos anteriores. A proposição agora é a de colher do Direito Constitucional – e da Constituição tal qual promulgada e vigente – orientação essencial para a matéria de que aqui se cuida. Trata-se, enfim, de uma etapa da interpretação ou da aplicação do Direito Penal: a constitucionalidade das normas penais.

3.4.1 A Constituição como Fonte de Bens Jurídicos para o Direito Penal

A complexidade do sistema social trouxe, como primeira consequência para a interpretação do Direito penal, a revalorização da Carta Magna. Não que em tempos anteriores não fosse esta reconhecida como vontade suprema da nação, mas de fato se intensifica a construção do chamado Estado Constitucional de Direito, em que a interpretação da Lei Maior ganha *efetividade* sobre as normas infraconstitucionais.

Contribuem também para a revalorização do texto maior outros fenômenos, para além da complexidade social, com multiplicidade de fontes normativas: a redemocratização do País, as várias Emendas que visaram, de mais a mais, a aplicabilidade concreta do texto, mesmo no quanto se refere ao Direito Penal, e até mesmo a solidificação dos sistemas de controle de constitucionalidade. Também as doutrinas italiana, alemã e norte-americana apontam para esse futuro, mas não creio que seja o determinante.

Afirmar, todavia, que se deve interpretar o texto penal a partir da Constituição não significa apenas observar os Direitos e Garantias Fundamentais, que foram tão claramente enunciados no atual artigo 5º da Carta Magna (e que serão objeto de estudo próprio ainda no presente capítulo). Significa, mais do que isso, saber retirar dela uma hierarquia de valores que, de um lado, legitimem (e assim limitem) a intervenção penal e de outro sistematizem quais são as mínimas obrigações de proteção do Direito penal, ou seja, quais seus *limites de minimalização*, que também devem existir.

Em outras palavras: primeiramente, é a Constituição quem há de ditar quais são os bens jurídicos que o Direito penal pode proteger, pois este não guarda essa autonomia.⁴⁹ À primeira vista, a fixação dos bens jurídicos constitucionais

⁴⁹ “El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo”. ROXIN, C., *Derecho Penal*: PG, p. 55.

é matéria de política criminal, pois apresenta ao legislador algo de sua “margem de manobra”⁵⁰ de intervenção. Mas, por decorrência lógica, surge outro fator: a norma punitiva que não tiver clara a tutela de um bem jurídico constitucionalmente enunciado não será legítima. Assim, o texto constitucional é elemento de legitimação da norma criminalizadora.

Com um texto constitucional detalhado, que enuncia bens jurídicos a serem protegidos desde os mais nucleares ao indivíduo, como a Dignidade da Pessoa Humana, até os mais difusos, como a lei e a ordem,⁵¹ é quase impossível encontrar, na lei infraconstitucional, uma criminalização totalmente desprovida de vínculo com o texto maior.⁵² Bem por isso, nos julgamentos da Suprema Corte é comum que a falta de legitimidade das condenações ocorram muito mais pela irrelevância da *lesão* ao bem jurídico ou, ainda, pelo conflito de bens jurídicos protegidos por uma incriminação diante de outros, de maior importância.⁵³ Mais difícil é, portanto, estabelecer na Carta uma hierarquia entre bens jurídicos, para que se possa compreender com segurança quais seriam aquelas incriminações que não devem haver, porque não se entende que a proteção deva ocorrer mediante punição.

Então se pode dizer, sem risco de erro, que o texto constitucional, tal como está, não afasta a tutela penal de qualquer bem jurídico protegido pela norma infraconstitucional, mesmo por aquela que se poderia dizer não recepcionada pelo texto de 1988,⁵⁴ já que de um modo ou de outro os bens jurídicos aparecem ali enunciados, e em momento algum se lhes exclui a proteção penal. O inverso, entretanto, ocorre: a Constituição obriga a criminalização, expressamente, bem como suprime benefícios – e isso é um embaraço para o penalista.

Para além de fixar bens jurídicos a serem protegidos penalmente, a Constituição obriga a criminalização, e não em poucos trechos. Isto é, enuncia não só os bens

⁵⁰ A expressão é de Hassemer, ao observar que o conceito do bem jurídico, mesmo vinculado à Constituição, não é suficiente para a orientação concreta do legislador penal, porque, em sua visão, três questões ainda ficam em aberto: (a) quando deve responder o legislador penal à lesão ou à colocação em perigo do bem jurídico; (b) até onde está o legislador autorizado a estender a punibilidade em cada caso e (c) como se pode justificar e organizar-se um exame da correção da decisão do legislador penal. Cf. HASSEMER, W., *¿Puede haber*, p. 100.

⁵¹ Vide como o STF atualmente segue – com sua razão – concedendo importância à proteção penal de bens jurídicos como a ordem social e Constitucional, no julgamento do HC 86.216.

⁵² Interessante a observação de Amelung, criticando a visão de Roxin acerca dos bens jurídicos espiritualizados, de que somente faz sentido proteger bens jurídicos se os entende como objetos de possível lesão (AMELUNG, Knut, *El concepto*, p. 251). Sem entrar no mérito da questão, há que se compreender que alguns bens jurídicos enunciados no texto constitucional ampliam excessivamente a possibilidade de intervenção do Direito penal, sem que se consagre uma violação a um bem jurídico claramente passível de dano. Veja-se o exemplo da Ordem econômica. De outro lado, há que se considerar a impossibilidade prática de que, no mundo contemporâneo, venha o Direito penal a proteger bens jurídicos de ordem estritamente pessoal, e a consequência inevitável de que os bens jurídicos coletivos ou intermediários são de difícil aferição de lesão, e, ainda mais, pela dificuldade de identificação da relação de causalidade (Cf. MATA Y MARTÍN, R. M., *Bienes Jurídicos Intermedios*, p. 34-37).

⁵³ STF – É o caso da ADPF 130, que contrapôs a liberdade de imprensa à garantia dos direitos individuais como a liberdade e a honra.

⁵⁴ Tanto assim é que a descriminação dos delitos de rapto e de adultério (arts. 219 e 240 do CP) veio por ato do Legislativo (Lei 11.106/2005), e não por controle difuso de constitucionalidade.

jurídicos, mas que alguns deles merecem proteção penal específica (leia-se mais grave). Essa realidade impõe uma série de questionamentos ao aplicador do Direito Penal, principalmente àquele que guarda dele uma visão minimalista porque entenderá que a enunciação de bens jurídicos no texto constitucional deveria servir somente para conter a intervenção penal, e não para obrigar sua expansão.

É o que Hassemer analisa quando enfrenta a questão da *proibição de defeito* e nela encontra um contraponto à visão negativa do bem jurídico, ou seja, a seu uso como limitador do Direito penal. Entretanto, entende que ambos (bem jurídico e proibição de defeito) coincidem porque impõem limites ao legislador,⁵⁵ e assim o segundo é logicamente dependente do primeiro. No Brasil, estudo específico ocupara-se do tema, concluindo pela desnecessidade de cumprimento do mandato de criminalização, porquanto enfrenta os limites do Direito Penal Mínimo.⁵⁶ Nosso posicionamento, entretanto, como se verá adiante, é intermediário: há que se cumprirem os mandados de criminalização contidos no Texto Constitucional, desde que não se deixem de lado outras garantias que não couberam ou que não foram inseridas no texto maior.

Mas não há fuga possível: o texto constitucional obriga não apenas o legislador a alguma tipificação penal, algo de fato não comum nas constituições liberais,⁵⁷ mas também, algumas vezes, o intérprete à supressão de garantias penais em nome da proteção ali enunciada. Proteção essa que – talvez em um equívoco político-criminal – entende por ser efetivada por meio de maior constrição penal. Isso é consequência da supremacia do texto constitucional.

Tal entendimento aparece no Supremo Tribunal Federal, atualmente, para alguns dos Ministros, em relação à vedação da liberdade provisória aos crimes hediondos. Embora se tenha decidido que o mandato infraconstitucional de proibição de progressão de regime para crimes hediondos ofende o princípio da individualização da pena, e isso seja já matéria de norma federal, segue *constitucionalmente* proibido que o réu flagransado em crime hediondo

⁵⁵ HASSEMER, *¿Puede haber*, p. 252-253. Em outra oportunidade, o mesmo autor configura os mandatos de criminalização como uma manifestação de evolução da teoria clássica do bem jurídico, que havia dado limites ao legislador penal, mas jamais lhe havia dado conteúdo. Deixa Hassemer, entretanto, claro que não pretende, naquele texto, “valorar” essa evolução. HASSEMER, W., *Bienes Jurídicos*, p. 71-73.

⁵⁶ PASCHOAL, J. C., *Criminalização*.

⁵⁷ É o caso da Alemanha. Ali se discute a questão, de todo aqui pertinente, da proibição de infra-proteção, ou seja, a obrigatoriedade de utilização dos instrumentos penais derivada exclusivamente da proteção do bem jurídico pela Constituição. Sob tal ponto de vista, a proteção a bens jurídicos-chave como a vida obriga o emprego dos efeitos de proteção do Direito penal. Staechelin, opondo-se a essa concepção, nota como a Constituição Alemã não obriga diretamente a criminalização (STAECHELIN, G., *¿Es compatible*, p. 289-304). Também Roxin observa que em seu país, “por regla general no existe un mandato constitucional de punición que vaya más allá del art. 26 I GG”. Este artigo refere-se à criminalização dos atentados contra a paz entre os povos ou os atos preparatórios de guerra. ROXIN, C., *Derecho Penal* – PG, p. 66. No Brasil, entretanto, tendo em vista que o próprio texto constitucional obriga a criminalização em muitos casos, não é sequer necessário o esforço de desprender a obrigatoriedade de utilização do Direito Penal para além da leitura expressa dos artigos citados no item 3.4.5, adiante.

responda-o em liberdade, não obstante a vedação à presunção de culpa (*lato sensu*).⁵⁸ Entende a jurisprudência do STF, portanto, que a proteção contra os crimes hediondos está prevista em norma da mesma hierarquia daquela que prescreve a individualização da pena, não havendo como considerar aquela excluída em nome desta. Em termos de hierarquia normativa, o raciocínio é correto.

A Constituição Federal funciona como indicador dos bens jurídicos que o Direito Penal pode proteger, sendo assim seu maior índice de legitimidade. Mas também é claro mandato de criminalização, determinando que a proteção de bens jurídicos ocorra mediante proteção penal. E é lícito ao poder constituinte exigir a ação-expansão do Direito penal, dentro dos limites das garantias individuais.

