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

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

§ 8:

Princípios básicos do direito penal

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

1 Analogo y naturaleza de la cosa, Santiago, 1976, p. 48.
possia elaborar-se o direito penal de um estado de direito democrático.

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

O que, inicialmente, reuniu esses princípios básicos, de origem, estrutura e objeto tão diversificados, foi sua natureza axiomática e a amplitude de sua expansão lógica. Quanto ao primeiro aspecto, é comum serem referidos como “postulados” ou “dogmas fundamentais”. Com efeito, não são eles dedutíveis logicamente de quaisquer outros e tampouco demonstráveis. Sua larga aceitação, que a progressiva conquista histórica sedimentou, e as negações frontais episódicas (como no direito penal da segurança nacional) ou dissimuladas permanentes (como no desempenho do sistema penal nas sociedades de classes) só fazem aviventar, confere-lhes, a despeito de seu cunho prescrito, um cariz de opiniões acreditadas e verossímeis (endoxa), no sentido aristotélico retomado por Viehweg, que os habilita a funcionar como premissas arbitrariamente tomadas, a partir das quais, contudo, no esclarecimento e reconstrução das normas jurídicas, se podem estabelecer articulações lógicas. De fato, “não há crime sem lei anterior” é uma proposição cuja conveniência política e cuja densidade moral são amplamente aceitas tanto pelo homem comum quanto pelo especialista, embora seja possível construir um direito penal sobre um princípio oposto — como fez o nazismo. Quanto à amplitude referida, os princípios básicos comprometem o legislador, transitori assim pela política criminal, e os aplicadores da lei — do juiz da Corte Suprema ao mais humilde guarda de presídio —, devendo ser obrigatoriamente considerados pelos que propõem a estudá-la.

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

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

---

8 Maurach, op. cit., p. 31: “do ponto de vista de política jurídica, a seleção e a acumulação dessas medidas se encontram submetidas ao postulado de que não se justifica aplicar um recurso mais grave quando é cabível esperar-se o mesmo resultado de um mais suave”.
9 Everardo da Cunha Luna, Capítulos de direito penal, S. Paulo, 1985, p. 31.
10 Tôpica e jurisprudência, trad. Técnio Sumpta Pernz Jr., Brasília, 1979, p. 25.
11 Lei de 28 jan. 35 alterou o § 2º do então vigente código penal alemão, que prohibia a analogia, afirmando ser “puniu quem comete um fato que a lei declarou punível ou que é merecedor de punição segundo o conceito que dá fundamento a uma lei penal e segundo o seu sentimento do povo, se no fato não se puder aplicar nenhuma norma penal determinada, deverá ele ser punido de acordo com a norma cujo conceito fundamental melhor lhe seja aplicável.”
logo duas linhas. A primeira está nos atributos de todo o ordenamento jurídico, como, por exemplo, seu caráter "finalista". Como diz Zaffaroni, "o direito penal, por ser direito, participa de todos os caracteres do direito em geral: é cultural, é normativo, é valorativo, etc."; por isso mesmo, tais atributos não nos interessam aqui. A segunda linha a descartar-se é aquela que se detém diante da própria sanção com a qual opera o direito penal — a pena —, para tomá-la como sua característica essencial, não porque não o seja, mas porque ficaremos perigosamente imobilizados numa redundância.

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

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

13 Manual, cit., p. 55. Também a "coativa" é um atributo geral do direito (Navarette, op. cit., p. 100).

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

§ 9:

O princípio da legalidade

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

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

---

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

mera garantia processual restrita aos poucos “homens livres” —, à procura de um antecedente.3

O artigo 9° da Declaração de Direitos da Virgínia (12.jun.1776) afirmava que as leis com efeito retroativo, feitas para punir delitos anteriores a sua existência, são opressivas e não devem ser promulgadas. A seção 9° do artigo I da Constituição americana (17.set.1877) proíbe a promulgação de decreto de prescrição (Bill of Attainder) ou de lei retroativa (ex post facto Law). O artigo VIII da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26.ago.1789) prescrevia que ninguém fosse punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao crime (loi établie et promulguée antérieurement au délit). Parece que o primeiro corpo de leis penais a incluir o princípio foi a codificação de D. José II da Áustria, de 1787 (Josephina).

A fórmula latina foi cunhada e introduzida na linguagem jurídica pelo professor alemão Paulo João Anselmo Feuerbach (1775–1833), especialmente em seu Tratado que veio a lume em 18014. Ao contrário do que se difunde frequentemente, das obras de Feuerbach não consta a fórmula ampla “nullum crimen nulla poena sine lege”; nelas se encontra, sim, uma articulação das fórmulas “nulla poena sine lege”, “nullum crimen sine poena legali” e “nulla poena (legalis) sine crimen”5. Um dos pilares sobre os quais se assentava a construção feuerbachiana estava em sua concepção preventivo-geral da pena, entendida como “coação psicológica”. Se a intimidação era a mais relevante função da pena, e sua inflição deveria reforçar esse efeito intimidatório, só poderia ser infligida a pena com a qual a própria lei ameaçara6. Outro pilar estava em seu arraigado liberalismo, que através do código penal não só pretendia a defesa do estado diante do criminoso mas também do criminoso diante do estado7. É inegável, por fim, o influxo da concepção contratualística e da questão — predominante no debate político da época — da divisão de poderes, tão presentes no classicismo penal, como se pode constatar, por exemplo, em Beccaria8.

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

---

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

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


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


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


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

11 Art. 9°: “Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em
Entre nós, o princípio figura na Constituição, entre os direitos e garantias fundamentais e no artigo 1º do Código Penal, com a seguinte redação: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. A abrangência do princípio inclui a pena cominada pelo legislador, a pena aplicada pelo juiz e a pena executada pela administração, vedando-se que critérios de aplicação ou regimes de execução mais severos possam retroagir. No que tange à execução da pena, até mesmo a matéria disciplinar está agora comprometida com o princípio da legalidade, como se vê do artigo 45 da Lei de Execução Penal.

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

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

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

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


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

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

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

14 Não entre nós; anteriormente, através do argumento positivista de que os meios de segurança deviam ser usados como um remédio; agora, porquanto reduzidos a internação ou tratamento de inimputáveis ou semi-imputáveis. Cf. Fingosio, Leis, cit., p. 94.

15 Por força do inc. XL do art. 5º CR, a retroatividade da lei mais benéfica tem caráter de garantia individual, impondo-se ao legislador penal.
Segunda: proibir a criação de crimes e penas pelo costume (nullum crimen nulla poena sine lege scripta).

