

Princípios do Direito Penal

Ao referir que o Código Penal é a “*Magna Charta* do delinquente”, von Liszt informava que não é finalidade precípua do Direito penal impor penas, punir, mas sim assegurar àquele que se comportou em desacordo com o ordenamento jurídica que só poderá ser sancionado em obediência às leis e nos limites por elas estabelecidos. Devidamente atualizada, sobretudo em função do princípio da presunção da inocência ou da não-culpabilidade (este de natureza processual), a expressão do autor alemão poderia hoje merecer pequena correção: o Código Penal é a *Magna Charta* do cidadão.

Assim, os princípios que informam o Direito Penal, embora reconhecidos pela Constituição Federal ou pelo Código Penal, não deixam, nas palavras de Nilo Batista, “de ter um sentido programático, e aspiram ser a plataforma mínima sobre a qual possa elaborar-se o direito penal de um estado de direito democrático”³⁷¹.

Em que pese os desdobramentos encontrados em cada um destes princípios reitores que poderiam ser interpretados como princípios autônomos, a doutrina é assente no sentido de que, basicamente, os princípios do Direito penal são os seguintes: 1) princípio da legalidade, também identificado como princípio da reserva legal; 2) princípio da intervenção mínima ou da fragmentariedade do Direito Penal; 3) princípio da lesividade ou da ofensividade; 4) princípio da humanidade; e, 5) princípio da culpabilidade ou da pessoalidade da pena e da sua individualização.

³⁷¹ BATISTA, Nilo. *Introdução...* cit. p. 61-62.

5.1

princípio da legalidade

5.1.1

antecedentes

É controvertida a origem do postulado da reserva legal, resumido na fórmula *nullum crimen nulla poena sine lege*. Para Manzini, o princípio ora estudado decorre do direito penal romano *privado* e se “inicia com a adoção da regra que retira do pretor o poder de pronunciar a sentença penal definitiva, deixando-lhe somente a de emitir um juízo condicional, devolvendo aos jurados a competência restante”. Segundo este autor, o princípio em questão estaria assim expresso no Digesto: *Poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio specialiter huic delicto imposita est* (L. 131, § 1, D, 1, 16)³⁷².

Esta opinião não é partilhada por Mario Curtis Giordani. O professor brasileiro menciona que “um dos aspectos mais curiosos e marcantes do Direito Penal Romano é a aceitação da retroatividade da Lei Penal”. Citando Matos Peixoto, Giordani registra que “alguns textos dizem que se deve aplicar a pena estabelecida na lei, mas não dizem que essa pena é a do tempo em que o crime foi praticado”. Segundo este autor, “na repressão *ordinária* os crimes estavam limitados e em princípio nenhum ato podia ser considerado criminoso e submetido a processo ordinário, sem lei anterior que como tal definisse o ato e instituísse a respectiva *quaestio*. Não havia, pois, outros crimes sujeitos a processo ordinário além dos definidos em lei ou no direito analógico, que também era norma positiva e vigente. Disso resulta que, quando a lei criava figuras delituosas, não se aplicava, por via de regra, a fatos anteriores até então considerados inocentes, pois a esse tempo tal lei não existia. Era a irretroatividade da lei penal quanto à definição do crime, era o *nullum crimen sine lege*, no âmbito restrito do processo ordinário. Essa regra, porém, afastava-se excepcionalmente, quando a própria lei continha cláusula retroativa (*ex: ‘fecit’, ‘fecerit’, ‘dixit’, ‘dixerit’*), como se encontra em várias lei republicanas, ou quando se tratava de ato tão celerado e nefário que, mesmo se nenhuma lei o proibisse, ninguém deveria praticá-lo. Na

³⁷² MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal – primera parte – teorías generales* (trad. para o espanhol por S. S. Melendo) Buenos Aires: Ediar, 1948, Tomo I, vol. I, p. 71 (tradução livre).

época da agonia da República houve até leis especiais para reprimir fatos isolados já ocorridos...

No império são raras as lei penais com cláusulas retroativas. Na repressão *extraordinária* existe por parte do funcionário judicante amplo arbítrio tanto na incriminação do fato como na aplicação da pena (*judicante placet augere poenam*). Não havia, pois, necessidade de dar à lei efeito retroativo para que ela se aplicasse a fatos anteriores. Se o legislador queria tornar obrigatória ou excluir a retroatividade, para aplicar a lei mais benigna, declarava-o expressamente, como fizeram Arcádio e Honório, quando minoraram as penas do incesto, e Justiniano quando as agravou. Identicamente se procedia para limitar ao futuro as penas estabelecidas para fatos até então impuníveis.³⁷³

É interessante observar que o Código de Direito Canônico hoje em vigor, muito assemelhado em sua sistemática ao Código Penal, adota preceito bastante semelhante às regras romanas da repressão *extraordinária*. Promulgado pelo Papa João Paulo II, em 25/01/1983, em seu Livro VI (das sanções na igreja), I Parte (dos delitos e das penas em geral), Cânone 1315, § 2º, este Código estabelece que “a própria lei pode determinar a pena ou *deixar sua determinação à prudente ponderação do juiz*”. Comentando este dispositivo, Padre Hortal assinala que “na Igreja têm verdadeiro poder coativo (para impor penas) tanto o legislador quanto aquele que goza de poder de regime (cân. 1319), mas este último tem apenas uma faculdade limitada, pois não pode impor penas indeterminadas (no velho Código, podia), nem penas expiratórias perpétuas”³⁷⁴.

Nelson Hungria anota que foi na Inglaterra que “madrugou, para o direito positivo, o princípio da reserva legal em matéria de crimes e penas”, acrescentando que, mais tarde, no século XVII, a ideia fundamental de limitar o poder do Estado em face da liberdade individual foi desenvolvida por John Locke e cristalizada por Montesquieu no século XVIII³⁷⁵. Com efeito, na obra de

³⁷³ GIORDANI, Mário Curtis. *Direito Penal Romano*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 61..

³⁷⁴ Código de Direito Canônico. Tradução Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (notas, comentários e índice analítico por Pe. Jesús Hortal, SJ). 4ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

³⁷⁵ Para o autor, a *Magna Charta* do rei João (1215), no seu artigo 39, assim proclamava, consagrando a proibição da analogia *in malam partem*: *Nullum liber homo capiatur vel imprisonetur aut dissaisiatur aut utlegatur exuletur aut aliqui modo destruatut nec super eum ibimus nec supere um mittemus nisi per legalem iudicium parium suorum vel per legem terroe* (nenhum homem livre será detido, preso ou despojado, ou proscrito, ou morto de qualquer forma; nem no condenaremos ou no recolheremos à prisão, a não ser pelo julgamento dos seus iguais, ou pelas leis do país). In: HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I, tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 42.

Feuerbach, datada de 1801, já estará enunciada a fórmula, que depois foi consolidada e aperfeiçoada na expressão *nullun crimem nulla poena sine lege*³⁷⁶:

§ 14. Para fundar a convicção geral acerca da vinculação necessária entre estes males e estas injúrias, será mister: I – que uma lei a estabeleça como necessária consequência do fato (cominação legal)...

§ 17. O ‘fundamento jurídico’ da pena é a causa de que depende a possibilidade jurídica da pena. Fundamento jurídico: I – (...); II – O fundamento jurídico para infligir uma pena é a prévia cominação legal.

Numerosos autores aderem ao entendimento de que foi “a partir da pregação dos teóricos do chamado iluminismo que realmente surge como real apotegma político o princípio da reserva legal”, encontrando seu fundamento histórico na teoria do contrato social³⁷⁷, ressaltando Mestieri que a “formulação precisa do princípio da anterioridade da lei penal”³⁷⁸ está no § 3º do clássico de Beccaria: “apenas as lei podem decretar as penas dos delitos e essa autoridade não pode residir senão no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social”³⁷⁹.

5.1.2 funções

Há um difundido entendimento na doutrina no sentido de que do princípio da reserva legal derivam quatro funções primordiais, cujas consequências resultam em quatro proibições, sendo que cada uma delas, como anota Bacigalupo, tem um destinatário preciso: a proibição de retroatividade da lei penal (*lex praevia*), se dirige ao tanto ao legislador quanto ao juiz; a exigência de lei escrita (*lex scripta*), assim como a da proibição da analogia (*lex stricta*), também se dirigem ao juiz; por último, a proibição de cláusulas legais indeterminadas (*lex certa*), tem por destinatário basicamente o legislador e subsidiariamente o juiz³⁸⁰.

³⁷⁶ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal ...* cit. p. 61-62.

³⁷⁷ LUISI, Luis. *Op. cit.* p. 14.

³⁷⁸ MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 59.

³⁷⁹ BECCARIA, Cesare Bonesana. *Op. cit.* p. 39.

³⁸⁰ BACIGALUPO, Enrique. *Principios Constitucionais de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 44-45 (tradução livre)

5.1.2.1

proibição de retroatividade (*lex praevia*)

O princípio da proibição da retroatividade da lei penal, no dizer de Batista, reside na ideia de reação contra leis promulgadas *post facto*. “Tudo que se refira ao crime (por exemplo, supressão de um elemento integrante de uma justificativa, qual a *vox* ‘iminente’ na legítima defesa) e tudo que se refira à pena (por exemplo, retificação gravosa na disciplina da prescrição), não pode retroagir em detrimento do acusado”³⁸¹.

Luisi aponta como um “problema indisfarçável” a discussão acerca da aplicação do postulado da reserva legal às normas de execução penal. Arguindo que em algumas Constituições há disposições expressas, argumenta, citando Palazzo, que a “disciplina da execução penitenciária deixou de ser exclusivamente jurídico-político do legislador para tornar-se objeto de obrigações e deveres constitucionais”³⁸².

Outra questão que vem gerando debates diz respeito à possibilidade de estender-se o princípio da retroatividade benéfica às modificações jurisprudenciais³⁸³. Para Bacigalupo, “em favor desta tese se sustenta que uma

³⁸¹ BATISTA, Nilo. *Introdução...* p. 69.

³⁸² LUISI, Luis. *Op. cit.* p. 17. O autor enumera vários dispositivos constitucionais previstos como garantias individuais no artigo 5o, da Constituição Federal, entre os quais os que asseguram a individualização da pena e que seu cumprimento se de acordo com a natureza dos delitos, a idade e o sexo do apenado (XLVI e XLVIII), o respeito à integridade física (XLIV) e às presidiárias o direito de permanecer com os filhos durante o período da amamentação (L).

³⁸³ Recentemente, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão relevantíssima em matéria de tráfico de drogas, reconhecendo a inconstitucionalidade de um dispositivo da lei antidrogas (Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006): *Verbis*: “por maioria, concedeu parcialmente habeas corpus e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, contida no aludido art. 44 do mesmo diploma legal. Tratava-se, na espécie, de writ, afetado ao Pleno pela 1ª Turma, em que condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º) questionava a constitucionalidade da vedação abstrata da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos disposta no art. 44 da citada Lei de Drogas (“Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.”). Sustentava a impetração que a proibição, nas hipóteses de tráfico de entorpecentes, da substituição pretendida ofenderia as garantias da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), bem como aquelas constantes dos incisos XXXV e LIV do mesmo preceito constitucional — v. Informativos 560, 579 e 597. Esclareceu-se, na presente assentada, que a ordem seria concedida não para assegurar ao paciente a imediata e requerida convalidação, mas para remover o obstáculo da Lei 11.343/2006, devolvendo ao juiz da execução a tarefa de

nova jurisprudência tem indubitavelmente um efeito similar ao de uma lei”. Este fundamento se apoia na ideia de *proteção da confiança* que seria afetada por uma mudança jurisprudencial, ou seja, “quando o autor realmente tenha se movido em razão de sua confiança no que foi decidido pelos tribunais antes de executar a ação”. Contra argumenta-se esta tese, primeiramente, com o princípio da divisão de poderes, “já que as alterações jurisprudenciais só importam numa correção da interpretação de uma vontade legislativa já existente no momento do fato”. Em segundo plano, quando o agente realmente tenha agido motivado pela sua confiança no novo entendimento jurisprudencial, caberia “a apreciação de um erro de proibição desculpante e, no caso, de tipo”³⁸⁴.

Vale observar que a retroatividade da lei penal só é possível se sua aplicação vier em benefício do réu. Esta matéria foi intensamente discutida na jurisprudência brasileira ao aplicar-se a nova lei antidrogas, pois esta lei especial trazia dispositivos mais favoráveis, mas também outros desfavoráveis, como imposição de penas mais severas para o crime de tráfico, por exemplo. Por um lado, arguia-se que não se poderiam aplicar as duas leis concomitantemente, posto que assim o fazendo se estaria criando uma “terceira lei”. Prevaleceu, no entanto, o entendimento de ser possível a combinação de leis naquilo que ambas possam conter de benéfico para o réu³⁸⁵.

aufferir o preenchimento de condições objetivas e subjetivas. Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Carmen Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio que indeferiam o habeas corpus”. Veja-se HC 97256/RS, rel. Min. Ayres Britto, julgtº em 1º/9/2010. Posteriormente, em 15/02/2012, o Senado Federal, por meio da Resolução nº. 5/2012, suspendeu, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (DOU de 16.2.2012).

³⁸⁴ BACIGALUPO, Enrique. *Principios...* cit. p. 53-54.

