

DIREITO PENAL / DIREITO PROCESSUAL PENAL

FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL DEMOCRÁTICO

Dario José Kist

Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal na Universidade
Luterana do Brasil, Mestrando em Direito pela mesma Universidade

RESUMO

O texto trata dos princípios da legalidade e da intervenção mínima no âmbito do Direito Penal, com as conseqüências deles derivadas. Demonstra, também, que ambos estão em crise, e que sua afirmação é condição para que este ramo do direito esteja em harmonia com os postulados do Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

The text is about the principle of legality and minimal intervention in the ambit of the penal law with the consequences from which it has derived. Proven by reasoning that both are in crisis and that the affirmative, is the condition for this area of law being in harmony with the postulate of democratic state of law.

INTRODUÇÃO

A democratização das sociedades modernas gerou conseqüências, também, para o Direito Penal, exigindo-se que este ramo do Direito se assente em duas pilstras básicas: que sua intervenção seja legalizada e mínima.

Relativamente à intervenção legalizada, trata-se de expressão apta a referir que a intervenção do Direito Penal na sociedade deve ser amparada no princípio da legalidade, único meio de evitar que o poder punitivo seja exercido arbitrariamente e ilimitadamente.¹ Portanto, para ser

¹ Francisco Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1975.

legal, a intervenção deve limitar-se ao direito positivo. O princípio da legalidade, desde o Iluminismo do século XVIII, exerce suma importância para o Direito Penal, e se insere numa lógica em que o poder estatal é restringido, tendo como principal papel garantir direitos mínimos para os indivíduos, aos quais pode ser imputada a prática de crime somente se lei prévia estabeleceu determinada conduta como tal, nem lhes pode ser imposta pena também previamente definida.

Em seu desenvolvimento teórico, destacam-se diversos autores que, com suas formulações, evidenciaram a possibilidade de se fazer derivar deste princípio vários corolários, destacando-se duas ordens de pensamento: uma, formulada pelo jurista italiano **FERRANDO MANTOVANI**,² que afirma derivarem do princípio da legalidade, no âmbito do Direito Penal, três postulados: a) a reserva legal; b) a determinação taxativa; e, c) a irretroatividade da lei penal. A esta corrente filiou-se, na própria Itália, **FRANCESCO PALAZZO**³ e, entre nós, o insigne **LUIZ LUISI**.⁴

Outra formulação é liderada pelo penalista espanhol **REINHART MAURACH**,⁵ propugna que o princípio em questão se desdobra em quatro postulados: a) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*; b) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*; c) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*; e, d) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*. Entre nós, este esquema foi adotado, entre outros, por **FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO**.⁶

Com relação à intervenção mínima, trata-se de decorrência do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, e impõe que o Estado intervenha na sociedade por intermédio deste somente quando todos os outros meios de controle falharem, revelando o caráter subsidiário, acessório e fragmentário do Direito Penal. Embora se trata de princípio do Direito Penal moderno, o que se constata é que os Estados contemporâneos, cada vez mais, lançam mão desta forma de controle social, sem antes esgotar as outras possibilidades. O fenômeno

² Mantovani, Ferrando. *Diritto Penale – Parte Generale*. Torino: UTET, 1961.

³ Palazzo, Francesco. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

⁴ Luisi, Luiz: *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1991.

⁵ Maurach, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Ariel, 1962.

⁶ Francisco de Assis Toledo, *Princípios Básicos de Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 5ª ed., 1994.

é conhecido, entre outros termos, de inflação legislativa no campo penal, e é duramente criticado pela doutrina penal. Por isso, analisar-se-á, conceitualmente, o princípio da intervenção mínima, para, em seguida, constatar que o mesmo não vem sendo observado modernamente.

Portanto, intervenção legalizada e intervenção mínima: estas são, com as derivações e corolários, as pilastras e as características essenciais de que deve revestir-se o Direito Penal para ser catalogado como Direito Penal Democrático e ser conforme aos postulados dos Estados Democráticos de Direito.

A exata delimitação dos conceitos colacionados acima é o âmbito do presente trabalho, com o qual se busca sistematizar estas diretrizes, na tentativa de uma melhor e mais ampla compreensão da matéria.

1. A INTERVENÇÃO LEGALISTA

O princípio da legalidade tem especial projeção sobre o direito punitivo, a ele, contudo, não se limitando. De fato, num âmbito generalizado, a legalidade é um atributo e um requisito do poder, que será “legal” quando exercido em conformidade com leis estabelecidas e aceitas.

A intervenção legal é a materialização do princípio da legalidade, que é o principal apanágio do Estado hodierno, especialmente na sua forma de Estado Democrático de Direito. Neste âmbito, o princípio da legalidade impõe a todos os organismos do Estado, que exercem o poder público, uma atuação nos domínios previstos e permitidos pelas leis, ressalvados casos excepcionais expressamente prestabelecidos. Embora tolere o exercício discricionário do poder, o princípio da legalidade não se coaduna com seu exercício de forma arbitrária: decisões tomadas a partir de juízos estritamente pessoais da situação.

No contexto do exercício do poder, faz-se uma relevante distinção entre poder legítimo e poder legal: aquele tem titulação alicerçada juridicamente, sendo seu contrário um poder de fato; este é um poder exercido conforme as leis, sendo seu contrário um poder arbitrário.⁷ É nestes termos que o princípio da legalidade demanda a secular

⁷ Bobbio, Norberto. In: Dicionário de Política, verbete LEGALIDADE. Editora UnB, Vol. II, p. 674/5.

distinção entre governo das leis e governo dos homens, que desde sempre vem acompanhada de um juízo de valor: o primeiro é o bom, e o segundo é o mau governo; reino da justiça e reino do arbítrio, respectivamente.

Historicamente, o princípio da legalidade tem sido expresso de diferentes modos: princípio da isonomia, entre os gregos,⁸ supremacia da lei (*rule of law*), na tradição inglesa, o Estado de direito (*Rechtsstaat*) na doutrina alemã, etc. Quanto à significação, trata-se do exercício do poder por meio da lei, e o súdito deve obediência a um ordenamento impessoal definido legalmente, bem como aos indivíduos que ocupam funções de chefia neste ordenamento.⁹ Mais precisamente, na perspectiva das relações entre lei e poder, o princípio da legalidade apresenta-se sob três níveis diferentes: no primeiro nível, na relação entre a lei e a pessoa do príncipe, em que o governo da lei significa que o príncipe não pode governar conforme o próprio arbítrio e beneplácito, mas conforme leis a ele superiores; no segundo nível, aparece a relação entre o príncipe e seus súditos, onde o governo das leis significa que os governantes devem exercer o poder unicamente através da promulgação de leis, que são normas válidas para todos, e não para grupos particulares ou indivíduos; já no terceiro nível, a questão diz com a aplicação das leis aos casos particulares: o princípio da legalidade exige dos juízes a definição das controvérsias a eles apresentadas com base nas prescrições legais inscritas em normas legislativas. Por fim, tomando-se por referência o momento de produção e o momento de aplicação do direito, quanto ao primeiro, o princípio da legalidade exige que o direito seja produzido através de leis e, quanto ao segundo, que a aplicação do direito seja de acordo com as leis.¹⁰

Em síntese, portanto, o princípio da legalidade visa garantir que o direito realize dois valores fundamentais: a certeza e a igualdade formal. De fato, a produção do direito através de leis – normas gerais e abstratas – possibilita ao cidadão prever as conseqüências das suas ações,

⁸ A igualdade de todos perante as leis é a essência do bom governo. Esta proclamação é de Eurípides, em *Suplicantes*: "Nada é mais inimigo da cidade do que um tirano, quando, em lugar de existirem leis gerais, um só homem tem o poder, sendo ele mesmo e para si o autor das leis, não existindo, assim, nenhuma igualdade". (Cit. feita por Norberto Bobbio, in *Dicionário de Política*, verbete LEGALIDADE; editora UnB, Vol. II, p. 674).

⁹ Bobbio, Norberto. op. cit., p. 674/5.

¹⁰ Bobbio, Norberto. op. cit., p. 675

libertando-o da insegurança proveniente das ordens arbitrárias; a aplicação do direito conforme as leis gera a garantia de um tratamento igualitário para todos os que pertençam à categoria definida na lei, libertando o cidadão do perigo de existir tratamento preferencial entre indivíduos ou grupos.¹¹ Nesta perspectiva, o princípio em tela é condição de legitimidade do exercício do poder, e o ordenamento jurídico é a sua principal manifestação. Foi na doutrina Iluminista que encontrou maior ressonância: como apanágio do individualismo político, representa o postulado da ampla permissão de condutas, admitindo-se como proibido somente aquilo que, expressamente e através de lei, assim for declarado.

O Direito Penal é o ápice da projeção do princípio da legalidade, revelando seus principais efeitos, e isso pelos valores fundamentais tutelados por este ramo jurídico: o Estado, para viabilizar a convivência humana, pode ditar normas proibitivas de determinadas condutas; entretanto, estas proibições são possíveis somente através da lei, exigindo-se, ademais, que a sanção aos infratores também venha expressa na lei. Em outros termos, no âmbito do Direito Penal, a punição de alguém exige a prévia existência de lei que criminalizou a respectiva conduta e previu a sanção a ser aplicada, situação representada pela expressão *nullun crimen, nulla poena, sine lege*.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da legalidade está previsto no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, em que expressamente é consignado que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei. Já no estrito campo do Direito Penal, vem previsto no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal, onde se lê que ... *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*. Também no artigo 1º do Código Penal consta que ... *não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal*.

1.1 – A RESERVA LEGAL

Nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência deste fato tenham sido instituídos por lei o crime e a respectiva pena. É a significação do princípio conhecido por *nullun crimen, nulla poena sine lege*.

¹¹ Bobbio, Norberto. op. cit., p. 675.

Sua origem remonta ao artigo 39 da *Magna Charta libertatum*¹², imposição feita pelos barões ingleses ao Rei João Sem Terra.¹³ Posteriormente, foi reproduzido no *Bill of Rights*, firmado na Filadélfia, em 1774. Na França, está presente no artigo 8º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26.08.1789,¹⁴ em que foi destacada a necessária anterioridade da lei penal. Com a queda das monarquias absolutas, a grande maioria das legislações ocidentais acolheram-no, tanto em sede constitucional, quanto nos Códigos Penais,¹⁵ havendo uma clara universalização, tanto que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10.12.1948, prevê expressamente que ... *ninguém será condenado por atos ou omissões que no momento em que se cometerem não forem crimes segundo o direito nacional ou internacional. Também não se imporá pena mais grave que a aplicável no momento da comissão do delito.*

¹² *Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele se não mediante um julgamento regular sobre seus pares ou em harmonia com as leis do país.*

¹³ **Nilo Batista**, in *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, Editora Revan, 4ª ed., RJ, 1999, p. 65/66, discorda, afirmando: ... *devemos abandonar a tarefa (...) de respigar em textos romanos alguma afinidade – ainda que sonora – com o princípio, ou de cismar sobre a passagem do artigo 39 da ‘Magna Carta’ – que continha, segundo opinião dominante, mera garantia processual restrita a poucos ‘homens livres’ – à procura de um antecedente.* Em nota de rodapé, amparado no ensino de MIR PUIG, explica que nas referências a tal princípio, anteriores à Ilustração, como é o caso da *Magna Charta*, não tem ele o significado moderno. **LYCURGO DE CASTRO SANTOS** ensina que ... *a maioria dos penalistas está de acordo em que o princípio da legalidade é produto direto do pensamento ilustrado, cujas idéias foram determinantes na supressão do Estado Absoluto em pró do Estado Liberal de Direito...* Destaca, por outro lado, que os citados documentos tiveram importância para anunciar a formulação do referido princípio na forma como ocorreu. (*O Princípio da Legalidade no Moderno Direito Penal*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 15, Ed. RT, p. 182). A questão recebeu aprofundado exame por **NÉLSON HUNGRIA** e **HELENO CLÁUDIO FRAGOSO**, no texto “Evolução histórica do *nullum crimen, nulla poena sine lege*”, in *Comentários ao Código Penal*, Volume I, Tomo I, 5ª edição, editora Forense, RJ, 1977, p. 35/61.