3.4.2 A interpretação exclusivamente Constitucional do Direito Penal

A constitucionalização do Direito Penal não é fenômeno novo, dada a natureza de Direito Público deste. Tem sido mais acirrada, entretanto, a *concretização* do Direito Constitucional, na esfera criminal.⁵⁹ Em resumo, o texto constitucional assume maior eficácia que em tempos anteriores.

Até o momento, a sociedade brasileira apenas ganhou com o fortalecimento da teoria constitucional do Direito penal, pelas medidas que adotaram o controle difuso de constitucionalidade.

Entretanto, é necessário alertar para o fato de que o Direito Penal não se esgota no Direito constitucional. Ao contrário de o que sugerem muitos autores, o estudo do chamado Direito Penal Constitucional não é bastante para abranger sequer as garantias mais básicas para o cidadão, porque há muitos aspectos da teoria exclusivamente penal que não chegam à Carta Magna. Em outras palavras, são vários

⁵⁸ STF: Vide HC 93940, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, ao assentar que “I – A vedação à liberdade provisória para crimes hediondos e assemelhados que provém da própria Constituição, a qual prevê a sua inafiançabilidade (art. 5º, XLIII e XLIV). II – Inconstitucional seria a legislação ordinária que viesse a conceder liberdade provisória a delitos com relação aos quais a Carta Magna veda a concessão de fiança”. No mesmo sentido, HC 78086, HC 79386 (RTJ 174/876), HC 82695, HC 83468, HC 86118, HC 86814, HC 89068, HC 93302, todos do STF

⁵⁹ Assim explica Neves, com propriedade, revisitando Müller, que a ambiguidade e a vagueza da linguagem constitucional exigem um “processo de concretização e não simplesmente um procedimento de aplicação conforme regras de subsunção”. NEVES, M., *A Constitucionalização*, p. 86-87. Sobre o equilíbrio entre atividade política e jurídica nas cortes constitucionais, vide LARENZ, Karl, *La metodología*, p. 505, bem como REALE, M., *Natureza político criminal*, especialmente item 4, p. 133.

os bons efeitos da constitucionalização do Direito, mas não se pode entender que a Constituição seja uma condensação da legislação penal.⁶⁰

Destacamos, aqui, quatro fundamentos desse nosso entendimento.

I – As garantias do texto constitucional, expressas principalmente no art. 5º, não abrangem uma série de conceitos e teorias penais, que se encontram sistematizadas no CP, à custa de uma evolução histórica mundial da legislação e da técnica, por meio da doutrina.

Se o princípio da legalidade e da anterioridade da lei penal são inequívocos na Carta, outras garantias, como a caracterização do dolo, a excepcionalidade do crime culposo, a fixação da pena na medida da culpabilidade, muitas excludentes de ilicitude e de culpabilidade, a diminuição da reprimenda no crime imperfeito ou a exclusão da punibilidade no crime impossível, para citar alguns, não têm previsão constitucional, sequer mediata.⁶¹

II – Caso se queira interpretar o texto constitucional como fonte única de direitos e garantias, há que se reconhecer que ele é poroso e incompleto.

Não se pode idealizar o conteúdo da Constituição. Apesar de ser o fruto da vontade soberana do povo, “não deixa de ser uma lei como as outras, sujeitas às mesmas vicissitudes históricas”, como lembra Junqueira Azevedo.⁶² Prova mais elementar da imperfeição de seu texto é a existência de mais de 60 emendas, em 20 anos, e o reclamo por tantas outras. Impossível atribuí-las senão à falha sistemática (e não a uma opção de valores consciente), que se enunciem garantias expressas no texto constitucional, de valor processual como a competência do tribunal do júri ou a celeridade processual, enquanto se poderia enunciar, e. g., que a “culpabilidade é limite inultrapassável da pena”, ou que “a definição típica será clara e definida”, por exemplo.

Por certo, esse nível de detalhamento não é exigível do texto constitucional, que já é inflado com minúcias, mas isso porque, como aqui frisamos, ele não é a fonte única de limitação do poder punitivo do Estado.

III – O texto constitucional pátrio é altamente criminalizador.

Como exposto no tópico anterior, uma das formas de defesa dos bens jurídicos enunciados na Carta Magna são os mandatos de criminalização. A proteção penal é valorizada nesse *status* legislativo, de um lado, e de outro – aqui não entendemos falha do constituinte, mas

⁶⁰ É assim que L. V. Afonso da Silva, em ponderada análise, expõe que a doutrina francesa, de Favoreu, “identifica a simplificação da ordem jurídica como uma decorrência direta do processo de constitucionalização do direito, pois, entre outras coisas, recoloca a constituição como inegável ‘norma de referência’ do ordenamento jurídico”. SILVA, L. V. A. da, *A Constitucionalização*, p. 56.

⁶¹ Entendemos nós que, em virtude desse caráter genérico da Constituição Federal é que a jurisprudência do STF é incompleta em relação a temas importantes do Direito Penal Material. Não significa que a Suprema Corte a ignore, mas apenas que seu papel de vigília da Carta Magna e dos Direitos Fundamentais não pode abranger os temas da norma infraconstitucional, que não é menos importante ao cidadão.

⁶² “Sobre o primeiro pilar, a Constituição, vale lembrar que, apesar de ser ela a Lei maior, não deixa de ser uma lei como as outras, sujeitas às mesmas vicissitudes históricas. Se hoje é uma Constituição que nos agrada, amanhã poderá ser outra, e não agradar. E aí como ficamos?” AZEVEDO, A. J. de, *Crítica ao neopositivismo*, p. 12.

omissão intencional – não existe qualquer previsão do uso da punição como *ultima ratio* na proteção dos bens jurídicos. Esse desequilíbrio é ainda maior quando se nota o incremento da persecução penal na previsão dos direitos de terceira e quarta geração daqueles de natureza supraindividual, como meio ambiente, patrimônio cultural, sistema financeiro e tributário e direito do consumidor,⁶³ que trazem em si forte tendência de utilização de técnicas de antecipação de tutela penal, se é que em si mesmas já não são essa técnica.⁶⁴

IV – O efeito simbólico da Constituição também colabora para a expansão penal.

Adiante tratar-se-á mais claramente da concepção do Direito penal simbólico, com a utilização do efeito pedagógico da pena para influenciar a uma vida conforme ao Direito.⁶⁵ Mas cabe, de momento, apontar que os mandamentos de criminalização, apresentados adiante (item 3.4.5), são indício claro de que o legislador utilizou-se do discurso de punição como meio político rápido de (aparente) solução de conflitos.

Tal posicionamento não importa, entretanto, em diminuir a relevância dos pressupostos constitucionais que se referem ao Direito penal. Qualquer um que opere na área deve conhecer – e fazer uso frequente – a Constituição, pois nela, como é o seu papel, há previsões fundamentais, com autoridade a autoaplicabilidade. Entretanto, segue sendo criticável qualquer posicionamento que supervalorize o Direito Constitucional, colocando-o como único baluarte de garantias do cidadão perseguido, quando se deixa de lado que a própria CF é um dos instrumentos que conduz à criminalização, chegando a dizer que alguns delitos devem ser punidos “severamente”.⁶⁶

3.4.3 As garantias Constitucionais do Direito Penal

A Constituição deve, então, ser utilizada como instrumento de interpretação das normas penais como um todo. Ela traz, de fato, enunciados muitos dos princípios que norteiam o direito penal contemporâneo, ainda que tenha ignorado outros. Mas o estudante ou operador do Direito Penal não se pode furtar a, antes

⁶³ Valemo-nos, aqui, da enumeração feita por SILVEIRA, R. de M. J., *Direito Penal Supraindividual*, p. 134-155.

⁶⁴ Sánchez é percuciente em revelar como os bens jurídicos supraindividuais são em si próprios uma técnica de antecipação de tutela penal, porque “los reparos que desde la perspectiva del derecho penal clásico presentan estas figuras han llevado en ocasiones a salvar este obstáculo mediante un rodeo artificial: la creación de un bien jurídico supraindividual en el ámbito previo del bien jurídico individual. Por ejemplo, la salud pública, o el medio ambiente, o la seguridad del tráfico, todos ellos en el ámbito previo de la integridad física y salud individual”. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I, *El moderno derecho*, p. 66-67.

⁶⁵ Vide HASSEMER, W., *Derecho Penal Simbólico*. Também BARATTA, Alessandro, *Funciones instrumentales*, p. 37.

⁶⁶ Art. 227, § 4º, da CF.

de aprofundar-se nas normas penais infraconstitucionais, conhecer as normas constitucionais que incidem sobre a matéria. Isso porque, em termos de hierarquia normativa, o eventual confronto entre o enunciado constitucional e a norma federal fará com que esta não seja recepcionada pelo ordenamento.

Seguem, então, os princípios garantistas *expressos* no texto Constitucional, e que têm incidência direta sobre o Direito Penal.⁶⁷

3.4.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, inc. III, da CF)

O princípio da dignidade da pessoa humana está hierarquicamente acima dos demais direitos fundamentais, aparecendo já no art. 1º da Constituição Federal.⁶⁸ Não é exagero notar que a dignidade da pessoa humana é fonte de todos os demais Direitos da Pessoa, talvez sendo necessário acrescer-lhe apenas o direito à vida em si própria.

Vale realçar, para nossa matéria, que um dos principais atributos do homem, como ser dotado de dignidade, é a consciência e a liberdade de suas ações. O homem é digno porque capaz de decidir acerca de seu destino e de valorar suas ações.⁶⁹ O Direito à vida livre também é parte da dignidade humana, e daí todas as consequências que as escolhas, desde que livres, podem acarretar.⁷⁰

⁶⁷ Trata-se, claro, apenas de uma visão didático-sistemática. Porque não se pode dizer que todos os demais preceitos constitucionais não possam incidir em seara penal. Uma norma penal que não siga o processo legislativo constitucional, por exemplo, perderá sua eficácia. Do mesmo modo, os direitos sociais do art. 7º da CF podem, muitas vezes, permear os textos criminais, a exemplo dos delitos contra a organização do trabalho.