³⁸⁵ EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA, INSTITUÍDA PELO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FIGURA DO PEQUENO TRAFICANTE. PROJEÇÃO DA GARANTIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). CONFLITO INTERTEMPORAL DE LEIS PENAIS. APLICAÇÃO AOS CONDENADOS SOB A VIGÊNCIA DA LEI 6.368/1976. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (INCISO XL DO ART. 5º DA CARTA MAGNA). MÁXIMA EFICÁCIA DA CONSTITUIÇÃO. RETROATIVIDADE ALUSIVA À NORMA JURÍDICO-POSITIVA. INEDITISMO DA MINORANTE. AUSÊNCIA DE CONTRAPOSIÇÃO À NORMAÇÃO ANTERIOR. COMBINAÇÃO DE LEIS. INOCORRÊNCIA. EMPATE NA VOTAÇÃO. DECISÃO MAIS FAVORÁVEL AO RECORRIDO. RECURSO DESPROVIDO. 1. A regra constitucional de retroação da lei penal mais benéfica (inciso XL do art. 5º) é exigente de interpretação elástica ou tecnicamente “generosa”. 2. Para conferir o máximo de eficácia ao inciso XL do seu art. 5º, a Constituição não se refere à lei penal como um todo unitário de normas jurídicas, mas se reporta, isto sim, a cada norma que se veicule por dispositivo embutido em qualquer diploma legal. Com o que a retroatividade benigna opera de pronto, não por mérito da lei em que inserida a regra penal mais favorável, porém por mérito da Constituição mesma. 3. A

Nilo Batista selecionou dois exemplos bem marcantes da História para exemplificar violações ao princípio 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 sequestrados por organizações políticas clandestinas, durante a ditadura militar; cita também o Tribunal de Nuremberg, que julgou militares alemães vencidos na II Guerra Mundial. Sustenta-se que nessa hipótese também tenha ocorrido violação ao princípio. Ainda a título exemplificativo, não será excessivo sugerir que se assista ao premiado filme intitulado “Sessão Especial de Justiça” do cineasta grego Costa Gravas (1975), cujo foco “está voltado à discussão acerca do efeito retroativo das

discussão em torno da possibilidade ou da impossibilidade de mesclar leis que antagonicamente se sucedem no tempo (para que dessa combinação se chegue a um terceiro modelo jurídico-positivo) é de se deslocar do campo da lei para o campo da norma; isto é, não se trata de admitir ou não a mesclagem de leis que se sucedem no tempo, mas de aceitar ou não a combinação de normas penais que se friccionem no tempo quanto aos respectivos comandos. 4. O que a Lei das Leis rechaça é a possibilidade de mistura entre duas normas penais que se contraponham, no tempo, sobre o mesmo instituto ou figura de direito. Situação em que há de se fazer uma escolha, e essa escolha tem que recair é sobre a inteireza da norma comparativamente mais benéfica. Vedando-se, por conseguinte, a fragmentação material do instituto, que não pode ser regulado, em parte, pela regra mais nova e de mais forte compleição benéfica, e, de outra parte, pelo que a regra mais velha contenha de mais benfazejo. 5. A Constituição da República proclama é a retroatividade dessa ou daquela figura de direito que, veiculada por norma penal temporalmente mais nova, se revele ainda mais benfazeja do que a norma igualmente penal até então vigente. Caso contrário, ou seja, se a norma penal mais nova consubstanciar política criminal de maior severidade, o que prospera é a vedação da retroatividade. 6. A retroatividade da lei penal mais benfazeja ganha clareza cognitiva à luz das figuras constitucionais da ultra-atividade e da retroatividade, não de uma determinada lei penal em sua inteireza, mas de uma particularizada norma penal com seu específico instituto. Isto na acepção de que, ali onde a norma penal mais antiga for também a mais benéfica, o que deve incidir é o fenômeno da ultra-atividade; ou seja, essa norma penal mais antiga decaí da sua atividade eficaz, porquanto inoperante para reger casos futuros, mas adquire instantaneamente o atributo da ultra-atividade quanto aos fatos e pessoas por ela regidos ao tempo daquela sua originária atividade eficaz. Mas ali onde a norma penal mais nova se revelar mais favorável, o que toma corpo é o fenômeno da retroatividade do respectivo comando. Com o que ultra-atividade (da velha norma) e retroatividade (da regra mais recente) não podem ocupar o mesmo espaço de incidência. Uma figura é repelente da outra, sob pena de embaralhamento de antagônicos regimes jurídicos de um só e mesmo instituto ou figura de direito. 7. Atento a esses marcos interpretativos, hauridos diretamente da Carta Magna, o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 outra coisa não fez senão erigir quatro vetores à categoria de causa de diminuição de pena para favorecer a figura do pequeno traficante. Minorante, essa, não objeto de normação anterior. E que, assim ineditamente positivada, o foi para melhor servir à garantia constitucional da individualização da reprimenda penal (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). 8. O tipo penal ou delito em si do tráfico de entorpecentes já figurava no art. 12 da Lei 6.368/1976, de modo que o ineditismo regratório se deu tão-somente quanto à pena mínima de reclusão, que subiu de 3 (três) para 5 (cinco) anos. Afora pequenas alterações redacionais, tudo o mais se manteve substancialmente intacto. 9. No plano do agravamento da pena de reclusão, a regra mais nova não tem como retroincidir. Sendo (como de fato é) constitutiva de política criminal mais drástica, a nova regra cede espaço ao comando da norma penal de maior teor de benignidade, que é justamente aquela mais recuada no tempo: o art. 12 da Lei 6.368/1976, a incidir por ultra-atividade. O novidadeiro instituto da minorante, que, por força mesma do seu ineditismo, não se contrapondo a nenhuma anterior regra penal, incide tão imediata quanto solitariamente, nos exatos termos do inciso XL do art. 5º da Constituição Federal. 10. Recurso extraordinário desprovido. Plenário, RE nº 596.152/SP, Rel. Min. R. LEWANDOWSKI, Rel. para o acórdão Min. A. BRITTO, jultº. em 13/10/2011.

leis e o contexto da posição da França [ocupada] na guerra, sobretudo das resistências do governo e às discussões éticas imprescindíveis à boa convivência entre as nações”³⁸⁶.

5.1.2.2

obrigatoriedade de lei escrita (lex scripta)

A obrigatoriedade de estarem os crimes e as penas previamente escritos decorre da exclusão de aplicação do costume em matéria penal. A razão desta proibição tem por fundamento o fato de que as condutas puníveis pelo direito penal devem provir de lei emanada pelo Congresso Nacional, conforme mandamento constitucional previsto no artigo 22, inciso I, da Constituição Federal. Assis Toledo, no entanto, afirma constituir-se “um equívoco supor que o direito costumeiro esteja totalmente abolido do âmbito penal”, acrescentando que o costume tem “grande importância para a elucidação do conteúdo dos tipos”³⁸⁷.

Assim, para que possa cumprir sua função garantidora, a lei penal escrita “deve conter todos os elementos do tipo que define, como também os do autor merecedor de uma pena, quer dizer, os elementos do tipo de injusto e da reprovabilidade, as condições objetivas de punibilidade, todas as sanções, incluídas as medidas de segurança e as consequências acessórias, e, por último, as causas pessoais de exclusão e de anulação da pena”³⁸⁸.

Aspecto relevante quanto ao ponto diz respeito às normas penais em branco, quais sejam, aquelas que estabelecem pena para uma conduta que se encontra individualizada em outro dispositivo legal, não necessariamente uma lei

³⁸⁶ <http://www.cineplayers.com/comentario.php?id=30091>, consulta em 27/04/2012. “Na película, as leis com efeitos retroativos são o centro da discussão. Cientes do significado da aprovação de tal medida, os magistrados franceses se encontram diante da seguinte situação: após a morte de um jovem oficial militar alemão durante a ocupação parisiense, jovens franceses idealistas são presos e torturados como uma forma de mostrar as forças do regime político totalitário, mostrando como os princípios éticos podem ficar destorcidos em momento de guerra e conflito, aos jurados que podem ou não condena-los em uma sessão especial, sobram duas opções: ou aprovavam a lei proposta pelo governo, condenando seis prisioneiros a serem executados em praça pública para servirem de “exemplo” para todos os que ousassem desafiar o regime francês ou deixa que o governo execute sumariamente cem reféns aprisionados” (comentários de Pedro Luiz Santos de Miranda).

³⁸⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal – de acordo com a lei n. 7.209, de 11/7/1984 e a Constituição de 1988*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 25.

³⁸⁸ TOZZINI, Carlos A. *Garantías constitucionales en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 72 (tradução livre).

em sentido formal, isto é, que derive do processo democrático parlamentar de elaboração de leis, e sim em atos normativos baixados pela autoridade administrativa.

Segundo Bacigalupo, o Tribunal Supremo espanhol tem afirmado que “são leis penais em branco, aquelas cujo suposto de fato deve ser completado por outra norma produzida por uma *fonte jurídica legítima*” (STS de 20/09/90, rec. 5565). Por sua vez, o Tribunal Constitucional espanhol tem dito que é compatível com a Constituição “a utilização e aplicação judicial de leis penais em branco, sempre que se dê a suficiente concreção para que a conduta qualificada de delituosa fique suficientemente precisa no complemento indispensável da norma a que a lei penal se remete, resultando assim salvaguardada a função de garantia do tipo com a possibilidade de conhecimento da atuação penalmente cominada” (STC 127/90)³⁸⁹.

A questão é deveras controvertida, pois não raro a norma complementar se resume a disposições regulamentares e até mesmo de simples instruções sequer publicadas nos órgãos de imprensa oficiais. Exemplifica-se como o tipo do artigo 38 da Lei n. 9.605, de 12/02/1998, que criminaliza a conduta de destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la *com infringência das normas de proteção*. Estas *normas de proteção* podem simplesmente ser baixadas pelo diretor do parque ou da APA (área de proteção ambiental), ficando rigorosamente ao alvedrio deste diretor a decisão de estabelecer a conduta incriminada merecedora da sanção penal.

Aqui se coloca em discussão temática referente ao *erro de proibição*³⁹⁰. Bacigalupo considera que, “se nas leis penais em branco a *existência* da norma complementar deve ser objeto de conhecimento do dolo não é produto da técnica da remissão, mas sim da estrutura do tipo resultante. Se este se esgota

³⁸⁹ BACIGALUPO, Enrique. *Principios...* p. 99.

³⁹⁰ Previsto no artigo 21 do Código Penal, como *erro sobre a ilicitude do fato*, tem a seguinte redação: *O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto à metade.* Segundo Zaffaroni, “chama-se *erro de proibição* àquele que recai sobre a compreensão da antijuridicidade da conduta. *Quando é vencível, isto é, quando com a devida diligência o indivíduo não teria podido compreender a antijuridicidade do seu injusto, tem o efeito de eliminar a culpabilidade. Quando é vencível, em nada afeta a tipicidade dolosa ou culposa que já está afirmada ao nível correspondente.* In: ZAFFARONI & PIERANGELI. *Manual...* cit. p. 637.

na mera desobediência de um dever imposto pela norma complementar, seu conhecimento será seguramente necessário para o dolo”³⁹¹

Por fim, para Nilo Batista, “a constitucionalidade das normas penais em branco de complementação heteróloga [fonte legislativa de hierarquia constitucional inferior, como o ato administrativo, ou a lei estadual ou municipal] seria discutível à luz da reserva absoluta de lei”³⁹².

5.1.2.3

proibição da analogia (lex stricta)

No Direito Romano a aplicação da analogia em matéria penal era perfeitamente admitida, registrando Giordani ser extensível e flexível, tendo “elasticidade bastante para apanhar em suas malhas os atos mercedores de punição, mas não contemplados em seus dispositivos”³⁹³. Nilo Batista recorda que o Código dinamarquês de 1930 previa a analogia, mencionando, também, que no Brasil foi ela empregada no Estado Novo e durante o Regime Militar³⁹⁴.

Segundo lição de Asúa, “a analogia consiste na decisão de um caso penal não contido pela lei, argumentando com o espírito latente desta, com base na semelhança do caso colocado com outro que a lei tenha definido ou enunciado em seu texto e, nos casos mais extremos, acudindo aos fundamentos de ordem jurídica, tomados em conjunto”. Aduz ademais o penalista, que “mediante o procedimento analógico, se trata de determinar uma vontade *não existente* nas leis que o próprio legislador tivesse manifestado se haveria podido ter em conta a situação que o juiz deve julgar”³⁹⁵. Para Bobbio, “a analogia é certamente o mais típico e o mais importante dos procedimentos interpretativos de determinado sistema normativo: é aquele procedimento mediante o qual se manifesta a

³⁹¹ BACIGALUPO, E. *Principios...* p. 100.

³⁹² BATISTA, Nilo. *Introdução...* p. 73-74.

³⁹³ GIORDANI, Mario Curtis. *Direito Penal Romano*. cit. p. 63. O autor cita o seguinte dispositivo penal da *Lex Juliae: Qui status aut imagines imperatoris jam consecratas conflaverint aliundeve quid simile admiserint, lege Julia majestatis tenetur/* Respondem pela lei Julia de lesa-majestade os que tiverem fundido estátuas ou bustos já consagrados do imperador *ou fizerem algo semelhante*.

³⁹⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução...* cit. p. 76.