¹⁴ *A lei não deve estabelecer senão penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode se castigado senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada.*

¹⁵ O primeiro corpo de leis penais a prever o princípio da legalidade foi a Codificação de D. José II, da Áustria, de 1787 (Nilo Batista, in *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, Editora Revan, 4ª ed., RJ, 1999, p. 66)

No Brasil, o princípio da reserva legal vem previsto nas Constituições desde a de 1824, que o trazia no artigo 179, XII; a de 1891, no artigo 72, § 15; a de 1934, no artigo 115, inciso 26; a de 1946, no artigo 141, § 25; de 1967, no artigo 150, § 16 e, na Emenda Constitucional nº 01/69, no artigo 153, § 16. Também é uma constante nos Códigos Penais. De fato, o artigo 1º de todos eles prevê o princípio em questão.¹⁶

Nas formulações teóricas em torno do princípio em tela, deve ser citado, inicialmente, TIBÉRIO DECIANI, precursor da ciência normativa do Direito Penal, em cujo *Tractatus Criminalis*, editado em 1590/1591, sustentou que a causa formal do crime é a lei, destacando a necessidade de previsão legal dos crimes.¹⁷ No final do século XIX, destacou-se o alemão FEUERBACH, fundador da ciência penal alemã e que no Código da Baviera de 1813 enunciou a fórmula latina que identifica o princípio, ou seja, *nullum crimen nullun poena sine previa lege*.¹⁸

¹⁶ Artigo 1º do Código Criminal do Império, de 1830: *Não haverá crime ou delicto sem uma lei anterior que o qualifique*. Artigo 1º do Código Penal de 1890: *Ninguém poderá ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado crime e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas*. Artigo 1º da Consolidação das Leis Penais de 1932: *Ninguém poderá ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas*. Artigo 1º do Código Penal de 1940: *Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal*. Artigo 1º do Código Penal de 1969: *Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*. No Código Penal vigente, também o artigo 1º prevê que ... *não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal*.

¹⁷ LUISI, Luiz, *A Crise Contemporânea da Legalidade Penal*, in Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal, ed. Revista dos Tribunais, Coord. De Luiz Flávio Gomes, SP, 1999, p. 253.

¹⁸ De acordo com Nilo Batista, in *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, Editora Revan, 4ª ed., RJ, 1999, p. 66, é inexacto afirmar que foi Ludwig Anselm Von Feuerbach o criador da expressão *nullum crimen nulla poena sine lege*, pois em suas obras se encontra apenas a articulação das fórmulas *nulla poena sine lege*, *nullum crimen sine poena legali*, e *nulla poena sine crimine*. De toda sorte, Feuerbach é o principal expoente das chamadas *Teorias Relativas* quanto ao fundamento da punição, cuja essência se assenta no caráter de prevenção da pena. O autor afirmava que a finalidade do Estado é garantir a convivência humana através do Direito. Crime é a violação de alguma norma jurídica, e ao Estado cabe impedi-lo, fazendo-o através de uma coação psíquica (cominação de leis penais) e através da coação física (imposição da pena). Portanto, o fim da pena é a intimidação, fazer com que as

O contexto em que a reserva legal surgiu é relativa à necessidade de se impor limites ao arbítrio judicial, submetendo o juiz à lei, uma vez que somente através desta é possível dizer o que é antijurídico, bem como a sanção aplicável. A formulação desta idéia foi feita de forma magistral por CESARE BECCARIA: *Só as leis podem decretar as penas para os delitos. Esta autoridade não pode residir se não no legislador, que representa toda sociedade organizada por um contrato social.*¹⁹

De resto, é um dos maiores postulados do Iluminismo, que tem sua base teórica nas teorias contratualistas de origem e formação do Estado, de acordo com a qual este é criado pelos homens e, acima de tudo, tem a missão de ser um instrumento de garantia dos seus direitos inatos.

A reserva legal, portanto, significa que somente a lei pode qualificar determinada conduta como criminosa, bem como prever a pena aplicável, e deve fazê-lo anteriormente à ocorrência do fato. Trata-se de real e efetiva limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais. Nestes termos, a reserva legal diz com a anterioridade da lei, ou seja, a punição de alguém pela prática de determinada conduta somente é possível se esta estiver catalogada como crime. O que se busca é suprimir o arbítrio do Estado, assegurando-se a segurança e certeza jurídica, pois há uma previsibilidade dos efeitos das condutas tidas pelos cidadãos.²⁰

No âmbito da reserva legal, há uma diferenciação entre legalidade substancial e formal, do que deriva o conceito substancial e formal de delito. Assim, substancialmente, é tida por criminosa a conduta que

peças não cometam crimes; é uma ameaça legal, com vistas à prevenção do crime (Noronha, E. Magalhães. *Direito Penal*. Vol. I, p. 28/9). Nesta perspectiva preventivo-geral da pena, que se efetiva através da intimidação, a reserva legal tem primordial importância, pois, através da previsão legal, têm os súditos conhecimento da existência do crime e da pena.

¹⁹ Citação feita por Luisi, Luiz, *Princípios Constitucionais Penais*, p. 15

²⁰ Ensina Nilo Batista, in *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, Editora Revan, 4ª ed., RJ, 1999, p. 67, que ... o princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também pedra angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da previsibilidade da intervenção do poder punitivo de estado (...), mas também na perspectiva subjetiva do sentimento da segurança jurídica (...). Além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido à coerção penal distinta daquela predisposta na lei.

ofende um bem juridicamente tutelado, ainda que não prevista como tal. A definição legal é secundária ou dispensável, interessando, somente, o fato de a conduta lesar um bem jurídico. Uma definição de crime, dentro desta perspectiva, é apresentada por GAROFALO: *crime é a violação dos sentimentos altruísticos fundamentais de piedade e probidade, segundo a medida média em que se encontram na humanidade civilizada, por meio de ações nocivas à coletividade*.²¹ A idéia que preside este conceito de crime é que a lei escrita é insuficiente para expressar todo o conteúdo das condutas não aceitas socialmente, devendo-se permitir ao magistrado recorrer aos costumes, ao jusnaturalismo, à justiça, etc., para catalogar os comportamentos indesejados. Em suma, sob o aspecto substancial, é crime qualquer conduta que ofende os valores de determinada sociedade, protegidos pelo Direito, ainda que a mesma não esteja prevista em lei como tal. A preocupação é com o significado moral das condutas, pois relevante a reação social à sua prática. O contrário também é viável: ainda que tipificada, não será criminosa a conduta que não ofende a algum bem jurídico.²²

A concepção formal de delito, que é a mais genuína expressão do positivismo jurídico, vê no crime um ente jurídico, ou seja, é crime aquilo que o legislador diz ser. A incriminação de um comportamento qualquer é feita através da tipificação ou cominação, da qual nasce a tipicidade. Fato típico é aquele previsto em lei como criminoso. Modernamente, somente o Poder legislativo pode realizar a cominação. O resultado da concepção formal de delito é que, para ser possível catalogar uma conduta como criminosa e, pois, passível de uma pena (privativa de liberdade, restritiva de direitos ou pecuniária), imprescindível é sua previsão enquanto tal. Pode, assim, haver condutas reprovadas socialmente impassíveis de sanção penal, assim como pode haver tipos penais cuja conduta é plenamente aceita pela comunidade, o que não fará com que a mesma perca sua qualidade de criminosa.

A separação feita tem relevância apenas sob o ponto de vista teórico, pois o princípio da reserva legal demanda, necessariamente, a

²¹ Cernicchiaro, Luiz Vicente, Costa Jr., Paulo J. da *Direito Penal Constitucional*. 1991, p.11.

²² Exemplo desta última situação é o crime de adultério, numa cultura que aceita plenamente o divórcio. O mesmo poderia ser dito do tipo penal *ato obsceno*, frente à liberalização e desmitificação dos comportamentos sexuais.

concepção formal de delito. Ou seja, modernamente, é de todo pacífico no âmbito da penalística que pode ser tido por criminoso somente o que a lei considerar como tal. Efetivamente, não há crime sem uma lei anterior que tipifique e preveja como tal determinado comportamento. Necessária a tipificação. E isso é tido como conquista dos indivíduos na luta contra o arbítrio estatal, e assegura certeza e igualdade jurídica, sendo o princípio da reserva legal clara garantia do cidadão, ao que não se pode renunciar sob hipótese alguma, mesmo diante dos crescentes reclamos de setores sociais que, em nome de maior segurança, pregam a eliminação de garantias constitucionais.

Especificamente com relação à pena, a reserva legal implica na impossibilidade de sua aplicação, pelo juiz, fora dos limites em que vem cominada. Além disso, quando da sua execução, fica a Administração vinculada ao determinado pelo juiz.

1.2 – A DETERMINAÇÃO TAXATIVA²³

A segunda decorrência do princípio da legalidade é a determinação taxativa, significando que as leis penais devem ser claras, certas e precisas. O postulado retrata um comando dirigido ao legislador, notadamente na edição de leis penais incriminadoras. Veda ao mesmo o uso de expressões ambíguas, equívocas e vagas, que possam demandar interpretações diferentes e contrastantes. O princípio da determinação taxativa ... *preside, portanto, a formulação da lei penal, a exigir qualificação e competência do legislador, e o uso por este de técnica correta e de uma linguagem rigorosa e uniforme.*²⁴

Fácil é concluir que, sem esta imposição, o princípio da legalidade não alcançaria seu fim, pois de nada valeria a anterioridade da lei se esta não for clara e certa, apanágio necessário para evitar diferenciações na sua aplicação. A taxatividade é exigência para a redução da variabilidade subjetiva no momento da aplicação da lei.

A determinação taxativa, além de precisar o alcance da lei para o seu aplicador, também gera a certeza para o seu destinatário, que compreenderá seu conteúdo. Daí outra razão para que a lei seja feita, lingüisticamente, com clareza e precisão. Certamente, esta característica

²³ A expressão é usada, desta forma, por Luiz Luisi, *Princípios Constitucionais Penais*, p.18.

²⁴ Luisi, Luiz, *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1991, p. 18

faz com que a lei seja muito mais eficaz na sua função intimidadora ou de prevenção geral: o destinatário compreenderá o teor da proibição.

Por outro lado, no campo da aplicação da lei penal, o postulado em comento tem fundamental importância, protegendo o cidadão contra o arbítrio judicial, uma vez que restringe a discricionariedade do aplicador da lei. Trata-se, pois, da necessidade de a lei penal ser uma *lex certa*, exigindo-se uma clareza na delimitação dos tipos, que não devem deixar margem a dúvidas, nem empregar normas ou termos genéricos ou vazios. É a acessibilidade da lei penal, condição de sua eficácia pedagógica e motivadora de condutas. Não somente aos juristas deve ser compreensível, mas a todos quantos são seus destinatários.²⁵

1.3 – A IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL

Outro postulado que decorre do princípio da legalidade é o da irretroatividade da lei penal. O que visa é a atualidade da lei penal, no sentido de que esta só pode alcançar fatos cometidos depois do início da sua vigência, sendo inaplicável a fatos anteriores. Além de assegurar as exigências que dizem com a racionalidade e certeza do direito, concede ao cidadão a segurança de, ante às mudanças das valorações do legislador, não ser punido mais severamente, por fatos que no momento da sua prática não eram apenados, ou o eram de forma mais branda.

É postulado que tem sede constitucional na legislação pátria. Prevê o artigo 5º, XL da Constituição Federal que “a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Teor idêntico aparecia nas Constituições Federais de 1934, 1937, 1946 e 1967, bem como na Emenda Constitucional de 1969.