⁶⁸ Segundo Serna, essa supremacia ocorre por duas razões: a primeira, porque o conceito mesmo de Direitos Humanos necessita do fundamento da *condição de ser humano*, que é dada pela dignidade da pessoa humana. A segunda é o seu caráter absoluto, já que, se algo distingue os direitos humanos de qualquer outro direito, é o fato de que eles “não dependem da posição jurídica que ocupa seu titular, que é, como consequência, todo indivíduo que pertence à espécie humana”. Observa o autor que a condição humana traz em si a superioridade do homem em relação a todos os demais seres vivos, mas o que garante os direitos humanos não é apenas esse *status superior*. O que o garante são suas condições particulares, onde repousa, aí sim, a dignidade. SERNA, P., *La Dignidad*, p. 294.

⁶⁹ Vide 8.5.1, 8.5.2 e 8.5.10.

⁷⁰ Ainda que alguns autores lembrem que “o princípio da proteção da dignidade da pessoa humana pode ser considerado como produto da elaboração do liberalismo burguês”, a tradição judaico-cristã em muito contribui para a formação de um conceito de homem como ser superior, que recebe sua dignidade diretamente de sua condição de filho de Deus, com vontade livre. É assim que o documento *Gaudium et spes*, publicado em Roma em 1965, durante o Concílio Vaticano II, tem por título de seu primeiro capítulo a “Dignidade da Pessoa Humana”. Para explicá-la, o documento subdivide a dignidade em pontos distintos: a natureza do homem, seu entendimento, sua consciência moral, sua liberdade, a consciência da morte e a crença em Deus. O documento *Gaudium et spes* está disponível no site <www.vatican.va> também em português. No aspecto específico da liberdade,

3.4.3.2 *Princípio da legalidade e da anterioridade da Lei Penal (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal)*

“Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. O inciso constitucional coincide com a redação do art. 1º do CP, portanto, se trata da elevação do princípio penal à Lei Maior.⁷¹ Também há que, no que tange à legalidade, realçar seu vínculo direto com o inciso II do mesmo art. 5º da CF, que dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

[O Tribunal Constitucional Espanhol, na sentença 133/1987, assertou que “el principio de legalidad penal implica, al menos, la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior (*lex previa*) y que la ley describa un supuesto de hecho determinado (*lex certa*)”].

Nesse aspecto, é de se destacar que, no Brasil, apenas a União Federal pode legislar sobre matéria penal (art. 22, I, da CF). Leis estaduais e municipais não podem, ainda indiretamente, impor regras de natureza criminal.

Uma das funções da doutrina penal é, portanto, estabelecer *qual o conteúdo* do direito material penal. Alguns institutos sempre estarão situados em uma zona cinzenta entre, por exemplo, matéria processual e material penal;⁷² ou processo penal e mera organização judiciária;⁷³ ou direito penal e meras regras de administração geral⁷⁴ ou penitenciária; ou, ainda mais adiante, em normas administrativas que podem resultar em efeito direto na legislação penal.⁷⁵ Caso se prefira enunciar de outra maneira, é de se dizer que o art. 22, I, da CF e suas consequências são prova maior de que existe um *direito material penal* independente da vontade do legislador, pois não é este, ao alocar a lei em um ou outro lugar, que define sua natureza.

destaco: “exige, portanto, a dignidade do homem que ele proceda segundo a própria consciência e por livre adesão, ou seja, movido e induzido pessoalmente desde dentro e não levado por cegos impulsos interiores ou por mera coação externa”.

⁷¹ Também aparece no art. 7º, § 1º, do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, firmado pelo Conselho da Europa): Art. 7. No hay pena sin ley. 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional.

⁷² Foi o que ocorreu, por exemplo, com a Lei 9.099/95, que, propondo-se a cuidar apenas de matéria processual, acabou por impor regras que implicavam novos direitos substantivos, motivo pelo qual seus efeitos retroativos foram reconhecidos, ainda que a lei dispusesse expressamente o contrário.

⁷³ STF: Vide RE 209616 SP, Rel. Min. Néri da Silveira, sobre decisão estadual sobre regime de certidões criminais. Ou, mais atualmente, a questão da possibilidade, ou não, de consagração, por constituições estaduais, para foro privilegiado de vereadores.

⁷⁴ Vide ADI 2592/RO, Rel. Min. Sidney Sanches, que entendeu inconstitucional norma da Constituição do Estado de Rondônia que definiu novo crime de responsabilidade.

⁷⁵ STF: É o caso da ADI 3259/PA, Rel. Ministro Eros Grau. Nela identificou-se que o ente federativo não pode legalizar loterias, porque estaria enfrentando a proibição (penal, portanto matéria legislativa da União) de exploração ilegal de atividade de loterias. Quase no mesmo sentido, a ADI 2948, que versou sobre impossibilidade de legalização de bingo no Estado do Mato Grosso.

A reserva legal à União para legislar em matéria penal é um princípio democrático do Estado de Direito, que guarda relação direta com a unidade nacional. Por maiores que sejam as diferenças regionais em um país da dimensão do nosso, o *mínimo* ético comportamental deve ser consenso. E assim se trata também de reconhecer que, se preservada a mínima intervenção do direito penal, as interpretações regionais à norma incriminadora devem diferir o mínimo possível.

3.4.3.3 Irretroatividade da lei penal mais grave (art. 5º, XL, CF)

A impossibilidade de que a lei penal incriminadora – ou aquela que genericamente traga prejuízos ao réu – tenha efeitos retroativos também é preceito constitucional, com seu vínculo direto ao princípio da legalidade. Seu *status* de garantia fundamental é plenamente justificável.⁷⁶ Pelo conteúdo da norma constitucional, nenhuma norma que tenha *materialmente* efeitos penais que prejudiquem o interesse do cidadão poderá ser dotada de efeito retroativo.

3.4.3.4 Pessoalidade da pena (art. 5º, XLV)

Garante o texto constitucional que nenhuma pena *passará da pessoa do condenado*. No moderno direito penal da culpa, apenas podem ser criminalizadas ações com um mínimo de sentido subjetivo. Consequência lógica é de que a resposta penal também tenha seus limites restritos àquele que – como *indivíduo* – agiu em desacordo com a norma penal.

Desnecessário regressar aos tempos de que a pena expressamente atingia aos descendentes do condenado para que se note que, na prática, as consequências da pena, mesmo não patrimoniais, indiretamente atingem os não apenados, a exemplo dos familiares do recluso, que sempre passarão por privações sobre as quais não lhes pesa responsabilidade. É por esse motivo que, sabiamente, o constituinte prolongou o texto do aludido inciso XLV para esclarecer que as penas patrimoniais estendem-se aos sucessores do condenado. Dessa forma, embora não seja exatamente o caso, deu a entender a inevitabilidade das consequências indiretas da condenação. O que não se pode admitir, por certo, é que seja a lei ou a sentença, cominem ou apliquem pena com efeito *direto* sobre um não condenado.

⁷⁶ STF: Vide RE 57917, com repercussão geral reconhecida.

3.4.3.5 Princípio da Humanidade da Pena (art. 5º, XLVII, CF)

Ao proibir as penas de morte, as penas perpétuas, de trabalhos forçados, banimentos e, mais especificamente, ao proibir as penas *cruéis*, a Constituição garante a humanidade da pena.

A desestabilização própria dos momentos de conflitos bélicos, entretanto, não permite que a pena de morte, mesmo no Estado Constitucional, seja vedada em casos de guerra. Mas ela não escapa à legalidade: tratar-se-á da guerra legalmente declarada, por ato presidencial mediante autorização ou referendo do Congresso. Conflito armado, guerrilha urbana ou qualquer perturbação que não configurem a guerra nos termos constitucionalmente estabelecidos não caracterizam o excepcional caso de admissibilidade de pena capital.

A ideia de que a pena seja uma retribuição *proporcional* ao delito conduz ao senso comum à aceitação das penas *cruéis*, tendo em vista a hediondez de muitos crimes. Entretanto, como já visto, a função da pena ultrapassa o simples *revide*. E, como aqui se trata dos termos constitucionais, acrescentemos que a função do próprio Estado é proteger a *todos* os seres humanos, sendo ou não cidadãos ou súditos, mesmo àqueles que não se enquadram no comportamento social desejado.

3.4.3.6 Individualização da pena (art. 5º, XLVII e XLVIII)

A Constituição garante que a pena tenha de ser individualizada. Essa garantia (doutrinariamente falando) relaciona-se com dois aspectos: de que a pena é fixada pela culpabilidade e que tem como uma de suas missões a recuperação do indivíduo.

Sendo a *culpabilidade* fundamento e limite da pena, há que se entender que existem aspectos exclusivos do indivíduo que devem nortear a reprimenda, porque a culpabilidade é o juízo de reprovação do ato individual. Esse caráter único de cada ato, que somente pode ser atribuído à luz da norma e do imputado, suas circunstâncias e seu comportamento, deve trazer consequências visíveis na pena, caso contrário corre-se o risco de que esta se transforme em uma consequência objetiva, uma reação estatal impessoal (no sentido de genérica) prevista para um ato concreto, distante da missão do trato punitivo Estado-cidadão.

De outro lado, fica fácil entender que as prevenções *individuais*, negativa e positiva, seriam sacrificadas se a pena não guardasse o matiz de identidade a *cada* condenado. Na prevenção especial positiva, que mais interessa, fica claro que a individualização da reprimenda deve permanecer no momento de sua *execução*: a reação do indivíduo aos valores que lhe são ou deveriam ser introjetados durante a execução da pena tem de servir também de medida para seu modo de cumprimento.