Só a lei escrita, isto é, promulgada de acordo com as previsões constitucionais, pode criar crimes e penas: não o costume. "Destacar a exclusão do costume como fonte de crimes e penas", frisa Mir Piug, é exigência do princípio da legalidade16. Isso não significa, por certo, que os costumes não participem da experiência jurídico-penal: Assis Toledo assinala tratar-se de "equívoco a suposição de que o direito costumeiro esteja totalmente abolido do âmbito penal". De fato, é indiscutível que os costumes desempenham uma função integrativa, que provém principalmente de sua influência no direito privado17. Tal função integrativa se apresenta na elucidação de elementos de alguns tipos penais (por exemplo, "mulher honesta" no tipo do rapto — art. 219 CP —, ou "ato, objeto ou recitação obscenos", nos tipos de ultraje público ao pudor — arts. 233 e 234 CP)18. Apresenta-se ela igualmente no conceito central (dever objetivo de cuidado) dos tipos culposos, sempre que a atividade dentro da qual ocorreu o fato não esteja positivamente regulamentada de modo exaustivo19, como também em justificativas (pense-se no exercício regular do direito — art. 23, inc. III CP —, enquanto aplicação de castigos físicos na correção educacional de menores). Nega-se, geralmente, uma função derogatória aos costumes (desuetudo penal); Oscar Stevenson a reconheceu em hipóteses que tratávamos hoje como "adequação social da ação" (perfuruação de orelhas para uso de brincos, circuncisão), dele dissentindo Hungria20. A verdade é que a adequação social da ação, seja enquanto justificativa de caráter consuetudinário (assim a concebeu Welzel durante longo período), seja enquanto princípio de interpretação que reinsere os tipos penais numa sociedade historicamente determinada (como a concebeu o último Welzel), está indissoluvelmente ligada aos costumes21. Podemos, assim, concluir que o princípio da legalidade proíbe a intervenção dos costumes apenas — porém incondicional e totalizadamente — no que concerne à criação (definição ou agravamento) de crimes e penas.

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

16 Introdução, cit., p. 145.
18 César e Silva, Comentários ao código penal brasileiro. S. Paulo, 1967, p. 17; Aníbal Bruno, op. cit., p. 189.
19 Hungria afirma que, no ultraje público ao pudor, "a lei penal se reporta a um costume social, isto é, à moralidade coletiva em torno dos fatos da vida social, ficando subordinada, para o seu entendimento e aplicação, à variabilidade, no tempo e no espaço, desse costume" (Comentários ao código penal, Rio, 1958, v. I, t. I, p. 94).
21 Hungria, op. cit., p. 95.
22 Welzel, op. cit., p. 83 ss.
“a consciência do povo em dado momento do seu desenvolvimento histórico, consciência onde se fazem sentir as necessidades sociais e as aspirações da cultura, da qual uma das expressões é o fenômeno jurídico”\textsuperscript{23}. Essa linha de especulação, que substitui a modesta verificação da produção objetiva do direito pela mística inconsistente de um “espírito nacional”, ou cumpre, se desenvolvida, uma função ideológica de fazer passar por vontade do conjunto do corpo social a vontade de uma classe, ou estímula, se contradita, uma simplificação mecanicista que — com muito maiores razões — pode situar no modo de produção as verdadeiras fontes do direito\textsuperscript{24}. Fonte direta de conhecimento (ou formal) de normas que definem crimes e cominam ou agravam penas é apenas e tão-somente a lei, muito adequadamente frisa Mestieri ser a lei penal “a fonte ou forma de expressão única do direito criminal quando se trata de definir infrações penais e cominar penas”\textsuperscript{25}. Além desse campo — porém muitas vezes, indireta ou suplementarmente, neste mesmo campo, como vimos acima — temos os costumes e os princípios gerais do direito penal, um dos quais estamos exatamente estudando neste momento. Especial importância têm os princípios constantes de documentos internacionais de direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, resolução da Organização das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, recomendação da IX Conferência Interamericana, de 2 de maio de 1948. Em novembro de 1969 foi firmada, em San José, Costa Rica, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como “Pacto de San José da Costa Rica”, que é o documento fundamental da proteção internacional dos direitos humanos no âmbito americano\textsuperscript{26}; o Brasil a assinou, em 1968, e lhe havendo concedido o Congresso Nacional a aprovação constitucional\textsuperscript{27}.

Fala-se em “reserva absoluta” e “reserva relativa” de lei para aprofundar o entendimento de dispositivos constitucionais concernentes à reserva legal. A concepção de “reserva absoluta” postula que a lei penal resulte sempre do debate democrático parlamentar, cujos procedimentos legislativos, e só eles, teriam idoneidade para ponderar e garantir os interesses da liberdade individual e da segurança pública, cumprindo à lei proceder a uma “integral formulação do tipo”\textsuperscript{28}; dessa forma, só a lei em sentido formal poderia criar crimes e cominar penas, com “a obrigação de disciplinar de modo direto a matéria reservada”\textsuperscript{29}. A concepção de reserva relativa nega o monopólio do poder legislativo em assuntos penais\textsuperscript{30} e admite que a matéria de proibição possa ser parcialmente definida por outras fontes de produção normativa, cabível que o legislador estabeleça estruturas gerais e diretrizes, a serem complementadas, as primeiras com observância das segundas, pelo regulamento\textsuperscript{31}. A constitucionalidade das normas penais em branco de complementação heteróloga\textsuperscript{32} seria discutível à

\textsuperscript{26} Cf. Fragoso, Direito penal e direitos humanos, cit., p. 119 ss; Zaffaroni, Manual, cit., p. 94 ss; Lyra Filho, op. cit., p. 11 e 109.

\textsuperscript{27} Decreto Legislativo no 5/89, D.C.N. de 2 jun.89.


\textsuperscript{29} Siniscalco, Marco, Irretrattabilità delle leggi in materia penale, Milão, 1969, p. 85.

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

\textsuperscript{31} Nino Batsa, Bases constitucionais do princípio da reserva legal, in RDP no 35, p. 57.

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

\textsuperscript{23} Op. cit., p. 187; endossam-lhe as palavras Damásio (op. cit., p. 8) e Mináte (op. cit., p. 28), entre outros.

\textsuperscript{24} Cirmo dos Santos, Direito penal, cit., p. 24. Cf. ainda Konstantin Stepanovitch, La pensée marxiste et le droit, Vendôme, 1974, p. 45, para quem a vontade da classe dominante é fonte formal do direito.

\textsuperscript{25} Op. cit., p. 81. Afirmta Bustos que a lei é a única fonte “para o poder punitivo estatal” (Introducción, cit., p. 35).
luz da reserva absoluta da lei. Em todo caso, como ensina Petrocelli, o complemento administrativo que passa a integrar uma norma penal está sujeito a todas as exigências que derivam do princípio da legalidade: o contrário significa violação do próprio princípio.