Na legislação infraconstitucional, constava no artigo 3º do Código Penal de 1890;²⁶ no artigo 3º da Consolidação das Leis Penais de 1932;²⁷ no artigo 2º do Código Penal de 1940 há previsão da retroatividade benéfica,²⁸ o mesmo ocorrendo no artigo 2º, e seus § 1º, do Código

²⁵ *Infelizmente, no estágio atual da 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 coisa não é senão pura ficção jurídica.* (Toledo, op. cit., p. 29)

²⁶ *A lei penal não tem efeito retroactivo;*

²⁷ *A lei penal não tem efeito retroactivo;*

²⁸ *Ninguém pode ser punido por fato que a lei posterior deixa de considerar como crime (...). Parágrafo único: a lei posterior, que de outro modo favorece o agente, aplica-se ao fato não definitivamente julgado e, na parte em que comina pena menos rigorosa, ainda ao fato julgado por sentença condenatória irrecorrível.*

Penal de 1969.²⁹ No artigo 2º do Código Penal vigente, também há a previsão da retroatividade benéfica.³⁰

Teoricamente, o capítulo no qual a matéria se insere diz com a aplicação da lei no tempo e, num exame criterioso da matéria, nota-se que, neste particular, a eficácia da lei se submete a uma regra: a lei aplicável é aquela vigente quando da prática do ilícito (*tempus regit actum*). O princípio da legalidade fica preservado pela chamada anterioridade da lei penal. Portanto, fatos praticados antes do início da sua vigência ou depois de cessada esta não podem ser por ela alcançados. Contudo, quando houver uma sucessão de leis penais que regulam o mesmo fato, e se este tiver sido praticado sob a vigência de uma lei que já foi revogada, mister distinguir quatro hipóteses: a) a lei posterior é mais grave que a revogada (*lex gravior*) – neste caso, a regra a ser aplicada é a da irretroatividade absoluta; b) a lei posterior aboliu o crime (*abolitio criminis*) – caso em que ocorre a extinção da punibilidade, sendo caso de retroatividade da lei nova; c) a lei posterior é mais benigna quanto à pena ou medida de segurança (*lex mitior*) – é caso em que ocorre a retroatividade; e, d) a lei posterior contém alguns preceitos mais severos e outros mais benignos (*lex tertia*) – embora haja divergências entre os doutrinadores quanto ao comportamento do juiz neste caso, deve o aplicador captar os aspectos benéficos da lei nova e da lei revogada.

Nota-se, assim, que o princípio da irretroatividade da lei penal sofre exceção, quando a lei nova for mais benéfica para o réu. Assim, mesmo que já haja sentença condenatória transitada em julgado e suceder lei mais benéfica, aplica-se esta. Havendo uma sucessão de leis, aplica-se a mais favorável dentre elas.

²⁹ Artigo 2º - *Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando, em virtude dela, a própria vigência de sentença condenatória irrecorrível, salvo quanto aos efeitos de natureza civil.* § 1º - *A lei posterior que, de qualquer outro modo, favorecer o agente, aplica-se retroativamente, ainda quando já tenha sobrevindo sentença condenatória irrecorrível.*

³⁰ Artigo 2º *Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.* Parágrafo único: *A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.*

Relativamente às leis excepcionais³¹ e às leis temporárias³², elas se aplicam aos fatos ocorridos durante sua eficácia. A ambas se aplica o artigo 3º do Código Penal.³³ A razão deste tipo de normas funda-se nas necessidades incomuns e emergenciais do Estado, geradas por fatos anormais. Pelo que dispõe a lei penal a respeito, verifica-se que a eficácia destas normas conhece uma ultratividade, ou seja, mesmo tendo perdido sua eficácia, aplicam-se aos fatos ocorridos sob sua vigência. Seus efeitos são projetados para frente. A idéia que subjaz a tal situação é que, destinadas a regularem situações excepcionais – razão pela qual, normalmente, são gravosas – os autores das condutas nelas previstas refugir-se-iam às suas conseqüências, frustrando os objetivos da sua instituição. Isso é, ademais, notável, em processos judiciais demorados. Aliás, a ultratividade destas leis estava assim explicitada na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940: *esta ressalva visa impedir que, tratando-se de leis previamente limitadas no tempo, possam ser frustradas as suas sanções por expedientes astuciosos no sentido de retardamento dos processos penais.*

Contudo, o reconhecimento desta ultratividade parece importar em recusa à lei posterior mais benigna, vulnerando o princípio da retroatividade desta. De fato, é necessário distinguir o caso em que, cessada a vigência da lei excepcional ou temporária, opta o Estado por não editar outra lei acerca da matéria, ou, legislando, edita lei mais benéfica. Em ambos os casos, cria-se situação favorável para o réu.

No primeiro, não há como sustentar a inaplicabilidade da lei excepcional ou temporária, que não colide com norma alguma. Basta aplicar a norma prevista no artigo 3º do Código Penal, pois não se pode pretender que a inexistência de lei reguladora impeça a incidência da lei que abrangeu o fato quando da sua ocorrência. Não se trata, aqui, de retroatividade – ação da lei nova sobre o passado, a regulação que faz a lei vigente de um fato ocorrido antes do início da sua vigência –, mas de ultratividade – aplicação da lei já extinta, mas contemporânea ao fato, em observância do princípio *tempus regit actum*.

³¹ Aquelas que só adquirem eficácia quando ocorrem fatos e situações especiais, perdendo a eficácia, mas não a vigência, com o término destas situações e, restabelecida a situação especial, voltam a ter vigência.

³² Aquelas que prevêm o prazo de sua vigência e, decorrido este, deixam de vigorar. São leis autorevogáveis, por trazerem expresso o período de sua vigência.

³³ Art. 3º. A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.

Na segunda situação – quando há lei posterior e que é mais benéfica –, entretanto, é de duvidosa constitucionalidade a eficácia ultrativa da lei excepcional e temporária. Efetivamente, o dispositivo constitucional em comento impõe a retroatividade da lei mais benéfica,³⁴ sempre, não havendo razão lógica para a exceção prevista no artigo 3º do Código Penal, que deve, portanto, ser relido.

Portanto, as formulações acima feitas demonstram que o princípio da legalidade compreende a reserva legal, a determinação taxativa e a irretroatividade da lei penal incriminadora.

Entretanto, há outros modos de visualizar o teor deste princípio. É o caso, por exemplo, da formulação feita por **REINHART MAURACH**,³⁵ de acordo com a qual o princípio se desdobra em quatro postulados: a) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*; b) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*; c) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*; e, d) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.

Assim, quanto à forma de tipificação de condutas, o princípio da legalidade se desdobra em *lege praevia* e *lege scripta*.

A *lex praevia* é a exigência de que a lei incriminadora seja anterior, ou seja, inicie sua vigência antes da data da prática do fato ou conduta nela previsto. É o princípio da anterioridade da lei penal.

A *lex scripta*, ou lei escrita, exclui a admissibilidade dos costumes como criadores de normas penais. De fato, é corolário da legalidade a proibição de invocação do direito consuetudinário para a fundamentação de um crime ou agravamento da pena. Obviamente, não significa isso que o costume deva ser banido do âmbito do Direito Penal, pois pode funcionar como meio de elucidação do conteúdo dos tipos, ou mesmo funcionar, entre outras situações, como causa (supralegal) excludente de ilicitude ou de atenuação da culpabilidade. Nestes casos, é óbvio, o costume será tomado como fonte de aplicação do direito, pois não piora a situação do réu, antes a melhora, não havendo, pois, nenhuma ofensa ao princípio da reserva legal.

³⁴ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. Vol. I, Tomo I. Max Limonad Editora, SP, 4ª edição, SP, 1954. Afirma este clássico autor que (...) *ao período de vigência da lei excepcional ou temporária, não se siga lei alguma sobre a matéria, ou, inversamente, que uma sobrevenha, mais favorável. Nessa última hipótese, será impossível impedir a aplicação da 'lex mitior'*. Esta posição, contudo, não é pacífica, discordando, entre outros, Magalhães Noronha (*Direito Penal*, Vol. 1, p. 79).

³⁵ Maurach, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Ariel, 1962.

Relativamente à interpretação da lei penal, corolário da reserva legal é ser ela *lex stricta*, ou seja, inadmissível é o uso da analogia *in malam partem*. Isso quer dizer que é vedado ao aplicador da lei fazer uso da analogia para fundamentar uma condenação ou agravar uma pena.

A analogia, como sabido, supõe a inexistência de uma lei ou norma legal específica: estando regulamentada uma situação particular, aplica-se tal regulamentação a outra situação particular semelhante, mas não regulamentada. Soluciona-se um caso de acordo com a solução dada a um caso semelhante. O seu fundamento está na semelhança entre o caso regulamentado e o não regulamentado, e é esta semelhança que possibilita usar a solução dada ao caso regulado.

No Direito Penal, distingue-se a analogia *in bonam partem* e *in malam partem*. Esta fundamenta uma condenação ou agravação da pena em hipóteses não previstas em lei, semelhantes às previstas, agravando a situação do réu; aquela pode fundamentar a não aplicação de pena ou sua diminuição, trazendo benefícios para o réu. A exigência de lei prévia e estrita impede a aplicação, no Direito Penal, da analogia *in malam partem*, não obstando o uso da *in bonam partem*, que se assenta em princípios de equidade.³⁶

O último corolário imposto pela legalidade penal, também voltado ao legislador penal, é a *lex certa*, que diz respeito à clareza dos tipos penais. De fato, a descrição tipológica não pode deixar margens à dúvida quanto à significação, devendo serem evitados os tipos incriminadores genéricos. Isso se impõe para que a norma penal, sendo facilmente compreendida por todos, e não somente pelos juristas, exerça seu papel pedagógico de motivar o comportamento humano.³⁷

Esquema idêntico é formulado por **NILO BATISTA**,³⁸ afirmando que o princípio da legalidade pode ser decomposto em quatro funções.

A primeira é no sentido de proibir a retroatividade da lei penal, esclarecendo que esta irretroatividade diz respeito apenas ao crime e à pena, pois a retroação, nestes casos, implicaria em malefícios para o réu. O que pode retroagir são as situações benéficas, como a *abolitio criminis* e as causas de atenuação da pena.

³⁶ Toledo, Francisco de Assis, op. cit., p. 27

³⁷ Toledo, Francisco de Assis, op. cit., p. 29

³⁸ *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, Editora Revan, 4ª ed., RJ, 1999, p. 68/83

A segunda função é proibir a criação de crimes e penas por meio do costume, pois somente a lei escrita, promulgada de acordo com as prescrições constitucionais, podem fazê-lo. O único âmbito em que é possível o uso do costume em Direito Penal é na integração da norma, para a elucidação dos elementos dos tipos penais.

A terceira função é proibir a criação de crimes e penas por meio da analogia, procedimento que incriminaria uma conduta não regulamentada através da norma prevista para caso semelhante. Mas, também aqui, a regra diz respeito somente à analogia dita *in malam partem*, pois admitido o uso deste procedimento indutivo para favorecer o acusado.

A quarta função do princípio da legalidade é proibir incriminações vagas e indeterminadas, aquelas em que não haja clareza quanto à significação dos termos e palavras constantes no tipo penal, ininteligíveis para os cidadãos, que são os destinatários das normas, pelo que não podem ser utilizadas as “cláusulas gerais”, tipos “genéricos ou vazios”, “conceitos indeterminados” ou “ambíguos”, etc. As formas mais freqüentes de violação desta regra é a criação de tipos penais em que o núcleo do tipo está oculto, através do emprego de elementos do tipo sem precisão semântica a por meio das tipificações abertas e exemplificativas.

LYCURGO DE CASTRO SANTOS,³⁹ destacando que o princípio da legalidade deve representar uma limitação ao *jus puniendi* do Estado, afirma que dois são os requisitos para que ele represente, materialmente, este limite: a) o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege* deve ser concebido como um fenômeno jurídico-penal atrelado a outros princípios que também representam uma contenção da intervenção estatal no âmbito privado do indivíduo e, b) dentre as funções de garantia derivadas do princípio da legalidade deve ser acrescentada a da técnica legislativa, no sentido de que a lei penal deve ser *scripta e stricta*.