³⁹⁵ ASÚA, Luiz Jimenez de. *La Ley e el Delito*. 12ª ed. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1981, p. 122-123.

chamada tendência de todo sistema jurídico a *expandir-se* para além dos casos expressamente regulado”³⁹⁶.

Mas mesmo quando as leis são suficientemente claras, sua interpretação é indispensável, “ao menos para se alcançar o sentido léxico dos termos delas constantes”³⁹⁷, conceituando-se a interpretação como “o processo lógico que procura estabelecer a vontade contida na norma jurídica”³⁹⁸.

A garantia da reserva legal, que exige a proibição de retroatividade da lei penal, bem como assegura seja esta escrita e contenha todos os elementos do tipo, também exige seja o conteúdo da lei estrito, significando dizer que qualquer outro caso não contido nela resultará livre de punição, ainda que *digno de repressão*, tal como expressamente estabelece o Código Penal espanhol, em seu artigo 4º, 1 e 2³⁹⁹.

São quatro, tradicionalmente, os métodos de interpretação legal: *gramatical*, que visa o significado linguístico da norma; *sistemático*, que examina seu significado conforme a posição que a norma ocupa no sistema legal em que está inserida; *histórico*, que remete o intérprete ao momento histórico em que a norma foi promulgada, assim como investiga os motivos específicos de que se originou; e, por fim, o *teleológico*, que busca a finalidade da norma, o verdadeiro sentido do texto que está sendo objeto de interpretação⁴⁰⁰.

Argumenta-se que para atingir-se a finalidade da norma (interpretação teleológica) sua interpretação poderia ser realizada extensivamente (interpretação *extensiva*), desde que não se proceda à “extensão da proibição estabelecida em um tipo penal a ações não compreendidas expressamente naquele, ou seja, a extensão

³⁹⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. A. M. Solon, prefácio de C. Lafer, apresentação de T. S. Ferraz Jr. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 147. Segundo o autor, o método analógico foi amplamente usado em todas as épocas, citando o Digesto (10 D. de leg., 1.3 e o Organon de Aristóteles (*Analitici prioris*, II, 24).

³⁹⁷ MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. 24ª ed (atualizada por Renato N. Fabrini). São Paulo: Atlas, 2007, vol. I, p. 33.

³⁹⁸ MAGALHÃES NORONHA. E.. *Direito Penal* (atualizado por Adalberto J. Q. T. de Camargo Aranha) 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, vol. 1, p. 70.

³⁹⁹ Art. 4º. 1. As leis penais não se aplicarão a casos distintos dos nelas expressamente nelas compreendidos. 2. No caso de um Juiz ou Tribunal, no exercício de sua jurisdição, tenha conhecimento de alguma ação ou omissão que, sem estar apenada pela lei, *estime digna de repressão*, se absterá de todo procedimento sobre ela e exporá ao Governo as razões que lhe assistam para crer que deveria ser objeto de sanção penal (tradução livre).

⁴⁰⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Derecho Penal...* cit. p. 137-138

do âmbito de uma norma incriminadora para além do campo interpretativo que permite seu texto”⁴⁰¹, pois isto implicará na realidade em interpretação analógica *in mallam partem*. Segundo Tozzini, para limitar-se o caráter extensivo do conteúdo do tipo penal deve-se concentrar em “uma valoração da vontade do legislador, mediante o conteúdo do bem jurídico tutelado e a descrição criminal do modelo legal, o qual permitiria que determinadas condutas ingressassem normalmente no repertório do tipo incriminado”⁴⁰².

Discute-se hoje na doutrina se há substancial diferença entre a interpretação *extensiva* e a interpretação *analógica*. Para Bobbio, o único critério *aceitável* para distinguir um método interpretativo do outro é aquele que procura compreender a diferença entre os diversos efeitos decorrente de um e de outro: “o efeito da primeira [analógica] é a criação de uma *nova* norma jurídica; o efeito da segunda [extensiva] é a extensão de uma norma a casos não previstos por ela”. Com a interpretação extensiva, segue Bobbio, “limitamo-nos à redefinição de um termo, mas a norma aplicada é sempre a mesma”, com a interpretação analógica, “se passa de uma norma a outra”⁴⁰³.

Bacigalupo, contudo, anota que há forte tendência entre determinados setores da doutrina considerando que, “se o princípio da legalidade significa que a punibilidade deve fundamentar-se mediante um método de interpretação admitido e o método teleológico é admitido e não se distingue da interpretação analógica, *a analogia não pode estar proibida no direito penal*”. Desta maneira, segue o autor, “se salva a legitimidade da interpretação analógica ainda que reduzindo o alcance do princípio da legalidade”⁴⁰⁴.

Na mesma linha, lembra Nilo Batista que “alguns autores questionam a real vigência lógica e linguística da proibição da analogia”, citando a propósito Kaufmann, para quem “não há um só fato criminoso cujos contornos estejam fixados em lei: por todos os lados os lindes estão abertos”⁴⁰⁵.

⁴⁰¹ TOZZINI, Carlos A. *Princípios...* cit. p. 72.

⁴⁰² TOZZINI, Carlos A. *Princípios...* cit. p. 76.

⁴⁰³ BOBBIO, Norberto. Cit. p. 150.

⁴⁰⁴ BACIGALUPO, E. *Princípios...* cit. p. 91.

⁴⁰⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução...* cit. p. 77.

5.1.2.4

proibição de incriminações vagas (lex certa)

O postulado em questão, que Luis Luisi prefere chamar de postulado da *determinação taxativa*, “expressa a exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais possível certas e precisas”. Para este autor, tal postulado dirige-se ao legislador, vetando-lhe a “elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas e vagas, de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos”⁴⁰⁶.

Apesar da oportuna observação de Assis Toledo, no sentido de que, “no estágio atual de nossa legislação o ideal de que todos possam conhecer as leis penais parece cada vez mais longínquo, transformando-se, por imposição da própria lei, no dogma do conhecimento presumido, que outra não é senão pura ficção jurídica”⁴⁰⁷, não há dúvida de que, “quanto maior forem a exatidão e precisão do conteúdo de proibição do tipo penal previsto em lei, menor será o arbítrio do juiz no ato de sua aplicação e mais efetiva será a segurança jurídica dos jurisdicionados, fazendo valer o princípio da isonomia”⁴⁰⁸.

Atingir este desiderato não será tarefa fácil, pois, segundo Pilar Gómez Pavón, trazendo lição de Garcia-Pablos de Molina, a lei padece de uma permanente tensão entre necessidades que são antagônicas entre si: generalizar e concretizar; conter justiça material e expressar segurança jurídica; descrever e valorar, sendo verdadeiramente utópico atingir o ideal: que as leis sejam concomitantemente gerais e abstratas, ao mesmo tempo em que garantam os princípios da igualdade e da segurança jurídica, outorgando a necessária tutela a interesses dignos dela, prevenindo possíveis ataques⁴⁰⁹.

Bacigalupo, invocando a doutrina alemã, nomeadamente Naucke, pondera que, “quanto mais ampla seja uma disposição e menor sua possibilidade de comunicar quais são as condutas proibidas (ou, no caso, exigidas), maior deve ser a tolerância a respeito o erro de proibição e que, em todo caso, cabe uma

⁴⁰⁶ LUISI, Luis. *Princípios...* cit. p. 18.

⁴⁰⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios...* cit. p. 29.

⁴⁰⁸ CASTELLAR, João Carlos. *‘Insider Trading’...* cit. p. 58.

⁴⁰⁹ PAVÓN, Pilar Gómez. *Cuestiones actuales del derecho penal económico*. (tradução livre). Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, RT, n. 48, ano 12, maio/junho 2004, p. 136.

atenuação da pena”⁴¹⁰.

Por outro lado, recorda Nilo Batista que “não é permitido, igualmente, tratando-se de penas graduáveis, que o legislador não estabeleça uma escala de merecimento penal, com polos 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”⁴¹¹.

De se observar que as consequências nefastas desta desmedida liberdade do juiz no estabelecimento do *quantum* de pena podem ser mais notadas no sistema norte-americano. Como assinala Nucci, nos EUA é conhecido o rigor na fixação da pena, em especial no tocante aos crimes considerados graves e violentos contra a pessoa, sendo que o juiz “possui margens para a individualização da pena extremamente flexíveis, provocando um indesejável abismo entre o mínimo e o máximo em lei previstos, dando margem a uma aplicação discricionária, beirando o abuso”⁴¹²⁻⁴¹³.

Não será excessivo acrescentar que, em matéria de Direito Penal econômico, a necessidade de precisão na descrição típica das condutas incriminadas tem sido de modo geral colocada em segundo plano. Tal se dá, não apenas porque esta classe de delitos invariavelmente provém da criminalização de infrações administrativas, ramo do direito que não obedece àquele mesmo rigor exigido no direito penal para a construção dos tipos de infração, mas também porque no âmbito do Direito Penal econômico se visa dar proteção a bens

⁴¹⁰ BACIGALUPO, E. *Princípios...* cit. p. 66. Segundo este autor, parte da doutrina alemã (Naucke) “sustenta que nas hipóteses de causas gerais se deve, em primeiro lugar, ampliar o âmbito do erro excludente da culpabilidade, e, ademais, privilegiar o autor, nos casos de sanção, no momento da individualização da pena ou bem, por último, interpretar a clausula geral de uma maneira objetivamente restritiva”. Contrariamente a esta posição, ainda na esteira de Bacigalupo, desta vez citando Shünemamm, há o entendimento no sentido de que “a interpretação suficientemente restritiva daria lugar a várias concepções diferentes, que as regras do erro de proibição conduziram nestes casos a resultados pouco satisfatórios e que na *práxis* da individualização da pena a determinação desta depende em forma decisiva do arbítrio judicial”.

⁴¹¹ BATISTA, Nilo. *Introdução...* cit. p. 80.

⁴¹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo: RT, 2005, p. 163. Citando José Raimundo Gomes da Cruz, afirma o autor que naquele país “as sentenças criminais continuam a ser proferidas na base da improvisação”. Menciona, ademais, que “a lei do Estado de Nova York, p. ex., estabelece parâmetros extremamente largos para vários crimes – um a 25 anos para roubo a banco, 1 e meio a 15 anos para roubo de 1º grau – mas deixando ao juiz a discricionária fixação da pena na sentença. A flexibilidade que se acha como inspiradora do sistema acaba gerando frequentes disparates”.

⁴¹³ Nosso Código Penal também reúne delitos em que se estabelece larga distância entre mínimo e máximo das penas infligidas, como, por exemplo, o homicídio simples (art. 121), cuja sanção penal varia de 6 a 20 anos e o peculato (art. 312), que varia entre 2 e 12 anos.

jurídicos supra-individuais, de caráter difuso, ultrapassando-se a abordagem antropocêntrica de que se revestem os bens jurídicos tutelados pelo chamado direito penal *clássico* e descambando-se para a criminalização do mero perigo de afetação aos bens, tarefa que resulta na utilização de técnicas legislativas que lançam mão dos tipos abertos, dos crimes de perigo abstrato e das normas penais em branco e da inserção de elementos normativos que remetem a anglicismos de difícil compreensão para a generalidade dos cidadãos.

5.2

princípio da intervenção mínima (subsidiariedade)

Em relevante estudo sobre o tema, cuja nomenclatura, acertadamente, sustenta ser equívoca e por isso propõe seja chamado de princípio da *intervenção mínima* (e não da *subsidiariedade*), Muñoz Conde, na linha de vários autores, afirma que este princípio reitor do Direito penal determina que somente as mais graves perturbações da ordem jurídica, o ataque mais violento a bens jurídicos deve merecer sua intervenção, significando dizer que o Direito penal, dada, sobretudo, a natureza de suas sanções, é subsidiário dos demais ramos do Direito nessa tarefa de proteção a bens jurídicos:

“Dentro do ordenamento jurídico, ao Direito penal corresponde a tarefa mais ingrata e temível: a de sancionar com as sanções mais graves os ataques mais intoleráveis aos bens jurídicos mais importantes, e, neste sentido, se pode dizer que o Direito penal deve ser subsidiário do resto das normas do Ordenamento jurídico, porquanto nele se expressa seu caráter de ‘última ratio’; quer dizer, quando o ataque não seja muito grave ou o bem jurídico não seja tão importante, ou quando o conflito possa ser solucionado com soluções menos radicais que as sanções penais propriamente ditas, devem ser aquelas aplicadas”⁴¹⁴.

Deste modo, deveriam estar alijadas do direito penal a criminalização de condutas reputadas como meras imoralidades, assim como a difusão de pornografia entre adultos, alcovitaria e condutas similares, desde que não se molestem outras pessoas. Deveriam ser igualmente excluídas grande parte das contravenções penais, condutas que passariam a ser objeto de proibição por parte do direito administrativo sancionador.

⁴¹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco e GRACÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal – parte general*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p.81 (tradução livre).

Disso se segue, agora com Maurach, que “a natureza secundária do Direito penal é *uma exigência político-jurídica* dirigida ao legislador”, de modo que a norma penal se constitua na *ultima ratio* no seu instrumental, posto que “segundo o princípio da proporcionalidade, que rege todo o direito público, incluindo o direito constitucional, aquele deve fazer um uso prudente e mesurado deste meio”⁴¹⁵.