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

Chama-se analogia o procedimento lógico pelo qual o espírito passa de uma enunciação singular a outra enunciação singular (tendo, pois, caráter de uma indução imperfeita ou parcial), inferindo a segunda em virtude de sua semelhança com a primeira; no direito, termos analogia quando o jurista atribui-se a um caso que não dispõe de expressa regulamentação legal a(s) regra(s) prevista(s) para um caso semelhante. A fórmula básica da analogia, extraída de Atenzenz Rodrigues, vai a seguir grafada; nela, para nossos fins, "M" e "S" representarão *condutas humanas* e "P" representará não apenas proibida, mas proibida sob *cominação de pena*:

1) M é P
2) S é semelhante a M
3) S é P

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

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

---

37 Zdravomislav et al., *Derecho penal soviético*, trad. N. Mora e J. Guererro, Bogota, 1970, p. 52. Em 25 de dezembro de 1958, o Soviêti Supremo da União promulgou princípios fundamentais que deveriam constituir as bases dos novos códigos das repúblicas federais ("Bases"). Em 27 de outubro de 1960, a República Socialista Federativa Soviética da Rússia, certamente a mais importante e influente das 15 repúblicas federais, promulgou seu novo código penal (e também um novo código de processo penal e uma lei de organização judiciária). Quer em seu artigo 3º (fundamentos da responsabilidade penal), quer em seu artigo 7º (conceito de crime), o componente material da "ação socialmente perigosa" está condicionado à "previsão legal", podendo, ao contrário, a defecção da primeira suprimir a eficácia da segunda (art. 7º, segunda parte).
pública, os bens públicos, os bens coletivos das massas trabalhadoras e os bens pessoais dos cidadãos, os direitos individuais e democráticos dos cidadãos e ainda todo ato socialmente nocivo, deixa as portas abertas ao indiscriminado emprego da analogia\textsuperscript{36}.

No Brasil, muitas vezes admitiu-se e praticou-se a analogia vedada. Rememora Frugoso um decreto-lei do Estado Novo (nº 4.166, de 11.mar.42) que "expressamente autorizava o recurso à analogia"\textsuperscript{37}. A punição do apoderamento ilícito de aeronaves (então fato atípico entre nós) a título de seqüestro, pelos tribunais, durante a ditadura militar, implicou na analogia. Em seu importante trabalho, Rosa Cardoso demonstra como a admissão de pessoas jurídicas na posição de sujeito passivo do crime de difamação previsto no Código Penal (art. 139, entre os "crimes contra a pessoa", e usando a vox "alguém", caracterizadora de pessoa humana) representou emprego de analogia\textsuperscript{38}.

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

admitida: é aquela que favorece o acusado, é a analogia in bonam partem. Há quase unanimidade nos autores brasileiros quanto ao acolhimento da analogia in bonam partem\textsuperscript{41}, com exceção, que resulta de imperativo lógico, de normas excepcionais\textsuperscript{42}. Ninguém estabeleceu a regra da analogia in bonam partem de maneira mais formosa e exata do que Carrara: "Per analogia non sì puo estendere la pena da caso a caso: per analogia si deve estendere da caso a caso la scusa"\textsuperscript{43}.

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

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

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


\textsuperscript{37} Lições, cit., p. 95.

\textsuperscript{38} O caráter reitórico do princípio da legalidade, P. Alegre, 1979, p. 104.


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

\textsuperscript{43} Op. cit., p. 368 ($ 890, nota 1, in fine).

\textsuperscript{44} Op. cit., p. 42.
A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligíveis por todos os cidadãos. Formular tipos penais “genéricos ou vazios”, valendo-se de “cláusulas gerais” ou “conceitos indeterminados” ou “ambíguos”, equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e politicamente muito mais nefasto e perigoso. Não por acaso, em épocas e países diversos, legislações penais votadas à repressão e controle de dissidentes políticos escolheram precisamente esse caminho para a perseguição judicial de opositores do governo. Sóler registrou que se recorre com frequência a esse expediente em caso de delitos criados deliberadamente com intenção política45. No Brasil, as famigeradas leis de segurança nacional compunham autêntico florilégio de tipos penais violadores, pela construção de crimes vagos, do princípio da legalidade, e coube especialmente a Fraguoso, em inúmeros trabalhos, profigurar-lhes tal vício46. A vigente lei de segurança nacional (lei nº 7.170, de 14.dez.83),

---

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

46 A formação actual do princípio nullum crimen, in Fe en el derecho, B. Aires, 1956, p. 284.


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

Alguns autores deslocam a ênfase para a subjetivação da imprecisão do preceito, isto é, para o aspecto de que o preceito deve ser “determinado e especificado de modo tal a fazer ver claramente ao cidadão a conduta a seguir, e os limites do próprio livre comportamento”49. Tal aspecto, importante sem dúvida, era predominante nas teorias preventivo-gerais, mais ou menos remontáveis a Feuerbach, que se construíam a partir da idéia de intimidação penal; sua crítica devederá considerar os problemas da ineficácia motivadora da norma penal (que pertence à criminologia) e da ficção da pressunção do conheci—

---

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

49 Petrocelli, Appunti sul principio di legalità nel diritto penale, in Saggi 2ª série, cit., p. 193. A uma “funzione pedagogica de motivar o comportamento” se refere Toledo (op. cit., p. 28).
mento da lei (que é estudado na teoria do crime, ao tratar-se do erro). De qualquer modo, é correto extrair-se, do texto constitucional brasileiro ("lei anterior que o defina"), um direito subjetivo público de conhecer o crime, correlacionando-o a um dever do Congresso Nacional de legislar em matéria criminal sem contornos semânticos difusos. Com toda a procedência se observa, diante das graves medidas restritivas que se abatem sobre o acusado num processo criminal, que a criação de incriminações vagas e indeterminadas transcende a violação do princípio da legalidade para ofender diversos direitos humanos fundamentais.