Nota-se, portanto, que a aceitação doutrinária do princípio da legalidade é inquestionável, compreendido como um mecanismo de contenção da intervenção estatal no âmbito individual. Também é adotado, ao menos formalmente, na maioria dos países, por meio da

³⁹ *O Princípio da Legalidade no Moderno Direito Penal*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 15, Ed. RT, p. 182 e seguintes.

sua inserção na legislação, especialmente na constitucional, viabilizando a afirmação no sentido de tratar-se de fenômeno universal. As raras exceções, no século XX, foram a legislação penal do Nacional Socialismo alemão e a legislação da Rússia pós-revolução de 1917,⁴⁰ ambos regimes totalitários. Aliás, são os regimes excepcionais, não importando se de direita ou de esquerda, que não se coadunam com o princípio da legalidade, e a história demonstra que as maiores violações da garantias individuais foram praticadas sob os auspícios de ditaduras.

1.4 – A CRISE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O reconhecimento do princípio da legalidade é fenômeno praticamente universal. De fato, praticamente todos os países civilizados adotam-no em sua legislação penal.

Entretanto, além dos casos excepcionais acima referidos, típicos de regimes totalitários, hodiernamente, há outros meios, em regra mais sutis, de derogar o princípio em questão, gerando sérios riscos à autonomia individual frente ao Estado, o que, no âmbito do Direito Penal, representa uma clara involução. Os arautos desta bandeira, em regra, amparam-se num citado, mas não comprovado, aumento da criminalidade para justificar a onipresença do aparato estatal, ainda que com o sacrifício das garantias individuais longa e penosamente construídas.

LUIZ LUISI, com a percuciência que lhe é peculiar, em texto intitulado *A Crise Contemporânea da Legalidade Penal*,⁴¹ chama a atenção para o fato de, com o surgimento do Estado social, ampliou-se

⁴⁰ Efetivamente, de acordo com Luiz Luisi, in *Princípios Constitucionais Penais*, p. 15-6, o Código Penal do Reich, datado de 1871, cujo artigo 2º previa o princípio da reserva legal, foi reformulado em 28.06.1935, e sua redação passou a ser: *Será castigado quem cometa um fato que a lei declara punível ou que mereça castigo segundo o conceito básico de uma lei penal e segundo o seu sentimento do povo. Se nenhuma lei determinada pode se aplicar diretamente ao fato, este será castigado conforme a lei, cujo conceito básico melhor lhe corresponder.* Situação idêntica é a da legislação da Rússia pós-revolução de 1917, em que o Código de 1926, no artigo 16, previa que *... quando algum ato socialmente perigoso não esteja expressamente previsto no presente código, o fundamento e a extensão de sua responsabilidade se determinarão em conformidade com os artigos do mesmo relativos aos delitos de índole análoga.* Em ambos os casos, como se nota, a legislação permitia o uso da analogia para a tipificação de condutas

⁴¹ In *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal*, ed. Revista dos Tribunais, Coord. De Luiz Flávio Gomes, SP, 1999, p. 253/263.

a presença deste na vida social, ensejando a edição de numerosas leis, limitando a esfera de atuação do indivíduo. Ao mesmo tempo, estabeleceu-se uma grave distorção na separação dos poderes que compõem o Estado, passando o Executivo a legislar, cabendo ao Legislativo um trabalho de referendar tais atos, não se devendo desprezar a “criação normativa do Judiciário”. Trata-se de distorção que, na área penal, gera novas e mais refinadas formas de derrogação do princípio da legalidade penal, tanto no plano material como no adjetivo (p. 255). Nesta perspectiva, ressalta o autor a perniciosidade da legislação penal efetivada por meio de leis penais delegadas, decretos-lei, medidas provisórias e, principalmente, as normas penais em branco.

O princípio da legalidade, como já afirmado, é um mecanismo de contenção da intervenção estatal no âmbito individual. Sua aceitação doutrinária é inquestionável, assim como, à exceção dos casos supra indicados, formalmente, adotado na maioria dos países, por meio da sua inserção na legislação, especialmente na constitucional. Entretanto, necessário distinguir entre a legalidade formal e a material, uma vez que a adoção meramente formal do princípio em questão pode não ensejar o freio à intervenção estatal, e é o que se passa em Estados totalitários ou pseudo-democráticos, em que a legalidade, quando não negada, é utilizada para justificar e legitimar um “terror penal”, o que é viabilizado exatamente através do uso, na tipificação, de conceitos genéricos e imprecisos, bem como do abuso das ditas normas penais em branco.⁴²

Esta categoria de lei penal foi distinguida, pela primeira vez, por **KARL BINDING**,⁴³ por volta de 1870, no artigo 145 do Código Penal alemão, que criminalizava a conduta de quem transgredisse disposições emanadas do Imperador relativas à navegação. Denominou-as de *leis penais de mandato em branco* (*Blankettstrafgesetze*) e, com o tempo, consagrou-se a expressão *normas penais em branco*.⁴⁴ Na sua conceituação, destacou que a conduta incriminada não está integralmente

⁴² SANTOS, Lycurgo de Castro. *O Princípio da Legalidade no Moderno Direito Penal*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 15, Ed. RT, p. 187.

⁴³ De acordo com José Henrique Pierângeli, este fenômeno, antes de Binding, foi observado por HEINZE, que denominou estas normas de *cominações penais cegas*. (In *Escritos Jurídico-penais*, Editora Revista dos Tribunais, SP, 2ª edição, 1999, p. 176).

⁴⁴ GIACOMUZZI, Vladimir. *Norma Penal em Branco*. In Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, edição especial, julho de 1999, p. 105

descrita, ensejando a necessidade de edição de outra norma para a complementação. É nestes termos em que se insere a célebre afirmação de BINDING no sentido de ser a norma penal em branco, sem a referida complementação, *um corpo errante em busca de alma*.

Conceitualmente, portanto, trata-se de disposições penais cujo preceito é indeterminado quanto ao seu conteúdo, embora seja precisa a sanção. O tipo penal é incompleto, devendo ser integrado por outra norma.⁴⁵ A descrição da conduta incriminada é incompleta, demandando sua integração por outro dispositivo legal, já existente ou a ser emitido. Não se trata de falta de preceito; este existe, mas é formulado de maneira genérica, necessitando de complementação pela disposição integradora.⁴⁶ Ou seja, o preceito incriminador é indeterminado, quanto ao conteúdo, sendo preciso somente quanto à sanção. Ou ainda, a descrição das circunstâncias elementares do fato tem de ser completada por outra disposição legal, já existente ou futura, pois nelas a enunciação do tipo mantém deliberadamente uma lacuna, a ser suprida por outro dispositivo legal.⁴⁷

A razão de ser desta espécie de normas foi identificada por **MANOEL PEDRO PIMENTEL** na estabilidade do dispositivo principal, nuclear, emanado da autoridade legislativa de maior categoria, através de um moroso e complexo processo parlamentar. Além disso, as mutações que se tornam necessárias em face do decurso do tempo ou da modificação das circunstâncias socioeconômicas, são atendidas prontamente com a edição de atos administrativos mais simples e expeditos, da competência de autoridades administrativas, tais as portarias, regulamentos, etc.⁴⁸ A isso caberia acrescentar a possibilidade de maior detalhamento das situações e dados hipotéticos que ensejam a incidência das normas, o que é dificultado na edição de normas genéricas e abstratas.

A classificação das normas penais em branco mais aceita é a que as divide as em duas classes: propriamente ditas e impropriamente

⁴⁵ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, editora Bookseller, Campinas, SP, 1997, p. 188

⁴⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, 15ª ed., Ed. Forense, RJ, 1995, p. 75

⁴⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, Parte Geral – Tomo 1*, Forense RJ, 3ª ed., 1967, p. 204

⁴⁸ Apud PIERÂNGELI, JOSÉ HENRIQUE, *Escritos Jurídico-penais*, Editora Revista dos Tribunais, SP, 2ª edição, 1999, p. 178

ditas. Nas primeiras, há homogeneidade relativamente à fonte formal para a feitura da norma complementadora, que, todavia, não precisa ser norma penal. Ou seja, o mesmo órgão legislante que tem competência constitucional para legislar sobre Direito Penal emite a norma complementadora. É o caso, por exemplo, de norma integradora constante no Código Civil. As normas penais em branco serão ditas impróprias quando, ao contrário, o complemento é formulado por fonte formal diversa, como o legislador estadual ou municipal, ou mesmo uma autoridade administrativa, sendo a norma complementadora lei estadual, municipal ou um ato administrativo.⁴⁹

Outros autores classificam-nas em sentido amplo e estrito.⁵⁰ Na primeira hipótese, o complemento está na própria lei, ou em outra lei, mas advinda da mesma instância legislativa. Em sentido estrito é aquela cujo complemento é fornecido por outra lei, emanada de outra instância legislativa.⁵¹

Fala-se, ainda, com relação à forma de complementar a norma penal, em complementação homóloga quando for feita por meio de lei penal, e heteróloga, quando a complementação for feita através de formas legislativas de hierarquia inferior à lei penal, como é o caso da lei estadual ou municipal ou do ato administrativo.

Da distinção relativa à fonte e forma da norma complementar deriva outra, dita reserva absoluta e reserva relativa. De acordo com a concepção da reserva absoluta, somente a lei em sentido formal, aquela elaborada de acordo com o processo legislativo previsto na Constituição Federal, é que pode ensejar a complementação. A concepção da reserva relativa nega o monopólio do Poder Legislativo em matéria penal, admitindo a complementação através de outras fontes de produção normativa, hipótese em que caberia ao legislador estabelecer as

⁴⁹ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, editora Bookseller, Campinas, SP, 1997, p. 189/190

⁵⁰ NORONHA, E. MAGALHÃES, *Direito Penal*, Vol. 1, Editora Saraiva, 32ª ed., SP, 1997, p. 49/50

⁵¹ Exemplo comumente citado das primeiras é a norma do artigo 237 do Código Penal: *Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause nulidade absoluta*, devendo-se buscar estas causas no Código Civil, editado pela mesma fonte legislante. Exemplo da norma penal em branco sentido estrito é o artigo 269 do Código Penal: *Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória*; neste caso, o rol das doenças cuja existência deve ser notificada é previsto em portarias.

diretrizes, que poderiam ser complementadas por regulamentos e portarias.⁵² E, no caso da reserva relativa, outro problema diz respeito à natureza penal ou não da norma complementadora, pois parte da doutrina compreende que esta não é lei penal, especialmente no caso de advir de órgão diverso do Poder Legislativo, como é o caso da portaria, do regulamento, etc.

Recomenda a melhor doutrina que a integração a ser feita deva ocorrer nos precisos limites fixados pelo preceito genérico da norma em branco, não sendo permitido que um ato administrativo, por exemplo, ultrapasse o claro existente na norma, sob pena de ferir a estrita legalidade dos crimes.⁵³ ASÚA, citado por **MAGALHÃES NORONHA**, ensina que, tendo em conta o princípio da reserva legal e a divisão de poderes, a) a fonte formal heterogênea tem por missão apenas determinar especificamente as condutas puníveis dentro do círculo em branco; b) o poder de regulamentação se reduz à faculdade específica compreensiva somente nas modalidades de interesse secundário ou de pormenor; indispensável para melhor execução da vontade legislativa.⁵⁴

No Brasil, é certo que vige a concepção da reserva relativa, sendo absolutamente comum a complementação das normas penais em branco através de atos administrativos emanados do Poder Executivo. Trata-se de sistema que, utilizado de forma correta, não enseja conflitos com a ordem constitucional vigente, além de satisfazer a necessidade que originou esta categoria legislativa, que são as situações concretas por demais diversificadas e mutáveis para serem todas previstas na lei penal geral, bem como a proteção imediata que alguns bens jurídicos necessitam, viabilizada por este tipo de norma.