Alerta Muñoz Conde que a “questão se complica quando a sanção penal e a extrapenal não só coincidem no mesmo fato, senão que cumprem funções muito parecidas” ou quando a de natureza administrativa está dotada de mais gravidade do que a penal. Sobressai este aspecto quando se trata de sanções aplicadas a funcionários públicos, ou em hipóteses de determinadas sanções aplicadas por agências reguladoras, que implicam em inabilitação para o exercício profissional. É necessária atenção em tais hipóteses, a fim de evitar-se o *bis in idem*, isso porque, segundo este autor, “a distinção entre o ‘poder sancionador administrativo’ e o propriamente penal é puramente conjuntural e, desde logo, não se baseia em critérios qualitativos ou de diferenças essenciais entre os ilícitos administrativos e penais que estão em sua origem”. A distinção entre estes dois ramos, continua, “é fundamentalmente quantitativa”⁴¹⁶⁻⁴¹⁷.

Restando claro que o Direito Penal deve se ocupar de proteger com a sanção penal bens jurídicos importantes e gravemente atingidos há, primeiramente, que se identifica-los. Já se mencionou neste trabalho o conceito de bens jurídicos: são aquelas “circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu desenvolvimento no marco de um sistema global estruturado

⁴¹⁵ MAURACH & ZIPF. *Derecho penal...* cit. p. 34-35. Quanto ao ponto, observa Zipf, que: “Na atualidade, esta exigência tem uma justificação especial devido a duas razões. Encontramo-nos em uma situação de sobreorganização da vida pública, que é, por sua vez, consequência de um estreitamento cíclico mas inegavelmente progressivo do setor privado, desde os fins da época do alto liberalismo (terceiro quarto do século XIX). Os assuntos de interesse público têm alcançado dimensões que não se suspeitaria e forçosamente se chega a que o Estado utilize o Direito penal com o fim de obter seu asseguramento. Não obstante, as primeiras objeções surgem com a hipertrofia do direito penal, fenômeno evitável que se relaciona com o anterior. A experiência ensina que para a burocracia é muito mais sensível ditar um grande número de confusas leis, portarias e disposições relativa à sua execução, e ameaçar com a aplicação de penas criminais a contravenção destas normas, em lugar de proceder com prudência na regulação básica das matérias e cominar com estas só nos casos mais graves, sendo recomendável evitar, na medida do possível, o tratamento separado da norma e da ameaça penal”

⁴¹⁶ MUÑOZ CONDE & GRACÍA ARÁN. *Derecho Penal...* cit. p. 83-84.

⁴¹⁷ Sobre esta matéria, especialmente no tocante ao chamado Direito Penal Econômico, veja-se: CASTELLAR, João Carlos. ‘*Insider Trading*’... cit., pags. 21 à 35.

sobre a base dessa concepção dos fins para o funcionamento do próprio sistema”⁴¹⁸, ou seja, “aquelas propriedades de seres humanos, coisas e instituições que servem ao livre desenvolvimento individual e que resultam merecedoras de proteção sob o princípio da coexistência de liberdade vantajosa para todos”⁴¹⁹.

Há de se ter conta, porém, que diante desta conceituação o que hoje pode ser considerado como bem jurídico relevante para o Direito penal pode não ser mais num futuro próximo, haja vista que este conceito é mutável, tal como já anotou Jeschek, para quem “o inventário de bens protegidos juridicamente varia”. Obtempera este autor que no Direito recente tanto podem ocorrer novas criminalizações, como a descriminalização de outras condutas antes penalmente relevantes, destacando, ademais, que “as alterações na valorização dos bens jurídicos se expressam assim mesmo através de mudanças na aplicação de sanções”⁴²⁰.

Diante da vacuidade do conceito mesmo de bem jurídico e da sua possível manipulação para a obtenção de consensos na atividade legiferante, “com o princípio da intervenção mínima se quer dizer que os bens jurídicos não só devem ser protegidos *pelo* Direito penal, senão também *ante* o Direito penal”, mesmo porque, da concepção do Direito penal como instrumento de proteção de bens jurídicos, “não se deduz automaticamente que o legislador esteja obrigado a sancionar penalmente todos os comportamentos que lesionem bens jurídicos, quando a proteção aos mesmos se pode conseguir inclusive mais eficazmente através de outros instrumentos não penais”⁴²¹.

Por fim, adverte Muñoz Conde acerca de uma “tendência a ampliar o âmbito de intervenção do Direito penal a proteção de *bens jurídicos universais* cada vez mais inapreensíveis e, por isso mesmo, difíceis de delimitar”⁴²², como, por exemplo, o meio ambiente ou o mercado de capitais. Se o conceito de bem jurídico vem sendo desenvolvido pela doutrina precisamente para limitar o poder punitivo do Estado, não pode se convertê-lo em fonte de legitimação para uma

⁴¹⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* cit. p. 56.

⁴¹⁹ KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. Montevideo/Buenos Aires: Editorial BdeF Ltda. 2011, p. 8.

⁴²⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Derecho Penal...* cit. p. 6.

⁴²¹ MUÑOZ CONDE & GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal...* cit. p. 88-90.

⁴²² *Idem*, p. 91-92.

hipertrofia do direito penal, expandindo-o à prevenção de riscos de identificação obscura, difusa, visando à proteção de sistemas ou subsistemas de forma a garantir-lhes funcionalidade⁴²³.

Cogita ainda Muñoz Conde que outros princípios derivam do postulado da intervenção mínima, em virtude das consequências de sua aplicação no que se refere, por um lado, à gravidade das penas, resultando no princípio da *humanidade*; e na ideia de Justiça imanente a todo o Direito, constituindo este no princípio da *proporcionalidade*.

5.2.1

princípio da humanidade

Este princípio se relaciona com a incondicional obrigação reconhecer-se que o delinquente, “qualquer que tenha sido o delito que tenha cometido, é um semelhante, uma pessoa humana que tem direito de ser tratada como tal e a reintegrar-se na comunidade como um membro de pleno direito”⁴²⁴. Para Zaffaroni, “o princípio da humanidade é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente (morte, amputação, castração, esterilização, intervenção neurológica etc.), como também qualquer consequência jurídica indelével do delito”⁴²⁵.

Conforme Luis Luisi, a consagração do princípio da humanidade no Direito penal moderno se deu no Iluminismo, quando “o elenco dos direitos humanos passou a integrar o instrumento jurídico do pacto social, ou seja, as Constituições”⁴²⁶. Os reflexos deste princípio na esfera criminal se dão sob diversas óticas, seja “no processo penal, na abolição de determinados tipos de pena e na execução das penas privativas de liberdade”⁴²⁷.

⁴²³ Veja-se nota de pé de página nº 319 deste trabalho, sobre *teoria dos sistemas*.

⁴²⁴ MUÑOZ CONDE & GARCÍA ARÁN. Derecho Penal... cit. p. 91.

⁴²⁵ ZAFFARONI, Raul E. *Manual...* cit. p. 177.

⁴²⁶ LUISI, Luis. *Op. cit.* p. 32.

⁴²⁷ MUÑOZ CONDE & GARCÍA ARÁN. Derecho Penal... cit. p. 92.

5.2.1.1

proibição da tortura

No âmbito do processo penal, o princípio da humanidade exige que se proíba a tortura ou qualquer outro meio que prive o investigado de sua livre determinação, como método de obtenção da verdade (p. ex. a lavagem cerebral ou a detecção eletrônica de mentiras). Este princípio se expressa constitucionalmente através das cláusulas do devido processo legal, valendo digressionar sobre o assunto.

Na Idade Média, adstritos ao sistema conhecido como “provas legais”, em que o legislador e os juriconsultos indicavam o valor exato de cada prova, os juízes criminais, mesmo quando convencidos da inocência, se viam na contingência de condenar dado o iníquo automatismo na apreciação das provas.

No dizer de João Bernardino Gonzaga, “este sistema gerou como consequência inexorável o interesse em conseguir a confissão do réu, considerada a rainha das provas, a *probatio probatissima*, visto que a sua presença bastava para condenar”. Só que para alcançar esta imaginada segurança processual relativamente à verdade dos fatos, recorria-se à tortura. Segundo este autor, “se a confissão se tornara fruto tão cobiçado, tornava-se difícil resistir à tentação de sacudir a árvore a fim de obtê-la”. Deste modo, prossegue Gonzaga, “a nota judiciária mais característica deste período foi o indiscriminado e tranquilo emprego da tortura, também chamada de ‘questão’”. De se notar, por outro lado, que a tortura não possuía natureza de pena, consistindo exclusivamente num meio processual para apuração da verdade, através da confissão, expressa na máxima *Quaestio est veritatis indagatio per tormento*⁴²⁸.

Era a tortura, então, um meio perfeitamente lícito e legítimo de obtenção do que hoje chamamos de “verdade real”, tudo para assegurar a certeza necessária à emissão de um veredicto judicial, fosse ele condenatório ou absolutório.

Para conferir e ilustrar as afirmativas feitas acima veja-se a seguinte passagem do *Malles Maleficarum*, manual de conduta elaborado pelos

⁴²⁸ GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 31.

inquisidores Heinrich Kramer e James Sprenger em 1484, quando descrevem o método que se deve empregar para “sentenciar a acusada ao interrogatório”⁴²⁹:

“Enquanto os oficiais se preparam para o interrogatório, *que a acusada seja despida*; se for, que primeiro seja levada a uma das células penais e que seja lá despida por mulher honesta de boa reputação” (...).

“Enquanto estiver sendo interrogada a respeito de cada um dos pontos, que seja submetida à tortura com a devida frequência, começando-se com os meios mais brandos: *o Juiz não deve se apressar em usar dos meios mais violentos*.

“E enquanto isso é feito, que o Notário a tudo anote: de que modo é torturada, quais as perguntas feitas e as repostas obtidas. E notar que, se confessar sob tortura, deverá ser levada para outro local e interrogada novamente, para que não confesse tão-somente sob a pressão da tortura.

“Se após a devida sessão de tortura a acusada se recusar a confessar a verdade, caberá ao Juiz colocar diante dela outros aparelhos de tortura e dizer-lhe que terá de suportá-los se não confessar. Se então for induzida pelo terror a confessar, a tortura deverá prosseguir no segundo ou no terceiro dia, mas não naquele mesmo momento, salvo de houver boas indicações do seu provável êxito”.

Sobressai claramente desse trecho que, ao comporem suas obras doutrinárias os juristas daquela época mencionavam a coação da tortura para obtenção da confissão com a mesma naturalidade com que os de hoje abordam, por exemplo, o oferecimento da delação premiada ao réu preso cautelarmente, a fim de que se livre solto, mas desde que *confesse* a prática criminosa e indique seus partícipes.

Traçando inevitável paralelo, tem-se que, presentemente, ao invés de se obter como prêmio pela confissão sair vivo da inquisição, os benefícios objeto dessa negociação que envolve o corpo do suspeito (ficar preso ou ser solto; ser torturado ou não) podem implicar na redução da pena (também corporal) e até à sua extinção, através concessão do perdão judicial. A Administração da Justiça recebe em troca da confissão do suspeito, cuja espontaneidade é *questão* controversa (o trocadilho é proposital), a tão almejada “segurança jurídica”, tudo visando chegar à “verdade real” e desvendar outros crimes⁴³⁰. Impressiona o pesquisador hodierno a semelhança entre os dois institutos – da antiga tortura

⁴²⁹ KRAMER, Heinrich e SPRENGER, James. “*Malles Maleficarum*” – *O Martelo das Feiticeiras*. 3ª ed. Trad. P. Fróes. Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Tempos Ltda, 1991, p. 431-433).

⁴³⁰ Veja-se Lei nº. 9.807, de 13 de julho de 1999, artigo 13 e seguintes.

(ainda hoje utilizada) e da pós-moderna delação premiada – pois ambos visam à busca da verdade e a segurança do julgador para decidir a causa, à custa do corpo do suspeito.

O mesmo tipo de coação se faz ao investigado relativamente à aplicação do instituto da transação penal estudado linhas atrás. Nesse caso, o Ministério Público propõe uma pena alternativa ao acusado, que pode aceitar essa sanção antecipada, sem o julgamento da causa por um juiz, precisamente para não arriscar-se a uma condenação. Nessas hipóteses, diferentemente da suspensão condicional do processo (igualmente estudada linhas atrás), não há sequer acusação formal admitida pelo Juízo.

Veja-se sobre esse assunto a abordagem que lhe confere Langbein, ao comparar a lei de tortura da Idade Média com o *plea bargaining* da atualidade⁴³¹:

Na América do séc. XX nós temos duplicado a experiência central do Código de Procedimento Criminal europeu medieval: nós temos nos movido desde os julgamentos para um sistema de concessões. Nós coagimos o acusado contra quem nós encontramos causa provável para confessar sua culpa. Para termos certeza, nossos entendimentos são muito polidos; nos não usamos instrumentos de tortura, nem apertadores de dedão, nem botas espanholas para amassar suas pernas. Mas como os europeus dos séculos passados que empregavam suas máquinas, nos fazemos terríveis sacrifícios para o acusado demandar seus direitos pelas salvaguardas constitucionais de julgamento. Nós tratamos deles com uma sanção materialmente aumentada se ele tirar proveitos para si mesmo dos seus direitos e depois for condenado. Este sentenciamento diferencial é o que faz o *plea bargaining* coercitivo. Esta é, é claro, a diferença entre ter seu membro amassado se você se recusa a confessar, ou sofrer alguns anos extra de prisão se você se recusa a confessar, mas a diferença é de graus, não de qualidade. *Plea bargaining*, como a tortura, é coercitivo.