Mas observemos mais. Diz o inciso que a *lei regulará* a individualização da pena. Portanto, o que existe no texto constitucional, nesse ponto, é uma ordem de que as normas infraconstitucionais disponham de mecanismos para determinar a pena com viés individual. Serve, assim, de um lado, de alerta ao legislador, para que – se tiver de chegar ao extremo de impor sanção penal para determinado

comportamento – faça-o com previsão de mecanismos de fato diferenciadores da gravidade de conduta, do resultado e de, no quanto possível, condições subjetivas do agente.⁷⁷ E, como consequência negativa, importa reconhecer inconstitucional qualquer norma que vede a diversidade imprescindível à individualização.⁷⁸

3.4.3.7 Outras garantias da execução penal (art. 5º, XLVIII, XLIX e L, da CF)

Preocupou-se o legislador, em três incisos constitucionais, em impor garantias ao apenado, mais exatamente ao preso. Não sem razão: a condição de prisioneiro é – desde sempre – a das mais agudas a quem intenciona preservar direitos individuais. Ambiente sadio, higiene, possibilidade de convivência, trabalho, educação e outras garantias básicas devem abrigar o condenado, evitando que seja o cidadão jogado em calabouços, o que a ninguém interessa, senão a título de vingança. É o que ocorre nos três incisos, com destaque para a proteção do recém-nascido, que, embora enunciada como direito garantido às presidiárias, em verdade tutela mais especialmente seus filhos.⁷⁹

3.4.4 Garantias penais não expressas na Constituição

Algumas garantias do Direito Penal não aparecem expressas na Constituição. Não se poderia esperar que a Carta Magna esgotasse todo o tema legal,⁸⁰ e aí se incluem as garantias individuais. Mas também há que se realçar que pode ter sido intenção do legislador constitucional a não inclusão de alguns princípios que alguns penalistas podem entender elementares.

A dogmática mais extremada entenderá irrelevante questionar-se qual era a vontade do legislador no momento da inscrição dos direitos fundamentais da pessoa, mas a colocação aqui só se faz com o intuito apenas de lembrar que pode não existir unanimidade na garantia de valores que se cristalizaram em parte da doutrina, como a intervenção mínima do Direito penal ou a significância da lesão ao bem jurídico.

⁷⁷ Vide STF, HC 94874/RS e 94990/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, em que se assenta que a falta de fundamentação sobre a possibilidade de substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direito implica nulidade do julgado.

⁷⁸ STF: Assim o RE com repercussão geral 579167, Rel. Min. Menezes Direito, que mais uma vez afirmou a inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime a crimes hediondos e semelhantes.

⁷⁹ L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

⁸⁰ É o comentário que faz Virgílio Afonso da Silva, sobre a falsa ideia da *constituição total*. SILVA, V.V.A., *A constitucionalização*, p. 142-143.

Enumeramos alguns desses princípios, que aqui devem servir como norte doutrinário da aplicação do Direito Penal contemporâneo.

3.4.4.1 *Princípio da Culpabilidade*

O conceito de que a reprimenda penal somente pode atuar diante da comprovação de que a ação ou omissão é reprovável *pessoalmente* a seu autor⁸¹ sustenta o chamado princípio da culpabilidade. Ele não se encontra expresso na Constituição Federal,⁸² mas o Código Penal consagra a culpabilidade em vários de seus artigos, permitindo-se dizer que seu teor se refrata no texto legal.

É nesse ponto que Mir Puig propõe a divisão do princípio da culpabilidade em não punibilidade do fato desprovido de dolo ou culpa e efetivo postulado de “reprovabilidade do fato a seu autor”, melhor entendido como princípio da reprovabilidade. Lembra que o primeiro – a proibição de punir à ausência de, no mínimo, culpa – decorre mais diretamente da função da pena do que propriamente do limite punitivo do estado de direito. Considera também, como é relevante, que a partir do entendimento de que o dolo e a culpa não se alocam na culpabilidade mas no tipo de injusto,⁸³ mais uma razão há para que se compreenda o princípio aludido como a qualidade de que o fato possa ser atribuído a seu autor, por ausência de excludentes da culpabilidade ou da punibilidade.⁸⁴ Na esteira desse comentário, aqui se alude a culpabilidade não como contingente do dolo e da culpa, mas sim de seu valor a partir da concepção welzeliana. Caso contrário, entendemos, o princípio da culpabilidade estaria perfeitamente enunciado na redação atual do art. 18 do CP.

Como alicerce garantista, não há como desvalorizar o princípio da culpabilidade:⁸⁵ ele é um dos eixos do Direito Penal atual e uma conquista histórica, que consiste na impossibilidade de que a *lei* venha a atribuir sanção a um indivíduo que não tenha cometido um ato reprovável.

3.4.4.2 *Fragmentariedade e Subsidiariedade do Direito Penal*

Seja para proteger bens jurídicos determinados ou mesmo para assegurar o equilíbrio do sistema social como um todo, o Direito Penal **não** é o único instru-

⁸¹ JESCHECK, H. H., *Tratado* – PG, p. 24.

⁸² A Constituição chilena traz, em seu art. 19.3, o curioso dispositivo de que “La Ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”.

⁸³ Vide Capítulos 5 e 8.

⁸⁴ MIR PUIG, S., *Introducción a las bases*, p. 135-138.

⁸⁵ O Tribunal Constitucional Italiano, na sentença 364/88, interpretou o art. 27 da constituição nacional para dizer que ali se encontra o princípio da culpabilidade, a responsabilidade penal pessoal, rechaçando a responsabilidade objetiva. Vide comentário à sentença, em especial quanto às vantagens da constitucionalização do princípio da culpabilidade in MOCCIA, S., *El problema de la responsabilidad*, p. 531 ss.

mento regulatório do Estado. Por isso se dizer que a pena é a *ultima ratio* a que o sistema social deve recorrer para solver seus conflitos, ou seja, o Direito Penal é *subsidiário*, quando comparado a outros modos de regulação.

A complexidade do sistema social tem alertado seus componentes para a insuficiência do sistema punitivo estatal, não somente pela duvidosa eficácia da pena, mas também pelo custo (econômico) e pelas dificuldades de apuração de eventuais injustos criminais. Assim, a contrapelo das tendências expansionistas do Direito penal, várias alternativas – inovadoras ou não tanto – a ele vêm-se aperfeiçoando. Citemos algumas delas: (a) o sistema punitivo que tão bem funciona dentro do próprio Direito Civil, quando uma condenação cível de pagamento de quantia maior à equivalente à reparação do dano tem por escopo o *desestímulo* ao cometimento do ilícito (ordinariamente civil – *punitive damages*); (b) o sistema de Agências Reguladoras, que tem por meta o autocontrole, mesmo feito por parte do Estado, com alguma abertura aos representantes sociais; (c) as regras deontológicas dos órgãos de classe ou de profissão, que, na prática, podem resultar reprimendas muito mais graves ao profissional que aquelas que seriam impostas em alguns casos aos ilícitos penais; (d) os sistemas de autorregulamentação, eficazes na atuação em círculo hermético de profissionais ou empresas, que dependem estritamente do bom nome e que não se submetem a um sistema hierárquico de comando administrativo. Quando existem esses meios, o Direito penal reserva-se a atuar somente quando aqueles houverem fracassado. Essa é a subsidiariedade.⁸⁶

Decorrência do caráter subsidiariedade é o princípio da fragmentariedade do Direito Penal. Diz-se ser ele *fragmentário* porque não pode haver previsão de punição penal para *todos* os injustos. Quando uma professora primária repreende um aluno por uma travessura que ele não cometeu, ou quando um pai privilegia a educação do filho varão em detrimento da educação da filha, estão a realizar grandes injustiças. Qualquer um pode notar que suas consequências, ou, por nominá-lo assim, o *custo social* de tais injustos pode ser muito maior que, por exemplo, o furto de uma quantia em dinheiro. Não há, todavia, em qualquer dos dois atos primeiros, um injusto penal, porque este, em regra, não intervirá na justiça das relações dentro da sala de aula primária ou no seio da família. O Direito penal selecionará *alguns* atos injustos para impor-lhes punição, como o crime de *maus-tratos* se a reprimenda da professora ao aluno for extremamente severa, ou o *abandono material* se o pai negligencia por completo a criação de uma filha.

Muitos são os exemplos, entretanto, do legislador que não faz caso da fragmentariedade, e propõe que exista punição penal para cada injusto com o qual se

⁸⁶ STF: No HC 92438/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, o Supremo Tribunal Federal reconheceu tanto a subsidiariedade quanto a fragmentariedade do Direito Penal, como garantias, ao expressar que “à luz de todos os princípios que regem o direito penal, especialmente o princípio da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima, é inadmissível que uma conduta seja administrativamente irrelevante e, ao mesmo tempo, seja considerada criminalmente relevante e punível”. É no sentido desse reconhecimento, embora por vezes esses princípios não apareçam expressos, a jurisprudência que entende ser prematura a instauração de ação penal em delito tributário enquanto não esgotada a via administrativa (Nesse sentido, QO na PET 3593, Min. Celso de Mello; HC 85038, Min. Joaquim Barbosa; HC 93857, Min. Cezar Peluso; HC 97118, Min. Ricardo Lewandowski).

depara. Nessas hipóteses, se está diante do uso político do Direito penal, invocado para passar a impressão de que o estado não desatende à solução do problema.

3.4.4.3 *A exclusiva proteção de bens jurídicos e o princípio da insignificância*

Não existe previsão constitucional de que o Direito penal deva fundamental ou exclusivamente proteger bens jurídicos. Menos ainda existe a previsão de que os bens jurídicos penalmente protegidos sejam exclusivamente aqueles enunciados na Carta. A omissão do legislador constitucional justifica-se, entendemos, apenas caso se leve em conta a intenção de não renunciar à utilização da pena ou da medida de segurança como forma de controle social, na “função preventiva”.⁸⁷

Ainda assim, a proteção de bens jurídicos é uma das principais garantias de um direito penal não autoritário, como atrás já exposto. Por isso, pode-se enunciar um princípio da *exclusiva proteção de bens jurídicos*: nenhuma criminalização é legítima se não visa evitar a lesão ou o perigo de lesão a um bem jurídico determinável.⁸⁸

Embora falte à legislação previsão expressa do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, ela pode ser depreendida do texto constitucional pelos próprios mandados de criminalização, que adiante serão vistos: se a lei maior obriga a punição de lesões a alguns bens jurídicos determinados, pode-se entender que somente essa deve ser a função do Direito penal: a proteção a eles. Nada há que autorize a pena como modo preventivo de controle social, de promoção pura da paz pública. A sistemática legislativa do Código Penal conduz também à mesma conclusão: qualquer delito da Parte Especial vem sob a rubrica do bem jurídico principalmente ofendido pela conduta abstratamente descrita.⁸⁹

A exclusiva proteção dos bens jurídicos não serve apenas ao legislador, mas também ao intérprete⁹⁰ e ao aplicador da norma penal. Significa que, à ausência de lesão ou colocação

⁸⁷ Cf. MIR PUIG, S., *Derecho penal en sentido subjetivo, Introducción a las bases*, p. 111.