Entretanto, o que se tem visto, no Brasil, não é esse correto e comedido uso da norma penal em branco, e sim, um evidente abuso em sua edição. Lembre-se das famosas tabelas oficiais de preço de mercadorias, que eram modificadas semanalmente através de portarias. Outro exemplo crasso é o artigo 10 da Lei 7.496/86, que prevê pena de

⁵² NILO BATISTA, in *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, Ed. Revan, 4ª ed., RJ, 1999, p. 73

⁵³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, 15ª ed., Ed. Forense, RJ, 1995, p. 76

⁵⁴ NORONHA, E. MAGALHÃES, *Direito Penal*, Vol. 1, Editora Saraiva, 32ª ed., SP, 1997, p. 49

reclusão de 1 a 5 anos para quem “inserir elementos falsos, ou outros elementos exigidos pela legislação, em demonstrativos contábeis de instituição financeira (...)”. Evidente a dificuldade de descoberta da conduta incriminada, pois regulada em normas extrapenais. Outra expressão do exagerado uso das normas penais em branco é o artigo 1º da Lei 8.137/90, a Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária, em que se lê que ... Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

À análise, nota-se que são de outras províncias legislativas os seguintes termos: tributo, contribuição social e acessório, omissão de informação, declaração falsa, autoridade fazendária, fiscalização tributária, operação de qualquer natureza, documento ou livro exigido pela lei fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, operação tributável, documento equivalente à nota fiscal, mercadoria, prestação de serviço, desacordo com a legislação.

Além do uso imoderado da norma penal em branco, há outro dado preocupante, que é o fato de, não sendo, necessariamente, norma penal a complementadora, pode esta vir desprovida das garantias intrínsecas àquela. De fato, considerando que o complemento não é propriamente norma repressiva, não fazendo parte da norma completada, poder-se-ia, por exemplo, propugnar o uso da analogia para incriminar condutas não incriminadas na lei. Conforme exposição anterior, o uso da analogia, em Direito Penal, fica restrito aos casos em que dele decorrem benefícios para o réu. No caso, esta regra estaria afastada. Ora, estes abusos na utilização das normas penais em branco são uma clara ofensa ao princípio da estrita legalidade, notadamente pela possibilidade de, considerando-se o complemento como norma de natureza não penal, viabilizar o uso da analogia incriminadora.

2. A INTERVENÇÃO PENAL MÍNIMA

2.1. GENERALIDADES

Os postulados que serviram de base para a estruturação das sociedades modernas são essencialmente liberais,⁵⁵ e propugnam que os indivíduos têm o direito de atuarem livremente na vida social e autodeterminarem-se, encontrando limites somente naquilo que é proibido, ocorrendo a inserção, nas legislações, da regra segundo a qual é lícito aos cidadãos praticarem tudo e qualquer coisa, exceto aquilo que for proibido pelo Estado, e tal proibição deve ser expressa nesta que é a típica forma de sua manifestação: a lei.⁵⁶ Trata-se de princípio aplicável ao Direito como um todo, mas de modo especial ao Direito Penal, cuja função é elencar as condutas em mais alto grau nocivas e perniciosas à convivência social, razão pela qual acopla-se-lhes penalidades mais graves. De fato, o ordenamento jurídico de qualquer Estado prevê um sem número de condutas ilícitas, que assim são pela previsão de sanções aos seus autores. Os ilícitos penais, contudo, diferenciam-se dos de natureza civil ou administrativa pela gravidade e alcance das suas sanções: atingem bens jurídicos relevantíssimos, como é o caso da liberdade.⁵⁷

Esta noção de gravidade sancionatória que reveste as condutas relevantes para o Direito Penal gerou a idéia de que este ramo do direito somente pode ser utilizado quando todos os outros meios de controle falharam. Denomina-se isso de princípio da intervenção mínima, representando uma obrigação negativa para os Estados que, no exercício da função reguladora da vida social, devem esgotar as tentativas de obtenção dos comportamentos desejados através dos meios não-penais de controle. Somente no caso de falharem todos, é que se legitima o apelo ao Direito Penal.

⁵⁵ Dentre os principais destes postulados podem ser citados a igualdade e a liberdade. Os expoentes da Revolução Francesa de 1789 falavam em liberdade, igualdade e fraternidade.

⁵⁶ No Brasil, a Constituição Federal vigente o prevê no art. 5º, II: "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*".

⁵⁷ As penas privativas de liberdade atingem, segundo a Constituição Federal do Brasil, o bem jurídico mais importante depois da vida. De fato, considerando-se os direitos individuais fundamentais previstos no *caput* do art. 5º numa escala hierárquica, nota-se que a liberdade sucede, imediatamente, a vida: "*...garantindo-se ... a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade,...*".

2.2. CONCEITUAÇÃO

O respeito ao princípio da intervenção mínima exige do Estado que intervenha através do Direito Penal, como mecanismo regulador da vida em sociedade, somente em última instância. Ou seja, trata-se da última e mais enérgica manifestação do poder estatal, aplicável só e exclusivamente ante a ataques de real gravidade ao conglomerado social, em assuntos que vulnerarem princípios básicos do sistema jurídico. Além disso, deve ser usado somente tanto quanto for estritamente necessário, e nos casos em que já não é possível lançar mão a outro meio menos drástico, ou seja, quando não cabe mais nenhum outro provimento de índole civil ou administrativo.⁵⁸ É, portanto, um critério limitador do direito de punir, notando-se que a criminalização se justifica por um critério de necessidade, isto é, sua função é induzir o indivíduo a determinado comportamento, fundamentalmente necessário para a convivência social. Resulta que a missão do Direito Penal diz com a proteção dos valores mais elementares da vida em comunidade, configurando-se o delito numa ação ou omissão que atenta contra a sobrevivência da comunidade política, donde sua reprovabilidade social e ética. Por isso, a sanção típica do Direito Penal – a privação da liberdade – é de extrema gravidade, devendo o Estado utilizá-la somente quando não seja possível lograr o desejado comportamento por outros meios.

A origem do princípio em tela situa-se no final do século XVIII, e está inserida no contexto de afirmação política da classe burguesa. O pensamento liberal, veiculado através do movimento Iluminista, questionou seriamente as instituições vigentes. No campo do Direito Penal, vigorava uma justiça repressiva e vingativa, com penas atrozes e meios violentos de formação da culpa. Na elaboração de novos postulados, destacou-se **MONTESQUIEU**, que propugnava a mínima intervenção do Estado na sociedade, valorizando a educação do povo para torná-lo virtuoso de dispensar o grande número de leis – na sua concepção, um povo virtuoso necessita de poucas leis. Mas a grande contribuição é tributada a **BECCARIA**, cujas formulações destacaram o caráter minuciosamente abrangente das legislações então vigentes,

⁵⁸ "... o Direito Penal só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, e as perturbações mais leves da ordem jurídica são objeto de outros ramos do direito". Muñoz Conde, citado por Nilo Batista, in *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, Editora Revan, 4ª ed., RJ, 1999, p. 85

propugnando que a proibição de enorme quantidade de condutas indiferentes é fator de multiplicação de crimes, e não meio de prevenção destes crimes.⁵⁹

Na esteira desta doutrina, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, prevê, no artigo 8º, que ... *a lei somente deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias*. É a expressão da máxima Iluminista no sentido de reduzir a legislação em geral e, especialmente, a penal, a poucas, claras e simples leis. Nas palavras de **LUIZ LUISI**, esta norma estabeleceu o princípio orientador e limitador na criação de delitos e penas, e nascia o princípio da necessidade ou da intervenção mínima, ... *preconizando que só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima*.⁶⁰ Portanto, a tipificação penal de uma conduta deve constituir-se no meio único, último e necessário para a proteção de um bem jurídico, conceito que exprime a idéia de algo valioso para o indivíduo e a sociedade, cuja tutela deve ser a tarefa do Direito Penal.⁶¹

⁵⁹ Lopes, Maurício Antônio Ribeiro. *Alternativas para o Direito Penal e o Princípio da Intervenção Mínima*, in Revista dos Tribunais, nº 757, 87º ano, novembro de 1998, p. 402

⁶⁰ Luisi, Luiz: *Os Princípios Constitucionais Penais*, p. 25

⁶¹ A conceituação de bem jurídico é variável. De acordo com o levantamento feito por LUIS RÉGIS PRADO (*Bem Jurídico-Penal e Constituição*, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1997, p. 41 e seguintes) e MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES (*Teoria Constitucional do Direito Penal*, SP, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 326/338) podem ser citados, na doutrina estrangeira: WELZEL e VON LISZT vêem no bem jurídico um bem vital da comunidade ou do indivíduo que, por sua importância, é protegido juridicamente. MUÑOZ CONDE conceitua o bem jurídico como os pressupostos de que a pessoa precisa para sua auto-realização na vida social, aderindo à idéia dos interesses vitais, dentre os quais a vida, a liberdade, a saúde, a propriedade, etc. WESSELS também afirma serem os bens jurídicos os bens vitais, os valores sociais e os interesses juridicamente reconhecidos do indivíduo ou da coletividade que, em virtude da especial importância para a comunidade, requerem proteção jurídica. Para POLAINO NAVARRETE, trata-se do bem ou valor merecedor da máxima proteção jurídica, cuja outorga é reservada às prescrições do Direito Penal. São os bens e valores mais sólidos para a convivência humana em condições de dignidade e progresso. JESCHEK ensina que os bens jurídicos são aqueles indispensáveis para a convivência humana na comunidade e que devem ser protegidos pelo poder coativo do Estado através da pena pública, como é o caso da

Efetivamente, o respeito ao princípio da legalidade faz com que a punição de alguém esteja condicionada à existência prévia de lei incriminadora da respectiva conduta. Este princípio, entretanto, é incapaz de evitar que o legislador, observando a legalidade, crie figuras delitivas iníquas ou desnecessárias, bem como penas desproporcionais e que desrespeitem a dignidade humana. Para impedir tais anomalias, imprescindível a afirmação de um critério limitador do poder legiferante e do arbítrio legislativo, fornecido pelo princípio da intervenção mínima. Para que tal princípio se realize, necessário que sejam criminalizadas somente as condutas ofensivas de um bem jurídico, aqueles indispensáveis para a convivência humana e que devem ser protegidos pelo poder coativo do Estado através da pena pública, como é o caso da vida, a integridade corporal, a liberdade, a propriedade, o patrimônio, entre outros.

vida, a integridade corporal, a liberdade, a propriedade, o patrimônio, a integridade moral dos funcionários, a ordem constitucional, a paz pública, entre outros. RANIERI diz ser o bem jurídico o bem ou interesse protegido por uma norma de Direito Penal e que resulta lesionado pelo delito ao ser violada a norma que o protege. CLAUSS ROXIN entende que os bens jurídicos são pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, caracterizadas por situações valiosas, como a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, a propriedade, etc. Mas, além disso, deve o Estado social proteger, através do Direito Penal se necessário, o cumprimento das prestações públicas de que depende o indivíduo no âmbito da assistência social por parte do Estado. BETTIOL afirma que o bem jurídico é a posse ou a vida, isto é, o valor que a norma jurídica tutela, valor que não é material, embora encontre na matéria o seu ponto de referência. Trata-se de posição ético-valorativa, pois, falar de bem jurídico é falar de valores e não de interesses – valor é forma mais apropriada de exprimir a natureza ética das normas penais. JÄGER refere-se ao bem jurídico como situações valiosas que podem ser alteradas pela ação humana e que, por isso, podem ser protegidas através de normas penais. BATTAGLINI separa objeto jurídico forma e substancial; o primeiro, é a norma penal contrariada pelo crime e o segundo é constituído pelo interesse que a norma protege. ZAFFARONI afirma que o bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de uma pessoa com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante normas que proíbem determinadas condutas que as afetam, aquelas que são expressadas com a tipificação dessas condutas. FIGUEIREDO DIAS entende que num Estado de Direito material deve caber ao Direito Penal uma função exclusiva de proteção dos bens fundamentais da comunidade, das condições sociais básicas necessárias à livre realização da personalidade de cada homem e cuja violação constitui o crime. TAIPA DE CARVALHO define como bens, interesses ou valores apreendidos pela consciência ético-social como fundamentais à convivência comunitária, na qual se realiza a pessoa humana.