Diante desse quadro, é de se perquirir se o oferecimento de prêmios ao réu preso em troca da confissão e da delação de corréus, condicionados à sua soltura, ou se o fato de se lhe acenar com uma pena mais branda antes mesmo do julgamento da causa para livrar-se de virtual sentença desfavorável e mais severa

⁴³¹ LANGBEIN, John H. *Torture and Plea Bargaining*. The University of Chicago Law Review, Vol. 46, nº. 1 (outono, 1978), pp. 3-22, Publicado pela: The University of Chicago Law Review (tradução livre). In: http://judicialstudies.unr.edu/JS_Summer09/JSP_Week_4/JS710Wk4.LangbeinTorandPleaBargtxt.pdf, acesso em 17/03/2012. Este autor compara o instituto norte-americano do *Plea bargaining*, que consiste num acordo entre o Promotor e o acusado, no qual este admite a culpa ou não a contesta, sob certos termos e condições, com a Lei de Tortura, que passou a vigorar a partir de 1215, quando as Ordálias foram abolidas pela Igreja Romana.

se constituem, respectivamente, em meios de obtenção de prova ilegítimos ou supressores das regras do devido processo legal (à luz da garantia prevista nos incisos LIII, LIV, LV, LVI e LVII, da CF); ou, por outro lado, se nestes casos ocorre o uso de uma força desproporcional por parte Estado em face do cidadão capaz de influir decisiva e negativamente nas suas escolhas, no sentido de não terem sido tomadas livremente, despidas de qualquer constrangimento ou coação.

No século XVIII, Beccaria⁴³² e Voltaire⁴³³, entre outros, lutaram tenazmente para a abolição da tortura como método de investigação e obtenção de prova no processo penal, assim como pela extinção de penas como a de suplícios, sendo este um dos estandartes dos ideais Iluministas. Não foi coincidência que nesse período de grande efervescência da História tenha sido proclamada nos Estados Unidos da América, em 12 de julho de 1776, a Declaração da Virgínia, cuja Seção 9 estabelece que “não se deve exigir uma fiança exorbitante, nem impor multas excessivas, *nem infligir castigos exorbitantes*” e, mais adiante, em 1789, na França, ter entrado em vigor a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, logo após a Revolução Francesa, que estabelecia uma série de garantias para o suspeito.

Também não foi simples coincidência histórica que, em 1948, ainda sob o impacto dos horrores dos campos de concentração conhecidos no curso da II Guerra Mundial, tenha a ONU proclamado a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que prevê, em seu artigo V, que “ninguém será submetido a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

Passadas três décadas, a proibição da tortura foi mais uma vez proclamada pelas Nações Unidas, desta vez no Pacto de Direito Cívico e Político, datado de 16/12/1966, quando se reafirmou esse ideário. Dispõe o artigo 10 dessa normativa que “toda pessoa será tratada *humanamente* e com o respeito devido à

⁴³² São palavras de Beccaria: “Este é o meio seguro de absolver os celerados fortes e condenar os inocentes fracos”. *Dos Delitos...* cit. p. 56.

⁴³³ São palavras de Voltaire, no mesmo sentido das de Beccaria: “Como é vasto o império da pressuposição, ilustríssimo chefe da magistratura! Quer dizer que V. Ex.^a. pune durante duas horas um infeliz por meio de mil tipos de morte, para depois ter o direito de dar-lhe uma que dura um só momento! Sabe V. Ex.^a. muito bem que esse é o segredo de arrancar todas as confissões desejadas de um inocente de músculos delicados e salvar a vida de um culpado robusto. Já se falou tanto disso! Há tantos exemplos! Será possível que ordenar tormentos horrendos lhe pareça o mesmo que pedir a juntada de mais informações? Que espantosa e ridícula alternativa!”. VOLTAIRE. *O preço da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 96 (publicado originalmente na *Gazette de Berne*, nº XIV, 15 de fevereiro de 1777).

dignidade do ser humano”. No mesmo sentido, o Pacto de São Jose da Costa Rica, firmado em âmbito pan-americano, que expressamente assegura que “ninguém deve ser submetido a tortura, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes”. Acrescente-se, ademais, que a ONU adotou em Nova York 10/12/1984 a Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, promulgada no Brasil através do Decreto nº. 40 de 15/02/1991, onde se designa tortura como:

“qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimento são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram”.

No direito interno brasileiro, a Constituição de 1988 expressamente considera a tortura crime inafiançável e imprescritível (CF, art. 5º, XLII), sendo que a Lei nº. 9.455, de 07/04/1997, em atendimento às diretrizes do Tratado acima referido e do teor da Carta, passou a criminalizar, no seu artigo primeiro, a conduta de “constranger alguém com o emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico e mental”.

Nesse cenário global de abolição da tortura como técnica investigativa, malgrado o inequívoco espírito da normativa internacional e de todo movimento mundial no sentido de erradicar o uso da tortura, em 2002, embalados numa desatinada companhia antiterrorista haurida sob o trauma dos atentados de 11/09/01, o Governo estadunidense, através de *Memorandum* enviado pelo Advogado-Geral Adjunto, Jay Bybee ao então Conselheiro da Casa Branca Alberto R. Gonzales (posteriormente nomeado Advogado-Geral pelo Presidente George W. Bush), conferiu peculiar interpretação à referida Convenção da ONU contra a Tortura. Considerou este advogado que a dor e o sofrimento têm gradações, sendo possível, deste modo, impor aos investigados interrogatórios violentos, desde que estes recursos não causem “significativo dano psicológico de longa duração”. *Verbis*:

“(...) para um ato constituir tortura (...) deve infligir dor que é difícil de suportar. A dor física correspondente à tortura deve ser equivalente em intensidade à dor acompanhada de sérias lesões físicas, como falha dos órgãos, prejuízos a funções corporais ou até mesmo a morte. Para sofrimento ou dor puramente mental corresponder à tortura (...), deve resultar em significativo dano psicológico de longa duração, e.g. durando por meses ou até mesmo anos”⁴³⁴.

Significa dizer que, para as autoridades policiais e militares daquele país o emprego de afogamentos, o envolvimento da cabeça do suspeito em sacos plásticos ou obrigar o interrogando a permanecer em pé sobre baldes de braços abertos, além de outras técnicas semelhantes, não se enquadrariam na classificação de tortura, sendo, portanto, perfeitamente legítimo o emprego destes eufemísticos “métodos severos” no âmbito da atividade persecutória estatal.

Com o *nihil obstat* do governo norte-americano relativamente ao emprego da tortura, esta técnica foi largamente utilizada em centros de detenção (não se exclui, aliás, que continue sendo) como Guantánamo, em Cuba, e Abu Ghraib, no Iraque, o que constitui, em si, enorme contradição, já que os Estados Unidos se autoproclamam defensores dos direitos humanos no seu território. Ignoram, contudo, os mesmos princípios em bases militares situadas além de suas fronteiras, sob a pífia justificativa de que não se trata de *solo americano*.

A comprovação desse fato está em relatório elaborado pela organização não governamental Médicos pelos Direitos Humanos, baseada no Estado de Massachusetts, que veiculou, em 18/06/2008, minuciosas informações sobre essa situação. Segundo este documento, foram encontradas “evidências de violações de leis criminais que proíbem a tortura e o cometimento de crimes de guerra por soldados americanos” e verificada a ocorrência de “espancamentos, isolamentos por grandes períodos de tempo, longos períodos sem possibilidade de dormir, ameaças de violência contra o detento e seus parentes, humilhação e abuso sexual”⁴³⁵.

⁴³⁴ Office of the Assistant Attorney-General. Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel for the President: Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. 2340-2340A (tradução livre) In: <http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB127/020801.pdf> . Sobre o tema, veja-se: ANDRADE, Fernanda Rodrigues Guimarães. *Flexibilização da norma de proibição dos maus-tratos nas políticas norte-americanas de combate ao terrorismo*. In: <http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/artigos/Fernanda%20DH.pdf> , acesso em 21/03/2012.

⁴³⁵ O Globo, edição de 19/06/2008, p. 36.

Assim, longe de abolida, a tortura permanece sendo empregada por nações desenvolvidas política e economicamente, nomeadamente os Estados Unidos da América, sobretudo em casos de suspeita de atos terroristas, ao argumento *utilitarista*⁴³⁶ de que seria “moralmente justificável infligir dor imensa a uma pessoa para evitar morte e sofrimento em grande escala”⁴³⁷.

5.2.1.2

proibição da pena de morte

No tocante à gravidade das penas, o princípio da humanidade deve orientar o legislador e os aplicadores da lei pelo caminho da supressão daquelas em se subtraia do condenado o tanto de dignidade a que faz jus toda pessoa humana, ordenando-se, nas palavras de Jescheck, “sobre a base da solidariedade recíproca, da responsabilidade social para com os reincidentes, da livre disposição à ajuda e à assistência sociais, e da decidida vontade de recuperar os delinquentes condenados”

Nessa linha, o princípio da humanidade impõe a total abolição da pena

⁴³⁶ O “utilitarismo” é uma corrente do pensamento ético, político e econômico desenvolvida na Inglaterra, nos séculos XVIII e XIX, por Jeremy BENTHAM. As ideias deste filósofo podem ser resumidas na primeira frase de sua *Introdução dos Princípios da Moral e da Legislação*: “A Natureza colocou a humanidade sob o governo de dois senhores soberanos: o prazer e a dor. Cabe a eles, e só a eles indicar-nos o que devemos fazer e determinar o que vamos fazer. Ao trono deles estão presas, de um lado, as norma do bem e do mal e, do outro, a cadeia de causas e efeitos”. Segundo seus biógrafos, “isso só poderia ser bem entendido à luz do princípio da *utilidade*, que permite julgar qualquer ação segundo ela aumente ou diminua a felicidade, promova ou impeça o prazer. A utilidade não é mais que o objeto visto em sua perspectiva humana, com sua propriedade de produzir benefício, alegria, prazer, felicidade (variações de um mesmo tema) ou, inversamente, perda, mal, sofrimento, dor. (...). Assim, em todos os planos, do mais material ao mais espiritual, a busca do prazer e a evitação da dor conferem valor a nossas ações e são as causas necessárias e suficientes de nossa conduta. Bentham sustenta que a moralidade de uma ação não é medida pelas intenções do agente, mas pelo que dela resulta concretamente. (...). A moralidade do indivíduo deve visar à maior felicidade da maioria. O legislador não deve hesitar em infligir dor a um indivíduo se isso aumentar o bem-estar dos outros. (...). Assim, o mal causado a um indivíduo pode ser finalmente menos importante que a perda de estabilidade em toda uma sociedade. A lei deve, pois, desencorajar o mal no segundo nível, mesmo que isso pareça injusto no primeiro nível. Isso é complicado pelo fato de que toda punição que provoque dor de uma maneira ou de outra é, *per se*, um mal, e uma injustiça que fosse simplesmente retributiva seria condenável. No seu *Book of Fallacies* há eloquente exemplo do seu pensamento. Da expressão *os fins justificam os meios*, Bentham considera que “sim, mas com três condições, e se uma delas não for atendida, não existirá justificação: 1. Que o fim seja bom; 2. Que os meios escolhidos sejam puramente bons, ou, se forem maus, que o mal seja ao final menor que o bem postulado pelo fim; 3. Que os meios tenham em si mais bem ou, conforme o caso, menos mal que qualquer outro meio que possa ser utilizado para se chegar ao mesmo fim” GINESTER, Gerárd. *Dicionário dos Filósofos*. HUISMAN, Denis (org.). 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 132-136.

⁴³⁷ SANDEL, Michel J. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 52.

de morte, posto não ser mais eficaz do que outras sob a ótica da prevenção geral, negativa ou positiva, e muito menos da prevenção especial, seja porque não inibe necessariamente o cometimento de outros crimes nem reforça a confiança que se possa ter no poder de execução do ordenamento jurídico de modo a promover a “pacificação” da sociedade: não será matando condenados que se atingirá esse desiderato; tampouco, por motivos óbvios, atua como meio de ressocialização; ademais, na hipótese de erro judiciário a pena capital se constitui, no dizer de Jeschek, numa “desgraça irreparável”⁴³⁸, promovida pelo Estado.

Heleno Fragoso faz completíssimo estudo sobre a pena de morte⁴³⁹, reproduzindo o debate histórico que sobre ela os estudiosos da ciência política e do direito vêm travando ao longo dos tempos, perpassando desde os primeiros abolicionistas como Beccaria (tido como percussor da ideia de excluí-la do rol das sanções penais)⁴⁴⁰, até Rousseau, que percebia o malfeitor como alguém que atacava o direito e o pacto social, tornando-se um traidor passível de execução⁴⁴¹ e Montesquieu, que reputava a “pena de morte como o remédio para a sociedade doente”⁴⁴², mas também Hegel e Kant, que defenderam a pena capital sob o fundamento da Justiça *absoluta*.

Ao final, colocando o debate em termos político-criminais, Fragoso sustenta que “a disputa em torno da *legitimidade* da pena de morte não tem sentido no plano jurídico e não pode ser resolvida neste terreno”. Sustenta o autor que, em tese, a “eliminação da vida humana, como perda de um bem, pode constituir perfeitamente uma *pena*”, para adiante concluir que a “questão da pena

⁴³⁸ JESCHEK Hans-Heinrich. *Derecho Penal...* cit, p. 689.