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

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

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

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

51 Sistemas... — informe final, cit., p. 17.
52 "Constitui crime contra a economia popular, punível de acordo com a legislação respectiva, a ação ou omissão, pessoal ou coletiva, de que decorra a insuficiência das reservas e de sua cobertura, vinculadas à garantia das obrigações sociais que lhe almejam." Essa norma viola o princípio da legalidade também quanto à pena, já que a legislação de economia popular (lei nº 1.521, de 26.dez.51) prevê escalas penais diferentes para diferentes crimes, não se podendo precisar a qual delas quis referir-se o redator do texto acima transcrito (que consegue, em autêntico recorde, violar também o princípio da culpabilidade).
53 "Cometer adulterio".
55 "Reduzir alguém a condição análoga à de escravo".
Tais elementos normativos não dispõem de um sistema de referência que permita um nível aceitável de ‘certeza típica’, o que já não ocorrerá com elementos normativos jurídicos que remetam a conceitos anteriormente delineados. Costuma ser frequente a imprecisão, mesmo em elementos descritivos, nas legislações de caráter político: pense-se nos ‘serviços públicos renotivos essenciais para a defesa, a segurança ou a economia do país’, ou na incitação ‘à subversão da ordem política ou social’ dos artigos 15, § 1º, al. b e 23, inc. I da lei nº 7.170, de 14.dez.83.

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

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

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


Partindo de elementos da linguística, particularmente de Saussure, Rosa Cardoso questiona na linguagem jurídica a pretensão de estabelecer sentidos originários e unívocos para as expressões legais, com o que a proibição de incriminações vagas e indeterminadas tornar-se-ia inviável, ‘pela dependência que a significação jurídica possui de termos que integram campos associativos ausentes em seu discurso’. O exame dessa atraente contribuição deve situar-se no campo da interpretação da lei, que integra a teoria da lei penal.
§ 10
O princípio da intervenção mínima

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

Tobias Barreto percebera que "a pena é um meio extremo, como tal é também a guerra": e, de fato, por constituir ela, como diz Roxin, a "intervenção mais radical na liberdade do indivíduo que o ordenamento jurídico permite ao estado", entende-se que o estado não deve "recorrer ao direito penal e sua gravíssima sanção se existir a possibilidade de garantir uma proteção suficiente com outros instrumentos jurídicos não-penais", como lecciona Quintero Olivares4. O conhecimento de que a pena é, nas palavras deste último autor, uma "solução imperfeita" — conhecimento que, de Howard5 até a mais recente pesquisa empírica, a instituição penitenciária só logrou fortalecer — firmou a concepção da pena como ultima ratio: o "direito penal só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, e as perturbações mais leves da ordem jurídica são objeto de outros ramos do direito"6. O princípio da intervenção mínima não está expressamente8 inscrito no texto constitucional (de onde permitiria o controle judicial das iniciativas legislativas penais) nem no código penal, integrando a política criminal; não obstante, impõe-se ele ao legislador e ao intérprete da lei, como um daqueles princípios imanentes a que se refere Cunha Luna8, por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídico-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos do estado de direito democrático9.

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

---

5 John Howard (1726-1790), sensibilizado pela situação das prisões inglesas, empreendeu uma viagem por inúmeros países (Holanda, Bélgica, França, Alemanha, Itália, Portugal, Espanha e Rússia), publicando, em 1776, um livro — The state of prisons — que provocou, na Inglaterra, a aprovação de leis humanizadoras (chamadas Howard’s acts), e inspirou em inúmeros outros países medidas semelhantes; alguns autores o consideram o pai do “penitenciariismo”.
6 Muñoz Conde, Introducción, cit., p. 59.
7 Uma república que tenha como fundamento “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, inc. III CR) e como objetivos a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária” e a promoção do “bem de todos” (art. 2º, incs. I e IV CR) deve conter, pelo menos, a inflação penal.
Quem registrou pela primeira vez o caráter fragmentário do direito penal foi Binding, em seu Tratado de Direito Penal Alemão Comum — Parte Especial (1896), e desde então esse tema sempre se faz presente na introdução ao estudo da parte especial do código penal (que costuma ser chamada de "parte geral da parte especial"). Mas enquanto Binding se preocupava com a superação do caráter fragmentário das leis penais, das lacunas daí decorrentes e seus efeitos na proteção dos bens jurídicos, implicando a questão da analogia, modernamente se reconhecem as virtudes políticas da fragmentariedade, cabendo a exata observação de Mir Puig, sobre a influência, nessa mudança, da passagem de concepções penais absolutas, como a de Binding, para concepções penais relativas. De fato, se o fim da pena é fazer justiça, toda e qualquer ofensa ao bem jurídico deve ser castigada; se o fim da pena é evitar o crime, cabe indagar da necessidade, da eficiência e da oportunidade de cominá-la para tal ou qual ofensa. Constitui-se assim o direito penal como um sistema descontínuo de ilícituidades, bastando folhear a parte especial do Código Penal para percebê-lo. Supor que a legislação e a interpretação tenham como objetivo preencher suas lacunas e garantir-lhe uma totalidade é, como frisa Navarrete, "falso em seus fundamentos e incorreto enquanto método interpretativo, seja do ângulo político-criminal, seja do ângulo científico". Como ensina Bricola, a fragmentariedade se opõe a "uma visão onicompreensiva da tutela penal, e impõe uma seleção seja dos bens jurídicos ofendidos a proteger-se, seja das formas de ofensa".

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

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

A subsidiariedade coloca a questão da autonomia do direito penal, que se resolve em saber se é ele constitutivo ou sancionador. Predomina no Brasil o entendimento de ser ele constitutivo, afirmando Fragoso que, "mesmo quando o direi-
to penal tutela bens e interesses jurídicos já tutelados pelo direito privado, o faz de forma peculiar e autônoma". Também Aníbal Bruno, sob o fundamento de que "mesmo quando o preceito penal se encontra expresso em outro ramo do direito" não se pode dizer "uma posterioridade temporal ou lógica", e acrescentando que tal preceito será submetido pelo direito penal "à sua própria elaboração", tem-no por constitutivo. Noronha e Damásio consideram-no sancionador.

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

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

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

---

19 Lípez, cit., p. 10.
21 Op. cit., p. 5: "é o direito penal sancionador".
22 Op. cit., p. 6: "é pois o direito penal um conjunto suplementar e sancionador de normas jurídicas".
23 Afirma Camargo Hernández que "a sanção punitiva dá originalidade ao direito penal" (Introducción al estudio del derecho penal, Barcelona, 1964, p. 21).