⁸⁸ A função de preservação do ordenamento, bem como a dificuldade de conceituação de o que seja bem jurídico em cada momento social, não desvalida esse mandato.

⁸⁹ Em trabalho monográfico, ressaltei a importância de interpretação da norma penal a partir da rubrica de cada um dos artigos, que tem de identificar o bem jurídico primordialmente tutelado. O bem jurídico enunciado pelo legislador tem de guiar a interpretação. Cf. RODRÍGUEZ, V. G., *Tutela Penal*.

⁹⁰ STF: A ementa adiante, do Supremo Tribunal Federal, demonstra recente utilização da teoria do bem jurídico na interpretação da constitucionalidade da norma penal: “*Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 10.826/2003. Estatuto do desarmamento. Inconstitucionalidade formal afastada. A proibição de estabelecimento de fiança para os delitos de ‘porte ilegal de arma de fogo de uso permitido’ e de ‘disparo de arma de fogo’, mostra-se desarrazoada, porquanto são crimes de mera conduta, que não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade*” (ADI 3.112,

em perigo de um bem jurídico, qualquer punição é ilegítima. Sobre esse conceito é que se alicerça a diferenciação entre injusto formal e injusto **material** (ou *conteúdo material do crime*). Não basta que uma conduta esteja formalmente adequada à descrição legal para que se lhe possa impor sanção: é necessário também que exista um comprovado risco ao bem jurídico ou sua lesão efetiva.

Deriva da exclusiva proteção de bens jurídicos o chamado *princípio da insignificância*. Vale dizer que o Direito penal não se deve ocupar de atos que, ainda que formalmente puníveis, não tenham minimamente colocado em risco bens jurídicos. Regressa-se, com isso, mais uma vez à mesma questão nodal: é necessário que se investigue a lesão ao bem jurídico para que se denote (ou se reconheça) a ocorrência de um crime, em sentido material? Ou, sob outra ótica, a lesão ou o risco de lesão ao bem jurídico não devem ser aquilatados quando já exista a conduta formalmente punível, tendo em vista que o ordenamento jurídico já teria sido atingido, o que por si só legitimaria a intervenção penal?

Exemplos de crimes de bagatela, em que se autorizaria aplicar o princípio da insignificância, não faltam: o comerciante que é pego passando moeda falsa que recebera em pagamento, em pouca quantidade apenas para alienar o prejuízo que teria se retivesse tais notas;⁹¹ a pessoa que utiliza um *software* pirata em seu computador pessoal (seria capaz de atingir o patrimônio da empresa detentora dos *royalties* do programa?) ou que é flagrada comprando cópia não autorizada de um DVD; o caboclo que furta pouca quantidade de milho da plantação de um fazendeiro, para consumo próprio, ou alguma cana-de-açúcar para alimentar seu cavalo, durante a viagem; o médico que, sem autorização de seu paciente, pessoa famosa, concede entrevista na televisão, dando detalhes da cirurgia a que lhe submetera, dentre outros. Há que se contemporizar, entretanto, que a impressão de que uma atitude, isoladamente considerada, não lesa o bem jurídico pode ser ilusória. Ademais, o Direito traz outras saídas para a não imposição de pena a pequenos crimes, a exemplo do estado de necessidade para o caso de furto famélico ou a inexigibilidade de conduta diversa para o internauta que procede ao *download* de uma canção, para ouvi-la privadamente, considerando-se que o arquivo estava disponível em *site* aberto a qualquer pessoa. Tal colocação não importa deixar de reconhecer que, à inexistência de mínima ofensa ao bem jurídico, o Direito penal tem de retrair-se.

Quando se procura um verdadeiro Direito penal do fato, e não a persecução ao autor, há que se considerar que, por mais mutáveis que possam ser os bens jurídicos na sociedade contemporânea, a pena somente pode ser aplicada como reação a um delito de conteúdo *material* evidente. Se assim não fosse, teríamos a

Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 2-5-07, DJ de 26-10-07). No mesmo sentido: ADI 3.137, ADI 3.198, ADI 3.263, ADI 3.518, ADI 3.535, ADI 3.586, ADI 3.600, ADI 3.788, ADI 3.814, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 2-5-07, Informativo 465. Julgados dessa natureza são relevantes para chegar à meta postulada por Roxin, de que se considerem nulas as normas penais que não protejam bens jurídicos (Cf. *Derecho Penal* – PG, p. 63).

⁹¹ STF: Sobre a impossibilidade de se invocar o princípio da insignificância no caso de moeda falsa, vide STF HC 93251/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski. O mesmo relator, entretanto, não descarta a invocação genérica do princípio, reconhecendo-o no voto do HC 92346: “Admite-se, em tese, a atipicidade da conduta quando não adequada aos postulados materiais da norma penal incriminadora”. No mesmo sentido, HC 83256/CE, rel. Min. Joaquim Barbosa.

sanção apenas como uma garantidora de meras expectativas de comportamento, ou seja, de atos apenas *formalmente* danosos, porque assim previstos em lei. Mas essa *mínima* ofensa ou colocação em risco ao bem jurídico deve ser aquilatada caso a caso, principalmente nos novos delitos contra direitos supraindividuais, em que a antecipação da tutela penal é muitas vezes vontade do próprio legislador constituinte.

3.4.4.4 A proporcionalidade

Para abordá-la, dois sentidos devem ser diferenciados:

3.4.4.4.1 Primeiro sentido: a pena como proporcional ao delito

Não basta que a pena seja atribuível à pessoa, por ato reprovável seu. É necessário que a pena seja *proporcional* ao delito. A ideia de pena proporcional ao delito, que hoje nos soa natural, foi quase revolucionária ao tempo do Iluminismo e – como já visto – constituiu um dos mais eloquentes trechos do então ousado discurso de Beccaria. Esse princípio é revitalizado por autores contemporâneos, como Reale Jr., que define a proporcionalidade como “uma relação de correspondência de grau entre o mal causado pelo crime e o mal que se causa por via da pena”.⁹²

Tanto na cominação quanto na aplicação da pena, o fator da proporcionalidade não é de simples aferição. Interessa-nos, aqui, mais a reprimenda tal qual é *cominada*, porque os critérios de sua individualização não são objeto deste volume. Para a devida cominação das penas, ao menos dois elementos devem guiar o legislador: (a) *qual* o bem jurídico ofendido e (b) *em que medida* essa ofensa ocorre.

É mais simples compreender a proporcionalidade entre delito e pena cominada quando se trata do segundo elemento – a medida da ofensa do bem jurídico. Uma conduta que, por exemplo, denota o desprezo pelo bem jurídico *vida* por simplesmente expô-lo a risco abstrato, como o disparo de arma de fogo ou a direção perigosa, não pode ter reação estatal tão severa quanto um delito que ofende diretamente o mesmo bem, a exemplo do homicídio.

Quando a proporcionalidade envolve comparação entre bens jurídicos diversos (a), entretanto, a tarefa se faz complexa.

⁹² REALE JR., M. *Instituições*, v. I., p. 29. Também Maurach: “Con estos efectos de la pena, deben pues guardar la debida proporción sus presupuestos; en relación no sólo a la exigencia, ya tratada, de la más estricta proporcionalidad entre culpabilidad y expiación, sino, especialmente también, respecto a la fijación y delimitación del comportamiento punible”. MAURACH, R., *Derecho Penal*, v. I, p. 111.

Porque não existe critério lógico – exceto relação de contingente e conteúdo – que implique a valoração entre bens jurídicos diversos, para que sirvam de base para a cominação de penas. Em geral, o critério é inverso: a partir da pena cominada é que se permite descobrir valoração que o legislador concedera ao bem jurídico. Afinal, a pena deve ser proporcional a esse valor.

Em outras palavras: existe um critério objetivo de hierarquia de bens jurídicos? Ao menos sob a ótica penal, a Constituição não parece fornecer esse critério,⁹³ até porque seria quase inviável fazê-lo. A tarefa afigura-se impossível por si mesma: qual bem jurídico deve ser tutelado pelo Estado com maior ênfase: a vida de um ser humano ou a de um espécime de baleia em vias de extinção? O impacto ambiental da morte do homem seria muito menor que a do animal; de outro lado, a vida humana é o centro de toda a legislação. O que merece maior reprimenda: um crime sexual, que pode destruir quase por completo a *psiqué* da vítima, ou um delito de desvio de recursos públicos, capaz, de, por exemplo, ser causa da morte de várias pessoas que não são atendidas pelos serviços públicos cujo financiamento se inviabilizou?

A chave da questão está em que a importância do bem jurídico envolve diversos critérios de natureza econômica, ideológica e moral, dentre outros. Novos problemas como a degradação do meio ambiente valorizam bens jurídicos de essência supraindividual, que há poucas décadas não reclamavam a intervenção do Direito penal;⁹⁴ de outro lado, fatores como a moral pública sexual perderam sua importância (motivo pelo qual o legislador não deve descuidar do processo de descriminalização).

A pena tem de ser proporcional ao bem jurídico ofendido. Em se tratando de cominação, entretanto, o legislador deve estar sempre atento às alterações de valores dos bens jurídicos.⁹⁵

⁹³ Caso a ordem de aparição dos valores, na CF, significasse hierarquia em sentido estrito, dir-se-ia que a soberania nacional está acima da dignidade da pessoa humana (art. 1º), como também que a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva é mais relevante que o princípio da legalidade (art. 5º, incisos VII e XXXIX, respectivamente). Não se trata, obviamente, de afirmar que a ordem de aparição é aleatória. Sobre o tema, nota Sternberg: “[...] hay que protegerse de la ilusión según la cual de la Ley Fundamental pueden extraerse instrucciones concretas para los casos de duda, en lugar de principios generales. El orden de valores [Wertordnung] confirmado por la parte dogmática de la Constitución ofrece protección contra la conductas lesivas de tercero. Sin embargo, esta pretensión de protección, que ha de ser desarrollada por el Estado, se limita en cuanto a su fuerza directiva del legislador claramente por detrás de la función de defensa frente al poder estatal que cumplen los derechos fundamentales”. STERNBERG-LIEBEN, D., *Bien jurídico*, p. 107.

⁹⁴ A observação é de MOCCIA, S. *El Derecho Penal entre Ser*, p. 185-186.

⁹⁵ A título de conclusão, é importante notar que a inconstância dos bens jurídicos não significa para nós, ao contrário de outros autores, argumento para que o Direito penal dele se desvincule.

3.4.4.4.2 Segundo sentido: a necessidade de justificação para a constrição de um direito fundamental

A proporcionalidade assume, em relação ao Direito Penal, um segundo sentido, que se afigura mais controverso atualmente, embora não necessariamente mais importante. Se a pena implica, compulsoriamente, a constrição a um direito fundamental do indivíduo – direitos que são garantidos na Carta –, tal constrição apenas se legitima caso ocorra em nome de outro princípio ou direito fundamental, do cidadão ou da coletividade.

Trata-se de um princípio de hermenêutica da Carta Magna, que por sua vez interfere na dogmática penal. O reconhecimento, pela Lei Fundamental, de um leque cada vez maior de Direitos, ao lado da superação do Positivismo – de que já se tratou –, colocou em evidência a garantia dos direitos como um cálculo binário de sim e não.⁹⁶ Longe de haver um único plano de Direitos, com uma fronteira linear segura e unidimensional, os Direitos Fundamentais e Princípios interferem-se uns em outros, invadem-se e se sobrepõem.

O princípio da proporcionalidade é, atualmente, de grande utilização “em uma situação em que há conflito entre princípios, ou entre eles e as regras”,⁹⁷ implicando a “proibição de intervenções ou limitações não adequadas ou desnecessárias de um direito fundamental efetuadas pelo legislador”.⁹⁸ Sua principal utilidade é resolver os dilemas da interpretação constitucional, “representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma posição que ocupam na hierarquia normativa, preconiza-se então um ‘princípio dos princípios’, que determina a busca de uma ‘solução de compromisso’, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo aos outros”.⁹⁹ Assim, porque representa grande parte do conteúdo de fundamentação nos conflitos entre direitos fundamentais, não se pode aqui deixar de analisá-lo, mesmo que se possa compreendê-lo, afinal, como apenas (embora não seja pouco) uma regra (em sentido lato) hermenêutica, um lugar argumentativo.

O Princípio¹⁰⁰ da Proporcionalidade foi enunciado pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Alemão. Embora algum doutrinador aponte que sua origem está fincada no Direito administrativo, “onde ele estabelece limite à atividade normativa da administração

⁹⁶ Daí lembrar Perelman que “os problemas humanos não podem reduzir-se a problemas formais” e “as tentativas de construir sistemas filosóficos *more geometrico* acabaram por redundar até agora em fracassos, fosse qual fosse a genialidade de seus autores”. PERELMAN, C. *Ética e Direito*, p. 365.

⁹⁷ GUERRA FILHO, W. S. *Sobre o princípio*, p. 241.

⁹⁸ LOPES, A. M. D., *Os direitos fundamentais*, p. 22.

⁹⁹ GUERRA FILHO, W. S., *Princípio da proporcionalidade e Teoria*, p. 197.

¹⁰⁰ Invoca-se a diferenciação que faz CANOTILHO entre princípios e regras, mesmo correndo-se o risco de algum reducionismo, uma vez que o jurista discorre muitos outros fundamentos para estabelecer a dicotomia. Segundo o autor lusitano, “Regras – insista-se nesse ponto – são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (direito definido) [...] Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de ‘tudo ou nada’; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a ‘reserva do possível’, fáctica ou jurídica”. CANOTILHO, J. J. G., *Direito constitucional*, p. 1241.

pública”,¹⁰¹ claro está que grande parte de sua consolidação deveu-se à sua aplicação ao Direito penal.¹⁰² O aludido princípio busca, *grosso modo*, o maior respeito possível a todo direito fundamental, quando este se encontra em conflito com outro ou outros, o que leva Guerra Filho a afirmar tratar-se de um princípio de “otimização” dos direitos fundamentais.

Grande parte da doutrina faz uma tripartição do princípio da proporcionalidade em requisitos diversos, abaixo enunciados:

a) Adequação ou idoneidade. Esse requisito aponta para o fato de que a intervenção deve ser adequada ou idônea para o fim que se propõe, “que no es otro que el reconocido por la norma constitucional que le dota de cobertura”.¹⁰³ Bonavides identifica, em sentido muito semelhante, esse princípio como a “pertinência ou aptidão” (*Geeignetheit*), em que se examinam “a adequação, a conformidade ou a validade do fim”.¹⁰⁴ Isso significa que a medida deve ser válida para alcançar o fim desejado, pois, caso não o alcance, passa a ser desproporcional.

b) Necessidade ou Indispensabilidade. Esse segundo requisito aponta para a escolha do meio menos danoso para a consecução do fim desejado. Ou, se possível, deve-se alcançar a mesma finalidade sem causar dano algum.¹⁰⁵ Sobre esse elemento (*Erforderlichkeit*), Bonavides lembra que alguns autores identificam-no como a proporcionalidade propriamente dita, porque importa na opção pelo menor dos males.¹⁰⁶

c) Ponderação. Este sim é, para a maioria dos autores, considerado o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Levando-se em conta que há conflitos entre princípios, *ou entre princípios e regras, deve-se preservar ao máximo cada um deles. Isso faz com que a escolha da melhor alternativa recaia “sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem em conta o conjunto de interesses em jogo”*.¹⁰⁷ Será ilegal o meio utilizado para alcançar determinado fim, se não for mínima a compressão que faça a um dos direitos sacrificados. A preservação da dignidade da pessoa humana, por mais que outros princípios possam ser comprimidos, nos limites da razoabilidade, é essencial.

O princípio da proporcionalidade não está inscrito na Constituição pátria, ao contrário do que ocorre com outras legislações, a exemplo da Constituição Portuguesa. Há quem a ele conceda tamanha relevância, como o faz Guerra Filho, que, alçando-o ao *status* de “princípio

¹⁰¹ MELLO, C. D. de A., *Curso de Direito Internacional*, p. 100. No mesmo sentido, cf. BONAVIDES, P. *Curso de Direito*, p. 407.

¹⁰² “O *Bundesverfassungsgericht* manifestou-se em diversas oportunidades sobre a adequação de imposição de uma pena em certos casos individuais, apreciando o uso correto da discricionariedade pelo juiz, ao estabelecer a gravidade do delito e a culpa do autor. Já o direito processual penal foi considerado por aquela Corte como ‘direito constitucional aplicado’, o que exige dos juizes o respeito da proporcionalidade ao aplicarem as medidas coativas de acordo com o ordenamento processual penal, havendo, mesmo, diversos artigos onde esse princípio estaria implícito”. GUERRA FILHO, W. S. *Sobre o princípio*, p. 247.

¹⁰³ ESCOBAR ROCA, Guillermo. *Introducción*, p. 116.

¹⁰⁴ BONAVIDES, P. *Curso de Direito*, p. 396.

¹⁰⁵ “Cuando existan dos o más medios, todos ellos constitucionalmente legítimos, para la consecución del fin que justifica la intervención, deberá optarse por el menos dañoso para el derecho intervenido. Es más, si puede conseguirse la misma finalidad sin afectar a derechos, deberá seguirse esa opción”. ESCOBAR ROCA, Guillermo, *Introducción*, p. 116.

¹⁰⁶ BONAVIDES, P. *Curso de Direito*, p. 397.

¹⁰⁷ *Idem*, p. 398.

dos princípios”,¹⁰⁸ encontra-o em vigor em nossa legislação por força do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, que dispõe que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”.¹⁰⁹ A opção do legislador constitucional por omitir-se nessa enunciação talvez tenha sua razão, caso se entenda tratar-se não de um princípio em si, mas de uma fórmula hermenêutica que dispensa alicerce legislativo.

Não há como negar que, neste último sentido, o vínculo é por demais estrito entre a *proporcionalidade* e a *aferição de constitucionalidade* de uma norma penal.¹¹⁰ Daí que a invocação do princípio da proporcionalidade se deve restringir a tais hipóteses de controle, seja ele difuso ou concentrado – ou seja, na interpretação ou aplicação da norma constitucional.

3.4.5 Dispositivos Criminalizadores da Constituição

As garantias dos direitos fundamentais, que aparecem na Constituição, fazem-na um instrumento limitador da ação do Estado contra o cidadão. Nesse sentido, um texto constitucional de inspiração democrática tem de permear-se da ideologia de que deve ser mínima a intervenção penal. O legislador moderno há de perguntar-se constantemente qual o patamar mais baixo de pena (e criminalização) para manter o comportamento humano em níveis aceitáveis.¹¹¹

Mas ao eventual afã de minimalização do legislador penal também há freios, pois a Constituição optou por fixar alguns patamares, abaixo dos quais a intervenção penal **não** se pode reduzir. Trata-se de uma opção política, anteriormente analisada. Apenas a título expositivo, abaixo selecionamos essas determinações.

Art. 5º

XLII – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLIII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIV – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como

¹⁰⁸ GUERRA FILHO, W. S. *Princípio da proporcionalidade e Teoria*, p. 205.

¹⁰⁹ Em outro trabalho, o mesmo autor manifesta a insatisfação pelo fato de o aludido princípio não ter sido inserto na Constituição, ao tempo de sua elaboração: “No momento em que passou a vigorar entre nós uma nova Constituição, deu-se oportunidade excelente para se reconhecer a vigência do princípio da proporcionalidade, vindo ao encontro dos reclamos da sociedade brasileira por uma ordem sociopolítica equitativa”. GUERRA FILHO, W. S., *Sobre o princípio*, p. 249.

¹¹⁰ Cf. BUNZEL, Michael, *La Fuerza del Principio*, p. 155.

¹¹¹ A consideração parece evidente mas não é. O patamar *máximo* de controle social parece não ter limites. As ditaduras extremistas demonstram-no à exaustão.

crimes hediondos, por ele respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

X – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa.

225, § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

227, § 4º A lei punirá severamente o abuso, a **violência** e a exploração sexual da criança e do adolescente.

São os chamados *mandatos de criminalização*, de que nossa Constituição faz pouco comedido.¹¹² Das várias questões que o tema dos mandatos de criminalização pode suscitar, neste ponto vale a observação de que ao legislador constituinte não bastou a proteção do cidadão contra o poder do Estado; também tem o Estado de cuidar da mínima proteção de bens jurídicos.¹¹³

Os adeptos do Direito Penal Mínimo divergem da pretensão constitucional: se é dever da Carta a proteção dos Direitos Fundamentais, não parece necessário que ela obrigue a tutela de alguns deles *via imposição de pena*. Em nossa opinião, a divergência é procedente, mas não de modo genérico – apenas na casuística nacional. Conquanto seja razoável pugnar por que não exista um Direito Penal inflado pela Carta Magna, não entendo ser de todo vedado ao legislador constituinte impor, muito pontualmente, a criminalização de condutas. Em alguns casos, ela funciona como meio inequívoco de garantia, pois pode fixar as bases do Estado que está sendo constituído (a exemplo da criminalização da tortura, no caso da CF 1988)¹¹⁴ e, nesse sentido, o mandato de criminalização – ainda que pareça paradoxal – pode refratar o sentido garantista da Carta. Entretanto,

¹¹² A observação é de Mendes e outros: “É inequívoco, porém, que a Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo ‘catálogo’ de mandatos de criminalização que se tem notícia”. MENDES, G. F., *Curso de Direito*, p. 585.

¹¹³ STF: Leia-se trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, na ADI 3112/DF (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 2.5.07): “Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbote*), mas também podem ser entendidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*)”.

¹¹⁴ Para nós está evidente que, não fosse a determinação constitucional de persecução à tortura, até hoje estaríamos diante do vazio legislativo desse crime. Era, como foi, legítimo ao constituinte impor o castigo penal a essa espécie de violência (tortura), cuja ausência de tipificação penal denotava um evidente desprezo ao Estado Democrático de Direito. Ocorre que, no caso específico da tortura, a determinação de criminalização implica uma vez mais a ordem de *contenção* do próprio Estado, pois sua concepção abstrata conota a violência cometida por um *agente* do Estado contra um cidadão.

no caso nacional, ela não raro implicou um sentido simbólico, ou que se afasta da técnica penal estrita.

São os casos da prescrição de punição penal da pessoa jurídica e dos que poderiam evitar o resultado nos casos de crimes hediondos e assemelhados:¹¹⁵ no louvável afã de proteger bens jurídicos de essencial importância, colocaram em risco princípios basilares do Direito penal (culpabilidade e a regra geral de não punição da omissão).

Mais emblemático ainda é o dispositivo que determina a punição severa do abuso, da violência e da exploração sexual do adolescente. Não apenas porque, da forma como redigido, o cânone proclama a punição da violência *praticada pelo* adolescente, e não a punição da violência efetuada *contra* ele.¹¹⁶ Mas, principalmente, porque o advérbio *severamente*, ali inscrito, revela uma locução única em toda nossa legislação, que denota a opção do legislador pela pena-castigo. Seria o momento de questionar-se quais os limites de consideração da pena como severa, e se estão revestidos de inconstitucionalidade todos os delitos que não contêm uma agravante específica no caso de abuso ou violência contra o adolescente – como ocorre com o mais grave dos delitos dessa natureza, o homicídio.

Em vários outros dispositivos, a Constituição impõe a definição de crimes de responsabilidade.¹¹⁷ Estes, entretanto, não obstante sua denominação, não têm natureza criminal. Trata-se de sanções de natureza político-administrativa, que atingem homens públicos que ocupem os cargos de Presidente da República; Ministros de Estado; Ministros do Supremo Tribunal Federal; Procurador Geral da República, dentre outros. Estão definidos pela Lei 1.079/1950 e pela Constituição Federal.

3.5 A interpretação diante de outras fontes normativas

A hierarquia normativa coloca acima da norma federal, única que pode legislar sobre a matéria, apenas a Constituição. Mas a organização social, surpreendida pela velocidade do avanço tecnológico,¹¹⁸ vivenciou vários fenômenos mais

¹¹⁵ Neste volume não cuidamos especificamente da responsabilidade penal da pessoa jurídica, dentre outros motivos porque, ao menos de momento, não o cremos integrado a uma teoria nuclear do delito, conquanto conste na lei. Existe, entretanto, boa teoria nacional sobre o tema, inclusive em Manuais, como o de Régis Prado.

¹¹⁶ É o caso gramatical de *dupla regência*.

¹¹⁷ Art. 29-A, § 2º e § 3º; art. 50, *caput* e § 2º; arts. 85 e 86; art. 100, § 6º; art. 167, § 1º, todos da Constituição Federal.

¹¹⁸ Veja-se como Konstantinos Karachalios, figura de proa do grupo de “construtores de cenários”, que estudou o futuro no Escritório Europeu de Patentes, define a questão: “Se você considerar o progresso tecnológico realizado no ano 2000 como uma ‘unidade de tempo tecnológico’, então calcula-se que o século 20 teve, ao todo, 16 dessas unidades. Todo o século 20 é equivalente a apenas 16 anos do progresso tecnológico medido pelo ano 2000! Levando em conta esse efeito de aceleração, você

intensamente, dois dos quais para o presente tema se destacam: a globalização e a especialização da técnica e da ciência.

O fenômeno da globalização tem abalado a antiga ideia de soberania dos Estados e, não fosse o recrudescimento das questões ambientais e da escassez de energia, talvez até a ideia de *território* estaria comprometida. Em conjunto, as antigas nações soberanas formam cada vez mais entes de coligação, que tomam decisões colegiadas, legislam e recomendam, comprometendo a supremacia jurídica.¹¹⁹ Com a especialização da técnica, por sua vez, a sociedade acomoda-se mediante a criação de entidades de classe, de profissão, que traçam normas de conduta, de autorregulação, ou sistemas sancionadores próprios, sujeito à vigília do Poder Judiciário somente de modo indireto, a alcançar a aquilo que Dallari denomina o *direito semipúblico*.¹²⁰

3.5.1 A interpretação das normas internacionais

Fontes como as Declarações da ONU, da Unesco, a jurisprudência das Cortes Internacionais, com a conquista da universalidade do Tribunal Penal Internacional,¹²¹ consagradamente são elementos que interferem na interpretação e aplicação do Direito penal. Há que diferenciar, entre eles, as recomendações que caracterizam *soft law*¹²² e aquelas que constituem tratados firmados pelo país, que chegam ao *status* de norma obrigatória e vinculante (*hard law*).

poderia imaginar quantas unidades de tempo tecnológico nós e nossos filhos vamos experienciar durante o século 21? Aparentemente, haverá mais do que 100, mas você pode imaginar quanto? Bem, se você simplesmente extrapolar a tendência atual, assumindo que não ocorrerão desastres em larga escala e a longo prazo, pode ser que tenhamos de lidar com um progresso tecnológico equivalente a 25 mil anos dentro de duas gerações". SANTOS, L. G. dos. *A avalanche tecnológica*, p. H6.

¹¹⁹ PÉREZ LUÑO, A. E. *La tercera generación*, p. 53.

¹²⁰ "Na época atual a realidade é outra. As atividades públicas e privadas se interpenetram de tal maneira que o Estado, frequentemente, utiliza técnicas jurídicas anteriormente exclusivas do direito privado, enquanto os particulares, por seu lado, agem, cada vez com maior frequência, segundo as regras tradicionalmente consideradas como de direito público. [...] Perguntam se não seria o caso de falar em um direito 'semipúblico', abandonando a dicotomia tradicional". DALLARI, D. de A. *O futuro do Estado*, p. 64.

¹²¹ Este é tema do próximo capítulo.

¹²² O Prof. Guido Soares notava que existem fontes do Direito internacional não incorporadas pelo Estatuto da CIJ, é de se considerarem como fontes do Direito as normas expedidas pelas organizações internacionais interestatais, de vocação universal (a ONU e suas Organizações Especializadas) (p. 385). Entretanto, mostra-se cético em relação a um conceito de *soft law* já cristalizado: "De nossa parte, acreditamos que o confronto conceitual entre *soft law* e *hard law* (este, a norma constante dos tratados ou convenções internacionais em devida forma, ou *executive agreements*) não esteja suficientemente amadurecido, para merecer um tratamento rigoroso quanto à efetividade de um outro tipo de norma; posto isso, acredita-se que aquela oposição, bem como outra, *soft responsibility* e *hard responsibility*, sejam mais um recurso de retórica". SOARES, G. F. S. *Direito Internacional do*

Como fonte não formal de Direito, em contraposição aos tratados e convenções internacionais, a *soft law* não é juridicamente vinculante à falta de instrumento de responsabilização pelo descumprimento de seus preceitos.¹²³ Daí afirmar-se que “o caminho mais comum para construir a definição de *soft law* parte do confronto entre esses instrumentos e os tratados e convenções internacionais. Da contraposição desses dois tipos de instrumentos emerge como elemento distintivo a noção de ‘juridicamente vinculante’; por meio da ratificação de um tratado ou convenção, as partes contraem obrigações jurídicas e podem ser responsabilizadas pela violação ou não cumprimento, o que não ocorre quando adotam um instrumento *soft law*”.¹²⁴

Ainda que não *constituam* fontes formais do Direito Internacional, a *soft law* é instrumento de Hermenêutica. Elas constituem recomendações que via de regra são acatadas pela comunidade internacional e trazem consigo duas vantagens: a de significarem um pronunciamento legítimo sobre o que não raro as legislações nacionais não trazem *qualquer dispositivo*, porque abordam temas recentes; a de orientarem a produção legislativa nacional (daí os mecanismos de *soft law* criarem expectativa de criação de novos direitos).

Esses instrumentos acabam-se incorporando à hermenêutica jurídica, principalmente pela dificuldade – atrás já abordada – de regulamentação legal interna acerca de todos os temas que a demandam. A incorporação desses instrumentos de *soft law* à aplicação do Direito penal, portanto, não é rara: em trabalho anterior de nossa autoria, comprovamos a importância desse mecanismo não vinculante para, por exemplo, nortear a interpretação das regras de armazenamento de dados genéticos. Com o maior protagonismo do Brasil nos organismos internacionais, que agora se vislumbra, esse tipo de regulação poderá vir a ser mais corriqueiro.

3.5.1.1 Os tratados internacionais que o Brasil se obriga a cumprir

Situação bastante diversa está nos mecanismos de *hard law* internacional. Para o Direito Penal, aparecem especialmente os tratados sobre Direitos Humanos que o Brasil se obriga a cumprir.

meio ambiente, p. 198. Em outro trabalho, complementa: “O que se pode afirmar sobre a realidade da *soft law* é tratar-se de um conceito em gestação. A grande dificuldade para seu estudo deriva do fato de o fenômeno situar-se num domínio a meio caminho entre a política internacional e o direito internacional. Na política internacional, ou como é igualmente conhecida tal ciência, relações internacionais, dada sua grande criatividade em conceitos e vocábulos, os cuidados com exatas denominações e formalismo são mínimos”. SOARES, G. Fernando S. *A proteção internacional*, p. 94.

¹²³ Como consequência de sua não coercitividade, aparecem algumas peculiaridades linguísticas, como as *recomendações* que vêm em lugar das obrigações, e dos princípios em lugar das regras.

¹²⁴ MACHADO, M. R., *Internacionalização do Direito Penal*, p. 471.

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição, que ora dispõe:

“§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

O dispositivo, em termos de garantia dos Direitos Fundamentais, é preciso aos tratados e convenções, tramitado o devido processo legislativo, o *status* de norma constitucional. Para o aplicador/intérprete da norma penal, surge a facilidade de poupá-lo de qualquer questionamento sobre a natureza jurídica dessas normas, porque são positivas constitucionais.¹²⁵

Ainda assim é inevitável questionar sobre a natureza jurídica dos tratados internacionais de Direitos Humanos que estejam sob a seguinte situação jurídica: (a) seus dispositivos não são substancialmente inscritos na Constituição; (b) foram firmados pelo Brasil antes da Emenda Constitucional nº 45 (ou seja, à ausência do *quorum* qualificado que lhe confere a força jurídica de Emenda – art. 5º, § 3º, da CF). Sobre essa questão é paradigma o RE 466343 – SP, julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em 3.12.08.

[O julgado cuidou da prisão civil por dívida, especificamente a do depositário infiel. Enquanto o texto Constitucional a previa como legítima, tratados internacionais, anteriores à atual Constituição, proibiam-no.¹²⁶ A conclusão final do julgamento foi a de vedar aquele tipo de prisão civil, dando primazia ao texto do Tratado Internacional, para além da permissão da Carta Magna. Isso porque não há que se discutir, como afirmou a Ministra Ellen Gracie, a importância dos Tratados de Direitos Humanos no mundo globalizado. Divergência houve, sim, no Plenário, quanto à natureza jurídica daquele tratado não expressamente tramitado como se Emenda Constitucional fora: teriam *status* constitucional ou seriam norma de natureza supralegal? Venceu, por maioria, esta última tese, sob o principal argumento que a equiparação dos tratados a normas constitucionais, sem a forma definida pelo art. 5º, § 4º, da CF, colocaria em risco a segurança jurídica.]

Ao aplicador da norma penal vale, sempre, ressaltar que esses mecanismos de *hard law*, ao cuidar de Direitos Humanos, transformam-se em obrigação assumida pelo Estado a seus próprios súditos, mais uma vez funcionando como limite à sua ação. Para tanto, não escapou ao legislador constitucional originário a assertiva de

¹²⁵ Vide J. A. da Silva, que destaca o descabimento de questionar o valor jurídico de normas que já se cristalizam no texto constitucional. Ao mesmo tempo, o autor rechaça o valor supraconstitucional e supraestatal da norma sobre direitos fundamentais. SILVA, J. A. da, *Curso de Direito*, p. 179-180.

¹²⁶ STF: O voto, no caso, do Min. Celso de Mello lembrou o Pacto de São José da Costa Rica sobre Direitos Humanos, ratificado pelo Brasil em 1992, art. 7º, § 7º apenas excepcionando o caso da prisão alimentícia; anotou também o art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, da ONU, ao qual o Brasil aderiu em 1990; também a Declaração Americana dos Direitos da Pessoa Humana, firmada em 1948, em Bogotá (Colômbia), com a participação do Brasil.

que os direitos e garantias individuais do art. 5º são suplementados pelos tratados internacionais (art. 5º, § 2º, CF).

3.5.2 As normas deontológicas como princípios de interpretação

A especialização profissional demandou a positivação de normas éticas de várias atividades. Em geral, as profissões com maior organização dispõem de mecanismos de Direito administrativo sancionador, a fim de – em um sistema parecido ao penal, porém com regras menos rígidas e normas havidas apenas *interna corporis* – castigar infrações a normas éticas.

O Direito penal não aplica sanções deontológicas, mas o aplicador/intérprete da norma penal colhe nas regras do exercício da profissão valorosas informações para aquilatar elementos como o dolo ou a culpa, além da existência de antijuridicidade (veja, por exemplo, elementos como *revelação de segredo profissional “sem justa causa”*, como elemento normativo do tipo. Eles são divergentes se comparados à luz do Código de Ética Médica e do Código de Ética de Enfermagem. Também em relação ao Código de Ética do Psicólogo, a interpretação será distinta).

Façam-se aqui duas considerações. Primeira, a que o juiz penal não pode aplicar sanção deontológica, mas pode determinar, como pena, a “proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público” (art. 47, II, do CP). Trata-se de uma das modalidades de pena restritiva de direito.

Entretanto, e aí está a segunda consideração, o legislador penal, já convencido da eficácia dos procedimentos disciplinares autárquicos, tem inserido na lei a obrigação de o juiz comunicar eventual condenação havida em virtude de *mau* exercício profissional ao órgão disciplinar competente, exterior a sua alçada. É o caso do art. 39 da Lei 11.343/2006, que obriga o juiz a comunicar a condenação “ao Conselho Federal da categoria a que pertença o agente”. Nesse caso específico, há que se questionar da legalidade do artigo, diante dos princípios de Direito Penal. Desde já não concordamos com o posicionamento de que qualquer procedimento administrativo sancionador represente dupla punição,¹²⁷ mas neste caso nos parece um tanto duvidoso.

Porque a condenação penal, embora não vincule Conselho Federal competente,¹²⁸ por certo o influenciará sobremaneira. Não se encontra uma natureza jurídica concreta nessa comunicação, ressalvado o desejo de que *uma nova punição* ocorra, desta vez em outra seara. Observe-se que, no dever judicial de comunicação de que aqui se cuida, já existe um réu condenado, ainda que não em definitivo. Ademais, a lei não obriga que se remetam cópias dos autos, mas apenas a sentença, o que permite confirmar que sequer tem como escopo a colaboração com as provas. A isso se acrescenta o fato de a lei alocar tal obrigação como parágrafo único, em sequência imediata à cominação da pena.

No caso concreto, uma otimista hipótese seria a de que a intenção da lei, nessa obrigação de comunicação, seria a de *evitar uma segunda punição* ao réu, tendo em vista que já recebera

¹²⁷ Mas há que se reconhecer que Zaffaroni é eloquente ao nominar tais sanções de “penas con otro nombre”, pugnando por sua inconstitucionalidade. ZAFFARONI, E. R., *Manual*, p. 114.

¹²⁸ Acerca de conflito aberto entre a posição do Judiciário e a de um Conselho profissional Federal, no caso o de Medicina, vide nosso *Sigilo Médico*, p. 391-413.

a sanção criminal. Entretanto, fosse esse o intuito da norma, entendemos que a lei o teria enunciado sem qualquer dificuldade de expressão.

Normas deontológicas, regras, protocolos, decisões e pareceres dos órgãos de autorregulamentação, dentre outros, não constituem normas criminalizadoras, mas são fontes infraestatais que podem carregar de sentido a norma penal.

3.6 Conclusão

As imperfeições ínsitas à língua natural, as diferentes épocas em que os diversos fragmentos da norma vão sendo construídos, a capilaridade das relações exofóricas e endofóricas do ordenamento transformam a interpretação da norma penal em tarefa rica e, por algum modo, árdua. A tendência (ou reação) natural desse processo de ganho contínuo de complexidade encontra-se na centralização da interpretação constitucional. Mas nem a Constituição é remédio para todos os males, nem se pode dizer que a melhor interpretação jurídica é a do Tribunal Constitucional apenas porque é o hierarquicamente mais elevado.¹²⁹

Na prática, sabemos que não existe um texto superior a outro, em termo de eficácia: um réu pode ganhar sua liberdade tanto por conta de um texto do art. 5º da Constituição quanto por uma certidão manuscrita, de um serventário da justiça, dando conta de alguma data de publicação de sentença. O mais corrente, no entanto, é que sua liberdade dependa dos dois textos em conjunto. Digo isso apenas para demonstrar que a integração de toda norma, suas constantes referências e remissões, mesmo quando muito implícitas, são a regra maior da hermenêutica. A tal tarefa algumas regras auxiliam, mas não solvem todos os problemas. Argumentação caso a caso – tendo em vista a não formalidade da lógica jurídica – será sempre imprescindível.

¹²⁹ Nesse sentido, a fusão que existe no Brasil entre Tribunal Supremo e Tribunal Constitucional suprapenal, mas não é tema de nossa abordagem.

Fundamentos de Direito Penal Brasileiro

Este livro expõe a matéria básica do Direito Penal e, a partir daí, suas principais teorias e controvérsias, com coerência para a melhor compreensão: Ciência do Direito Penal e Desenvolvimento da Dogmática, Interpretação das Normas Penais (com especial ênfase na hermenêutica constitucional), Internacionalização do Direito Penal, Tipicidade e suas questões nucleares (dentre elas a imputação objetiva); Antijuridicidade e suas excludentes; Culpabilidade e Erro, além de capítulos exclusivos para delitos omissivos e culposos.

Trata-se de um livro idealizado para dar ao leitor uma noção completa do núcleo do Direito Penal, de acordo com a lei brasileira. Um programa desenvolvido **metodologicamente** para tratar, passo a passo, dos temas necessários àquele que pretende conhecer e se aprofundar no Estudo do Direito Penal. Idealizado para graduação (Direito Penal – Parte Geral) e pós-graduação, na área do Direito Penal. A estrutura da obra permite que o estudante escolha entre a **leitura elementar** ou **leitura aprofundada**, conforme consta da metodologia.

Aos professores, é apresentada a **concepção metodológica** da obra, visando principalmente a aplicação da disciplina de Lei Penal e Teoria do Crime na Pós-Graduação. Ao profissional, é fornecida análise **jurisprudencial do STF**.

Aplicação

Livro-texto para a disciplina *Direito Penal* dos cursos de graduação ou de pós-graduação em Direito. Leitura complementar para as disciplinas *Teoria do Crime* e *Teoria do Direito Penal*. Obra de relevante interesse para os operadores do Direito que atuam com Direito Penal.

publicação atlas

www.EditoraAtlas.com.br