⁴³⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito Penal e Direitos Humanos*. cit., p. 169.

⁴⁴⁰ “Não é útil a pena de morte, pelo exemplo de crueldade que dá aos homens. Se as paixões ou a necessidade da guerra ensinaram a espalhar o sangue humano, as leis moderadas da conduta dos homens não deveriam aumentar o cruel exemplo, tanto mais funesto quanto a morte legal e dada com propósito e aparato. Parece-me absurdo que as leis, que são a expressão da vontade pública, que abominam e punem o homicídio, cometam elas mesmas homicídio, e para afastar os cidadãos do assassinio ordenem um, publicamente (BECCARIA, Cesare Bonesana, marchese di. *Dos delitos e das Penas*. Cit. p. 71-72).

⁴⁴¹ “A pena de morte, imposta aos criminosos, pode ser considerada, pouco mais ou menos sob o mesmo ponto de vista [a vida é somente um benefício da natureza, senão um dom condicional do Estado]. Para não ser vítima de um assassino, consente-se na morte daquele que nisso se torna. Neste contrato, longe de dispor da própria vida, não se pensa senão em garanti-la, e não é de presumir que um dos contratantes premedite a sua perda” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Trad. A. de P. Machado. Estudo crítico de A. Bertagnoli. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, s/data, p. 68).

⁴⁴² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Apresentação R. J. Ribeiro. Trad. C. Muracho. 3ª ed. São Paulo: Martins fontes, 2005, p. 201.

de morte é política e é, sobretudo, cultural”.

A confirmar estas conclusões, o Tribunal Constitucional Alemão, em 1964, ao ser questionado sobre a possibilidade de extraditar cidadão estrangeiro para um país que o condenara à morte, reafirmando a expressão contida no artigo 102 da Constituição (“fica abolida a pena de morte”), decidiu que esta foi uma “decisão de grande importância de política estatal de jurídica”, na medida em que contém o “reconhecimento do valor por princípio da vida humana e de uma concepção estatal que se contrapõe, enfaticamente, às ideologias de um regime político para o qual a vida individual pouco significava e que, por isso, abusava da vida e morte do cidadão”⁴⁴³.

Daí porque, segue Fragoso, a abolição da pena de morte “constitui uma exigência irresistível da cultura da nossa época”, mostrando-se “irrelevantes os argumentos a favor de sua legitimidade”⁴⁴⁴. Com efeito, a pena de morte não intimida, não atua psicologicamente sobre o delinquente, nomeadamente nos casos de crimes de *impulso*; não traz qualquer *vantagem econômica* (a par da crueldade intrínseca da ideia de matar pessoas para economizar nas despesas prisionais, ressaltando-se, por outro lado, que a indústria do encarceramento é extremamente próspera na época em que vivemos); é seletiva, uma vez que atingirá preferencialmente os estamentos sociais que compõem o *estereótipo do criminoso*, onde se inserem aqueles excluídos dos meios formais de produção e consumo; é incoerente com a função especial da pena, de cunho ressocializador, dado seu caráter permanente e absoluto; não legitima a dor da vítima, mas, sim, estimula nesta um sentimento de vingança inaceitável desde o pressuposto da publicidade das penas; por fim, não se inscreve como forma de legítima defesa da sociedade, posto que, nas palavras de Belisário dos Santos Junior, “na expropriação pelo Estado do mais personalíssimo direito do homem, da sua essência, da sua vida, a reação não é moderada, o ato que a provocou pertence ao passado, e o agente que a sofre já não é mais o que praticou o crime”⁴⁴⁵.

Apesar das críticas universais que se faz à aplicação da pena de morte,

⁴⁴³ BVerfGE 18, 112. In: *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Cit. p. 907-910.

⁴⁴⁴ FRAGOSO, Heleno. *Direito Pena e Direitos Humanos*. cit. p. 178.

⁴⁴⁵ SANTOS JÚNIOR, Belisário. *Pena de Morte*. Princípios de Justiça e Paz. São Paulo: Comissão de Justiça e Paz, ano 1, nº. 2, setembro de 1985, p. 7-10.

segundo dados da Anistia Internacional nada menos do que 2.390 execuções ocorreram em 2008 no mundo todo (72% na China), sendo que em 25 países pelo menos 8.864 pessoas foram condenadas à morte em 52 Estados. De acordo com o relatório divulgado por esta ONG, “vários países aprovaram sentenças de morte após julgamentos injustos, como o Afeganistão, Irã, Iraque, Nigéria, Arábia Saudita, Sudão e Iêmen”, chamando atenção para a maneira discriminatória com a qual a pena de morte foi frequentemente aplicada em 2008, dado o número desproporcional de sentenças dirigidas contra os pobres, minorias e membros de comunidades raciais, étnicas e religiosas, em países como Irã, Sudão, Arábia Saudita e Estados Unidos. Alerta, ademais, esta organização não-governamental, que “o risco de execução de inocentes continua, como evidenciado pela libertação de quatro prisioneiros que estavam no corredor da morte nos Estados Unidos e que foram considerados inocentes”⁴⁴⁶.

Assim, apesar dos ingentes esforços que se faz para excluir esta modalidade de sanção do Direito Penal em âmbito universal, a pena de morte segue sendo aplicada e não raro por países que se autoproclamam democráticos e que se orgulham de exportar seu modelo para outras nações, ainda que por meio de intervenção militar, como é o caso, mais uma vez, dos Estados Unidos da América do Norte.

5.2.2

princípio da proporcionalidade

Nas últimas décadas o princípio da proporcionalidade (ou da ponderação) vem se expandindo por todas as áreas do Direito, sendo observado como um “fenômeno que parece estar muito unido ao denominado constitucionalismo principialista ou baseado nos direitos fundamentais que há

⁴⁴⁶ In: <http://br.amnesty.org/?q=node/222>, acesso em 28/03/2012. O relatório traz as seguintes informações suplementares: O relatório constatou que, entre janeiro e dezembro de 2008: pelo menos 2.390 pessoas foram executadas em 25 países; em média, sete pessoas foram executadas por dia no mundo; pelo menos 8.864 pessoas foram condenadas à morte em 52 países; cinco países foram responsáveis por 93% de todas as execuções (China, Irã, Arábia Saudita, Paquistão e Estados Unidos); os métodos utilizados incluem: decapitação, apedrejamento, enforcamento, injeção letal, fuzilamento e eletrocussão; 59 países mantêm a pena de morte; dois terços dos países do mundo aboliram a pena de morte na lei ou na prática; um país na Europa continua a executar pessoas – Bielorrússia; o Irã executou oito prisioneiros que tinham menos de 18 anos na época do crime – uma flagrante violação da lei internacional. Sobre o tema, ver também Jornal O Globo de 30/07/2009, p. 29.

meio século pugna por converter-se no novo paradigma da nossa cultura jurídica”, razão pela qual não pode estar alheio ao Direito Penal⁴⁴⁷.

Neste sentido, fala-se de *proporcionalidade* em sentido *amplo* e em sentido *estrito*, dependendo da ótica com que se observa o princípio: *i*) como uma “construção recente e conectada à proteção dos direitos fundamentais” ou *ii*) como uma “herança da filosofia ilustrada e da doutrina penal”⁴⁴⁸.

Na primeira hipótese, trata-se da elaboração uma fórmula para a aplicação do Direito em casos difíceis, com vistas a solucionar a colisão entre princípios fundamentais. Para tanto, se exige seja realizada uma ponderação entre eles, de modo que um dos princípios prevaleça, sem que isso implique na invalidade do outro. O que se dá, nas palavras de Bottino do Amaral, “é que, sob determinadas condições, um princípio preponderou sobre o outro, tendo essa preponderância decorrido de uma análise do peso abstrato de cada princípio e das situações concretas que envolvem o caso sob exame”⁴⁴⁹.

Não obstante se sustente que “existe uma substancial equivalência entre o princípio da proporcionalidade penal elaborado desde a filosofia ilustrada e o juízo de ponderação teorizado desde o Direito público para resolver os conflitos entre direitos fundamentais ou entre estes e seus limites explícitos e implícitos”⁴⁵⁰, interessa primacialmente para este trabalho o estudo do princípio em seu sentido *estrito*, já que, trasladada ao campo do Direito penal, por *proporcionalidade* se quer dizer, literalmente, “que as penas devem ser proporcionais à importância (ou *entidad*, nas palavras de Muñoz Conde) do delito cometido ou que estes não podem ser reprimidos com penas mais graves que a própria importância (*entidad*) do dano causado pelo delito”⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ LAMARCA PEREZ, Carmen. *El Principio de la Proporcionalidad y el Control Constitucional de las Leyes Penales*. Madrid: Colex, 2011, p. 17-18 (tradução livre).

⁴⁴⁸ *Idem*, *ibidem*. p. 18.

⁴⁴⁹ BOTTINO DO AMARAL, Thiago. *Ponderação de Normas em Matéria Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris (Coleção Pensamento Crítico), 2007, p. 60. Para aprofundamento do assunto, veja-se: DWORKIN, Ronald: *Los Derechos en Serio*. 1ª ed. (1977), 7ª impresión. Barcelona: Ariel Derecho, 2009; ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. V. A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁴⁵⁰ LAMARCA PEREZ, Carmen. *El Principio de la Proporcionalidad...* cit. 35.

⁴⁵¹ MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal...* cit. p. 93 (tradução livre, com a observação que o verbete *entidad* vem traduzido para o português como “entidade, essência ou forma duma coisa; ente ou ser; valor ou *importância* duma coisa;

Seguindo este entendimento, constitui-se o princípio da proporcionalidade na conexão existente entre os fins do Direito penal e o fato cometido pelo delinquente, “rechaçando-se o estabelecimento de cominações penais ou a imposição de penas que careçam de toda a relação valorativa com tal fato, contemplado na globalidade de seus aspectos”. A maior dificuldade que se coloca com o alcance efetivo do referido princípio é, na consideração de Silva Sánchez, “a concretização de tal relação valorativa, em virtude da qual se determina que ‘esse’ fato *merece* ‘essa’ pena, em abstrato e concreto”⁴⁵².

Daí porque, agora com Cirino dos Santos, o princípio da proporcionalidade deve se formar com base em três outros princípios: adequação, necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (ou princípio da avaliação), conforme antes mencionado. Os dois primeiros “têm por objeto a otimização das *possibilidades da realidade*, do ponto de vista da adequação e da necessidade dos *meios* em relação aos *fins* propostos”, enquanto que o terceiro “tem por objeto a otimização das *possibilidades jurídicas*, ao nível da criminalização primária e da criminalização secundária, do ponto de vista da proporcionalidade dos *meios* (pena criminal) em relação aos *fins* propostos (proteção de bens jurídicos)”⁴⁵³.

Assim colocada a questão, devem-se formular as seguintes indagações ao se criminalizar determinada conduta: se a pena criminal é, entre outros disponíveis, um meio adequado para a realização do fim de proteger bens jurídicos; se este meio é necessário; e, por fim, se a pena cominada ou efetivamente aplicada – desde que adequada e necessária – é, aí sim, proporcional relativamente à natureza e extensão da lesão abstrata e/ou concreta do bem jurídico. Numa palavra, segue Cirino dos Santos, a otimização do princípio da proporcionalidade “tem por objeto integrar *princípios, meios e fins* em unidade reais e coerentes – ou seja, harmonizar os *meios* e os *fins* da realidade com os *princípios* jurídicos fundamentais do povo”⁴⁵⁴.

coletividade considerada como unidade individualizada (In: MARTÍNEZ ALMOYA, Júlio. *Dicionário de Espanhol-Português*. Porto: Porto Editora Ltda. 1979).

⁴⁵² SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. 2ª ed. Buenos Aires/Montevidéu: Editorial B de F, 2010, p. 413-414.

⁴⁵³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal...* cit. p. 27-28.

⁴⁵⁴ *Idem, ibidem*. p. 28

Acrescentam Batista e Zaffaroni que com o princípio da proporcionalidade “não se legitima a pena como retribuição, pois [esta] continua sendo uma intervenção seletiva do poder que se limita a suspender o conflito sem resolvê-lo”, conservando intacta sua irracionalidade intrínseca. Para estes autores, através do princípio da proporcionalidade “simplesmente se afirma que o direito penal deve escolher entre irracionalidades, deixando passar as de menor conteúdo”. Advertem, contudo, o que o Direito Penal não pode “é admitir que à essa natureza irracional do exercício do poder punitivo se agregue um dado de máxima irracionalidade, por meio do qual sejam afetados bens jurídicos de uma pessoa em desproporção grosseira com a lesão que ela causou”⁴⁵⁵.

Desenvolvendo o tema, Cirino dos Santos propõe um desdobramento do princípio em proporcionalidade *abstracta* e *concreta*. Na primeira hipótese visa limitar a criminalização primária aos casos de graves violações aos direitos humanos, excluindo lesões insignificantes de bens jurídicos e delimitando a cominação de penas conforme a natureza e a extensão do dano social produzido pelo crime. Cogita-se, pois, de hierarquizar a lesão de bens jurídicos, posto que essencial para adequar as escalas penais. No tocante à proporcionalidade *concreta*, permite equacionar os custos individuais e sociais da criminalização secundária, em relação à aplicação e execução da pena criminal, estabelecendo uma relação *custo/benefício* entre crime e pena.

No ponto, o autor citado menciona, com razão, que há sensível desproporção entre crimes e penas, tanto mais em termos de criminalização secundária, sendo esta relação socialmente muito mais custosa para o condenado e sua família do que possa ter sido o dano causado com a infração praticada, sobretudo quando se inclui nessa equação a circunstância de que a “clientela preferencial do sistema penal é selecionada a partir de estereótipos, preconceitos, idiosincrasias e outros mecanismos ideológicos dos agentes de controle social, ativados por indicadores sociais negativos de pobreza, marginalização do mercado de trabalho, moradia em favelas etc.”⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ BATISTA & ZAFFARONI (*et alli*). *Direito Penal Brasileiro...* cit. p. 230.

⁴⁵⁶ *Idem, ibidem*. p. 29-30.

5.3

princípio da lesividade

O princípio em comentário visa impedir que o poder punitivo estatal criminalize condutas meramente imorais, comportamentos ou modos de ser bizarros, ideias extravagantes etc. Na dicção de Navarrete, “para que possa existir um delito é preciso que se vulnere um *bem jurídico* protegido, questão que se entronca plenamente com o conteúdo material da antijuridicidade penal”⁴⁵⁷⁻⁴⁵⁸.

Assim, conforme salientam Batista e Zaffaroni, “uma lei ou sentença que pretenda impor normas morais, cominando ou aplicando pena por um fato que não lesione ou exponha a perigo o direito alheio, é ilícita e sua ilicitude atinge a todos que se beneficiam ou podem beneficiar-se do respeito ao âmbito da autonomia moral que a constituição estabelece”⁴⁵⁹.

Mas a finalidade garantidora em que se funda o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos vem sendo frustrada pelas “diversas vicissitudes que têm afetado o conceito de bem jurídico”. Segundo Silva Sánchez, para o cumprimento dessa finalidade se exige uma “adequada determinação do *conteúdo* do conceito de bem jurídico”, a fim de que este não sirva de “mero quebra-luz

⁴⁵⁷ Navarrete conceitua: a) *bem jurídico* como aquele bem ou valor considerado pela norma penal digno, merecedor e necessitado de proteção jurídica frente aos ataques que sofra ou possa sofrer; b) *lesão*: indica a real incidência de afetação negativa sobre o bem jurídico, mediante a destruição o grave menoscabo do mesmo. A lesão pode ser definitiva ou suscetível de reparação efetiva. Em todo caso, a lesão de um bem jurídico pela norma penal determina a necessidade de atuação do Direito penal com seus meios legais; c) *colocação em perigo*: supõe a submissão do bem jurídico a uma situação de grave *risco concreto e iminente*, que haverá de ser desvalorado em sua própria magnitude pela norma a efeito de eventual sanção penal. Desde esta perspectiva, se distingue entre *risco permitido* e *risco não permitido* em Direito penal. O primeiro se considera dentro da zona “normal” ou “assumida” de atividades de riscos socialmente “aceitas” ou “adequadas”. O segundo pressupõe a realização de uma ação cujas cotas de risco ultrapassam os níveis sociais de geral aceitação (NAVARRETE, Miguel Polaino. *Derecho penal...* cit. p. 270-271)

⁴⁵⁸ Para melhor compreensão deste tópico relevante que se anote a nem sempre percebida distinção existente entre objeto da ação típica, objeto material do delito e bem jurídico objeto da tutela penal. É de Arturo Rocco um dos mais importantes trabalhos acerca da elaboração dessas distinções conceituais, definindo: a) *sujeito passivo* do crime como sendo “aquele que outra maneira se denomina paciente ou vítima do delito, aquele que, com expressões tecnicamente relevantes, se chama ofendido ou lesionado ou danificado pelo delito”. Trata-se “da pessoa, em sentido jurídico – seja homem ou coletividade de homens – ou a sociedade organizada que é ofendida direta e imediatamente pelo delito, é o sujeito que detenha o bem, o destinatário do interesse protegido pela norma jurídica penal”; b) *objeto material do delito* como a “matéria sobre a qual recai a atividade física do culpável (...), o corpus delicti”; e, c) *objeto jurídico do delito* como “o bem ou interesse, eventualmente um verdadeiro e próprio direito subjetivo, protegido por uma norma imposta sob sanção penal e violada mediante uma ação delituosa” (ROCCO, Arturo. Op. cit. p. 9-11).

⁴⁵⁹ BATISTA & ZAFFARONI. *Direito Penal*. cit. p. 227.

para a proteção penal de todo tipo de interesses, estratégias ou convicções morais cuja lesão, sem embargo, careceria de uma autêntica repercussão negativa na realização dos indivíduos como seres sociais”⁴⁶⁰.

Por razões que tais, alertam Batista e Zaffaroni ser necessário diferenciar os conceitos de *bem jurídico lesionado ou exposto a lesão* e de *bem jurídico tutelado*, porque a “ideia de bem jurídico tutelado digere e neutraliza o efeito limitador da ideia de bem jurídico lesionado ou exposto a perigo: o princípio que determina que todo delito pressupõe lesão ou perigo de um bem jurídico deságua no princípio de que todo bem jurídico demanda uma tutela, o que instiga à criminalização sem lacunas”. Segundo estes autores, a ineficácia garantidora da ideia de *bem jurídico tutelado* tende a *espiritualizá-lo* para “desembocar num único *bem tutelado*, que é a vontade do Estado (de polícia), porquanto acaba sendo o único juiz da premência e do vigor da ilusória tutela”⁴⁶¹.

Veja-se que no Direito penal nacional-socialista “a pretendida *materialidade* do conteúdo do conceito de bem jurídico não agrega nada à ideia de *infração de um dever*, dado que qualquer dever podia elevar-se à categoria de bem jurídico”. Um conceito assim, prossegue Silva Sánchez, “não era capaz de fundamentar a despenalização de fatos puramente imorais, nem de proporcionar as características específicas do objeto da proteção do Direito penal”⁴⁶².

Ainda hoje, como se assinalou linhas atrás e se tornará a mencionar adiante, cresce certa tendência doutrinária que busca flexibilizar o conceito bem jurídico de modo a *espiritualiza-lo* e a demonstração disso é a proliferação de incriminações com base em tipos de *perigo abstrato*, tipificando situações de mera possibilidade de risco e alçando à qualidade de bens jurídicos sistemas e subsistemas, criminalizando essencialmente “delitos de vítima diluída” (Hassemer) afastando-se, cada vez mais, da ideia já aludida neste trabalho e consolidada na expressão de Juarez Tavares, no sentido de que “para ser tomado como bem jurídico será preciso que determinado valor possa implicar, direta ou indiretamente, num interesse individual, pessoa determinada ou a um grupo de

⁴⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Los fines del Derecho Penal...* cit. p. 426.

⁴⁶¹ BATISTA & ZAFFARONI. *Direito Penal...* cit. 227.

⁴⁶² SILVA SÁNCHEZ. *Los Fines...* cit. p. 427.

“pessoas indistinguíveis”⁴⁶³, ou, como sustentam Batista e Zaffaroni, “que bens jurídicos são só aqueles cuja lesão se concretiza em ataques lesivos a uma pessoa de carne e osso”⁴⁶⁴.

Tocando no mesmo diapasão, Hassemer observa que a proteção de bens jurídicos recebeu nos últimos anos uma nova dimensão: “de um contexto crítico-penal descriminalizador para um contexto jurídico-penal fundamentador e criminalizador”, implicando, “num empobrecimento dos pressupostos da punibilidade: ao invés de uma vítima visível, ao invés de um dano e da causalidade da conduta para a produção desse dano, depende-se somente da comprovação de um comportamento perigoso”.

“Sob o ponto de vista do bem jurídico, isso significa uma diluição do conceito: a palavra de ordem não é mais a proteção de interesses humanos concretos, mas sim a proteção de instituições e ‘unidades funcionais valiosas’. (...). A imprecisão do conceito de bem jurídico e a ineficácia das teorias do bem jurídico andam de mãos dadas”⁴⁶⁵.

Daí insistir este autor numa concepção *pessoal* do conceito de bem jurídico, que não difere da de outros autores, mas acrescenta fundamentos. Para Hassemer, “bens jurídicos são interesses humanos que carecem de proteção penal”, significando dizer que a proteção de instituições “só pode ir até onde ela for condição da possibilidade de proteção de pessoas humanas”, constituindo-se, pois, em algo bem mais concreto do que *unidade funcional, estruturas intelectivas* ou *estados*. Isso não quer dizer, necessariamente, que não se possa falar em bens jurídicos da coletividade ou do Estado, mas sim que este conceito deve “funcionaliza esses bens a partir da pessoa humana”, só se podendo aceitá-los como condição da possibilidade de “servir a interesses dos seres humanos”. Exemplifica o autor com o meio ambiente, que não é um bem jurídico em si mesmo, “mas somente como meio necessário à vida e à saúde humanas”⁴⁶⁶.

⁴⁶³ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal...* cit. p. 217.

⁴⁶⁴ BATISTA & ZAFFARONI. *Direito Penal...* cit. p. 229.

⁴⁶⁵ HASSEMER, Winfrid. *Linhas Gerais de uma Teoria Pessoal do Bem Jurídico*. In: “O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar” (vários autores). GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 19-20.

⁴⁶⁶ HASSEMER, W. *Linhas Gerais...* cit. p. 21-22.

5.3.1

princípio da insignificância

Alguns autores consideram que o princípio da insignificância tem dignidade principiológica própria, seja porque determina “a validade da lei penal diante de seus métodos de aplicação ordinários”, ou em virtude de seu “inegável caráter vinculante para a garantia de outros princípios e normas do Direito penal”, como o da proporcionalidade, da intervenção mínima, da legalidade etc.⁴⁶⁷.

Outros consideram que deriva do princípio da lesividade. Isso porque, sob o prisma da quantidade e da extensão da lesão causada ao bem jurídico objeto da tutela penal, “o *princípio da lesividade* exclui a criminalização *primária* ou *secundária* de lesões *irrelevantes* de bens jurídicos”. Assim sendo, nas palavras de Cirino dos Santos, “o *princípio da lesividade* é a expressão positiva do *princípio da insignificância* em Direito penal”⁴⁶⁸.

Apesar da sua sedimentada aceitação na doutrina⁴⁶⁹ e na jurisprudência⁴⁷⁰, segundo Vico Mañas setores da doutrina apõem críticas diversas

⁴⁶⁷ RIBEIRO LOPES, Maurício Antônio. *Princípio da Insignificância no Direito Penal – análise à luz da lei 9.099/95 – Juizados Especiais Criminais e da Jurisprudência*. São Paulo: RT, 1997, p.34

⁴⁶⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal...* cit. p. 27.

⁴⁶⁹ Conforme estudo acima citado de Ribeiro Lopes, a “criminalidade de bagatela”, tal como é conceituada pela doutrina alemã, “surge na Europa como problema de índole geral e progressivamente crescente a partir da primeira guerra mundial”. Ao término do conflito e ainda mais depois que se encerra a II Grande Guerra, “produziu-se, em virtude de circunstâncias socioeconômicas sobejamente conhecidas, um notável aumento de delitos de caráter patrimonial e econômico, facilmente demonstrável pela própria devastação sofrida pelo continente, quase todos eles marcados pela característica de se constituírem em subtrações de pequena relevância, daí a primeira nomenclatura doutrinária (criminalidade de bagatela)”. RIBEIRO LOPES, M. A. *Princípio da Insignificância...* cit. p. 38-39.

⁴⁷⁰ Contrariando a construção doutrinária que vem se cristalizando há quase um século, enquanto se redigia este trabalho o Supremo Tribunal Federal, por decisão proferida, por maioria, pela sua 1ª Turma “denegou *habeas corpus* em que se requeria a incidência do princípio da insignificância em favor de condenado por tentativa de furto qualificado de impressora avaliada em R\$ 250,00. Destacou-se não ser de bagatela o valor do objeto em comento, consistente em dois terços do salário mínimo vigente à época”. Ficou vencida a Ministra ROSA WEBER, “que deferia o *writ* ante a ausência de tipicidade penal. Salientava, ainda, desconsiderar aspectos vinculados à culpabilidade, à vida pregressa ou à reincidência na análise da aplicação desse postulado” (*HC* nº. 108.330/RS, Relator Min. DIAS TOFFOLI, julgamento em 20.3.2012). Paradoxalmente, através da Portaria nº. 75, baixada pelo Sr. Ministro de Estado da Fazenda em 22.3.2012, portanto apenas *dois dias* após o julgamento do *habeas corpus* acima referido, ficou determinado, em seu artigo 1º, incisos I e II, que: “(I) – a não inscrição na Dívida Ativa da União de débito de um mesmo devedor com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (*mil reais*); e (II) – o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (*vinte mil reais*)”. É desalentador que o Poder Judiciário considere significativo para fins do Direito penal a subtração de um bem no valor R\$ 250,00 e o Ministério da Fazenda deixe de inscrever na dívida ativa um débito quatro vezes maior do que isso, abstendo-se, ademais, de ajuizar uma ação fiscal sendo o débito quase vinte vezes superior.

ao princípio da insignificância, que descriminaliza a criminalidade de bagatela, sendo a primeira delas a dificuldade na “fixação de critérios precisos” para sua caracterização.