O princípio da intervenção mínima é, de modo geral, admitido nas legislações modernas, notadamente nas Constituições, que são a sede de princípios pertinentes ao Direito Penal, alguns de forma explícita – legalidade, personalidade da pena, humanidade, etc., e outros estão implícitos, passíveis de serem deduzidos das normas constitucionais.

No Brasil, a Constituição proclama que são invioláveis os direitos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade (artigo 5º, *caput*), e põe como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III). Inegavelmente, da explícita adoção destes princípios se segue que a restrição ou privação destes direitos invioláveis somente se legitima se a sanção penal for estritamente necessária para a tutela de bens fundamentais do homem, assim como a de bens instrumentais indispensáveis para sua realização social. Portanto, embora não esteja expresso no texto constitucional vigente no Brasil, o princípio da intervenção mínima se deduz de normas explícitas da Constituição, sendo, inegavelmente, um postulado nela existente.⁶²

Assim, a importância deste princípio reside no fato de ser um critério limitador do legislador penal na criação de tipos penais. De fato, ainda que o princípio da legalidade imponha limites ao arbítrio judicial, não é capaz de evitar que o Estado, observando a reserva legal, crie tipos penais inócuos. Por isso, tal princípio ... *orienta e limita o*

Na doutrina pátria, refletiram sobre o tema ANÍBAL BRUNO, para quem os bens jurídicos são valores de vida individual ou coletiva, valores da cultura. FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO leciona que bens jurídicos são valores ético-sociais que o Direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas. Afirma que o mesmo teve lenta elaboração teórica, no objetivo de fixar um conteúdo material para o injusto típico, assinalando que, inicialmente, procurou-se esse conteúdo material na lesão ou exposição a perigo de *direitos subjetivos* (Fauerbach); depois, na lesão ou exposição a perigo de *interesses vitais* (final do séc. XIX); por fim, a conclusão de que o conteúdo material do injusto típico reside na lesão ou a exposição a perigo de um *bem jurídico*. CLÁUDIO HELENO FRAGOSO conceitua que o bem jurídico é o bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade dependem do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo direito. Assim bem jurídico é um bem protegido pelo Direito, um valor da vida humana que o Direito reconhece e a cuja preservação é disposta a norma.

⁶² LUISI, LUIZ: *Os Princípios Constitucionais Penais*, p. 26.

*poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável.*⁶³

Por outro lado, o princípio da intervenção mínima também deve orientar o legislador na cominação das penas, tanto a sua tipologia, quanto a sua quantidade. Nestes termos, a pena privativa de liberdade, em vista dos deletérios efeitos que sua execução impõe ao condenado, deve ser a última a ser cominada e reservada para os crimes mais graves e, em vista do princípio constitucional da individualização da pena, somente o limite máximo é que deveria ser previsto pelo legislador, possibilitando-se ao magistrado uma maior flexibilidade quando da fixação da pena.⁶⁴ Além disso, impõe-se a crescente utilização das denominadas penas alternativas que, sem ensejar a nefasta impunidade, impedem o contato do condenado com os estabelecimentos penais, permitindo, também, que este mantenha-se no meio social em que vive, em contato com a família, emprego, etc.⁶⁵

⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto e PRADO, Luiz Régis: *Princípios Fundamentais do Direito Penal*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 15, p. 82

⁶⁴ A questão da possibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal é extremamente conturbada na doutrina e jurisprudência pátrias. Defendem uns que o juiz não é legislador, e que, por isso, fica atrelado aos limites previstos por este. Outros argumentam que, por vezes, ainda que se imponha a condenação, a pena privativa de liberdade, mesmo aplicada no mínimo legal, mostra-se grave em vista das condições pessoais do réu ou circunstâncias que envolveram o fato criminoso.

⁶⁵ Maurício Antônio Ribeiro Lopes, no texto *Alternativas para o Direito Penal e o Princípio da Intervenção Mínima*, in Revista dos Tribunais, nº 757, 87º ano, novembro de 1998, p. 411, referindo a lição beccariana no sentido de a pena, para não ser uma violência, deve ser a menor das possíveis, afirma que ... *o princípio da intervenção mínima, que vem sendo estudado mais recentemente sob a ótica de critérios de não incidência do Direito Penal na modalidade de descriminalização ou não-tipificação de novas condutas tem também um lado ainda inexplorado e cujo conteúdo, nem por isso é menos significativo, qual seja o de que o Direito Penal, por meio de seu instrumento primordial de coerção, a pena, também está sujeito à regra da mínima incidência. A luta a ser travada por um sentido humanizante do Direito Penal não pode se limitar à conquista futura e incerta da despenalização, mas também com a simultânea redução das penas privativas de liberdade, banimento das penas de morte e criação de um sistema alternativo de punição que substitua a pena privativa ou restritiva de liberdade por sanções de outra ordem,(...).*

2.3 – CONSEQUÊNCIAS

2.3.1. O CARÁTER SUBSIDIÁRIO OU ACESSÓRIO DO DIREITO PENAL

Trata-se da premissa segundo a qual o Direito Penal somente deve ser empregado para a proteção de bens jurídicos em forma subsidiária, como *ultima ratio*, reservando-se para aqueles casos em que seja o único meio de evitar um mal ainda maior. As normas penais, portanto, são normas excepcionais, aplicadas onde não há outra possibilidade de conservação da segurança, da paz e da ordem social.

A tarefa imediata do Direito Penal, de fato, é proteger bens jurídicos. Contudo, neste propósito está empenhado todo o ordenamento jurídico. Já se disse que além dos ilícitos penais, há os civis e administrativos, com as respectivas sanções. Mas, caso estas últimas se revelem insuficientes, são utilizadas as sanções penais. É nisso que se revela a subsidiariedade ou acessoriedade do Direito Penal: onde a proteção dos outros ramos do direito esteja ausente, falhar ou for insuficiente e se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico for relevante e grave, pode e deve o legislador lançar o manto do Direito Penal, como *ultima ratio regum*.

Em consequência, uma conduta somente pode ser tipificada e uma pena cominada diante da prova de que não existem modos não penais de intervenção aptos a coibirem as situações ameaçadoras de direitos. Não basta, pois, haver prova da idoneidade da resposta penal; é preciso, também, a demonstração de que esta não é substituível por outros modos de intervenção, de menor custo social. Aliás, o custo social da sanção penal é importante fator que deve ser levado em conta, eis que os efeitos das penas sobre os condenados, no âmbito familiar e social, são de extrema gravidade, notadamente quando se trata de pena privativa de liberdade, pelo caráter desumano que os cárceres apresentam.

Portanto, o Direito Penal tem fisionomia subsidiária, pois sua intervenção só se justifica quando fracassam as demais maneiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito.⁶⁶ Ou seja, o Direito Penal serve subsidiariamente à proteção dos bens jurídicos, e a razão da subsidiariedade reside no rigor da sanção penal.

⁶⁶ Luisi: *Os Princípios Constitucionais Penais*, p. 27

2.3.2. O CARÁTER FRAGMENTÁRIO DO DIREITO PENAL⁶⁷

Como visto, nem todo fato ilícito reúne os elementos necessários para subsumir-se a um fato típico penal. Contudo, o crime deve sempre ser um fato ilícito para todo o direito. Dentre todos os fatos ilícitos possíveis, somente alguns, os mais graves, são alcançados pelo Direito Penal.⁶⁸

Em outros termos, o Direito Penal não encerra um sistema exaustivo de proteção de bens jurídicos, mas um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los, por ser este o meio indispensável de tutela jurídica.⁶⁹ Este ramo do direito só se ocupa de fragmentos das ações proibidas e de alguns bens jurídicos protegidos, que são os mais importantes. O princípio é o de que só se devem castigar, com uma sanção penal, atos extremos, que são visíveis no mundo exterior e que vulneram bens fundamentais para a vida social.⁷⁰ Portanto, a fragmentariedade é um critério para a criminalização de condutas, que é deduzido do princípio da intervenção mínima do Direito Penal: limitando a criminalização somente à proteção de bens relevantíssimos, os ilícitos penais não abrangem a totalidade da área da ilicitude, constituindo apenas fragmentos desta. E sendo a reação penal a *ultima ratio*, ela não pode ultrapassar, na qualidade e na quantidade da sanção, o dano ou o perigo causado pelo crime.⁷¹ A fragmentariedade, por outro lado, não representa deliberada lacunosidade na tutela de certos bens e valores, mas o limite necessário para evitar um totalitarismo pernicioso à liberdade.

⁶⁷ Consoante o liceu de Nilo Batista, in *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, Editora Revan, 4ª ed., RJ, 1999, p. 86, quem registrou pela primeira vez o caráter fragmentário do direito penal foi Binding, que, contudo, se preocupava com a superação do caráter fragmentário deste ramo do direito em função das lacunas decorrentes da fragmentariedade. Modernamente, ao contrário, são reconhecidas as virtudes políticas dessa característica do Direito Penal.

⁶⁸ Toledo, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 14/5.

⁶⁹ Luisi: *Os Princípios Constitucionais Penais*, p. 26

⁷⁰ (...) *Caráter fragmentário do Direito Penal significa que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão-somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes.* (BITENCOURT, Cezar Roberto e PRADO, Luiz Régis: *Princípios Fundamentais do Direito Penal*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 15, p. 83)

⁷¹ Luisi, Luiz. *Bens Constitucionais e Criminalização*. In: Revista do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, Ano II, Abril de 1998, p. 107

Em síntese, propugna o princípio em tela que o Direito Penal deve prevenir os ataques mais graves os bens jurídicos mais importantes para a vida em sociedade. É ilegítima a intervenção penal quando o bem jurídico possa ser protegido por outros ramos do Direito. Aliás, em precioso liceu acerca desta questão, o filósofo e penalista alemão **MAYER** afirma que o bem jurídico, para ensejar a intervenção penal, deve ter tripla qualidade: ser merecedor da tutela penal (quando for considerado importante em certo tempo e lugar – o meio ambiente, a biogenética, entre outros, são valorados atualmente pelas sociedades em geral, ao passo que a proteção penal do casamento é discutível), ser necessária a tutela penal (o que é determinado pelo fracasso ou insuficiência das sanções de outros ramos jurídicos, servindo de exemplo, também aqui, o meio ambiente) e ser capaz de proteção penal (segundo **MAYER**, a moral sexual, por exemplo, não é capaz desta proteção, pois não cabe ao Direito Penal intrometer-se neste campo. Pode-se dizer o mesmo das condutas imorais, a-sociais, bem como as politicamente indesejáveis).⁷²

2.4 – A HIPERTROFIA DO DIREITO PENAL E AS TENTATIVAS MINIMALISTAS

A necessidade de adoção do princípio da intervenção mínima do Direito Penal é unanimidade entre os penalistas. Não obstante, fato é que, a partir da segunda década do século XIX, o número das normas penais incriminadoras cresceu desmedidamente. Conforme informações de **LUIZ LUISI**,⁷³ uma das primeiras constatações de tal fenômeno foi feita por **CARL JOSEPH ANTON MITTERMEIER**, já em 1819, afirmando que um dos erros fundamentais do direito penal era a excessiva extensão da legislação, assim como a convicção dos legisladores de que a coação penal é o único meio de combater qualquer força hostil que se ponha em contradição com o ordenamento jurídico. Além disso, que a criação de um número avultado de crimes era uma das formas de manifestação da decadência do direito penal, assim como de todo o ordenamento jurídico. Seguiram-se inúmeras manifestações no mesmo sentido, ressaltando-se **GIUSEPPE PUCCIONI**, que em

⁷² apud SANTOS, LYCURGO DE CASTRO. *Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal e Crimes de Menor Potencial Ofensivo*, in Revista Justiça e Democracia, São Paulo, 1996, vol. 1, p. 201

⁷³ Luisi: *Os Princípios Constitucionais Penais*, p. 27 e seguintes.