24 Para o direito brasileiro, não cabe o exemplo da crueldade contra animais, prevista no artigo 64 da Lei de Contravenções Penais (LCP), porque o decreto nº 24.645, de 10. jul. 34, estabeleceu medidas de proteção aos animais. Foi esse o texto invocado por Sobral Pinto, um dos mais gloriosos momentos da advocacia brasileira, em favor do líder comunista Harry Berger, preso e torturado durante o Estado Novo. Existem normas penais na legislação que protege a fauna (leis nº 5.197, de 3. jan. 67, disciplina a pesca (decreto-lei nº 221, de 28.fev.67) e regulamenta a divisão de animais (leis nº 6.638, de 8. mai. 79).
25 Mauarach, op. cit., p. 34 ss; Zaffaroni, Manual, cit., p. 57.
26 Reformulamos aqui, completamente, opinião anterior (Observações sobre a norma penal e sua interpretação, cit.).
27 Direito penal, Bogotá, 1987, i. 1, p. 53.
tica “inflacionária”, como a denominou Bricola, pode ques
tionar o princípio da intervenção mínima

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

§ 11
O princípio da lesividade

Este princípio transporta para o terreno penal a questão
geral da exterioridade e alteridade (ou bilateralidade) do
direito: ao contrário da moral — e sem embargo da relevância
jurídica que possam ter atitudes internas, associadas, como
motivo ou fim de agir, a um sucesso externo —, o direito
“coloca face-a-face, pelo menos, dois sujeitos”31. No direito
penal, a conduta do sujeito autor do crime deve relacionar-se,
como signo do outro sujeito, o bem jurídico (que era objeto da
proteção penal e foi ofendido pelo crime — por isso chamado
de objeto jurídico do crime). Como ensina Roxin, “só pode
ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de
outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento
pecaminoso ou imoral; (...) o direito penal só pode assegurar a
ordem pacífica externa da sociedade, e além desse limite nem
está legitimado nem é adequado para a educação moral dos
cidadãos”32. A conduta puramente interna, ou puramente in-
dividual — seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente
— falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal.
No campo dos crimes políticos, qualquer lei inspirada na
doutrina de segurança nacional contém dispositivos viola-
dores do princípio da lesividade, porque perante aquela doutri-

29 TECNIELE DE TUTELA PENAL, cit., p. 3; cf. Baratta, Integração — prevención: uma
“nuevo” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica, in DOCTRINA PENAL,
B. Rises, 1985, nº 29, p. 11.
30 ATT. 5º, inc. XLV CR: “Nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, ATT.
73, § 2º, lei 4.728, de 14. jul. 65: “A violação de qualquer dos dispositivos
constituirá crime de ação pública, punido com pena de 1 a 3 anos de detenção,
recaundo a responsabilidade, quando se tratar de pessoas jurídicas, em todos os
seus diretores.”
31 Nilo Batista, Repressão ao abuso do poder econômico?, in TEMAS DE DIREITO
Penal, cit., p. 243 ss. Para os “obblighi costituzionali di tutela penale”, cf. Bricola,
TECNIELE DI TUTELA PENALE, cit., p. 9.
1 Del Vecchio, op. cit., p. 371; Radbruch, FILOSOFIA DO DIREITO, cit., v. I, p. 115;
Machado Neto, op. cit., p. 91.
2 INICIAÇÃO, cit., p. 25 e 28.
na a dissidência política toma as cores de “inimigo interno” e provoca “um processo de criminalização”.

Podemos admitir quatro principais funções do princípio da lesividade.

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

Segunda: proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor. Os atos preparatórios para o cometimento de um crime cuja execução, entretanto, não é iniciada (art. 14, inc. II CP) não são punidos. Da mesma forma, os simples convívio entre duas ou mais pessoas para a prática de um crime não será punido, se sua execução não for iniciada (art. 31 CP). Temos aí aplicações legislativas dessa função do princípio da lesividade, que também comparece como fundamento parcial da impunibilidade do chamado crime impossível (art. 17 CP). O mesmo fundamento veda a punibilidade da autolesão, ou seja, a conduta externa que, embora vulnerando formalmente um bem jurídico, não ultrapassa o âmbito do próprio autor; como por exemplo o suicídio, a automutilação e o uso de drogas. No Brasil, o artigo 16 da lei nº 6.368, de 21.out.76, incrimina o uso de drogas, em franca oposição ao princípio da lesividade e às mais atuais recomendações político-criminais.

Terceira: proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais. Como diz Zaffaroni, “um direito que reconheça e ao mesmo tempo respeite a autonomia moral da pessoa jamais pode apearan ser, senão o fazer dessa pessoa, já que o próprio direito é uma ordem reguladora de conduta”.

O direito penal só pode ser um direito penal da ação, e não um direito penal do autor, como eventualmente se pretendeu. “O homem responde pelo que faz e não pelo que é”, frisa Cunha Luna. Com exatidão lembra Mayrink da Costa que “o direito penal do autor é incompatível com as exigências de certeza e segurança jurídicas próprias do estado de direito”. Isso não significa que o sujeito determinado não interesse de nenhuma forma. Ao contrário, o homem e sua existência social concreta devem estar no centro da experiência jurídico-penal, particularmente nas áreas da culpabilidade e da aplicação e execução da pena. O que é vedado pelo princípio da lesividade é a imposição de pena (isto é, a constituição de um crime) a um simples estado ou condição desse homem, refutando-se, pois, as propostas de um direito penal de autor e suas derivações mais ou menos dissimuladas (tipos penais de autor, culpabilidade pela conduta ao longo da vida, etc). Levada às últimas consequências, essa função do princípio da lesividade implica excluír do campo do direito penal as medidas de segurança,

---

5 Manual, cit., p. 73.
6 Op. cit., p. 34.
uma vez que, como acentua Zaffaroni, um direito penal fundamentado na perigosidade é um direito penal de autor.

Quarta: proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. A expressão desviada foi aqui empregada na acepção de Clinard, como conduta orientada em direção fortemente desaprovada pela coletividade. Estamos aqui falando do “direito à diferença”

9, de práticas e hábitos de grupos minoritários que não podem ser criminalizados. Como diz Zaffaroni, “não se pode castigar ninguém porque use barba ou deixe de usá-la, porque corte ou não o cabelo, pois com isso não se ofende qualquer bem jurídico, e o direito não pode pretender legitimamente formar cidadãos com ou sem barba, cabeludos ou tonsurados, mais ou menos vestidos, mas tão-só cidadãos que não ofendam bens jurídicos alheios”

10. Estamos falando também de condutas que só podem ser objeto de apreciação moral (como práticas sexuais, quaisquer que sejam, entre adultos consensuais, ou como a simples mentira).