Outra objeção que se faz é a de que o “princípio não pode ser aceito nos casos em que o legislador incrimina expressamente condutas de pouca relevância”, como é o caso daquelas de menor ofensivo a que fazem referência o artigo 98, I, da Constituição Federal e a Lei nº. 9.099, de 26/09/1995, que o regulamentou.

Há também os que afirmam ser impossível a tarefa de interpretação restritiva em certos tipos penais (formais, p. ex.), que não implicam na produção de um resultado mensurável, ou, ainda, posições mais formalistas que sustentam não estar o princípio legislado. Para este autor, contudo, as críticas não eliminam a “validade do princípio da insignificância como instrumento político-criminal e sistemático de descriminalização”⁴⁷¹.

De toda forma, o princípio da insignificância, que dá suporte teórico à doutrina da chamada criminalidade de bagatela, seja como derivado do princípio da lesividade ou extraído de outros princípios igualmente norteadores do Direito penal, vem orientando os julgados e contribuindo enormemente para a contenção das políticas criminais de criminalização secundária que propugnam por um Direito penal *máximo* e pregam a *tolerância zero* em matéria criminal.

5.4

princípio da culpabilidade

Conforme Jeschek, o princípio da culpabilidade significa que a pena criminal só pode se basear na constatação de que somente ao autor cabe reprovar, pessoalmente, seu ato. Também se infere desse princípio que, de um lado, a pena sempre deve pressupor culpabilidade, razão pela qual quem atua sem ela não pode ser castigado e, de outro, que a pena não pode superar a medida da culpabilidade⁴⁷².

⁴⁷¹ MAÑAS, Calos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 59.

⁴⁷² JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado...* cit. p. 19.

Acrescenta Nilo Batista que o “princípio da culpabilidade deve ser entendido, em primeiro lugar, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva” e que deve ser entendido, igualmente, “como exigência de que pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada casualmente a um resultado, seja reprovável”. Nestes termos, a reprovabilidade da conduta deve ser o “núcleo da ideia de culpabilidade, que passa a funcionar como fundamento de limite da pena”⁴⁷³.

Voltando a Jeschek, tem-se, então, que o “princípio da culpabilidade serve, primeiramente, à necessária proteção do autor frente a todo excesso na reação repressiva do Estado”, determinando, ademais, que “a pena, como censura pública, se circunscreva estritamente às condutas que mereçam um juízo de desvalor ético-social”⁴⁷⁴.

Cirino dos Santos alude à estreita relação existente entre o princípio da legalidade e o princípio da culpabilidade. Segundo o autor, se, por um lado, “pena pressupõe culpabilidade e culpabilidade se fundamenta no conhecimento (*real* ou *possível*) do *tipo de injusto*, então o *princípio da culpabilidade* pressupõe ou contém o *princípio da legalidade*, como definição escrita, prévia, estrita e certa de crimes e penas”; por outro lado, segue o autor, “existe uma relação de dependência do *princípio da culpabilidade* em face do *princípio da legalidade*, porque a culpabilidade *pressupõe* tipo de injusto (princípio da legalidade), mas o tipo de injusto *não pressupõe* culpabilidade: o *juízo de reprovação*, que exprime o *princípio da culpabilidade*, não existe sem o *tipo de injusto*, definido pelo *princípio da legalidade*, mas o *tipo de injusto*, como objeto do juízo de reprovação, pode existir sem o *juízo de culpabilidade*”⁴⁷⁵.

Bacigalupo considera que seria errôneo acreditar que a discussão “em torno da ideia de reprovabilidade ou, o que dá no mesmo, à fundamentação da responsabilidade na livre determinação do autor (seja esta real ou pressuposta), tenha tanta transcendência prática que aqueles que negam o livre arbítrio, como premissa metafísica da responsabilidade penal, rechacem, também, as

⁴⁷³ BATISTA, Nilo. *Introdução...* cit. p. 103.

⁴⁷⁴ *Idem*; *ibidem*.

⁴⁷⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal...* cit. p. 24.

consequências que em geral se vinculam com o princípio da culpabilidade”.

Segundo este autor, seria possível então afirmar que na “ciência penal atual existe um acordo a respeito da vigência das consequências do princípio da culpabilidade, ainda que não se verifique coincidência alguma a respeito de sua fundamentação”. Com base neste “acordo”, excluindo-se as exigências do princípio da legalidade, para legitimar a aplicação de uma pena é preciso que: a) seja possível ao agente saber o que faz e conhecer a reprovação social expressa na punibilidade; b) seja possível ao agente ter evitado o cometimento do delito ou de ter dado cumprimento a um mandato de ação (cuja infração seja punida por lei); haja proporcionalidade entre a pena aplicada com a gravidade do fato cometido⁴⁷⁶.

Nesse passo, ainda de acordo com Bacigalupo, pode-se dizer que, em atenção ao princípio da culpabilidade, se requer que a aplicação de uma pena:

esteja condicionada pela existência de dolo ou culpa, de consciência da antijuridicidade ou da punibilidade, de capacidade de comportar-se de acordo com as exigências do direito (imputabilidade), de uma situação normal para a motivação do autor (exigibilidade). Assim mesmo, no momento da individualização da pena, o princípio da culpabilidade exige que a sanção seja proporcional ao fato cometido.

Acrescenta que serão incompatíveis com o princípio da culpabilidade:

o *versare in re illicita*, a fundamentação ou agravamento da pena por mero resultado (responsabilidade objetiva e delitos qualificados pelo resultado), a negação da relevância ao erro de tipo, ao de proibição e ao erro sobre a punibilidade, a aplicação de penas àqueles que não tenham podido compreender as exigências do direito ou comportar-se de acordo com elas e a seu cumprimento. No momento da individualização da pena, o princípio da culpabilidade exclui toda pena que supere com sua gravidade o fato⁴⁷⁷.

Daí porque a doutrina subdivide este princípio em *princípio da pessoalidade* e princípio da *fundamentação da pena*.

⁴⁷⁶ BACIGALUPO, Enrique. *Princípios...* cit. p. 137-138.

⁴⁷⁷ BACIGALUPO, Enrique. *Princípios...* cit. p. 140.

5.4.1

princípio da personalidade

Consagrado no inciso XLV, do artigo 5º, da nossa Constituição Federal, a garantia individual de que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” significa que a sanção penal jamais poderá ser estendida a pessoas estranhas ao delito, ainda que vinculadas ao condenado por laços familiares, comerciais ou societários. Numa palavra, a responsabilidade penal será sempre pessoal, não se cogitando de “responsabilidade coletiva, subsidiária, solidária ou sucessiva”⁴⁷⁸.

Como exemplifica Nilo Batista, na antiguidade tal princípio não era conhecido estendendo-se a punição aos parentes do acusado. Cita o autor, inclusive, o Código de Hamurabi, que contempla o caso do pedreiro que construísse uma casa e se esta viesse a cair matando o morador: o pedreiro seria igualmente morto; mas se morresse o filho do morador, também sofreria pena o filho do pedreiro, que deveria ser morto também⁴⁷⁹⁻⁴⁸⁰. Entre as leis penais que vigoraram no Brasil, nas Ordenações do Reino encontram-se vários outros exemplos de extensão das consequências penais aos parentes do autor da infração, trazendo-se como exemplo o crime de Lesa Majestade, previsto no Título VI daquelas Ordenações, cuja punição, além da imposição da “morte natural cruelmente” ao infrator, estendia-se a sanção aos seus filhos e até seus netos, que se viam alcançados pela infâmia cometida pelo pai ou avô⁴⁸¹.

Lembra Luis Luisi, que a doutrina reconhece que a pena imposta ao condenado “pode causar danos e sofrimentos a terceiros”. Rememora, exemplificativamente, situação relatada por Battaglini, que comenta o caso da

⁴⁷⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução...* cit. p. 104

⁴⁷⁹ *Idem.* p. 102.

⁴⁸⁰ O exemplo citado por Nilo Batista foi extraído do Código de Hamurabi traduzido e comentado por E. BUZON. *Verbis*: “§ 229. Se um pedreiro edificou uma casa para um awilum, mas não fortificou o seu trabalho e a casa, que construiu, caiu e matou o dono da casa: esse pedreiro será morto. § 230. Se causou a morte do filho do dono da casa: matarão seu filho”.

⁴⁸¹ “E em qualquer destes casos acima declarados, onde os filhos são excluídos da herança do pai, se forem varões, ficaram infamados para sempre, de maneira que nunca possam haver honra de Cavalaria, nem outra dignidade, nem Offício; nem poderão herdar a parente, nem a estranho abintestado, nem per testamento, em que fiquem herdeiros, nem poderão haver cousa alguma, que lhes seja dada, ou deixada, assi entre vivos, como em ultima vontade, salvo sendo primeiro restituídos á sua primeira fama e stado. E esta pena haverão pola maldade, que seu pai commetteo. E o mesmo será nos netos somente, cujo avô commetteo o dito crime” (*In*. PIERANGELLI, J. Henrique [coord]. *Códigos Penais...* cit. p. 21).

esposa, cujo marido foi sentenciado e preso, que teve que se prostituir para “garantir a subsistência própria e dos filhos”⁴⁸².

Tal princípio justifica a existência no sistema de seguridade social brasileiro do chamado “auxílio reclusão”, que se constitui num “benefício devido aos dependentes do segurado recolhido à prisão, durante o período em que estiver preso sob o regime fechado ou semi-aberto”. Para o gozo desse benefício, equiparam-se “à condição de recolhido à prisão a situação do segurado com idade entre 16 e 18 anos que tenha sido internado em estabelecimento educacional ou congênere, sob custódia do Juizado de Infância e da Juventude”. Este auxílio está previsto no artigo 18, inciso II, alínea *b*, da Lei nº 8.213, de 24/07/1991⁴⁸³.

5.4.2

princípio da individualização da pena

Por individualização da pena, nas palavras de Nilo Batista, se deve entender a “exigência de que a pena aplicada considere aquela pessoa concreta, à qual se destina”⁴⁸⁴, notando-se que a Constituição Federal estabelece que a adequação da pena a determinado indivíduo é garantia fundamental, fixada na letra do inciso XLVI, do artigo 5º: “a lei regulará a individualização da pena”.

Este processo de individualização da pena, lembra Luiz Luisi, “se desenvolve em três momentos complementares: o legislativo, o judicial e o executório ou administrativo”⁴⁸⁵.

No momento de criminalização primária, será fixado para cada incriminação penas que sejam proporcionais à importância do bem tutelado e a gravidade da ofensa. Mais uma vez registra Luisi que não se trata estabelecer quantitativos certos e fixos, pois neste momento também se prevê “as espécies de pena e muitas vezes as prevê de forma alternativa, e mesmo, em outras ocasiões, despõe a sua aplicação cumulada”, verificando-se, inclusive, a compatibilidade com outros textos legais que viabilizem a substituição da pena, “geralmente as

⁴⁸² LUISI, Luis. *Princípios...* cit. p. 36.

⁴⁸³ <http://www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=22>, acesso em 23/04/2012.

⁴⁸⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica...* cit. p. 105

⁴⁸⁵ LUISI, Luiz. *Princípios...* p. 37.

mais graves por espécies mais atenuadas”⁴⁸⁶.

O momento seguinte – individualização judicial – é aquele em que o juiz, baseado no leque de fatores previstos na lei e tendo em conta todas as vicissitudes que envolvem a espécie concreta fixa qual, entre as diversas espécies de pena, é aplicável aquele réu, bem como impõe o montante dentro dos parâmetros de mínimo e máximo previstos no tipo realizado e, por fim, estabelece o modo de execução – aberto, semi-aberto ou fechado – realizando a tarefa de ajustar a resposta penal não apenas às circunstâncias objetivas que cercam aquele fato, mas sobretudo as que dizem respeito à pessoa do réu e até mesmo o comportamento da vítima⁴⁸⁷.

Em que pese o juiz esteja vinculado aos parâmetros e patamares legais, não há dúvida de que neste ato tem ele “indiscutível discricionariedade”, anotando Luisi ser forçoso reconhecer que “habitualmente está presente nesta atividade do julgador um coeficiente criador, e mesmo tradicional, em que, inclusive inconscientemente, se projetam a personalidade e as concepções da vida e do mundo do juiz”⁴⁸⁸.

Superada esta fase, a efetiva individualização da pena se opera no ato de sua execução, ocasião em que se faz sentir sobre o delinquente a resposta penal decorrente do seu comportamento antijurídico. Como se viu, trata-se da individualização administrativa ou executória da pena.

A Constituição Federal estabelece uma série de garantias individuais relativamente aos condenados criminalmente, notadamente aos que receberam penas privativas de liberdade, entre as quais a que assegura “respeito a integridade física e moral”, a que determina que o estabelecimento penal onde a pena será executada deve ser compatível com “a natureza do delito, a idade e o sexo do condenado”, garantindo-se, também, no caso das mulheres, “condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” (veja-se,

⁴⁸⁶ LUISI, Luiz. *Idem*.

⁴⁸⁷ Veja-se o artigo 59 do Código Penal: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”.

⁴⁸⁸ LUISI, Luiz. *Idem*, p. 38.

respectivamente, artigo 5º., incisos XLIX, XLVIII e L).