1855, disse que a ampliação da área do direito penal levaria a duas inevitáveis conseqüências: a primeira, o sobrecarregamento dos tribunais, retardando a justiça punitiva; a segunda, vultosos gastos com o sistema prisional. A expressão “hipertrofia do direito penal” foi usada, pela primeira vez, por **REINHART FRANK**, em 1898. Destacava este pensador que o recurso à pena tem sido excessivo, o que fez com que esta perdesse crédito assim como sua força intimidadora, já que, diante dela, o corpo social deixa de reagir, como o organismo humano não reage mais a um remédio ministrado abusivamente.⁷⁴

Esta questão também povoa as preocupações dos penalistas do atual século, sendo inumeráveis as advertências sobre a enervação da força intimidadora da pena, como conseqüência da criação imoderada e pouco criteriosa de delitos. Assim, **FRANCESCO CARNELUTTI** fala em inflação legislativa: o exagerado aumento do número de leis penais rebaixa sua eficácia na prevenção geral; **CARLO ENRICO PALIERO** refere-se a um crescimento patológico da legislação penal. O crescimento desmedido do direito penal também se verifica no mundo anglo-saxão. **HERBERT PACKER** registra que, a partir do século passado, houve um crescimento no número das leis penais, por se ter entendido que criminalização de toda e qualquer conduta representaria a melhor e mais fácil forma de enfrentar os problemas de uma sociedade complexa e interdependente, e em contínua expansão. Nos Estados Unidos, **KADISCH** fala no emprego supérfluo e arbitrário da sanção criminal, e ressalta a existência, em seu país, de uma volumosa legislação extravagante que contém uma massa de crimes. No Canadá, **LECLERCQ** informa que uma comissão identificou a existência de 41.582 tipos penais previstos nas legislações canadenses.⁷⁵

No Brasil, o fenômeno também está presente, e de forma significativa. As Ordenações Filipinas, além de conter um exagerado número de tipos penais, caracterizavam-se pela severidade das penas, tratando-se de uma das legislações mais bárbaras do seu tempo.⁷⁶ O primeiro dos Códigos Penais, de 1830, que teve vigência por quase 60 anos, embora o número de alterações não fosse expressivo, foi

⁷⁴ *ibid.*

⁷⁵ *ibid.*

⁷⁶ Luiz Luisi, *Um Novo Conceito de Legalidade Penal*, in Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, edição especial de julho de 1999, Porto Alegre, p. 113

obrigado a adotar normas claramente em contraste com os princípios liberais que o informaram, e isso por força dos interesses das classes sociais dominantes.

O primeiro código republicano, que foi elaborado com pressa, experimentou, durante sua vigência, um número alarmante de alterações. Tão caótica era a situação da legislação penal brasileira que, em 1932, o Governo editou uma Consolidação de Leis Penais, elaborada pelo Des. Vicente Piragibe, para se ter uma idéia das leis em vigor.

O Código Penal de 1940, cuja parte especial ainda vige, foi incrementado por uma avultada série de leis que prevêem novos tipos penais que, ... *em sua maioria de todo desnecessários e em desacordo com as reais exigências sociais, e outros elaborados de tal forma que, comprometendo a seriedade da legislação penal, chegam a conotações paradoxas e hilariantes.*⁷⁷

Em função desta significativa criminalização, verificada nos mais diversos países, a Associação Internacional de Direito Penal, em 1973, organizou um encontro, na cidade italiana de Bellagio, convocando os mais eminentes penalistas contemporâneos para enfrentar o problema, dando início a um debate mundial sobre a descriminalização. Seguiram-se inúmeros encontros para debater a mesma temática, tendo especial relevo as *Regras de Tóquio*, oficialmente denominadas de *Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não-privativas de Liberdade*, resultado de três Congressos das Nações Unidas - o 6º, o 7º e o 8º - cuja adoção foi recomendada pela ONU em 14.12.90, através da Resolução nº 45/110, da Assembléia Geral. As regras 2.6 e 2.7 são expressas quanto ao uso do princípio da intervenção mínima, através dos processos de despenalização e descriminalização.⁷⁸

De fato, dessa preocupação relativa à hipertrofia penal, nasceu uma terminologia específica, representada, basicamente pelas expressões *descriminalização*, *despenalização* e *diversificação*, modelos para deter a galopante inflação penal, que é a pauta defendida pela tendência do Direito Penal mínimo,⁷⁹ cujos adeptos partem de três constatações: a)

⁷⁷ Luisi, *Os Princípios Constitucionais Penais*, p. 29/30

⁷⁸ GOMES, Luiz Flávio, *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., SP, 2000, p. 23 e 51

⁷⁹ Acerca desta matéria, debatem-se duas linhas de pensamento bem definidas: o *abolucionismo penal*, cujos representantes básicos são HULSMAN e CHRISTIE, e o *Direito Penal Mínimo*, tendência na qual pontificam FERRAJOLI, HASSEMER, ZAFFARONI, CERVINI, entre outros.

a falência das prisões e da ideologia do tratamento ressocializador dentro das prisões; b) o elevado custo da operacionalização do sistema penal; e, c) a falta de legitimidade do sistema penal em face da inerente seletividade (atinge somente determinadas classes sociais).⁸⁰

A *descriminalização* suprime a natureza penal de certos fatos delituosos, o que pode ser feito através de lei, derogando de modo expresso a tipificação de certos comportamentos, ou pela substituição da sanção penal por outras formas de sanção. De fato, o tipo penal pode demonstrar esgotamento da sua utilidade social, por anacronismo, tornando-se ilegítima a interferência punitiva penal. Pode, também, ocorrer uma diluição da utilidade social do tipo penal, impondo-se uma readaptação a norma e a transferência da sanção para outro ramo do Direito.⁸¹ Nesta perspectiva, fala-se em *pautas de descriminalização*, que são critérios a serem adotados neste processo, bem como na criminalização. Assim, por exemplo, devem ser descriminalizadas condutas que apenas procuram garantir o predomínio de um concepção moral, como é o caso do adultério, da sedução, da homossexualidade consentida entre adultos, etc. e, quanto à criminalização, não há porque tipificar comportamentos tolerados pela população, como é o caso de certos jogos.⁸²

Conforme notícia **LUISI**,⁸³ na Itália foram estabelecidos critérios que devem orientar o legislador na elaboração de tipos penais. Trata-se de instrumentos de disciplina e orientação para o legislador penal, tendentes a uma adequada eleição entre delitos e contravenções e para a criação de um tipo penal, sendo os principais: a) a proporção, no sentido de que o fato que se pretende criminalizar atinja a valores fundamentais e básicos do convívio social, e que a ofensa a esses bens jurídicos seja de efetiva e real gravidade; e, b) a necessidade, ou seja, indispensável que não haja outro meio no ordenamento jurídico capaz de prevenir e reprimir tais fatos com a mesma eficácia da sanção penal. Idéia semelhante os alemães extraem do critério “merecimento da pena”, ou seja, para haver a criminalização, necessário que o fato seja

⁸⁰ GOMES, Luiz Flávio, *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, Ed. RT, 2ª ed., SP, 2000, p. 56

⁸¹ Lopes, Maurício Antônio Ribeiro, *Alternativas para o Direito Penal e o Princípio da Intervenção Mínima*, in Revista dos Tribunais, nº 757, 87º ano, novembro de 1998, p. 408

⁸² GOMES, Luiz Flávio, *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, Ed. RT, 2ª ed., SP, 2000, p. 54/56

merecedor de uma pena, o que se mede pela relevância do bem agredido e pela gravidade da ofensa, que legitima o uso da sanção penal por parte do Estado.⁸⁴

A *despenalização* consiste numa atenuação das penas, ou na substituição de penas graves por outras mais benignas, chamadas de alternativas penais. A conduta mantém seu caráter ilícito, ensejando a condenação do agente. Entretanto, a execução da pena será, em regra, fora dos estabelecimentos penais em que são cumpridas as penas privativas de liberdade. A medida se justifica pois o modelo punitivo vigente, especialmente no Brasil, é baseado na pena privativa da liberdade, nas formas de reclusão e detenção, cujo cumprimento ocorre no interior dos estabelecimentos penais. Nesse contexto, despenalizar não significa deixar de penalizar, mas executar a pena de forma alternativa ao encarceramento.

A despenalização é medida comum dos Códigos Penais mais recentes, inclusive o brasileiro, reformado em 1984. De fato, há previsão no sentido de as penas privativas de liberdade (reclusão e detenção) serem substituídas por penas alternativas (penas restritivas de direitos), que evitam o encarceramento quando presentes os requisitos legais.⁸⁵

A *diversificação* é um movimento político-criminal que postula a abdicação das instâncias formais na resolução dos conflitos penais, atribuindo tal resolução às pessoas diretamente envolvidas.⁸⁶ Caracteriza-se pela interrupção ou suspensão de processos criminais, entregando o problema às partes envolvidas, para que estas o resolvam, quase sempre com a ajuda de organizações comunitárias. No Brasil, nestes termos, pode ser citada a Lei nº 9.099/95, que introduziu a possibilidade de conciliação acerca de danos materiais, a transação penal e a suspensão condicional do processo, todas formas de extinção da punibilidade do autor do fato.

⁸⁴ Luisi, *Os Princípios Constitucionais Penais*, p. 31

⁸⁵ Esta tendência foi reforçada recentemente, com a edição da Lei nº 9.714, de 25.11.98, que deu nova redação aos arts. 43 a 47, 55 e 77 do Código Penal, onde, além de aumentar o número de penas alternativas, abrandou significativamente os requisitos necessários para a substituição, ressaltando-se, entre estes, a possibilidade de substituição ao condenado reincidente e para pena privativa de liberdade de até quatro anos, preenchidos as demais condições.

⁸⁶ GOMES, Luiz Flávio, *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, Ed. RT, 2ª ed., SP, 2000, p. 61

No contexto da minimalização do Direito Penal ainda é de se citar a *descarceirização*, tendência direcionada para a adoção de processos que visam evitar a decretação da prisão provisória.⁸⁷

Demonstra-se, portanto, que o princípio da intervenção mínima, desde o seu surgimento, busca reduzir a incidência do âmbito da legislação penal, havendo significativa tendência doutrinária a subscrever a necessidade de sua realização, a ponto de elaborar a conceituação acima sintetizada.

Entretanto, penoso é reconhecer a aparição constante de novos delitos, a acusar um inquietante processo de criminalização.⁸⁸ É verdade que alguns destes novos tipos se justificam como necessários, em virtude das constantes e significativas transformações sociais, econômicas e tecnológicas, ensejando o surgimento de novos bens jurídicos que demandam a proteção penal, como é o caso dos atentados contra o meio ambiente, o uso de tecnologias para atentar contra a privacidade, o abuso de poder econômico, etc. Mas, ao mesmo tempo, o legislador continua criminalizando condutas que carecem de relevância e que o ordenamento jurídico poderia enfrentar com outras sanções, caracterizando, claramente, uma crise do princípio da intervenção mínima.⁸⁹

De fato, ao lado do movimento político-criminal acima referido, e que postula a necessidade de minimizar ou mesmo abolir o sistema penal, há outro modelo, dito intervencionista, e que propugna uma filosofia legiferante, buscando a ampliação do controle social através do Direito Penal. É conhecido o *Movimento da Lei e da Ordem*, que defende um Direito Penal máximo, em que haja um sempre crescente número de condutas apenadas com penas severas e duradouras, a

⁸⁷ No Brasil, a prisão provisória pode ser derivada da prisão em flagrante delito, da prisão preventiva, da prisão temporária, da prisão decorrente de pronúncia de da prisão decorrente de sentença condenatória ou acórdão recorríveis.