Certamente percebeu-se, das linhas anteriores, a importância do conceito de bem jurídico. O espaço teórico para o conceito de bem jurídico surgiu quando, na primeira metade do século XIX, contestou-se a concepção clássica corrente do crime como ofensa de um direito subjetivo, em favor de uma concepção do crime como ofensa a bens (Birnbaum). A partir daí, inúmeras teorias foram elaboradas para a compreensão do bem jurídico ofendido pelo crime
de: ora se retornava aos direitos subjetivos, ora se propunha um direito público subjetivo do estado, aqui o próprio direito objetivo, ali uma obrigação jurídica, logo os interesses, adiante os valores. Para uns, o bem jurídico é criado pelo direito, através de seleção exercida pelo legislador (Binding); para outros, o bem jurídico é um “interesse da vida”, que o legislador toma de uma realidade social que lho impõe (von Liszt). Houve quem deslocasse o bem jurídico estritamente para a tarefa de critério de interpretação teleológica da norma, no movimento que ficou conhecido como “direção metodológica” (Honig). O direito penal nazista procurou fundamentar o crime na violação do dever de obediência ao estado (o chamado “direito penal da vontade”) e, para isso, desfez-se, em sua fase inicial, do conceito de bem jurídico (Schaffstein). Posteriormente, retoma-se a perspectiva liszitiana do “interesse da vida”, seja através de um conceito idealista de “situação social desejável” (Welzel), seja vendo no bem jurídico uma “fórmula normativa sistemática concreta de uma relação social dinâmica determinada” (Bustos). Recentemente, intenta-se “positivizar” os bens jurídicos, deduzindo-os do texto constitucional (Angioni).

As dificuldades das quais o itinerário acima esboçado presta testemunho estão ligadas à diversidade categorial dos bens jurídicos, que podem ser uma pessoa, uma conduta, uma coisa, um atributo jurídico ou social da pessoa, da conduta ou da coisa, uma relação vital, uma relação jurídica, um estado de fato, um valor, um sentimento, etc.

Isso enseja diversas classificações dos bens jurídicos (físicos e morais, individuais e coletivos, etc).

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

8 Lyra Filho, op. cit., p. 11.
10 Larga exposição dessas teorias em Rocco, L’oggetto del reato, Roma, 1932, p. 27 —220. Entre nós, Fragoso, Objeto do crime, in Direito penal e direitos humanos, cit., pp. 33 ss.
11 Welzel, op. cit., p. 15; Fragoso, op. cit., p. 39; Rocco, op. cit., p. 261.
jurídicos imutáveis à espera do legislador, mas há relações sociais complexas que o legislador se interessa em preservar e reproduzir. São múltiplos e irreductíveis os aspectos dessas relações sociais, aos quais pode o legislador autorgar proteção penal, convertendo-os em bens jurídicos. O bem jurídico, portanto, resulta da criação política do crime (mediante a imposição de pena a determinada conduta), e sua substância guarda a mais estrita dependência daquilo que o tipo ou tipos penais criados possam informar sobre os objetivos do legislador. Em qualquer caso, o bem jurídico não pode formalmente opor-se à disciplina que o texto constitucional, explícita ou implicitamente, defere ao aspecto da relação social questionada, funcionando a Constituição particularmente como um controle negativo (um aspecto valorado negativamente pela Constituição não pode ser ergido bem jurídico pelo legislador). Numa sociedade de classes, os bens jurídicos há de expressar, de modo mais ou menos explícito, porém inevitavelmente, os interesses da classe dominante, e o sentido geral de sua seleção será o de garantir a reprodução das relações de dominação vigentes, muito especialmente das relações econômicas estruturais.

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

---

§ 12
O princípio da humanidade

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

O princípio da humanidade, que postula da pena uma racionalidade e uma proporcionalidade que anteriormente não se via, está vinculado ao mesmo processo histórico de que se originaram os princípios da legalidade, da intervenção mínima e até mesmo — sob o prisma da “danosidade social” — o princípio da lesividade. Montesquieu se referia à “justa proporção das penas com os crimes”³, e Beccaria dizia que atribuir a pena de morte para quem mata um falso ou falsifica um documento conduz a uma destruição de sentimentos morais⁴. Marat observava que s’il est de l’équité que les peines soient toujours proportionnées aux délits, il est de l’humanité qu’elles ne soient jamais atroces⁵. Quando, em 1793, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, foi retomada e proclamada pela Convenção Nacional, o artigo XV mencionava que “as penas devem ser proporcionais ao delito e úteis à sociedade”. A Emenda VIII à Constituição Americana, ratificada, como todas as dez primeiras, em 1791, proibia a inflação de penas cruéis e inúteis. É este hoje um princípio largamente aceito, que consta da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁶ e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁷.

A pena nem “visa fazer sofrer o condenado”, como observou Fragoso, nem pode desconhecer o réu enquanto pessoa humana, como assinala Zaffaroni⁸, e esse é o fundamento do princípio da humanidade. Não por acaso, os documentos internacionais consideram desumanas as penas como aquela executada em Damiens. O princípio pertence à política criminal⁹, porém é proclamado por vários ordenamentos jurídicos positivos. Entre nós, está o princípio da humanidade reconhecido

---

¹ Mommsen, op. cit., t. 3°, p. 252 ss; Foucault, Surveiller et punir, 1975, ed. Gallimard.
⁵ Artigo V: “Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.
⁶ Artigo 5, inciso 2: “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.”
⁷ Lições, cit., p. 291; Manual, cit., p. 139.
⁸ Jescheck, op. cit., p. 35.
⁹ Idem.
explicitamente pela Constituição, nos incisos III (proibição de tortura e de tratamento cruel ou degradante), XLVI (individualização — ou seja, “proportionalização” — da pena) e XLVII (proibição de penas de morte, cruéis ou perpétuas) do artigo 5º CR. Como lembra Muñoz Conde, a ideia de “proportionalidade integra a ideia de justiça, imanente ao direito”; a hipertrofia do direito penal caracteriza o “estado totalitário que procura afiançar-se através de brutais ameaças penais”. Disso tivemos no Brasil expressivos exemplos durante a ditadura militar.

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

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

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

---

9 Introducción, cit., p. 77 e 78.
10 Jescheck, op. cit., p. 35.
11 Em seu último trabalho, Zaffaroni caracteriza a pena como “sofrimento órfão de racionalidade” e busca conceituá-la, de forma residual, precisamente pela falta de adequação racional aos dentais modelos de solução de conflitos (cf. En busca..., cit., p. 210).

13 Fondamenti filosofici della sanzione penale, no volume Problemi della sanzione — società e diritto in Marx, Roma, 1978, 1, p. 98.
§ 13
O princípio da culpabilidade

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

Quando lemos hoje, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 5°, 1, 3) ou em nossa Constituição (artigo 5°, inciso XLV), proibições de que a pena ultrapasse a pessoa do delinquente, ou quando encontramos no Código Penal regras que não só, relacionando-se àquelas proibições, circunscrivam a imputação objetiva de resultados (como o art. 13 CP), mas também exigem a intervenção seja de uma vontade consciente, seja de uma relevante negligência (como os artigos 18 e 19 CP), devemos compreender que um longo processo, certamente inconcluso, transformou radicalmente as bases da responsabilidade penal. O ponto mais importante desse processo é a produção histórica do princípio da culpabilidade.

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

1 Uma questão, entretanto, merece ser referida desde logo, por vincular-se à política criminal. Que toda pena corresponda a uma prévia culpabilidade, não há dúvida; que, reconhecida a culpabilidade, deixa inexoravelmente seguir-se a pena, é hoje questionado. Falou-se, a respeito, em concepções bilateral e unilateral de culpabilidade. Roxin, que se inclina pela concepção unilateral, acredita que o caminho consistiria em remeter a culpabilidade (responsabilidade) a um conceito superior de “responsabilidade”, que seria integrado pelos “presupostos preventivos de necessidade da pena” (Culpabilidad y prevención en derecho penal, trad. Muñoz Condé, Madrid, 1981, p. 193). Com reservas acerca de uma pena inferior à medida
Em primeiro lugar, pois, o princípio da culpabilidade impõe a _subjetividade_ da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. É indispensável a culpabilidade. No nível do processo penal, a exigência de provas quanto a esse aspecto conduz ao aforisma "a culpabilidade não se presume", que, no terreno dos crimes culposos (negligentes), nos quais os riscos de uma consideração puramente causal entre a conduta e o resultado são maiores, figura como constante estribilho em decisões judiciais: "a culpa não se presume". A responsabilidade penal é sempre _subjética_.

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

de que a pena aplicada considere aquela pessoa concreta à qual se destina. Neste campo, o tema mais atual é a chamada _co-culpabilidade_. Trata-se de considerar, no julho de reprovabilidade que é a essência da culpabilidade, a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes depararam e a assistência que lhes foi ministrada, correlacionando sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do estado que vai impor-lhes a pena; em certa medida, a co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu, como queria Ernst Bloch. Como diz Zaffaroni, "reprovar com a mesma intensidade a pessoas que ocupam situações de privilégio e as outras que se acham em situação de extrema penúria é uma clara violação ao princípio da igualdade corretamente entendido"3. "O direito realmente igual" — anota Cirino4 — "é o que considera desigualmente indivíduos concretamente desiguais". O artigo 5º, inciso 1 do código penal da República Democrática da Alemanha, de 1968, abre as portas a essa orientação: "uma ação é cometida de forma reprovável quando seu autor, não obstante as possibilidades de uma conduta socialmente adaptada que lhe tenham sido oferecidas, realiza, por atos irresponsáveis, os elementos legalmente constitutivos de um delito ou de um crime".

---

2 O art. 73, § 2º, da lei 4.728, de 14 jul. 65, transcrito na nota 29 do § 12, é um bom exemplo de norma penal que viola o princípio da culpabilidade e é inconstitucional. A responsabilidade "sucessiva" da lei de imprensa (art. 37 ss da lei 5.259, de 9 fev. 67), tradicional em nosso direito, foi historicamente criada em favor da liberdade de imprensa, subtraindo-lhe a matéria da disciplina extensiva do concurso de agentes do direito penal comum. Ao invés de responderem todos os "causantes", ainda que "culpáveis" — autor, instigador, tipógrafo, etc. —, só um deles responderia (em princípio, o autor), e, em sua defecção, só outro, e assim, dentro das regras legais, sucessivamente. Mas é claro que o princípio da culpabilidade não prescinde de que o "responsável" pela ordem de sucessão _legal_ seja também _subjeticamente_ responsável.

4 _Sistemas penais..._ — _informe final_, cit., p. 58; cf. também _Política criminal latinoamericana_, cit., p. 161 ss.
5 _Direito penal_, cit., p. 219.
§ 14
Um direito penal subjetivo?

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

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

---

1 Assim, Basílio Garcia, op. cit., p. 8; Mirabete, op. cit., p. 16; Magalhães Noronha, op. cit., p. 7; Damásio, op. cit., p. 7; Mayrink, op. cit., p. 6; Mestieri, op. cit., p. 3; Fragoso, Lições, cit., p. 276. Contesta sua existência Aníbal Bruno, op. cit., v. I, t. I, p. 19 ss.
2 Mestieri, op. cit., p. 3. Também Mayrink se refere à facultade de "estabelecer e executar as penas e às medidas de segurança" (op. cit., p. 6).
3 Grispigni promoveu minuciosa disseção do fenômeno em cinco momentos: antes da posseituação das normas penais; após a posseituação das normas penais e antes que o crime seja cometido; posterior ao cometimento do crime; verificação jurisdicional-penal; e execução da pena (Diritto penale italiano, Milão, 1950, v. I, p. 277). Em nossa opinião, como veremos, para além do cometimento do crime o fenômeno está "processualizado", e à teoria do processo toca equacioná-lo.

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

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

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

---

4 Pulitanò lembra que, em suas origens iluminísticas, o direito de punir estava "coligado à idéia contratualística" (op. cit., p. 10).
5 Camargo Hernández literalmente admite o que "fundamento da faculdade do estado para ditar normas jurídico-penais se encontra no direito natural" (op. cit., p. 47). Como lembra Tarso Genz, historicamente a implantação da ordem burguesa se faz fundamentando-se "em direitos subjetivos que não se amparavam numa normalidade preexistente" (Introdução crítica ao direito, P. Alcântara, 1968, p. 43).
8 Lições, cit., p. 275.
de direito objetivo postas (…) pelo mesmo estado, e por ele só"10. De fato, atribuir à auto-obrigação jurídica, que caracteriza o estado de direito, os matizes de faculdade é inquietantemente metafórico. Por outro lado, o dever indisponível e inalienável por um lado, e limitado e vinculado por outro) da persecução penal que cabe ao estado, enquanto agente históricamente do que Weber chamaria de monopólio do poder punitivo legítimo, é algo extremamente distinto de uma faculdade de agir, ainda que se a designasse por dever de agir.

Não é menos problemática a elaboração teórica da "obrigação jurídica". Descarte-se, desde logo, a ideia binninguiana de um vago dever genérico, sem conteúdo fixado, de obediência à lei penal, hoje inaceitável, como lembra Bettiol11. Não obstante, o mesmo Bettiol admite uma obrigação do indivíduo de abster-se da prática do crime, o que vem a ser rigorosamente a mesma coisa. Essas contradições levaram a que se tentasse elaborar a "obrigação jurídica" como "obrigação de sofrer a pena", o que em verdade levou a uma agravação das dificuldades. Como disse Antolsei, "o réu não tem o dever de submeter-se à pena, e sim é a ela submetido"12. A nenhuma intervenção do vontade do réu (ou seja, o caráter juridicamente necessário da pena) e a inexistência de sanção para a "inadimplência" questionam igualmente uma "obrigação de sofrer a pena"13. Apropriadamente dizia Aní-

11 "A doutrina é agora concorde em considerar que não existe uma obrigação de observar as normas penais, de obedecer-lhes, obrigação a qual deveria corresponder um direito do estado à obediência" — Bettiol, op. cit., p. 194. "Um direito genérico de obediência, sem conteúdo, não existe" — Fraguão, Objeto do crime, in Direito penal e direitos humanos, cit., p. 54. Em Lição, cit., p. 276, Fraguão não obstante admite esse "dever de observância do comando".
14 Este último argumento, usado por Aníolse (op. cit., p. 31), deve ser recebido entre nós com reservas, porque embora a simples fuga à execução da pena privativa da liberdade não constitua crime, a violação da pena de interdição de direitos constitui um crime contra a administração da justiça (art. 359 CP).
Observando que a técnica do direito público subjetivo não era praticamente usada pelo moderno direito penal, Kelsen assinalava que a vítima do crime foi substituída por “um órgão estatal que, como parte autora ou acusadora por dever de ofício, põe em movimento o processo que leva à execução da sanção”. Em nossa opinião, corresponde à teoria do processo compreender, seja enquanto um interesse de agir, autônomo ou insíbio na própria acusação, como quer Grinover, seja enquanto conteúdo necessário da ação penal, diante do princípio da jurisdição, seja enquanto condição da ação do ângulo da legitimação, a natureza e funções dos deveres do estado com relação aos crimes cometidos, e sua articulação instrumental.

§ 15
A missão (fins) do direito penal

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

_____

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


_____

1 Respeitivamente Zaffaroni, Manual, cit., p. 68 e Quinteto Olivares, op. cit., p. 5.
justiça, ou bem intimidará a todos (pela ameaça de sua cominação e pela execução exemplar) para que não se cometam (mais) crimes, ou trará de conter e tratar o criminoso. Os objetivos referidos vinculam interativamente um criminoso predominantemente “acontecido”, a pena e a sociedade, e dispõem de um “sinal social negativo” que efetivamente timbra a pena; a mais nobre observação possível será tê-la como “uma amarga necessidade”. Um iniciante estaria tentado a considerar até que os fins do direito penal e os fins da pena habitam a mesma casa, porém os primeiros na sala de visitas e os segundos na cozinha.

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

Se os fins da pena, expostos nas tradicionais teorias absolutas e relativas (essas, divididas entre a prevenção geral e a prevenção especial) e nas teorias mistas (que visam a conciliar ou superar a contradição das anteriores) aproximam os fins do direito penal de sua realidade penal, é ilusório imaginar que tais teorias escapem a um idealismo impeditivo do conhecimento das funções que concretamente a pena desempenha numa sociedade determinada. Como lapidamente disseram Rusche e Kirchheimer, “a pena como tal não existe; existem apenas concretas formas punitivas e específicas praxes penais”\(^1\). Uma teoria da pena generalizante e esquemática, que tenha a pretensão de apreender, com os mesmos instrumentos, por exemplo as práticas penais do escravismo colonial brasileiro, cujos pontos cardinais estavam na utilidade imediata do criminoso (= açoites) e no terror (= morte e penas domésticas), e de nosso capitalismo ao início do século, cujo princípio era, como diria Ernst Bloch, a “conservação útil” do criminoso, está pagando à abstração um preço altíssimo, cuja moeda é conhecimento. Por isso mesmo, ao lado das funções aparentes da pena, que se extraem de uma verificação da compatibilidade, semelhança ou oposição entre normas do direito positivo e do eterno esquema das teorias absolutas, relativas e mistas, fala-se hoje nas funções ocultas ou não declaradas da pena. Diante do art. 1º LEP\(^2\), podemos afirmar que desde 1985 a legislação brasileira adotou a prevenção especial: isso não esgotará o conhecimento possível sobre as funções da execução da pena privativa de liberdade, no Brasil, nem sobre o que possa significar hoje a “tarefa ressocializadora” da prisão\(^3\). Sandoval Huertas organizou as funções não declaradas da pena privativa de liberdade em três níveis: a) o nível psicossocial (funções vindicativa e de cobertura ideológica); b) o nível econômico-social (funções de reprodução da criminalidade, controle coadjuvante do mercado de trabalho, e reforço protetivo à propriedade privada); c) o nível político (funções de manutenção do estado quo, controle sobre

---


\(^{2}\) Lei nº 7.210, de 11.jul.84, art. 1º: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmoniosa integração social do condenado e do internado”.

\(^{3}\) Sobre este aspecto, cf. Anacléto Miranda Rodrigues, Reinscrição social — para uma definição do conceito, in JDP nº 34, p. 24 ss; Losano, op. cit., p. 89; Mauro Coerde, Derecho penal y control social, cit., p. 93; Bustos, Introducción, cit., p. 96; Zaffaroni, Manual, cit., p. 62.
as classes sociais dominadas é controle de opositores políticos). Esta maneira de conceber os fins da pena é chamada por Baratta de concepção “materialística ou político-econômica”, em oposição à concepção “ideológica ou idealista” das teorias absoluta e relativa. O estudo aprofundado da pena, chamado “teoria da pena”, tem sua sede na ocasião em que o conjunto das penas previstas pelo código penal é objeto de exposição e análise.

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

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

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

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

6 Criminologia crítica, cit., p. 200.
7 Direito penal, cit., p. 22.
minada época e de determinado povo"." A criminalização da arte negra da capoeira, dois anos após a abolição da escravatura, pelo artigo 402 do código penal de 1890, correspondia às “exigências de cultura” de “determinado povo”?

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

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

---

1 Lições, cit., p. 2.
2 Código penal de 1890 (dec. nº 847, de 11.out.890), art. 402: “Fazer nas ruas e praças públicas exercícios de agilidade é destreza corporal conhecidos pela denominação de capoeira; andar em correrias (...) ; pena — de prisão celular por 2 a 6 meses”;
3 Direito penal, cit., p. 23.

§ 16

A ciência do direito penal

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

A ciência do direito penal tem por objeto o ordenamento jurídico- penal positivo e por finalidade permitir uma aplicação equitativa (no sentido de casos semelhantes encontrarem soluções semelhantes) e justa da lei penal. Tornando, como diz Novoa, “segura e calculável a aplicação da lei”, estabelecendo limites e definindo conceitos, a dogmática subtraia daquela aplicação “a irracionalidade, a arbitrariedade e a improvisação”1. Trata-se, portanto, de conhecer o direito aplicável, cujas normas não são submetidas a qualquer con-

---

1 Coelho, Luiz Fernando, Teoria da ciência do direito, S. Paulo, 1974, p. 52.
2 Crítica y desmitificación del derecho, B. Aires, 1985, p. 226.