⁸⁸ De acordo com levantamento feito pelo Ministro Fontes de Alencar, em 1997, tramitavam no Congresso Nacional 62 projetos de lei criminalizadores de condutas (Luiz Luisi, *Um Novo Conceito de Legalidade Penal*, in Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, edição especial de julho de 1999, Porto Alegre, p. 111).

⁸⁹ (...) *Os legisladores contemporâneos – tanto do Primeiro como do Terceiro Mundo – têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas do Direito Penal, mas a sanção criminal, que acaba perdendo sua força intimidativa diante da “inflação legislativa” reinante nos ordenamentos positivos* (Maurício Antônio Ribeiro Lopes, *Princípios Políticos do Direito Penal*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, SP, 1999, p. 93).

serem cumpridas em estabelecimentos penais de segurança máxima. Também propugna o aumento das hipóteses permissivas da prisão provisória, para evidenciar uma resposta imediata para o crime. Enfim, um incremento da privação de liberdade, em que a pena é vista somente no seu aspecto retributivo, sem qualquer preocupação com a recuperação do condenado.

Importa consignar que esta tendência tem significativa aceitação no âmbito da opinião pública, o que faz com que o legislador, tendencialmente, utilize a criminalização como resposta pronta para os conflitos sociais, gerando a ilusão de que os solucionou. Por outro lado, inegável é que a população, que legitima este procedimento, é constantemente manipulada pelos meios de comunicação de massa. As “ondas de criminalidade” representam a programação preferida de muitos destes veículos, especialmente os televisivos, que dramatizam a violência com o único objetivo de alcançar maiores índices de audiência, gerando sensações de insegurança extrema, ensejando os clamores por criminalização, por penas mais graves, pelo aumento do aparato policial, por mais celeridade nas punições, pelo encarceramento imediato de suspeitos, pela relativização de garantias processuais, enfim, por um sistema punitivo mais rigoroso, e o Direito Penal é visto como a panacéia para os conflitos sociais.

Esta tendência procura revestir o Direito Penal de uma função simbólica⁹⁰ ou promocional, um poderoso instrumento de mudança social e de transformação da sociedade.⁹¹ Procura produzir na opinião pública uma impressão tranqüilizante, no sentido de o legislador estar atento aos problemas existentes e decidido a enfrentá-los. Não é a proteção de bens jurídicos fundamentais à convivência que se busca. É o recurso preferido dos legisladores como resposta às crises

⁹⁰ Segundo Winfred Hassemer, Direito Penal simbólico significa um Direito Penal no qual as funções latentes predominam sobre as manifestas. É um modo de realização de objetivos outros que os declarados na norma penal. (Apud FRANCO, Alberto Silva. *Do Princípio da Intervenção Mínima ao princípio da Máxima Intervenção*. In: Revista Justiça e Democracia, São Paulo, 1996, Vol. 1, p. 172).

⁹¹ MÁRCIA DOMETILA LIMA DE CARVALHO, in *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*, Editora Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, p. 162, redige sua conclusão de nº III, assim: *A utilização do Direito Penal para as mudanças qualitativas da sociedade, desde que respeitados os seus princípios mais fundamentais, mostra-se mais adequada ao Estado Democrático de Direito do que as modernas sanções premiais.*

econômicas, sociais e políticas e que causam medo e insegurança na população. O objetivo único é aquietar a sociedade.⁹²

Trata-se, sem dúvida, de um modelo enganador, pois o Direito Penal não se presta para, sozinho, resolver o problema da criminalidade. Um Direito Penal simbólico carece de legitimidade, pois manipula o medo e a insegurança da população e reage com rigor desnecessário e desproporcional. Além disso, desacredita o próprio ordenamento jurídico, minando o poder intimidatório das penas.⁹³ **FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO**, com sua reconhecida autoridade, afirma que *... o crime é um fenômeno social complexo que não se deixa vencer com armas exclusivamente jurídico-penais. Em grande equívoco incorrem, freqüentemente, a opinião pública, os responsáveis pela Administração e o próprio legislador; quando supõem que, com a edição de novas leis penais, mais abrangentes ou mais severas, será possível resolver-se o problema da criminalidade crescente. Essa concepção do direito penal é falsa porque o toma como uma espécie de panacéia que logo se revela inútil diante do incremento desconcertante das cifras da estatística criminal, apesar do delírio legislante de nossos dias.*⁹⁴

É de **LYCURGO DE CASTRO SANTOS** uma judiciosa observação: *... estamos longe de encontrar uma justificativa coerente, objetiva e universal para o Direito Penal. Talvez fosse de bom alvitre que a encontrássemos para então passarmos, fosse o caso, a utilizá-lo sem a celeuma que hoje nos acompanha (fala-se, pela ausência de evolução, quicá com propriedade, em ponto zero das ciências penais). Pois bem, se enquanto isso teremos que tolerá-lo, seja pelo motivo pouco plausível que for, estamos obrigados, pelo fato de que podemos estar completamente enganados sobre a sua justificativa e necessidade, a limitá-lo o máximo possível.*⁹⁵

⁹² FRANCO, Alberto Silva. *Do Princípio da Intervenção Mínima ao princípio da Máxima Intervenção*. In: Revista Justiça e Democracia, São Paulo, 1996, Vol. 1, p. 172

⁹³ FRANCO, Alberto Silva. *Do Princípio da Intervenção Mínima ao princípio da Máxima Intervenção*. In: Revista Justiça e Democracia, São Paulo, 1996, Vol. 1, p. 173

⁹⁴ *Princípios Básicos de Direito Penal*, Ed. Saraiva, 5ª Edição, SP, 1994, p. 5

⁹⁵ SANTOS, LYCURGO DE CASTRO. *Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal e Crimes de Menor Potencial Ofensivo*, in Revista Justiça e Democracia, São Paulo, 1996, vol. 1, p. 200

CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, nota-se uma considerável preocupação dos doutrinadores penalistas quanto ao alcance da projeção do Direito Penal, sendo preponderante a conclusão de que deve restringir-se à estrita legalidade e, ademais, ser mínima.

O fundamento maior para esta perspectiva se assenta, sem dúvida, no fato de ser este ramo do direito o meio mais contundente e incisivo de controle social, assim sendo porque a sanção penal atinge um dos valores fundamentais dos indivíduos, que é a liberdade. É que a vida sem liberdade pouco vale. E a principal característica com a qual se identifica um Estado totalitário é a abusiva restrição das liberdades individuais, tidas como parte essencial da condição humana.

Quanto à legalidade da intervenção, é de se notar que, progressivamente, tem a mesma ocorrido, e isso por força de consideráveis movimentos, inclusive de âmbito internacional, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos, firmada em 1948. O princípio da legalidade, com seus vários consectários, tem adentrado nas legislações, notadamente as constitucionais, da grande maioria dos países, e o Poder Judiciário tem se mostrado eficiente na sua observância. É que, no âmbito da almejada segurança jurídica, esta somente é possível quando os indivíduos conseguem prever a reação estatal para as suas condutas: ao indivíduo deve ser ofertada a possibilidade de fazer um plano antecipado da sua ação. Para existir verdadeira liberdade, além de uma consciência interna, é necessário o conhecimento da lei ou do princípio que há de reger a vontade. Aquele que ignora como se haverá de conduzir e comportar não pode conduzir-se livremente; não há liberdade sem ciência atual da ilicitude.

Quanto à intervenção mínima, o assombroso é que, embora haja uma plena concordância entre os especialistas do Direito Penal quanto à sua conveniência para que o Estado seja efetivamente liberal e democrático, privilegiando as iniciativas individuais e tomando por pressuposto a vontade geral dos cidadãos, o que se nota na prática é um movimento inverso, numa clara perspectiva dos Estados no sentido de preferirem, por econômico e facilitado, o recurso à criminalização. De fato, mais difícil é educar para determinadas condutas e incentivar sua prática, através de meios promocionais. Portanto e infelizmente, a intervenção mínima ainda é um ideal, cuja realização plena parece distante.

Portanto, a intervenção legalizada e mínima insere-se num contexto libertário das peias estatais totais e repressoras. E é nesta perspectiva que se pode falar de Direito Penal Democrático: aos cidadãos deve ser dado conduzir-se livremente e as restrições devem atender a um critério de estrita necessidade, além de ser seu conteúdo amplamente difundido, com vistas ao conhecimento, pelos cidadãos, das conseqüências de suas condutas. É assim e neste ponto que se encontram os dois princípios analisados, ensejando um Direito Penal ditado pelo critério da necessidade, único aceitável no âmbito de um Estado Democrático de Direito laico, pluralista e que tenha o ser humano com sua inerente dignidade como ponto central da organização social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOSA, Marcelo Fortes. *Garantias Constitucionais de Direito Penal e de Processo Penal na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1993.
- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, Editora Revan, 4ª ed., RJ, 1999.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Editora Edipro, SP, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto e PRADO, Luiz Régis. *Princípios Fundamentais do Direito Penal*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 15, São Paulo, p. 82
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora UnB, 3ª ed., 1991.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, Parte Geral* – Tomo 1, Forense RJ, 3ª ed., 1967.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1992.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente, COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Direito Penal na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- CERVINI, Raúl. *Os Processos de Descriminalização*. Editora Revista dos Tribunais, SP, 1995, Tradução da 2ª edição espanhola por Eliana Granja, Jeni Vaitzman, José Henrique Pierângelli e Maria Alice Andrade Leonardi.
- COSTA JR. Paulo José, CERNICCHIARO, Luiz Vicente e. *Direito Penal na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- COSTA JR. Paulo José. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal, Parte Geral*. Editora Forense, RJ, 15ª ed., 1995.
- _____ e HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal, Volume I, Tomo I*, 5ª edição, editora Forense, RJ, 1977.
- FRANCO, Alberto Silva. *Do Princípio da Intervenção Mínima ao princípio da Máxima Intervenção*. In: Revista Justiça e Democracia, São Paulo, 1996, Vol. 1, p. 167/176.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal. Vol. I, Tomo I*. Max Limonad Editora, SP, 4ª edição, 1954.
- GIACOMUZZI, Vladimir. *Norma Penal em Branco*. In: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, edição especial, julho de 1999, p. 105
- GOMES, Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*. Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., SP, 2000.

HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal, Volume I, Tomo I*, 5ª edição, editora Forense, RJ, 1977.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Teoria Constitucional do Direito Penal*. SP, Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Alternativas Para o Direito Penal e o Princípio da Intervenção Mínima*. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, nº 757, 87º ano, novembro de 1998, p. 402/411

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1991.

_____. *Bens Constitucionais e Criminalização*. In: Revista do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, Ano II, Abr., 1998, p. 107

_____. *A Crise Contemporânea da Legalidade Penal*. In: Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal, ed. Revista dos Tribunais, Coord. de Luiz Flávio Gomes, SP, 1999, p. 253.

_____. *Um Novo Conceito de Legalidade Penal*, in Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, edição especial de julho de 1999, Porto Alegre, p. 113

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. Parte Generale. Padova: CEDAM, 1979.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Editora Bookseller, Campinas, SP, 1997.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Ariel, 1962.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais do Direito Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1989.

PIERÂNGELI, JOSÉ HENRIQUE. *Escritos Jurídico-penais*, Editora Revista dos Tribunais, SP, 2ª edição, 1999.

PRADO, Luis Régis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. Editora Revista dos Tribunais, SP, 1997.

_____. e BITENCOURT, Cezar Roberto. *Princípios Fundamentais do Direito Penal*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 15, p. 82

SANTOS, Lycurgo de Castro. *O Princípio da Legalidade no Moderno Direito Penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 15, Ed. RT, São Paulo, p. 187 e ss.

_____. *Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal e Crimes de Menor Potencial Ofensivo*. In: Revista Justiça e Democracia, São Paulo, 1996, vol. 1, p. 198/206

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas*. Editora Revan, RJ, 1991. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição.