THIAGO PEDRO PAGLIUCA DOS SANTOS

**O princípio da ofensividade como complemento necessário à regra da
legalidade penal no Estado Democrático de Direito**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Doutor Alamiro Velludo Salvador Netto

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2014

THIAGO PEDRO PAGLIUCA DOS SANTOS

**O princípio da ofensividade como complemento necessário à regra da
legalidade penal no Estado Democrático de Direito**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense, sob a orientação do Professor Associado Doutor Alamiro Velludo Salvador Netto.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2014

Nome: PAGLIUCA DOS SANTOS, Thiago Pedro

Título: O princípio da ofensividade como complemento necessário à regra da legalidade penal no Estado Democrático de Direito

Dissertação apresentada à Faculdade
de Direito da Universidade de São
Paulo para obtenção do título de
Mestre em Direito

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.(a)Dr.(a)_____ Instituição:_____

Julgamento:_____ Assinatura:_____

Prof.(a)Dr.(a)_____ Instituição:_____

Julgamento:_____ Assinatura:_____

Prof.(a)Dr.(a)_____ Instituição:_____

Julgamento:_____ Assinatura:_____

RESUMO

PAGLIUCA DOS SANTOS, Thiago Pedro. **O princípio da ofensividade como complemento necessário à regra da legalidade penal no Estado Democrático de Direito.** 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

As ideias políticas e filosóficas que influenciaram a criação da regra da legalidade penal e do princípio da ofensividade têm origem no Iluminismo. Principalmente durante a Idade Média e o Antigo Regime, confundia-se crime com pecado e as pessoas podiam ser punidas por mero capricho do soberano, sem que existisse lei. As arbitrariedades eram gritantes. A finalidade de ambas as teorias surgidas no período da Ilustração, portanto – ao pregarem que era necessária a existência de lei prévia para que alguém fosse punido (regra da legalidade) e que o crime pressupunha uma lesão a direito ou bem jurídico de terceiro (princípio da ofensividade) –, era a mesma: limitar o poder punitivo. No entanto, a regra da legalidade penal foi muito mais absorvida pelo discurso dogmático-jurídico do que o princípio da ofensividade, sendo oportuno, pois, analisar as razões pelas quais isso ocorreu. Algumas delas serão analisadas neste estudo como, por exemplo, a ausência de previsão explícita desse princípio nas Constituições, a suposta incompatibilidade desse princípio com a separação de poderes e com a própria regra da legalidade penal e a insegurança jurídica que a aplicação de princípios poderia gerar. Além disso, há um fator político de destaque: a consolidação da burguesia exigia a imposição de limites formais ao poder estatal, mas não limites materiais. Outro fator importante foi o advento do positivismo criminológico, no final do século XIX, que, ao confundir crime com doença, retornou ao paradigma do direito penal do autor que havia vigorado na Idade Média. Finalmente, para demonstrar o que impediu a consolidação do princípio da ofensividade especificamente no Brasil, será analisada a influência da doutrina europeia na dogmática nacional.

Palavras-chave: Ofensividade, lesividade, bem-jurídico, legalidade, princípio.

ABSTRACT

PAGLIUCA DOS SANTOS, Thiago Pedro. **O princípio da ofensividade como complemento necessário à regra da legalidade penal no Estado Democrático de Direito.** 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

The political and philosophical ideas that influenced the creation of the principle of legality and the harm principle came from the Age of Enlightenment. Mainly during the Middle Age and the Old Regime, there was a confusion between crime and sin and people could be punished simply because of the whim of the sovereign, with no law. The arbitrariness were enormous. The reason for both theories that were born at the Age of Reason – which required that the legal rules would have to be declared beforehand (principle of legality) and that the crime presupposed a harm or injury to other individuals (harm principle) – were the same: to limit the power of punishment. However, it can be seen that the rule of the legality has been taken by the dogmatic and legal speech much more deeper than the harm principle, being opportune then, to analyze the reasons it happened. Some of them will be analyzed in this research, for instance, the absence of this explicit principle in the Constitutions, the alleged incompatibility of this principle with the separation of powers and the legality rule itself and the legal uncertainty that the application of principles could trigger. Furthermore, there is a major political factor: the consolidation of the bourgeoisie demanded the imposition of formal limits to the power of the state, but not material limits. Another important factor was the advent of positivist criminology, in the late nineteenth century, which, by confusing crime with illness, brought the paradigm of criminal law of the author, which was applied in the Middle Ages, back. At last, to show what stopped the consolidation of the harm principle specifically in Brazil, there will be an analysis of the influence of European doctrine in the Brazilian dogmatic.

Keywords: offense, harm, juridical asset, legality, principle.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	-	-	-	-	-	-	-	8
1. BREVES NOTAS SOBRE A NOMENCLATURA E O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE	-	-	-	-	-	-	-	10
2. O PODER PUNITIVO TEM A MISSÃO DE PROTEGER BENS JURÍDICOS? -	-	-	-	-	-	-	-	15
2.1. A quem pertencem os bens jurídico-penais?	-	-	-	-	-	-	-	18
2.2. O poder punitivo é apto para proteger bens jurídicos?	-	-	-	-	-	-	-	23
2.3. Do bem jurídico como objeto de proteção ao bem jurídico como critério de criminalização (breve análise do pensamento de Eugênio Raúl Zaffaroni) -	-	-	-	-	-	-	-	25
3. SECULARIZAÇÃO DO DIREITO: DO DIREITO PENAL CANÔNICO AO MOVIMENTO ILUMINISTA	-	-	-	-	-	-	-	32
3.1. Direito penal canônico	-	-	-	-	-	-	-	32
3.2. Do renascimento ao Iluminismo	-	-	-	-	-	-	-	39
3.3. Constitucionalismo	-	-	-	-	-	-	-	46
3.4. A secularização e o Constitucionalismo no direito brasileiro	-	-	-	-	-	-	-	49
4. INFLUÊNCIA DO ILUMINISMO E DO CONSTITUCIONALISMO NA CONSOLIDAÇÃO DA DOGMÁTICA: O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL	-	-	-	-	-	-	-	54
4.1. A construção da regra da legalidade penal	-	-	-	-	-	-	-	55
4.2. A legalidade penal é regra ou princípio?	-	-	-	-	-	-	-	62
4.3. Legalidade como garantia imprescindível ao Estado de Direito	-	-	-	-	-	-	-	64
4.4. Do caráter retórico do princípio da legalidade	-	-	-	-	-	-	-	69

4.5. Síntese conclusiva	-	-	-	-	-	-	75
-------------------------	---	---	---	---	---	---	----

5. O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE E SUA DIFÍCIL INCORPORAÇÃO ÀS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS

5.1. Eficácia dos princípios limitadores do poder público	-	-					77
5.2. Do surgimento da ideia do princípio da ofensividade: excursão sobre a teoria do bem jurídico	-	-	-	-	-	-	82
5.3. Da difícil incorporação do princípio da ofensividade à dogmática jurídico-penal	-	-	-	-	-	-	89
5.3.1. Da ausência de previsão explícita do princípio da ofensividade na Constituição	-	-	-	-	-	-	94
5.3.2. Princípio da ofensividade e a ‘regra da maioria’	-	-					101
5.3.2.1. Princípio da ofensividade direcionado ao Judiciário: o caso emblemático do princípio da insignificância	-	-					106
5.3.3. Princípio da ofensividade, Estado legal e Estado Constitucional de Direito	-	-	-	-	-	-	109
5.3.4. Princípio da ofensividade e segurança jurídica	-	-					117
5.3.5. Princípio da legalidade e consolidação da burguesia	-						121
5.3.6. A teoria positivista criminológica e seus reflexos nos princípios da legalidade e da ofensividade	-	-	-	-	-	-	123

CONCLUSÕES	-	-	-	-	-	-	128
------------	---	---	---	---	---	---	-----

REFERÊNCIAS	-	-	-	-	-	-	131
-------------	---	---	---	---	---	---	-----

INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende abordar a regra da legalidade penal e o princípio da ofensividade principalmente sob a perspectiva histórica. Percebeu-se que ambas as normas – as quais possuem inegável conteúdo limitador contra os excessos naturais do poder punitivo – foram cunhadas, ao menos como ideias políticas e filosóficas, no mesmo período, que coincidiu com o surgimento do Iluminismo. No entanto, por variadas razões, enquanto a primeira foi logo incorporada ao discurso propriamente jurídico e à dogmática penal, a outra foi deixada de lado até o final do século XX.

Pareceu oportuna, assim, a análise das razões jurídicas e políticas que obstaram o reconhecimento do princípio da ofensividade como verdadeira norma jurídica constitucional – direcionada ao Legislativo e ao Judiciário –, cujo conteúdo proíbe a criminalização primária e a criminalização secundária de condutas que, a despeito de sua imoralidade, não ofendam bens jurídicos.

Essa análise seria desnecessária se o princípio referido fosse pacificamente aceito na doutrina e tivesse, na jurisprudência, aplicabilidade prática, servindo de verdadeiro limite contra o poder punitivo. Isso, porém, não é o que ocorre. São ainda comuns manifestações doutrinárias e jurisprudenciais que, por variadas razões, recusam àquele princípio a natureza de norma jurídico-constitucional.

Feitas essas observações, deve-se anotar que a análise das funções desse princípio na dogmática penal – no que diz respeito aos institutos da tentativa, do crime impossível e na própria interpretação dos tipos penais – será procedida apenas de forma genérica no decorrer do texto. O objeto deste trabalho é a análise do desenvolvimento histórico da regra da legalidade penal e do princípio da ofensividade e não propriamente o estudo dos desdobramentos dogmáticos que essas normas jurídicas provocam nos âmbitos da teoria do crime e da teoria da pena. Por essa razão, aliás, é que a análise da legitimidade ou não dos crimes de perigo abstrato não será feita nessa oportunidade.

Deve-se destacar, ainda, que na construção dos argumentos que serão desenvolvidos no decorrer do trabalho utilizar-se-ão elementos colhidos da criminologia, notadamente a criminologia crítica. Entende-se que o sistema penal não pode ser analisado sem um referencial empírico, que pode ser fornecido por essa disciplina.

O texto percorrerá o seguinte curso. No primeiro capítulo, tratar-se-á brevemente do conteúdo do princípio da ofensividade, fazendo-se especial referência à problemática de sua nomenclatura: as expressões princípio da ofensividade, princípio da lesividade e princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos possuem um mesmo significado?

No capítulo seguinte, será analisada a finalidade do direito penal em um Estado Democrático de Direito. Este trabalho tem seu alicerce teórico na doutrina delineada por ZAFFARONI, que, no plano criminológico, deslegitima o sistema penal e, no plano dogmático, constrói um sistema que tem como função a limitação do poder punitivo. Essa doutrina, que será analisada no capítulo 2, reflete na concepção adotada em relação aos princípios limitadores do poder punitivo e à teoria do bem jurídico.

No capítulo 3, será analisado o processo de secularização do direito, desde a Idade Medieval até o Iluminismo, passando-se pelo Renascimento e pelo Absolutismo. Ver-se-á que as concepções adotadas pelo direito medieval, por exemplo, favorecem um sistema processual inquisitorial e uma construção penal que, não distinguindo crime do pecado, contrapõe-se ao princípio da ofensividade. Serão analisadas as permanências daquele discurso religioso no pensamento jurídico-penal pós-Ilustração – principalmente no positivismo criminológico – e o reflexo disso na incorporação do princípio da ofensividade na dogmática.

No capítulo 4, será analisado o desenvolvimento histórico da regra da legalidade penal, salientando seu caráter historicamente garantista – como limite ao poder soberano – e sua importância na construção da racionalidade penal moderna. Por outro lado, serão abordadas criticamente algumas construções doutrinárias e jurisprudenciais que retiram daquela norma jurídica parte importante de sua função limitadora.

O capítulo 5, por fim, abordará o nascimento, o desenvolvimento e os percalços que o princípio da ofensividade vem sofrendo desde o Iluminismo até os dias atuais. Na análise desse princípio, não haveria como deixar de lado o estudo, ainda que breve, da teoria do bem jurídico.

1. BREVES NOTAS SOBRE A NOMENCLATURA E O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

MANES (2003, p. 99, tradução livre) explica que o princípio da ofensividade é inspirado pela ideia “(utilitarista) de um direito penal concebido como instrumento de proteção de bens jurídicos, ao que corresponde um conceito substancial de delito entendido como ofensa a um bem jurídico”.

Parte da doutrina diferencia os princípios da lesividade, ofensividade e exclusiva proteção de bens jurídicos. Alguns autores preferem a utilização da expressão *ofensividade*, pois o termo *lesividade* não expressaria o real sentido do princípio: este último indicaria que só condutas que causam efetiva *lesão* a bens jurídicos podem ser criminalizadas, o que deixaria de lado as condutas que causam mero *perigo*. Já a expressão *ofensividade* seria mais precisa, pois abrangeria os crimes de dano (*lesão*) e de perigo.

Este trabalho, porém, não parte da premissa inafastável de que os crimes de perigo (abstrato ou concreto) possuem uma legitimação *a priori*¹, razão pela qual tal distinção – entre lesividade e ofensividade – não é, para os fins aqui propostos, apropriada. As expressões *princípio da lesividade* e *princípio da ofensividade* possuem o mesmo conteúdo normativo, podendo ser utilizadas indistintamente².

Na doutrina brasileira, BITENCOURT utiliza como sinônimas as expressões ofensividade e lesividade, referindo-se a ambas para designar um mesmo princípio. No entanto, diferencia-o do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos. De acordo com este último, “não compete ao Direito Penal tutelar valores puramente morais, éticos ou

¹ O poder punitivo, em qualquer de suas manifestações – formais ou informais, legais (aplicação da pena após o devido processo legal) ou ilegais (torturas perpetradas por agentes do Estado contra pessoas condenadas por crimes) –, não possui uma legitimidade *a priori*. A legitimidade da criminalização de determinadas condutas, pela violência com que se manifesta o poder punitivo, deve sempre ser colocada em debate.

² No mesmo sentido, na doutrina brasileira: COSTA (2013, p. 13); GRECO (2010, p. 357). GOMES (2003, p. 88); SEMER (2014, p. 44); NUCCI (2012, p. 193). CIRINO DOS SANTOS (2012, p. 26) também parece não adotar nenhuma distinção, utilizando apenas a expressão princípio da lesividade. Em sua clássica obra *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, BATISTA (2011, p. 89) igualmente utiliza a expressão princípio da lesividade. Na doutrina italiana, utilizando as expressões lesividade e ofensividade como sinônimas, cf. PALAZZO (1989, p. 79) e MANES (2003, p. 99-112).

religiosos”. O princípio da ofensividade, por sua vez, pressupõe, para a punição, que o “*interesse* já selecionado (reserva legal) sofr[a] um ataque (ofensa) efetivo, representado por um perigo concreto ou dano” (BITENCOURT, 2007, p. 22-23)³.

Em outras palavras: para BITENCOURT, o legislador, em respeito ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, estaria proibido de criminalizar determinadas condutas que, em tese, atingiriam apenas valores morais, éticos ou religiosos, ou seja, não ofenderiam quaisquer bens jurídicos penalmente relevantes. De outro lado, o juiz, em decorrência do princípio da ofensividade, só poderia considerar criminosa uma conduta quando ela, no caso concreto, além de se submeter formalmente ao tipo penal, ofender efetivamente o bem jurídico selecionado pelo legislador como digno de tutela. O primeiro princípio estaria direcionado ao legislador; o segundo, ao juiz. No decorrer da dissertação serão analisados esses dois aspectos do princípio da ofensividade. Por ora, no entanto, é desnecessário designá-los por nomes distintos: trata-se de dois direcionamentos, duas facetas de um mesmo princípio⁴.

Desde já é conveniente registrar as funções que, para BATISTA (2011, p. 89-92), o princípio da ofensividade deve realizar num Estado Democrático de Direito. Em primeiro lugar, mencionado princípio proíbe a incriminação de uma atitude meramente interna, um pensamento. Depois, veda a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito interno do autor. Por essa razão não se devem punir os atos preparatórios, os denominados “crimes impossíveis” (artigo 17 do Código Penal) e as autolesões. A terceira função é proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais, afastando-se, portanto, a concepção de um direito penal do autor. Finalmente, o princípio da ofensividade proíbe a incriminação de condutas que não afetem qualquer bem jurídico.

A despeito dessas quatro funções que o princípio da ofensividade deveria exercer, a análise da legislação penal e da jurisprudência brasileira demonstra que ele é

³ BECHARA (2014, p. 83) igualmente distingue o princípio da ofensividade do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos: “Dessa forma, o princípio da ofensividade não há de ser confundido ou equiparado ao princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos, relacionado à função do Direito Penal, já que entre ambos há uma relação de complementariedade, traduzida na necessidade de verificação da existência de um determinado bem jurídico tutelado pela norma incriminadora e, além disso, de que o comportamento tipificado como delito seja apto a efetivamente ofender tal bem, a fim de que se possa concluir pela legitimidade da intervenção penal”. No mesmo sentido está o posicionamento de GOMES (2002, p. 43).

⁴ MANES (2003, p. 101, tradução livre) alerta que o princípio da ofensividade é o corolário direto da teoria dos bens jurídicos. Para o autor italiano, o primeiro “se revela como a outra face da moeda, isto é, como o primeiro corolário da teoria dos bens jurídicos com relevância constitucional, a mais importante consequência daquela teoria no plano das técnicas de tutela”.

costumeiramente desrespeitado em todos os aspectos. O artigo 28 da lei 11.343/06, que pune a posse de droga destinada ao próprio autor, é nítido e atual exemplo disso.

Assim, não há como se pensar que a punição de simples estados ou condições existenciais seja fruto de um direito penal medieval já superado. CARVALHO explica a rígida vinculação entre as construções inquisitoriais, a confusão entre crime e pecado e os modelos penais de autor. Quando se confunde delito com pecado, a pena converte-se em instrumento de redenção ao herege, pecador e inimigo da fé. O bem jurídico e a lesividade social da conduta passam a não ter importância. Essa mesma lógica se aplicou, quase integralmente, aos sistemas penais das ordens políticas totalitárias do século passado: “Substitui-se a moral eclesiástica pela autoridade imposta pela ideologia política dominante e o herege se converte no subversivo, no inimigo interno” (CARVALHO, 2013, p. 221).

Considerando, pois, que o princípio da ofensividade não é *levado a sério*⁵, torna-se relevante resgatar as suas raízes históricas e buscar as razões deste fenômeno: por que este princípio não se solidificou na dogmática penal⁶ e na jurisprudência? Com um diagnóstico, desmistificando-se determinadas compreensões equivocadas, talvez seja possível superar os óbices que se impõem à sua eficácia.

Uma das compreensões equivocadas que vigem no pensamento jurídico-penal é a que invoca o princípio da legalidade e o princípio da separação de poderes para legitimar a atuação do poder punitivo ao invés de restringi-lo. É dizer: utilizam-se normas que – em tese – devem garantir direitos individuais contra um abusivo poder estatal com uma finalidade completamente distorcida.

Como se verá adiante, os dogmas da legalidade penal e da separação de poderes têm um conteúdo normativo de limitação ao poder do Estado, e não de ampliação. A rigor, sequer há conflito entre aquelas normas e os princípios limitadores materiais do poder punitivo (como, por exemplo, o da ofensividade), justamente porque eles caminham num mesmo sentido.

⁵ Cf. DWORKIN (2011, passim).

⁶ MANES (2003, p. 102, tradução livre) afirma que, mesmo na Itália, “aquele princípio que poderia ser e, antes, que nascia como um princípio demonstrativo – isto é, capaz de oferecer um forte controle sobre as decisões de criminalização (um controle de legitimidade substancial, ou seja, sobre o conteúdo da política criminal do Parlamento) – tem sido reduzido, por outro lado, na doutrina, a um princípio de caráter mais argumentativo, senão de mera opção política – um critério tendencial, senão um simples predicado do ilícito penal, ao modo da subsidiariedade, fragmentariedade, laicidade, efetividade, materialidade”.

O problema é que parcela da doutrina e da jurisprudência brasileira encara a questão de outro modo. Uma decisão que não reconhece o princípio da insignificância sob o argumento de que isso feriria a separação de poderes⁷, por exemplo, é evidentemente equivocada e é função da doutrina demonstrar seus equívocos⁸. Isso, por si só, justificaria este trabalho.

Em que pese se tratar de princípio quase desconhecido no Brasil até o final do século XX, muitos autores localizam seu surgimento no século XVIII⁹: o princípio da ofensividade decorreria, historicamente, do movimento filosófico iluminista que tinha como finalidade principal o estabelecimento de limites ao poder soberano¹⁰.

Essa informação – de que o princípio da ofensividade surgiu no Iluminismo – pode, à primeira vista, causar estranhamento, tendo em vista que, mesmo na Europa, a doutrina *penal* só foi se debruçar sobre esse princípio em meados do século XX¹¹. Faz-se necessário, então, para evitar dúvidas de caráter histórico, compreender o princípio da ofensividade de duas perspectivas. Primeiramente, como *ideal filosófico-jurídico*, cuja origem efetivamente remonta ao Iluminismo. Em segundo lugar, como *dogma jurídico-positivo*, cuja incorporação teórica às instituições jurídicas é relativamente recente, remontando ao final do século XX; sua incorporação prática (jurisprudencial) ao direito brasileiro talvez ainda esteja no início.

⁷ Confira-se trecho de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo: “E, se o legislador ainda não admitiu o princípio da insignificância ou da bagatela, significa que ainda não existe na seara penal, não podendo derivar da criação do julgador, pena de violação ao princípio da separação dos poderes” (5ª Câmara de Direito Criminal, Apelação nº 038962-59.201.8.26.050, j. 14/08/2014).

⁸ “Por certo, a doutrina deve doutrinar. Tenho insistido nisso. E todos sabem quanto! Deve estar pronta para exercer [...] sua função de constranger epistemologicamente a produção da jurisprudência” (STRECK, 2013, p. 191).

⁹ Embora já no século XVII, com HOBBS, a ideia desse princípio já estivesse se delineando: “Em primeiro lugar, vale dizer que, assim como Hobbes, Beccaria separava expressamente os deveres jurídicos de outros deveres morais, em especial os religiosos. Neste ponto, a distinção-chave é muito parecida com Hobbes: há comportamentos nossos que são internamente exigíveis, e há outros que são apenas externamente exigíveis. Na literatura jurídica e política da época, esse ponto era quase sempre remetido à filosofia de Cristian Thomasius (e a partir do século XVIII, à de Kant)” (QUEIROZ, 2012-b, p. 112).

¹⁰ Nesse sentido, D’AVILA (2009, p. 59-72); SEMER (2014, p. 45); FERRAJOLI (2011, p. 464); BECHARA (2014, p. 152-157).

¹¹ “Entretanto, esse conceito liberal, o qual traz consigo uma limitação essencial do poder punitivo estatal, somente se impôs na Alemanha com a reforma do Direito Penal, a partir de 1969, até então, os comportamentos citados (e alguns outros), devido a sua reprovabilidade moral, também eram puníveis. Todavia, a incorreção de uma ligação demasiado estreita do Direito Penal com determinadas concepções morais resulta dos fundamentos teórico-estatais da democracia europeia ocidental, da forma como eles foram desenvolvidos, sobretudo, pelos pensadores do Iluminismo” (ROXIN; ARZT; TIEDMANN, 2007, p. 6-7).

De acordo com BATISTA (2011, p. 89), o princípio da lesividade “transporta para o terreno penal a questão geral da *exterioridade e alteridade* (ou *bilateralidade*) do direito: ao contrário da moral [...], o direito ‘coloca face-a-face, pelo menos, dois sujeitos’”. Essa ideia de alteridade do direito, com efeito, é o principal fundamento do princípio da ofensividade e já vinha sendo defendida por vários autores clássicos do Iluminismo – e, inclusive, alguns pré-iluministas – como reflexo da secularização do conhecimento, do direito e, particularmente, do direito penal¹². Tratando especificamente da criminalização do incesto, DOTTI informa que ela passou a ser questionada pelo movimento iluminista, tendo em vista o princípio trazido por CARRARA “de não se admitir a condenação de um pecado como se fosse um delito, excluía a hipótese de agressão a um direito” (DOTTI, 1976, p. 31)¹³.

A cisão temporal entre o surgimento do princípio no pensamento filosófico-jurídico e sua incorporação prática às instituições jurídicas não ocorreu com o dogma da legalidade penal. A regra da legalidade penal, tão logo surgiu como ideal filosófico-jurídico, já foi transcrita nas principais Constituições e teve, como se verá adiante, farta recepção doutrinária e jurisprudencial, tornando-se dogma jurídico-positivo rapidamente. A ofensividade, porém, apesar de ter surgido como ideal filosófico-jurídico na mesma época que a legalidade, passou por processo distinto de assimilação institucional.

Os dois principais objetivos deste trabalho serão: 1) compreender as razões pelas quais essas duas normas jurídicas (legalidade e ofensividade) foram assimiladas de forma tão distinta e 2) demonstrar que, num Estado Democrático de Direito, ambas devem ostentar o mesmo e intenso grau de normatividade, visto que, na perspectiva limitadora do poder punitivo, uma complementa a outra.

¹² “O termo secularização designa os processos pelos quais a cultura ocidental, a partir do século XV, produziu uma cisão entre a moral eclesiástica e as doutrinas filosóficas – processo igualmente nominado como laicização do saber. No campo do conhecimento científico moderno (inclusive no jurídico), significa a ruptura, (em tese) radical e irreversível, com a legitimação teológica das formas de produção do saber [...]. Os valores da tolerância e do respeito à diversidade, que se desdobram da ideia de secularização, definem uma nova racionalidade jurídico-penal que será moldada a partir de uma matriz radicalmente oposta ao inquisitorialismo, identificada como sistema de garantias (...). Se na lógica inquisitorial o homem pode ser punido pelas suas convicções pessoais (*malum quia peccatum*), o pensamento laicizado restringe aos aparatos formais de controle social a possibilidade de punir exclusivamente as condutas externas, previamente definidas como ilícitas (*malum quia prohibitum*) e que resultam em efetivo dano” (CARVALHO, 2013, p. 241-243).

¹³ É certo que, em que pese a posição do jurista italiano, “as doutrinas mais convincentes ao final do século passado [o autor se refere ao século XIX] se aglutinaram em favor da incriminação do incesto” (id.). Mas isso não afasta a ideia exposta no texto no sentido de que já se falava, dentro do Iluminismo, em um princípio inibidor de criminalizações de pecados. Demonstra, apenas, a distância existente entre a teoria e a prática de tal princípio.

2. O PODER PUNITIVO TEM A MISSÃO DE PROTEGER BENS JURÍDICOS?

A análise da missão do poder punitivo em um estudo sobre o princípio da ofensividade poderia parecer inoportuna, mas se justifica na medida em que, a depender das conclusões a que se chegar, será mais ou menos legítima a previsão de inúmeros institutos hoje controvertidos, como, por exemplo, o crime de perigo abstrato¹⁴, cuja inconstitucionalidade vem sendo defendida por muitos autores justamente com fundamento naquele princípio¹⁵.

Além disso, parcela considerável da doutrina penal contemporânea vem defendendo, desde a célebre obra de ROXIN publicada em 1970¹⁶, que todos os institutos jurídico-penais devem ser interpretados político-criminalmente. Os conceitos dogmáticos passam a depender, em grande medida, das finalidades atribuídas ao poder punitivo ou ao direito penal. E, para isso, “a missão do Direito Penal precisa estar bem definida” (SALVADOR NETTO, 2009, p. 132).

Desde já advirta-se que, normalmente, a doutrina não diferencia poder punitivo de direito penal¹⁷. Tal distinção, porém, será utilizada no presente trabalho, razão pela qual convém explicá-la. O poder punitivo é uma forma de coação estatal, habilitada por normas jurídicas (criminalização primária) e executada por agências policiais (criminalização secundária) que, não raras vezes, agem em plena desconformidade com a lei (sistema penal subterrâneo). O poder punitivo se manifesta pelo poder configurador-positivo, pelas penas

¹⁴ Sobre crimes de perigo abstrato, cf. BOTTINI (2010, passim); SILVEIRA, (2012, passim); GRECO (2010, passim).

¹⁵ MANNES (2003, p. 99), por exemplo, parece adotar essa postura: “Com o princípio da ofensividade se trata de impor à política criminal [...] um código que traduza a ofensa ao bem protegido nas cifras da lesão ou, quando menos, da colocação em perigo (concreto)”.

¹⁶ Cf. ROXIN (2012, p. 14): “[...] deve ser reconhecido também no direito penal – mantendo intocadas e completamente íntegras todas as exigências garantísticas – que problemas político-criminais constituem o conteúdo próprio também da teoria geral do delito”.

¹⁷ Sobre o assunto, cf. ZAFFARONNI et al. (2011, p. 38-78).

formais e pelas penas informais (ilícitas). Trata-se nitidamente de poder político, o qual é comparável, no plano internacional, à guerra¹⁸.

Direito penal, por sua vez, é expressão utilizada para designar o ramo do saber jurídico que tem como função limitar aquele poder. Quando a doutrina se refere às finalidades ou funções do direito penal, normalmente quer fazer referência às finalidades ou funções do poder punitivo (ou da pena). Neste trabalho, porém, as duas expressões serão utilizadas no sentido aqui explicitado. Quando se quiser referir conjuntamente ao direito penal e ao poder punitivo, porém, utilizar-se-á a expressão *sistema penal*.

A grande maioria dos autores enxerga o poder punitivo como um meio de solução de conflitos e defende que sua finalidade é proteger, de forma subsidiária e fragmentária, os bens jurídicos mais relevantes da sociedade. SALVADOR NETTO (2009, p. 21) é categórico: “Aqui está realçada a característica preventiva do sistema criminal, com destaque para a sua missão de proteção aos bens jurídicos mais valiosos, imprescindíveis para a manutenção da vida comunitária”.

Essa assertiva, no entanto, deve ser inicialmente problematizada com pelo menos quatro questionamentos: 1) Os bens jurídico-penais são aqueles que, de fato, representam os interesses de toda a sociedade? 2) O sistema penal é eficaz para proteger tais bens jurídicos? 3) Sua eventual ineficácia seria suficiente para abandonar essa missão? 4) O abandono dessa missão tornaria irrelevante o conceito de bem jurídico?

As respostas a essas questões – que serão analisadas detalhadamente nos tópicos seguintes – podem auxiliar, no plano da criminologia, na legitimação ou deslegitimação do poder punitivo e, no plano do direito penal, na construção de uma dogmática consequente de redução de danos teleologicamente redutora, cujo escopo seja não a proteção de bens jurídicos, mas apenas a limitação e contenção do poder punitivo¹⁹.

Ainda que se constatem a seletividade do sistema penal e sua ineficácia para a proteção de bem jurídico, esse instituto dogmático não pode ser abandonado, pois é ele que

¹⁸ Essa comparação, adotada por ZAFFARONI, já havia sido feita por Tobias BARRETO (2012, p. 117) no final do século XIX: “A pena é um meio extremo; como tal é também considerada a guerra. Na fonte em que qualquer ditoso pudesse gloriar-se de haurir a razão filosófica de uma, encontraria igualmente o fundamento da outra”.

¹⁹ Essa posição é adotada por ZAFFARONI et al. (2011, p. 40): “[...] o direito penal [é] o ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que contém e reduz o poder punitivo”. No Brasil, essa postura é acolhida por CARVALHO (2013, p. 149-160).

permite a construção do princípio da ofensividade. Como dizem ZAFFARONI et al. (2010, p. 214), “Os juízes estariam exercendo um poder absolutamente irracional se condenassem alguém cuja ação não ofendeu a ninguém”.

À primeira vista, poder-se-ia imaginar que os autores céticos quanto à aptidão do poder punitivo em proteger bens jurídicos seriam mais propensos a defender um conceito legitimador e expansivo daquele poder e, conseqüentemente, menos dispostos a concederem ao princípio da ofensividade o seu devido valor²⁰.

Tal impressão, no entanto, não corresponde à realidade. Muitas vezes, ocorrerá justamente o contrário. A confiança no poder punitivo para proteger bens jurídicos é que incentivará, conscientemente ou não, que se defenda um conceito legitimador e expansivo. Será inclusive mais fácil, nesses casos, justificar a antecipação penal a condutas meramente preparatórias e, de forma geral, os crimes de perigo abstrato.

É certo que não há uma vinculação rígida e necessária entre a crença na capacidade do sistema penal para proteger bens jurídicos e a legitimação da expansão do poder punitivo. Isso fica nítido, por exemplo, se forem comparadas as posturas de ROXIN, JAKOBS e ZAFFARONI.

ROXIN (2012), em que pese entenda que a função do direito penal é a proteção de bens jurídicos, procura construir uma dogmática limitadora do poder punitivo. No mesmo sentido encontra-se o posicionamento, no Brasil, de SALVADOR NETTO (2009, p. 29): “A prevenção funciona como argumento de limitação, ao invés de justificativa formal para o incremento do sistema criminal”²¹.

Por outro lado, da perspectiva dos que entendem que a função do sistema penal não é a proteção de bens jurídicos, pode-se tanto adotar uma postura deslegitimadora e limitadora como uma postura legitimadora e expansionista do poder punitivo.

Exemplo da primeira postura se encontra em ZAFFARONI et al. (2010, p. 215-216, grifo dos autores): “O bem jurídico é um conceito indispensável para dotar de eficácia

²⁰ Essa ideia certamente decorre do posicionamento de JAKOBS (2011, p. 161-162), o qual, ao criticar o conceito de bem jurídico como algo diverso da norma, efetivamente legitima um poder punitivo mais expansivo.

²¹ Ao tratar da norma secundária, o mesmo autor afirma: “[...] este é o momento para a apreciação dos efeitos preventivos concretos da pena. A aplicação da punição tem de estar amparada pela possibilidade de concretização social dos seus fins” (ibid., p. 127). Fica claro, portanto, que o Professor da Universidade de São Paulo, assim como ROXIN, busca na finalidade preventiva da pena uma forma de limitar o poder punitivo.

o *princípio da lesividade*, mas de nenhum modo é um conceito legitimante do poder punitivo”.

Representante maior do segundo posicionamento é JAKOBS (2011, p. 161), o qual entende que “o direito não é um muro de proteção que é erigido em volta dos bens, e sim a estrutura da relação entre pessoas”. Ao contrário da posição limitada de ZAFFARONI, porém, o autor alemão compreende que o direito penal pode ampliar seus horizontes para abranger qualquer lesão à norma. É, nesse sentido, claramente expansionista.

Fica claro, portanto, que não há vinculação necessária entre a crença na missão do direito penal como protetor de bens jurídicos e a legitimação da expansão do sistema penal, embora também reste nítida a influência daquela questão nos diferentes posicionamentos examinados.

2.1. A quem pertencem os bens jurídico-penais?

O primeiro problema se refere à titularidade dos bens jurídicos que supostamente são protegidos pelo sistema penal. Não se trata aqui de analisar, sob a perspectiva dogmática, quem é o sujeito passivo do delito²², mas sim de buscar saber, com argumentos criminológicos, se o sistema penal protege ou atinge igualmente a todos²³. Essa problemática, embora afastada do direito positivo, revela-se importante para a deslegitimação do sistema penal e a construção de uma dogmática limitadora do poder punitivo. Nesse ponto, importa destacar a crítica feita por CARVALHO à distinção tradicional entre o caráter normativo e dogmático do direito penal e o caráter empírico da criminologia. O autor gaúcho afirma que a criminologia crítica – ao desvendar as violências individual e institucional do poder punitivo – teria permitido que “o saber empírico sobre o funcionamento das agências do controle penal servisse como instrumento de desconstrução, de modificação e de transposição do saber dogmático” (2013, p. 47-52).

²² De uma perspectiva dogmática, pode-se analisar o problema da titularidade dos bens jurídicos da seguinte forma: “*Sujeito passivo do crime é o titular do bem jurídico tutelado com a incriminação de determinado fato*” (FRAGOSO, 1994, p. 271).

²³ SALVADOR NETTO (2014, p. 252) constatou, em sua tese de livre-docência pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que “O sistema penal contemporâneo protege particularmente a propriedade em termos individuais, isto é, a propriedade enquanto *relação social*, como relações sociais de produção, fator de dependência e desigualdade objetiva entre os indivíduos formalmente iguais”.

Tradicionalmente a doutrina, ao tratar de bens jurídico-penais, caracteriza-os como aqueles direitos, bens ou interesses relevantes para a sociedade em geral. Muitos inclusive utilizam tal critério (o da relevância social) para diferenciar o direito penal de outros ramos do direito. Esse, por exemplo, é o posicionamento de HUNGRIA, que, após destacar não haver diferença ontológica entre o ilícito penal e o civil, indica que o ilícito passa a ser penal quando “provocar um intenso ou difuso alarma coletivo”²⁴.

Parte da doutrina, porém, influenciada pela criminologia crítica²⁵, atenta à realidade do sistema penal, discorda de tal posicionamento. A importância do bem jurídico ofendido, na prática, não é o principal critério para se definir se uma conduta será ou não criminosa. Vale-se o legislador, na criminalização primária – e a polícia, o órgão acusatório e o juiz, na criminalização secundária²⁶ –, muito mais do *status* das vítimas e dos eventuais agressores do que propriamente do “intenso ou difuso alarma coletivo” provocado pelo fato²⁷.

²⁴ “Em princípio, ou sob o prisma da lógica pura, a voluntária transgressão da norma jurídica deveria importar sempre a *pena* (*stricto sensu*). Praticamente, porém, isso seria uma demasia. O legislador é um oportunista [...]. Se o fato antijurídico não é de molde a provocar um intenso ou difuso alarma coletivo, contenta-se ele com o aplicar a mera sanção civil” (HUNGRIA, 1983, p. 21).

²⁵ No âmbito da criminologia crítica, BARATTA (2002, p. 174) asseverou: “No que se refere ao direito penal *abstrato* (isto é, a criminalização primária), isto tem a ver com os conteúdos, mas também com os ‘não-conteúdos’ da lei penal. O sistema de valores que neles se exprime reflete, predominantemente, o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se, predominantemente, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados”.

²⁶ Neste momento, deve-se diferenciar, dentro do sistema penal, a criminalização primária da criminalização secundária, sem se perder de vista que a “proteção” aos bens jurídicos é desigual em ambas as fases: “O processo seletivo de criminalização se desenvolve em duas etapas denominadas, respectivamente, *primária e secundária*. *Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas*. Trata-se de um ato formal fundamentalmente programático [...]. Enquanto a criminalização primária (elaboração de leis penais) é uma declaração que, em geral, se refere a condutas e atos, a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-se à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo” (ZAFFARONI et al., 2011, p. 43).

²⁷ “O estereótipo do delinquente se fixa na figura do favelado. Pouco importa que, de 100 mortes no Rio de Janeiro, apenas duas estejam associadas a um assalto e 35 sejam causadas por motoristas imprudentes [...]: nossa figura do matador não é um homem de classe média sentado no seu carro, e sim o assaltante armado. Pouco importa que o dano econômico e social produzido por um só dos grandes crimes de colarinho branco [...] supere de mil vezes o somatório de todos os roubos e furtos: nossa figura do ladrão não é um banqueiro desonesto sentado em seu escritório, e sim o assaltante ou mesmo o ventanista [...]. A construção social do delinquente se subordina a sua origem de classe, mas o sistema penal [...] se encarrega de disfarçá-lo: o principal expediente é proclamar, na lei e nas teorias jurídicas, que as pessoas são punidas pelo que fazem e não pelo que são, ainda que baste visitar uma penitenciária para convencer-se do contrário” (BATISTA, 1990, p. 168-169).

Em 1908, VACCARO já escrevera que a função do sistema penal não é “a defesa da sociedade; isto é, de todas as classes que a formam, senão principalmente aos interesses daqueles em cujo favor se tem constituído o poder político” (apud ASÚA, 1947, p. 18)²⁸.

CIRINO DOS SANTOS (2012, p. 4-14) distingue os objetivos declarados das funções reais do poder punitivo para concluir que, na prática, a proteção aos bens jurídicos é muito desigual. Conquanto se diga que o sistema penal tem como finalidade proteger valores essenciais para o indivíduo e a sociedade – o que pressuporia as noções de unidade social, identidade de classes, igualdade e liberdade individual –, promovendo, assim, o bem comum, a real operatividade do sistema, desde a criminalização primária até a criminalização secundária, demonstra que são considerados apenas os interesses das classes dominantes.

O Professor paranaense menciona a importância demasiada que o legislador concede aos crimes patrimoniais por lesionarem as relações de produção e circulação de riqueza material²⁹. Nesse sentido, é significativo que a pena cominada ao furto qualificado (artigo 155, §4º do Código Penal) seja idêntica à cominada aos crimes de tortura (artigo 1º da Lei 9.455/97), redução à condição análoga à de escravo (artigo 149 do Código Penal) e lesão corporal de natureza gravíssima (artigo 129, §2º do Código Penal). Ou seja, o legislador trata com o mesmo rigor tanto a conduta daquele que quebra o vidro de um veículo estacionado e subtrai o aparelho de rádio que ali se encontra como a conduta do delegado de polícia que, para obter uma confissão, tortura um suspeito, e a do empregador que, para maximizar seus lucros, priva seu empregado de liberdade e o sujeita a trabalhos forçados.

O furto qualificado tem também, pela lei, a mesma gravidade da lesão corporal de natureza gravíssima, que pode resultar, inclusive, na amputação de algum membro. Alguns delitos, como a lesão corporal de natureza grave (artigo 129, §1º do Código Penal)

²⁸ O próprio ASÚA (1947, p. 20-21) defendia que apenas com a construção de um direito penal socialista seria possível que a lei penal não fosse um instrumento das classes dominantes. Dizia que a leitura de qualquer código comprovaria a afirmação de que seus preceitos defendem unicamente a classe dominante.

²⁹ No mesmo sentido, SALVADOR NETTO (2014, p. 28-29), ao tratar dos crimes patrimoniais, aduz: “O bem jurídico patrimônio é, sem dúvida, objeto de intensa proteção, permitindo a afirmação de que no Direito Penal brasileiro há uma *supervalorização da tutela penal patrimonial* [...]. A indagação que permanece é se essa criminalização, em certa medida confusa, desproporcional e responsável por elevadíssimos índices carcerários, deriva de aleatórias impertinências legislativas ou se existem razões outras, ocultas pelo discurso jurídico que, por exemplo, justifiquem uma punição muito mais excessiva ao furto se comparada com aquela do dano. Ou, mais ainda, justifiquem a tutela patrimonial ser mais incisiva do que a destinada à integridade física da pessoa. A resposta a ser encontrada pode levar à conclusão da existência de uma *política criminal patrimonial*, dotada de uma específica lógica de controle e operacionalidade”.

– que pode resultar, por exemplo, na amputação de um dedo da vítima –, são apenados de forma mais amena que o crime de furto qualificado, a despeito de parecerem mais graves.

CIRINO DOS SANTOS (2012, p. 12), para demonstrar que os bens jurídicos tratados pela legislação penal não são os relevantes para a sociedade, mas apenas os relevantes à classe dominante, menciona ainda os crimes próprios dos segmentos sociais hegemônicos que afetam amplos setores da população, mas que legislativamente são definidos de modo impreciso e vago para dificultar sua aplicação, ou com cominação de penas irrisórias.

Não há como deixar de mencionar a Lei 8.072/90, que inicialmente não previu, entre os crimes hediondos, o homicídio qualificado, conquanto prevísse a extorsão mediante sequestro³⁰, ainda que sem resultado morte. Tratou-se de forma mais severa um crime patrimonial do que um crime contra a vida, o que, aliás, é comum na legislação brasileira.

Em suma, verifica-se que já no âmbito da criminalização primária resta claro que o foco da legislação penal não é reprimir condutas que afetem bens jurídicos pertencentes a todos, mas principalmente aquelas que afetam as classes dominantes, normalmente praticadas por pessoas marginalizadas.

No âmbito da criminalização secundária essa seletividade³¹ é ainda mais evidente³². São escassas as investigações, os processos e as condenações por tortura³³,

³⁰ BÁRTOLI (2010, p. 99-100) explica que, em verdade, a criação da lei dos crimes hediondos tinha como preocupação principal justamente as extorsões mediante sequestro que alguns empresários sofreram e foram fortemente divulgadas pela mídia: “[...] verifica-se que o legislador ordinário, teria demonstrado preocupação em guerrear principalmente os crimes de extorsão mediante sequestro, que atingiram algumas pessoas de ‘extrato social e econômico diferenciados’. Também cedeu até como uma decorrência natural à forte coação exercida pela mídia”.

³¹ De acordo com MELLIM FILHO (2010, p. 25), em tese de doutoramento sobre a seletividade penal, “num primeiro momento de atuação do sistema penal, a seleção é estabelecida pelas leis [...]. As técnicas jurídicas usadas nas classificações, por exemplo, costumam agravar as soluções penais para as condutas normalmente atribuídas a membros das camadas populares, o que ocorre nos crimes patrimoniais como o furto e roubo, que deixam pouco espaço para soluções absolutórias ou de baixa punibilidade. Já os crimes contra a ordem tributária, por exemplo, trazem, na própria lei, vias alternativas e estratégias de despenalização. Em segundo lugar, o processo de seleção é feito pelas instituições incumbidas da aplicação das leis, a começar pela Polícia, que realiza seleção considerada de pequeno calibre, com filtragem grossa [...], relevando ações que, em tese, estão contidas nas normas penais, e sobrevalorizando outras, a incluir a adoção de mecanismos punitivos claramente à margem da lei”.

³² Cf. BARATTA (2002, p. 176-178).

³³ JESUS (2010, p. 94-96) estudou processos de tortura na cidade de São Paulo entre 2000 e 2004. Foram encontrados apenas 57 processos criminais (sendo que em 6 não havia sentença), com um total de 203 réus. Constatou-se que “140 réus foram absolvidos, 39 foram condenados por crimes de tortura e 24 foram condenados por outro crime, por crime de abuso de autoridade ou por crime de maus-tratos. Percebe-se também que existe uma grande diferença entre os resultados dos processos a partir do perfil dos réus. Dos 78 funcionários da Febem acusados por crime de tortura, 56 foram absolvidos, 17 foram condenados por crime de

redução à condição análoga de escravo ou lesão corporal de natureza gravíssima. Processados e condenados por crimes patrimoniais, no entanto, compõem a maioria do sistema penal, mais especificamente o sistema penitenciário.

Poder-se-ia dizer que nem todos os crimes previstos pelo legislador possuem esse viés de classe. Pense-se, por exemplo, nos crimes de estupro e homicídio, cujos autores e vítimas podem pertencer à classe dominante ou não. Nessas hipóteses, realmente não parece haver, por parte do legislador, um direcionamento específico para a proteção apenas dos bens jurídicos da classe dominante, até porque seria escancaradamente contrário ao princípio da isonomia. Mas quando se analisa a vitimização secundária³⁴, verifica-se que, mesmo aqui, a atenção que se dá à classe dominante é distinta.

CIRINO DOS SANTOS sustenta que, mesmo quando o tipo penal não visa a reprimir especificamente uma conduta contrária ao modo de produção capitalista, a proteção trazida pela lei é desigual. Apenas seriam protegidos como seres humanos (isto é, como sujeitos de direitos) as categorias sociais hegemônicas. Os assalariados seriam protegidos como meros objetos, “ou seja, como energia necessária à ativação dos meios de produção/circulação e capaz de produzir [...] *mais-valia*”. Finalmente, aqueles marginalizados que estão fora da relação de produção ou comercialização (por exemplo, pessoas em situação de rua) não têm suas vidas e integridade física protegidas nem como sujeitos e tampouco como objetos: “[...] são destruídos ou eliminados pela violência *estrutural* das relações de produção ou pela violência *institucional* do sistema de controle social, sem consequências penais”³⁵ (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 12).

tortura e cinco foram condenados por outro crime. Com relação aos 49 policiais civis acusados por crime de tortura, 46 foram absolvidos, dois foram condenados por crime de tortura e um foi condenado por outro tipo de crime [...]. Em relação aos três delegados acusados, dois foram absolvidos e um foi condenado por outro crime, ou seja, nenhum foi condenado por crime de tortura”.

³⁴ “A *seleção vitimizante secundária* (ou seja, as pessoas que, na realidade, são vítimas de fatos criminalizados *primariamente*) também se propaga como uma epidemia, segundo tenham os candidatos poucas ou muitas possibilidades de sofrê-la [...]. Também aqui são as classes subalternas as mais vulneráveis. A chamada *privatização da justiça* (ora entendida como privatização dos serviços de segurança) aumenta essas distâncias, pois as classes hegemônicas têm a possibilidade de pagar seus próprios serviços e, por conseguinte, de diminuir seus riscos de vitimização. Os próprios serviços de segurança pública, ante a maior capacidade de reivindicação comunicacional dessas classes, tende a centrar a vigilância nas zonas de altíssima rentabilidade das cidades [...]. Neste campo, a regra parece ser que o risco vitimizante se distribui na razão inversa do poder social das pessoas: *as agências outorgam maior segurança a quem detém maior poder*” (ZAFFARONI et al., 2011, p. 54).

³⁵ Tratando especificamente do crime de tortura, mas em raciocínio que poderia ser estendido para outros, explica JESUS: “Os ‘torturáveis’ são os ‘não cidadãos’, aqueles cuja lei não alcança nem protege. A tortura constitui um fenômeno seletivo e que sempre parece distinguir quais são suas vítimas, havendo social e politicamente a construção da assim chamada ‘*classes dos torturáveis*’ (Maia, 2006, p. 72). Isso atesta o fato de que a tortura praticada contra determinados segmentos sociais não parece causar espanto ou estranhamento

Partindo-se ou não da perspectiva marxista do autor, tais conclusões parecem bastante acertadas. A vida de uma pessoa com alto *status* social é muito mais valorizada pelo sistema jurídico e social do que a vida de pessoas marginalizadas (por exemplo, moradores de favelas, pessoas presas). Basta notar que, na mídia, as mortes dessas últimas são mostradas rapidamente, como mero acidente de percurso, e são pouco e mal investigadas pela polícia. Por outro lado, quando as vítimas são pessoas residentes em bairros nobres da cidade, os fatos são amplamente noticiados e todos os recursos são empregados na investigação criminal.

Resta claro, pois, que os interesses que o sistema penal tem em vista – seja na criminalização primária ou secundária, seja na vitimização primária ou secundária – não são de toda a sociedade, mas apenas de um segmento específico: a classe dominante. Tal conclusão deslegitima a assertiva de que o poder punitivo serve para proteger os bens jurídicos mais relevantes da sociedade. Resta analisar, agora, se ele é apto para proteger algum bem jurídico.

2.2. O poder punitivo é apto para proteger bens jurídicos?

É lugar comum na doutrina a assertiva de que o sistema penal deve atuar quando os outros ramos do direito se mostrarem insuficientes para a proteção de determinado bem jurídico. Por trás dessa afirmação, deixa-se clara a adoção de uma teoria preventiva da pena e certa confiança no poder punitivo. Acredita-se que a criminalização primária de algumas condutas teria a potencialidade de impedi-las em alguma medida³⁶.

Paulo QUEIROZ (2008, p. 117-118) relaciona, de forma precisa, a teoria da prevenção geral negativa com a doutrina que sustenta ser a função do sistema penal a proteção de bens jurídicos. Afirma ainda que, a despeito das críticas que sofre, “a prevenção geral negativa-subsidiária parece ser o único critério compatível com um modelo de política criminal minimamente racional”.

de outros segmentos. Muitas vezes, essa prática é geralmente favorecida e incentivada por alguns setores da sociedade, que não serão alvos de tortura policial” (JESUS, 2010, p. 173).

³⁶ “A ameaça estatal da pena é suficiente para coibir, agir sobre o intelecto, restringir hipóteses de atividades” (SALVADOR NETTO, 2009, p. 118).

Com fundamento em teorias preventivas, porém, muitos penalistas e magistrados legitimam, em maior ou menor medida, a expansão – horizontal e vertical – do poder punitivo, permitindo a antecipação da intervenção penal a atos que, a rigor, não causam qualquer ofensa ao bem jurídico supostamente tutelado, por serem meramente preparatórios.

O raciocínio é bastante lógico: se o poder punitivo é (ou pode vir a ser) eficaz para impedir determinadas condutas possivelmente danosas a bens jurídicos, é melhor que incida o quanto antes para evitar danos graves à sociedade. Por que esperar o dano ocorrer, se é possível evitá-lo³⁷? O conceito de bem jurídico-penal, às vezes utilizado para limitar o poder punitivo, acaba sendo empregado para ampliá-lo e legitimá-lo³⁸.

Sob o pretexto de melhor resguardar bens jurídicos, o Supremo Tribunal Federal – no HC 113.295, julgado em 13/11/2012 – considerou constitucional a criminalização do porte de munição de arma de fogo. Salientou-se a maior proteção que os crimes de perigo abstrato trariam aos bens jurídicos. Asseverou-se que, com eles, impede-se “sejam praticadas certas condutas antes mesmo da ocorrência de qualquer resultado lesivo, garantindo-se, assim, de forma mais eficaz, a proteção dos bens mais valiosos do ser humano, que são sua vida e sua incolumidade física”. Deixou-se de explicar, no entanto, como a mera posse de munição poderia colocar em risco a vida ou a incolumidade física do ser humano. Também não houve nenhuma referência a eventual limite do legislador e à teoria do bem jurídico. O princípio da ofensividade foi igualmente ignorado. Bastou que se fizesse referência à nobre finalidade da norma penal de proteger bens jurídicos relevantes para que ela fosse automaticamente legitimada da perspectiva constitucional.

³⁷ Nesse sentido se manifesta um dos maiores críticos à teoria do bem jurídico: “[...] se bens jurídicos têm de ser protegidos, [...] fica em aberto por que se tem de aguardar até que a lesão ocorra” (JAKOBS, 2011, p. 170). ZAFFARONI et al. (2011, p. 227) fazem a mesma crítica: “Ao enganar-se (por mera dedução) sobre a eficácia preventiva da pena, o discurso permite racionalizar a punição de riscos muito distantes e hipotéticos (perigos abstratos, remotos etc.), bem como viabilizar intervenções bastante desproporcionadas com o dano (inventa-se uma necessidade tutelar enorme, embora a afetação do bem jurídico seja insignificante”.

³⁸ Isso não significa, evidentemente, que os defensores da tese de que o direito penal serve para proteger bens jurídicos, como ROXIN, entendam ser legítima a antecipação desmedida da tutela penal. Mas não fica claro se a limitação da punibilidade de atos meramente preparatórios derivaria da teoria do bem jurídico ou de princípios outros, como o da proporcionalidade. Sobre o assunto, ROXIN (2013, p. 28): “Na ciência alemã do Direito Penal, discute-se intensamente se a tendência de nosso legislador de permitir a punibilidade já num estágio anterior a uma lesão de bens jurídicos é justificável desde o ponto de vista do Estado de Direito [...]. Do conceito de proteção de bens jurídicos se infere, então, somente que, tratando-se de uma antecipação considerável de punibilidade, necessita-se fundamentar, especialmente porque isto é necessário para a proteção efetiva do bem jurídico”.

CARVALHO demonstra que os instrumentos dogmáticos do direito penal foram e são moldados a partir das finalidades que se atribuem à pena, por mais inadequadas e ingênuas que elas possam ser. Se se atribui uma finalidade positiva a ela, naturalmente não há razão para deixar de utilizá-la para resolver os problemas sociais sempre que for conveniente. Para o autor, todos os discursos que buscam legitimar a pena (retribuição, prevenção geral ou especial) veem nela, de uma forma ou outra, aquela finalidade positiva, pois “atribuem *virtudes civilizatórias* à sanção penal e, a partir de expectativas otimistas, projetam instrumentos de concretização” (2013, p. 145-147).

Parece necessário, assim, problematizar a própria premissa da qual parte, normalmente, a doutrina penal. Será que realmente a missão do sistema penal é a proteção de bens jurídicos? Ou, mais amplamente, será que se pode atribuir uma finalidade positiva à sanção penal? Seria ela uma *virtude civilizatória*, como ironizou CARVALHO, ou um mero componente do estado de polícia, como afirmam ZAFFARONI et al. (2011, p. 96, grifo dos autores): “O *exercício do poder punitivo [...] não pode senão identificar-se como um capítulo do modelo de estado de polícia que sobrevive dentro do estado de direito*”?

2.3. Do bem jurídico como objeto de proteção ao bem jurídico como critério de criminalização (breve análise do pensamento de Eugênio Raúl Zaffaroni)

Vale a pena destacar brevemente a evolução do pensamento de ZAFFARONI, jurista argentino, sobre o tema. Tal análise é importante, pois demonstra dois pontos de vista distintos partindo de um mesmo autor. É necessário, naturalmente, fazer breve referência à cronologia de seu pensamento e de suas obras. Sua produção bibliográfica é imensa. Inicialmente, suas principais obras gerais de direito penal foram o *Manual de Derecho Penal*, de 1977, e o *Tratado de Derecho Penal*, em cinco volumes, publicado na década de 1980. Em ambas as obras, o jurista argentino sustentava que o objetivo da legislação penal era a proteção de bens jurídicos. Do *Tratado* extrai-se o seguinte trecho:

Em nossa concepção, o direito penal não pode ter outra função senão a de *segurança jurídica* [...]. O direito tem por função possibilitar a existência, o que implica assegurar a coexistência, porque a existência humana sempre – e ineludivelmente – é coexistência. Essa segurança se obtém introduzindo uma ordem coativa que impeça a guerra civil, isto é, a guerra

de todos contra todos [...] o que poderá obter tornando relativamente previsíveis as condutas alheias a respeito de certos bens jurídicos, no sentido de que cada um saiba que o próximo se absterá de realizar condutas que lesionem o que o direito considera necessário para que o homem se realize em coexistência (ZAFFARONI, 1998, p. 44-45, tradução livre).

Vê-se, pelo trecho acima citado, que o pensamento antigo de ZAFFARONI partia de uma perspectiva legitimadora do poder punitivo. Entendia que este tinha certa aptidão para proteger bens jurídicos.

Em seu pensamento renovado, porém, passou a adotar uma postura deslegitimadora, que, no fundo, compartilha dos fundamentos do abolicionismo penal, demonstrando nítida simpatia pela tese, embora não acolha integralmente suas conclusões por entendê-las inaplicáveis neste momento histórico³⁹. Nessa nova postura, não consegue enxergar o poder punitivo como solucionador de conflitos e muito menos como protetor de bens jurídicos. Simplesmente encara-o como fato histórico e político que, assim como a guerra, causa inúmeros danos e males que devem ser contidos e limitados.

Foi precisamente em 1989, com a publicação de *Em busca das penas perdidas*, que o jurista argentino abandonou completamente sua concepção preventiva⁴⁰. Nessa obra, que é dividida em três partes, ele inicialmente deslegitima o sistema penal, tendo em vista a sua realidade operacional que jamais estará de acordo com a planificação finamente elaborada pelo discurso jurídico-penal⁴¹. No capítulo seguinte, o jurista argentino aborda a necessidade de uma resposta marginal à crise do sistema penal. Se os discursos jurídico-penais – principalmente aqueles expostos nas teorias justificadoras da pena – são falsos ou, ao menos, não generalizáveis (ZAFFARONI et al., 2011, p. 99), como o jurista deve agir diante dessa constatação? Uma opção seria negar epistemologicamente a deslegitimação “a

³⁹ “Em nossa opinião, o direito penal mínimo é, de maneira inquestionável, uma proposta a ser apoiada por todos os que deslegitimam o direito penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo, por mais inalcançável que este hoje pareça; ou seja, como um momento do ‘unfinished’ de Mathiesen e não como um objetivo ‘fechado’ ou ‘aberto’” (ZAFFARONI, 2012, p. 106).

⁴⁰ “Este trabalho pretende oferecer um panorama geral da deslegitimação do sistema penal e uma proposta de reinterpretação do direito penal. O leitor logo perceberá a ênfase na fundamentação antropológica do discurso jurídico-penal exposta por nós em obras anteriores, incorporando agora dados da realidade social e encarregando-nos de críticas reveladoras do exercício de poder do sistema penal. Este procedimento exige, é claro, o abandono da preferência preventista especial antes mantida” (ZAFFARONI, 2012, p. 5).

⁴¹ “A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais” (Ibid., p. 15).

partir de uma visão neokantiana, positivista lógica ou positivista jurídica” e considerar que “o discurso jurídico-penal deve reduzir-se à completitude lógica da interpretação da lei em nível semântico, procurando, zelosamente, evitar qualquer dado da realidade ‘incômodo’ (não assimilável pelo discurso)” (ZAFFARONI, 2012, p. 80). Outra opção, atrelada à primeira, seria a fuga para o retribucionismo.

ZAFFARONI critica ambas as posições: “Negar um problema já existente [...] não representa uma resposta real e, sim, a adoção de uma atitude histérica: ignoro o perigo e, com isso, suponho que ele desapareça”⁴². Haveria também a possibilidade de se recorrer a teorias sistêmicas: o importante seria que o direito penal mantivesse um sistema social. A crítica é que esse sistema social – pressuposto como positivo – pode ser injusto. Ademais, um direito que sirva apenas para proteger um sistema está “privado de qualquer referência ética e antropológica [...] e coloca em cheque, em larga perspectiva, praticamente todo o direito penal de garantias”⁴³.

Para o autor, as únicas alternativas possíveis de resposta à crise de legitimação do sistema penal seriam aquelas que “assumem e reafirmam a deslegitimação” e extraíam suas teses de tal premissa, ou seja, o abolicionismo e o direito penal mínimo⁴⁴.

Frise-se, neste ponto, que o minimalismo decorrente de uma postura deslegitimadora é diferente daquela postura minimalista de autores como FERRAJOLI. Enquanto este último entende que o poder punitivo (expresso na pena) tem finalidades positivas (prevenir reações desproporcionais ao delito, protegendo, assim, o autor do crime) e, por isso, não deve ser abolido, pois isso levaria à indesejável anarquia, ZAFFARONI assume que o poder punitivo não tem qualquer valor positivo. Trata-se, simplesmente, de fato político que deve ser contido, visto que sua abolição – embora desejável – é faticamente impossível. A estratégia usada por ambos (minimalismo) é semelhante. Os fundamentos, porém, são bastante diversos⁴⁵.

⁴² Ibid., p. 85.

⁴³ Ibid., p. 88.

⁴⁴ Ibid., p. 89.

⁴⁵ “Zaffaroni considera que o argumento iluminista da necessidade do sistema penal para prevenir a vingança pública ou privada jamais se confirmou, pois no plano real ou social a experiência indicaria que já parece estar bem demonstrada a desnecessidade do exercício do poder do sistema penal para evitar a generalização da vingança, porque o sistema penal só atua em reduzidíssimo número de casos e a imensa maioria de crimes impunes não generaliza vinganças ilimitadas. Ademais, na América Latina foram cometidos cruéis genocídios que ficaram praticamente impunes, sem que tenham ocorrido episódios de vingança massiva” (QUEIROZ, 2012, p. 411).

Finalmente – e é isso que mais interessa aqui -, no último capítulo de sua obra, ZAFFARONI propõe um “modelo construtivo para o discurso jurídico-penal não legitimante” (ZAFFARONI, 2012, p. 181). O autor parte da premissa de que a “construção dogmática tende a um modelo de regras que torne previsível e racional o exercício do poder dos juristas”⁴⁶, mas abandona a ideia de construir os conceitos dogmáticos tendo como referência a teoria da pena adotada⁴⁷.

Ele mantém uma concepção na qual os conceitos dogmáticos devem ser elaborados visando a uma finalidade. Não, porém, visando a uma finalidade da pena, mas sim a uma finalidade do próprio direito penal como saber jurídico. Não se exige do direito penal que faça justiça, previna condutas danosas ou ressocialize o agente que cometeu um crime; exige-se, sim, que limite e contenha o poder punitivo, filtrando suas irracionalidades.

Para ZAFFARONI, portanto, o *poder punitivo*, como fato político, não tem a finalidade de proteger bens jurídicos; em verdade, não tem qualquer finalidade ou função positiva. A única finalidade do *direito penal*, como saber dogmático, é a redução e limitação do poder punitivo.

O jurista argentino se filia, portanto, à teoria agnóstica da pena⁴⁸ e, por essa razão, abandona por completo as teorias preventivas, que veem na criminalização uma forma de evitar condutas danosas a bens jurídicos. Ele sustenta que a dissuasão da lei penal somente recairia sobre os vulneráveis, o que impulsionaria, em relação a estes, não a abstenção da prática do crime, mas apenas o refinamento no momento de cometê-lo⁴⁹. Quanto aos crimes praticados por pessoas invulneráveis ao poder punitivo (“colarinho branco” e “terrorismo de estado”), sustenta que o efeito dissuasivo é ainda menor.

⁴⁶ Ibid., p. 183.

⁴⁷ “O discurso jurídico-penal não pode jamais cumprir a função de pautar a melhor decisão diante do conflito, mas apenas de pautar a decisão dedutivamente mais adequada à premissa legitimante do exercício de poder do sistema penal previamente selecionado com alguma das ‘teorias da pena’” (ibid., p. 184).

⁴⁸ Em relação às finalidades declaradas da pena, sustenta serem todas equivocadas; em relação às funções reais da pena, afirma que, ao contrário do que sustentam os marxistas, não é possível conhecê-las. Já que as funções declaradas da pena são falsas ou não generalizáveis e não é possível conhecer suas funções reais, ZAFFARONI, constando a ilegitimidade do sistema penal (por ser repressivo, estigmatizante, seletivo), parte para uma dogmática de redução de danos: ao direito penal (saber) cabe reduzir e limitar o poder punitivo tanto quanto seja possível. O paralelo que faz com o direito internacional humanitário é perfeito: o direito penal está para o poder punitivo assim como o direito internacional humanitário está para a guerra.

⁴⁹ “Uma criminalização que seleciona as obras toscas não exemplariza dissuadindo do delito, mas sim da inabilidade em sua execução: estimula o aperfeiçoamento criminal do delinquente ao estabelecer o maior nível de elaboração delituosa como regra de sobrevivência para quem delinque. Não tem efeito dissuasivo, mas propulsor de maior elaboração delituosa” (ZAFFARONI et al., 2011, p. 117).

O autor reconhece que, em alguns casos, principalmente nos delitos de menor gravidade, a criminalização primária possa ter um efeito dissuasivo, mas isso seria exceção. Ademais, salienta que a dissuasão causada pelas normas culturais e jurídicas não-penais é, muitas vezes, superior à causada pelas normas penais. Ele fala em uma prevenção geral negativa “*fruto da cominação de sanções éticas e jurídicas não-penais, assim como há um processo de introjeção de pautas éticas que não provém da lei penal*” (ZAFFARONI et al., 2011, p. 118). Com efeito, a dissuasão causada pelas normas culturais e extrapenais (notadamente administrativas) é perceptível em qualquer sociedade. As pessoas não deixam de portar drogas tidas como ilícitas, por exemplo, porque a lei penal define tal conduta como criminosa. Na verdade, cometemos crimes pelas mesmas razões pelas quais não os cometemos⁵⁰. Sob essa nova perspectiva agnóstica, ZAFFARONI trará importante e novo aporte à teoria do bem jurídico e ao princípio da ofensividade.

Como ele entende que a finalidade do direito penal não é proteger bens jurídicos, mas filtrar as irracionalidades do poder punitivo, analisará o bem jurídico apenas como “expressão dogmática do princípio da lesividade”, repudiando a ideia de *bem jurídico tutelado*⁵¹ (ZAFFARONI et al., 2011, p. 228).

CIRINO DOS SANTOS critica o posicionamento do jurista argentino. Ele explica que ZAFFARONI admite o bem jurídico como critério de criminalização, mas não como objeto de proteção penal e discorda de tal posicionamento⁵². Em suas palavras: “Se o

⁵⁰ “Parece razoável supor ademais que ninguém deixa de matar, estuprar, furtar etc. porque existam leis que incriminam tais comportamentos; afinal, as pessoas cometem ou deixam de cometer crimes porque têm ou não motivação para tanto: emocionais, psicológicas, morais, culturais, religiosas, econômicas etc. Enfim, as complexas motivações humanas dificilmente podem ser eficientemente debeladas pelo poder mítico das leis” (QUEIROZ, 2012, p. 45).

⁵¹ Essa conclusão é absolutamente coerente com todo o seu pensamento: “Para elaborar esse princípio [o da lesividade] no direito penal, o conceito de *bem jurídico* é essencial, embora habitualmente se proceda logo a uma indevida equiparação entre *bem jurídico lesionado ou exposto a perigo* e *bem jurídico tutelado*, identificando duas noções substancialmente diferentes, pois nada prova que a lei penal efetivamente tutele um bem jurídico [...]. Essa distinção é tão necessária quão perigosa é sua equiparação, porque a ideia de *bem jurídico tutelado* digere e neutraliza o efeito limitador da ideia de *bem jurídico lesionado ou exposto a perigo*; devido a essa alquimia, o princípio de que todo delito pressupõe lesão ou perigo de um bem jurídico deságua no princípio de que todo bem jurídico demanda uma tutela, o que instiga à criminalização sem lacunas” (ZAFFARONI et al., 2011, p. 227). No mesmo sentido, escreve TAVARES (2000, p. 176): “Geralmente, insere-se o bem jurídico como pressuposto do tipo, mas na qualidade de objeto de proteção. Na verdade, não se pode instituir como pressuposto do tipo a proteção de bem jurídico, porque essa proteção não possui conteúdo real”.

⁵² CIRINO DOS SANTOS (2012, p. 17) comete um pequeno deslize ao escrever que ZAFFARONI afirma que “*toda lesão de bens jurídicos deve ser criminalizada*”, o que, na visão do autor brasileiro, seria correto. Em verdade, porém, o jurista argentino não entende que toda lesão de bens jurídicos deve ser criminalizada, mas, apenas, que toda criminalização pressupõe a lesão a bens jurídicos. Conforme exposto na nota anterior, ele utiliza o conceito de bem jurídico em uma perspectiva limitativa-redutora, e não legitimadora.

objetivo real do Direito Penal consiste na proteção das condições fundamentais da sociedade de produção de mercadorias, então o bem jurídico [...] constitui o *objeto* de proteção penal” (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 17).

O penalista e criminólogo brasileiro compreende a preocupação do jurista argentino em evitar a criminalização da vontade de poder ou de expectativas normativas, mas entende que isso pode ser evitado com a exigência de a proteção penal ser subsidiária, fragmentária e ter como objeto apenas bens jurídicos selecionados pela Constituição da República. Com certa confiança no direito penal, o jurista brasileiro afirma ainda que “poderia ser aflitivo imaginar o que aconteceria com a vida e a sexualidade humanas se não constituíssem *objeto* de proteção penal (mas de simples indenização, por exemplo)”⁵³. O autor brasileiro faz outra crítica ao posicionamento de ZAFFARONI:

[...] a rejeição do bem jurídico como objeto de proteção *fragmentária* e *subsidiária* da criminalização poderia criar um vazio legal preenchível pela *vontade do poder*, ou pelas *expectativas normativas* como *objetos* de criminalização – sem falar na incômoda proximidade com a teoria sistêmica de JAKOBS, que despreza o bem jurídico, tanto como *objeto* de proteção, quanto como *critério* de criminalização (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 16).

As críticas direcionadas por CIRINO DOS SANTOS não atacam a coerência e integridade da teoria do jurista argentino, mas os seus pressupostos. Enquanto o primeiro autor parte de uma teoria materialista-dialética da pena, o segundo parte de uma teoria agnóstica; enquanto o primeiro crê ser necessária e desejável a atuação do poder punitivo em casos extremos, o segundo crê ser ela apenas inevitável, embora indesejável inclusive nos casos extremos.

Partindo-se da premissa de que o poder punitivo é indesejável sempre e absolutamente incapaz de solucionar qualquer conflito – por mais grave que ele seja –, a tese de ZAFFARONI no sentido de que o bem jurídico não é objeto de proteção, mas apenas critério de criminalização, é absolutamente coerente com toda a sua obra, sendo adotada por este trabalho.

⁵³ Ibid., p. 16.

Por outro lado, a comparação da tese de ZAFFARONI com a de JAKOBS não se sustenta de maneira nenhuma. O jurista argentino em nenhum momento sinalizou que o conceito de bem jurídico é dispensável. Pelo contrário, deixa claro que ele é essencial para a formulação dogmática do princípio da ofensividade, o que permite limitar o poder punitivo: “É inegável a absoluta irracionalidade de pretender-se punir a ação que não ofende – por lesão ou por exposição a perigo – ninguém (seja por não afetar o bem jurídico, seja por afetá-lo de modo insignificante)” (ZAFFARONI et al., 2010, p. 215). Tal limitação não se encontra, por óbvio, na tese sistêmica de JAKOBS⁵⁴.

Tais considerações preliminares são importantes para que não se corra o risco, ao se analisarem o princípio da ofensividade e a própria teoria do bem jurídico, de compreendê-los como uma forma de ampliação do poder punitivo, pois, em verdade, têm uma finalidade nitidamente redutora: trata-se de instrumentos dogmáticos de limitação do poder punitivo.

⁵⁴ JAKOBS (2011, p. 161-162) entende que o bem jurídico a ser protegido é a própria norma: “Noutras palavras, jurídico-penalmente o bem não é um objeto externo ou algo similar, mas a norma, enquanto expectativa garantida, e tudo mais seria deveras espantoso: como poderia o Direito, enquanto *estrutura* da relação entre pessoas, ou seja o Direito enquanto espírito normativo, ser representado por um objeto externo?”

3. SECULARIZAÇÃO DO DIREITO: DO DIREITO PENAL CANÔNICO AO MOVIMENTO ILUMINISTA

3.1. Direito penal canônico

Muito importante para a análise do princípio da ofensividade é o resgate histórico do vínculo que, perpassando séculos, existiu entre direito e religião e a tentativa de seu rompimento – ainda que parcial – pelo movimento iluminista. Com isso será possível entender as persistências atuais daquele vínculo, o que reflete, entre outras coisas, na compreensão que se tem do crime como ofensa a bens jurídicos.

BATISTA, ao buscar as matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro, corretamente encontra no “direito penal e penitencial canônico a mais silenciosa porém ao mesmo tempo a mais profunda influência sobre os sistemas penais contemporâneos de nossa ‘família’ jurídica” (2002, p. 163)⁵⁵. Analisar o movimento de tentativa de secularização do direito, portanto, constitui tarefa essencial nesta pesquisa.

Para ZAFFARONI (2012-b, p. 42), é íntima a conexão entre a inquisição e o sistema penal. O autor argentino localiza o *ressurgimento* do poder punitivo nos séculos XII e XIII, quando o soberano decidiu confiscar o conflito das vítimas. Fala-se em ressurgimento, porque, como explica aquele autor, houve um momento histórico em que o poder punitivo teria sido deixado de lado. Após a queda do Império Romano, “os germânicos – a exemplo de quase todos os povos originários de nossa região – apelavam para soluções

⁵⁵ No mesmo sentido se expressa CARVALHO (2014, p. 300): “No entanto, embora as práticas inquisitoriais sejam formalmente erradicadas no século XIX, quando os Tribunais do Santo Ofício são definitivamente abolidos em Portugal (1821) e Espanha (1834), sua matriz material e ideológica predominará na legislação laica, orientando a tessitura dos sistemas penais da modernidade”. FRAGOSO (1994, p. 33) igualmente escreveu que a influência do cristianismo foi extensa e importante, mas concluiu que foi benéfica para o sistema penal: “A influência do direito canônico foi benéfica. Proclamou a igualdade de todos os homens, acentuando o aspecto subjetivo do crime, opondo-se, assim, ao sentido puramente objetivo da ofensa, que prevalecia no direito germânico. Favorecendo o fortalecimento da justiça pública, opôs-se à vingança privada decisivamente [...]. Opôs-se também o direito canônico às ordálias e duelos judiciais e procurou introduzir as penas privativas de liberdade, substituindo as penas patrimoniais, para possibilitar o arrependimento e a emenda do réu”. Não há como se concordar com essa impressão. A influência do direito canônico, como se verá, resultou na consolidação de um sistema processual inquisitório e de um sistema penal de autor, afetando sobremaneira a liberdade individual.

reparadoras de seus conflitos”, ou seja, não punitivas. Isso significa que “o poder punitivo não existiu sempre nem em todas as sociedades, como pretendem alguns penalistas”⁵⁶. No Brasil, por exemplo, antes da chegada dos europeus, existia um direito indígena⁵⁷ que obviamente não tinha as mesmas características do direito europeu. Nos conflitos internos, buscavam-se formas de solução muitas vezes sem o auxílio do poder punitivo⁵⁸, o que comprova a hipótese aventada por ZAFFARONI sobre a sua dispensabilidade.

O confisco do conflito das vítimas teria se dado, na Europa, com a recepção das leis imperiais romanas mais autoritárias⁵⁹ e coincidido temporalmente com o nascimento da inquisição. Para ZAFFARONI et al. (2011, p. 497-499), o método inquisitivo – que se consolidou no século XIII, mas permanece até hoje, embora com algumas limitações⁶⁰ – é o que primordialmente caracteriza o poder punitivo como tal⁶¹.

É grande a importância deste aspecto para a compreensão do princípio da ofensividade e de sua difícil incorporação às instituições jurídicas: enquanto os ilícitos eram resolvidos por duelos ou lutas entre agressor e vítima – isto é, enquanto o conflito não havia

⁵⁶ Ibid., p. 41.

⁵⁷ LOMBROSO (s/d, p. 29), ao afirmar que o “delito entre os selvagens não é mais uma exceção, mas a regra quase geral”, insere-se entre aqueles autores que partem de uma visão eurocentrista e racista em relação aos países colonizados, fechando os olhos para a complexa e distinta realidade cultural de seus habitantes.

⁵⁸ BATISTA explica a distinção de tratamento entre o homicídio de membros de um mesmo clã e de clãs distintos: “O homicídio em sociedades primitivas não pode ser concebido segundo critérios de um direito penal civilizado [...] o homicídio de um membro do próprio clã tem a significação que já se procurou capturar com a expressão ‘suicídio parcial’, pois o autor, enquanto mutila um corpo organicamente indecomponível (o grupo), atinge-se a si mesmo; nessa ordem de idéias, a punição, pela morte, do autor do homicídio, só faria aumentar a extensão do dano. Será sempre necessário, pois, distinguir o homicídio integrupal (que provocará perda da paz, e postulará inexorável vingança, podendo levar à guerra), e o mais improvável homicídio intragrupal, que pode reduzir-se a soluções não penais” (1981, p. 85). Essa hipótese apresentada certamente não se aplicaria a todas as tribos indígenas, visto que o sistema repressivo era aplicado em muitas delas. Serve, contudo, ao menos para desmistificar duas ideias comuns: a de que o sistema penal é necessário em qualquer sociedade e a de que o direito indígena seria composto unicamente por regras de caráter penal. Sobre este último aspecto, cf. WOLKMER (2014, p. 8-9): “Um primeiro aspecto que chama a atenção, na proposta de Malinowski, está na tentativa de desmistificar a lei criminal entendida como núcleo exclusivo de todo e qualquer Direito primitivo, pressuposto que se tornou essencial entre alguns antropólogos do Direito”.

⁵⁹ Sobre a influência do direito romano no direito canônico, cf. MARTINS (2014, p. 211): “A jurisprudência romana subsistiu-se de certa forma através do Direito eclesiástico, uma vez que a igreja desenvolveu-se à sombra do antigo Império Romano, não podendo furtar-se à sua influência. No entanto, os preceitos dos jurisconsultos romanos mantiveram-se sempre como uma fonte supletiva da justiça da Igreja, admitida somente quando não conflitante com os decretos dos concílios ou dos Papas e, sobretudo, com o Direito divino”.

⁶⁰ “O princípio da legalidade penal e o acusatório processual constituíram uma limitação liberal à *inquisitio*, mas de modo algum a substituíram” (ibid., p. 498).

⁶¹ “No *modelo de partes* há duas pessoas que protagonizam o conflito (a que lesiona e a que sofre a lesão) para o qual se procura uma *solução*. No *punitivo*, a vítima fica de lado, ou seja, não é considerada pessoa lesionada, mas sim um signo da possibilidade de intervenção do poder das agências do sistema penal (que intervém quando quer, assim como atua sem levar em conta a vontade do lesionado ou vítima) [...]. Ao rebaixar a vítima a um puro signo habilitante do poder, o autor de uma ação lesiva também fica reduzido a um objeto sobre o qual se pode exercer poder” (ibid., p. 384).

sido confiscado pelo poder público – é evidente que apenas um ato danoso poderia ser considerado criminoso⁶². Não faria sentido – para nenhuma das partes envolvidas – que uma conduta inofensiva provocasse a perda da paz⁶³. No entanto, a partir do momento em que o ofendido passa a ser o soberano, a exigência do dano desaparece⁶⁴. Qualquer conduta que ofenda sua autoridade torna-se passível de punição⁶⁵. Como a pena, em vários casos, pode ser convertida em prestações pecuniárias, a criminalização passa a ser um negócio bastante lucrativo aos detentores do poder⁶⁶.

⁶² HASSEMER (2005, p. 56) identifica no surgimento da teoria do bem jurídico justamente uma revalorização da vítima no conflito criminal: “‘A conduta humana somente pode ser então injusto penal, quando lesiona um bem jurídico’ – com esta máxima a *vítima* entrou (novamente) no plano, depois que ela esteve por séculos desaparecida através dos princípios da reprovabilidade, da contrariedade à norma, do procedimento criminal”.

⁶³ Tratando do direito indígena, BATISTA (1981, p. 83) corrobora a necessidade de existir um dano para que haja a reação: “Por outro lado, se o que contava era a existência objetiva da ofensa, a tentativa nunca se apresentaria como entidade punível autônoma, salvo quando o processo executivo, por si mesmo, produzisse algum dano”.

⁶⁴ “Quando o conflito deixou de ser *lesão contra a vítima* e passou a significar *delito contra o soberano*, isto é, quando sua essência de lesão a um ser humano converteu-se em ofensa ao senhor, desvinculou-se da própria lesão e foi-se subjetivando como *inimizade* para com o soberano” (ZAFFARONI et al., 2011, p. 392-393). No mesmo sentido, CUNHA (1979, p. 34), que afirma: “Ela, a autoridade, entra na contenda porque se sente ofendida com o dano, já, então, transformado em infração. E se pensa na infração como a falta moral que atinge a comunidade, representada pelo soberano, ou por ele figurada”.

⁶⁵ Tratando da racionalidade penal moderna e do pensamento político de HOBBS, Rafael QUEIROZ (2012-b, p. 71) escreve: “[...] a lógica da reação estatal ao ilícito torna-se crescentemente autoritária, no sentido neutro e puramente descritivo do termo: o ‘crime’ é cada vez mais visto não como uma ofensa à vítima, mas como uma ofensa ao império soberano da lei que tem no rei o seu representante; e, por isso, a racionalidade punitiva abandona progressivamente uma orientação distributiva e mais voltada à composição, em favor de uma orientação retributiva e mais preocupada com a ‘devolução’ da violação ao pacto expresso pela legislação, bem como de reafirmação da autoridade da lei. [...] a medida da pena é a gravidade do delito, que é dosada com alguma independência em relação ao dano concreto sofrido pela vítima. Ou, dito em outras palavras: a verdadeira vítima do crime é a sociedade, o corpo social; a vítima concreta, que sofreu a ação delitiva, vai pouco a pouco sendo relegada ao papel de mero objeto da ação criminosa”. Esse confisco do conflito da vítima, no entanto, conforme mencionado por ZAFFARONI, já havia ocorrido com o direito penal medieval, razão pela qual se discorda do autor quando identifica tal situação apenas em etapa posterior a HOBBS.

⁶⁶ O insuspeito LOMBROSO (s/d, p. 59-74), ao tratar da “transformação da vingança em compensação”, escreveu a respeito da invenção de figuras criminosas não conflitivas o seguinte: “Mas a mudança foi sobretudo resultante do crescimento das riquezas, da posse da propriedade, graças à qual era possível reparar o dano em uma proporção mais equilibrada. E esta instituição por sua vez aumentou o poder dos chefes, que tinham por missão determinar a pena e infligi-la [...]. Parece certo que a maioria desses delitos foram inventados por esses reis, como o fizeram mais tarde os Césares de Roma, por razões financeiras [...]. Eis porque depois dos chefes, não havia homens mais dispostos a reprimir os delitos (dando preferência aos atos que a superstição fazia considerar delitos e que não seriam sequer contravenções para nós) [...]. Perseguido os criminosos verdadeiros ou supostos, aumentavam sua própria autoridade”. BATISTA (2002, p. 247) informa que, durante a inquisição, bula papal de 1252 sugeriu a criação, em cada localidade, de um grupo de doze “bons católicos” que estariam encarregados de prender os heréticos e arrestar seus bens, “dos quais um terço lhes tocaria”, o que indica, novamente, o lucro que algumas pessoas podem obter com o sistema penal. BECCARIA (2003, p. 99-100) escreveu: “Tempo houve em que todas as penas eram pecuniárias. Os delitos dos súditos eram para o príncipe uma espécie de patrimônio. Os atentados contra a segurança pública eram objeto de lucro, a respeito do qual se sabia especular”. Contemporaneamente, leis estaduais (p. ex., Lei nº 14.320/11 do Estado de Pernambuco) que gratificam policiais por produtividade – aferida, entre outras coisas, pelo número de prisões – inserem-se neste contexto.

Além da influência que o confisco do conflito da vítima exerceu na subjetivação do delito, deve-se destacar o papel da Igreja Católica nesse fenômeno. De acordo com MARTINS (2014, p. 211), o “Direito canônico manteve-se, durante toda a Idade Média, como o único Direito escrito e universal”. Se é certo que a inquisição se iniciou nos séculos XII e XIII, isso não se deu de uma hora para outra. Houve todo um movimento anterior da igreja que ao final culminou com a consolidação de um poder repressivo religioso não apenas interno, direcionado apenas aos fiéis, mas também e principalmente externo, direcionado aos pagãos. Esse movimento histórico foi muito bem analisado por BATISTA (2002, p. 163-270) e será mencionado adiante. Antes, porém, devem ser destacadas as premissas filosóficas que permitiram o seu desenvolvimento⁶⁷.

Ao tratar da filosofia do direito medieval, o cristianismo, MASCARO aponta uma distinção significativa entre ela e a filosofia grega. Enquanto, para esta última, a verdade deveria ser buscada livremente, para aquela, “há uma verdade revelada [...] e que, portanto, não comportará crítica nem indagação [...]. A fé começou a ser considerada mais importante que a razão” (2012, p. 97). O autor informa que, no século V, o cristianismo já estava absolutamente institucionalizado e dogmaticamente consolidado. Um dos principais dogmas do cristianismo, que surgira já com Paulo de TARSO, conhecido como São Paulo, e fora confirmado, posteriormente, por Santo AGOSTINHO (354-430), era que o homem devia obediência às autoridades terrenas, visto que seu poder derivaria de deus: “A submissão aos poderosos, escolhidos por Deus, é o sinal dessa nova justiça”⁶⁸.

O pensamento de AGOSTINHO tornou-se a doutrina oficial da igreja e da filosofia. Ele distinguia a cidade humana – naturalmente eivada de vícios e pecados, pois pecadores seriam todos os homens – da cidade de deus. A justiça estaria apenas nesta última. Não seria possível buscá-la por meio de atos virtuosos no plano terreno, pois apenas pela fé se poderia alcançar a salvação⁶⁹.

Com São Tomás de AQUINO (1225-1274) a igreja passou a dialogar com o pensamento da filosofia clássica da Grécia antiga. Ao contrário de AGOSTINHO, entendia que, assim como a fé, a razão tinha alguma importância, sendo possível a identificação e a

⁶⁷ Conforme afirma BINI, nas considerações iniciais à obra *Do espírito das leis*, “Toda transformação efetiva nos governos políticos que altera a realidade social e econômica tem sua origem e germen na reflexão filosófica” (MONTESQUIEU, 2004, p. 30).

⁶⁸ Ibid., p. 101.

⁶⁹ Ibid., p. 104-105.

busca de atos (externos) justos e virtuosos. Ele identificava três espécies de lei: a lei eterna, que é a razão divina e não pode ser conhecida; a lei divina, que é a regra de deus anunciada por meio de revelações e, finalmente, a lei natural, alcançável pelos homens mediante o uso da razão. A lei natural não seria cognoscível apenas pelos que têm fé, mas, igualmente, pelos pagãos, pois, a despeito de não possuírem fé, possuem a razão necessária para o seu conhecimento⁷⁰.

Tendo em vista que as leis divinas – reveladas aos homens – não poderiam ser questionadas, naturalmente não se exigia, em relação a elas, qualquer racionalidade terrena. Por mais irracionais que parecessem sob a perspectiva humana – por, por exemplo, punirem condutas que não ofendiam qualquer bem jurídico e não causavam qualquer conflito social –, deveriam ser respeitadas por todos. A filosofia medieval, que não distingue propriamente o âmbito religioso do político, confunde, portanto, crime com pecado⁷¹.

BATISTA definirá o sistema penal canônico como “o instrumento de uma ordem totalizante e inexorável” (2002, p. 165). O autor cita texto bíblico que já indicava a pretensão da igreja em decidir não somente sobre questões internas (referentes à fé) e com sanções apenas religiosas, mas sobre questões externas (conflitos interpessoais) e com sanções jurídicas⁷². Pouco a pouco isso foi sendo concretizado, passando a igreja a tornar-se uma instituição do Estado⁷³.

⁷⁰ Ibid., p. 113.

⁷¹ BATISTA (2002, p. 163-164) afirma: “A promiscuidade conceitual entre *delito* e *pecado*, da qual resulta a sacralização do primeiro e a politização do segundo, abrirá ao direito penal canônico uma perspectiva de *intervenção moral* comparável a poucas experiências judiciais da antiguidade, e cabalmente inédita quanto ao totalitarismo do discurso e à expressão quantitativa de suas vítimas. Essa *intervenção moral* do sistema penal estará doravante legitimada para ocupar-se do pensamento, porque o pecado (e logo, o delito) pode perfeitamente residir no pensamento, seja ele uma inquietação herética ou um desejo sexual nefando”.

⁷² “O apóstolo Paulo [...] reprovava que o deslinde de ‘negócios terrenos’ entre cristãos pudesse submeter-se a um ‘tribunal daqueles que não têm nenhuma aceitação na igreja’, e que fosse ‘um irmão a juízo contra outro irmão, e isto perante incrédulos’. Este princípio está na raiz de uma primitiva intervenção arbitral dos bispos [...] para dirimir conflitos na comunidade cristão, que alcança também a forma de uma jurisdição eclesiástica – inclusive penal” (BATISTA, 2002, p. 170).

⁷³ BATISTA menciona que, já em 318, Constantino reconheceu a competência arbitral dos bispos e, em 331, outorgou-lhes jurisdição civil (ibid., p. 171); em 545, Justiniano considerava que os hereges realizavam obra do diabo, razão pela qual lhes cominava penas (ibid., p. 173). Há oito características principais desse modelo: reconhecimento da jurisdição penal eclesiástica plena para delitos contra a fé; reconhecimento concorrente da jurisdição penal eclesiástica para crimes que, embora não sejam contra a fé, também ofendam preceitos cristãos; articulação entre administração eclesiástica e administração estatal para imposição de penas, inclusive as de morte; foro privilegiado para os clérigos; atuação descentralizada, por territórios, com ênfase para a figura do bispo; concepção penológica binária, com a convivência da pena medicinal e da vindicativa; aculturação eclesiástica de elementos jurídicos germânicos; concentração de poder com favorecimento do procedimento inquisitório (ibid., p. 175).

Igreja e Estado passam a protagonizar diversos episódios de conflitos. A reforma gregoriana, ocorrida no século XI, teve especial importância nisso, pois, num momento em que a autoridade real passou a entrar em crise com a instalação do feudalismo, concentrou poderes nas mãos do papa. Esses poderes envolviam a exclusividade de jurisdição em relação aos bispos bem como a competência legislativa no âmbito do direito canônico. Externamente, “o papa se afirmará detentor originário do poder de governar, que delegará aos reis, podendo portanto excomungá-los e destituí-los” (BATISTA, 2002, p. 179)⁷⁴. Como o papa podia legislar, havia conflitos entre as leis estatais e as canônicas; mesmo aquelas, porém, não podiam fugir dos princípios religiosos, mormente pelo risco de destituição do rei pelo papa.

Em 1215, ano que BATISTA considera essencial para a compreensão desse fenômeno, um cânone do IV Concílio de Latrão estabeleceu a obrigatoriedade da confissão anual, o que subjetivava ainda mais a concepção do ilícito⁷⁵. Um aspecto bastante relevante do direito penal canônico foi chamado, por BATISTA, de ilicitude contínua, “corolária da cosmovisão canônica alicerçada na antinomia entre o bem e o mal, entre a graça e a perdição” (2002, p. 206). O fato objetivo era absolutamente irrelevante para a configuração do crime (que, repita-se, confundia-se com o pecado). Em alguns casos, o fato funcionaria como “mero complemento da ilicitude preexistente”; em outros, “a responsabilidade dispensará qualquer acontecimento objetivo, como em certas situações de heresia, onde o ‘fato’ delituoso residirá na simples crença herética”.⁷⁶

Ao comentar a inquisição medieval e o genocídio provocado por ela, BATISTA faz uma interessante análise relacionando o pensamento vigorante naquela época com a política criminal de drogas atual. Após frisar ser “hoje ponto pacífico entre historiadores que na cruzada contra os albigenses a questão da heresia não foi mais que o pretexto original para uma disputa política”⁷⁷, ele se pergunta quanto tempo decorrerá até que se perceba o

⁷⁴ De acordo com NASPOLINI (2014, p. 285), na Baixa Idade Média, “os reis recebiam o seu poder da Igreja, que os sagrava e podia excomungá-los”.

⁷⁵ “Partamos da distinção canônica fundamental entre o *forum externum*, que trata da jurisdição sobre delitos, e o *forum internum*, que se ocupa dos pecados; este último tem no sacramento da penitência [...] o seu centro. O confitente submete ao confessor mesmo sua ‘simples intenção’, mesmo o mero ‘desejo pecaminoso’ (Schiappoli), a ‘vontade nua’ (Manzini); trata-se de uma espécie nova de ilicitude totalmente subjetivizada” (BATISTA, 2002, p. 198).

⁷⁶ Ibid., p. 206.

⁷⁷ Ibid., p. 239.

papel político que “desempenha a guerra contra as drogas recomendada nas decretais dos presidentes norte-americanos”⁷⁸.

Além dos delitos contra a fé (*delicta mere ecclesiastica*), o direito penal canônico cuidava, igualmente, dos crimes comuns perpetrados por (ou contra) clérigos (*delicta saecularia*) e dos crimes mistos, que envolviam ofensa ao Estado e à igreja (*delicta mixta*). Dentre estes últimos, vale mencionar o tratamento extremamente rígido que se dava aos crimes sexuais, o que refletiu em diversos dispositivos legais que apenas recentemente foram revogados da legislação brasileira, como, por exemplo, os tipos penais que sancionavam o adultério e o rapto. O tipo penal da bigamia, por sua vez, permanece em vigor, cominando pena não desprezível de 2 a 6 anos de reclusão⁷⁹. Diversos países mantêm a criminalização do incesto, da homossexualidade e do próprio adultério⁸⁰, demonstrando, portanto, a forte persistência do pensamento religioso nas práticas penais atuais. BECHARA (2014, p. 332) aponta criticamente o fato de terem sido recentemente declarados constitucionais, na Alemanha e na Itália, os tipos penais que criminalizam o incesto.

A ideia de que o prazer sexual é pecaminoso dominou o pensamento canônico, tornando, assim, ilícitas as relações que visassem apenas a ele, não à procriação⁸¹. Como a finalidade da relação sexual não poderia ser o prazer, chegava-se ao extremo de punir o coito anal, ainda que praticado entre homem e mulher dentro do casamento (“sodomia imperfeita”), pois era considerado crime contra a natureza. Influenciados por esse entendimento, contemporaneamente penalistas ainda se referem à conjunção carnal como cópula *secundum natura*⁸², dando a entender que, por exclusão, as outras espécies de relação sexual são contrárias à natureza.

Diante dos grandes massacres que a intolerância no campo político-religioso causou, desde as mortes provocadas pela inquisição até as guerras travadas entre católicos e

⁷⁸ Id.

⁷⁹ Nas Ordenações Filipinas, punia-se a bigamia com a morte (PIERANGELI, 2013, p. 819).

⁸⁰ BECCARIA deslegitimaria, de alguma forma, a criminalização do adultério e da pederastia argumentando sobre sua ineficácia para prevenir tais condutas: “[...] não é possível chamar exatamente justa ou necessária (o que vem a ser o mesmo) a punição de um crime que as leis não procuram prevenir com os melhores meios possíveis e conforme as circunstâncias em que se acha um país” (2003, p. 93).

⁸¹ “O fato é que o direito canônico, pela relevância religiosa que atribui ao tema, tem-se como legitimado para estabelecer a prática sexual lícita (da qual [...] deveria estar ausente o prazer): todas as demais práticas são ilícitas e criminalizadas” (BATISTA, 2002, p. 217).

⁸² “Portanto, e é isso o que nos interessa aqui, por conjunção carnal se deve entender a cópula *secundum natura*, o coito vaginal” (PIERANGELI, 2013, p. 738).

protestantes, era natural surgirem pensadores que defendessem a tolerância religiosa⁸³. A confusão entre crime e pecado e o genocídio religioso que ocorria na época influenciaram o pensamento liberal na busca de limites à atuação do Estado, que não seria possível sem a sua separação da igreja⁸⁴.

3.2. Do Renascimento ao Iluminismo

Surgem, então, a partir do século XV, juntamente com a Idade Moderna, novos movimentos filosóficos. MASCARO (2012, p. 127) identifica três: o Renascimento⁸⁵, no início do século XV; o Absolutismo, que se forma a partir do século XVI, e o Iluminismo, que tem seu início no século XVII e esplendor no século XVIII.

O Renascimento se caracterizou pelo resgate do pensamento clássico, que havia sido abandonado no medievo: “Desde Paulo de Tarso [...], cria-se que o poder humano era dado pela vontade divina. O Renascimento apontará para caminho distinto: o poder pertence aos homens” (MASCARO, 2012, p. 128). MAQUIAVEL (1469-1527) se insere nesse contexto, pois estudaria o poder “fugindo do dogmatismo e das teorias justificadoras morais

⁸³ BECCARIA (2003, p. 93-94), ao tratar das punições decorrentes de intolerância religiosa na Idade Média, assim escreveu: “Aqueles que lerem esta obra notarão sem dúvida que não fiz menção de um tipo de crime cujo castigo encheu a Europa de sangue humano. Não descrevi esses espetáculos terríficos em que o fanatismo erguia permanentemente fogueiras, onde corpos humanos alimentavam as chamas, em que a turba feroz se comprazia em escutar os gemidos abafados dos desgraçados, em que os cidadãos corriam, como a um divertimento, para contemplar a morte dos seus irmãos [...]. Seria necessário demonstrar ainda como algumas dessas crenças, tornando-se mais claras pela fermentação dos espíritos, podem fazer nascer do choque das opiniões a verdade, que então sobrepára após ter destruído o erro, enquanto outras seitas, pouco estáveis em seus fundamentos, têm necessidade, para se fixarem, de se apoiarem na força [...]. No que respeita a mim, apenas discorro aqui dos delitos que pertencem ao homem natural e que desrespeitam o contrato social; devo silenciar, contudo, sobre os pecados cujo castigo, ainda temporal, deve ser ordenado conforme regras outras que não as da filosofia”.

⁸⁴ Hugo GROTIUS, por exemplo, em 1625, visou a estabelecer uma doutrina da guerra justa numa perspectiva que distinguia a teoria moral da noção de uma lei divina. Mas como assevera KENNY (2009, p. 317): “Isso não significa que Grotius era um incrêdo, mas sua experiência das guerras religiosas e a frustração de seus próprios esforços a favor de uma unificação cristã levaram-no a concluir que as crenças religiosas individuais eram uma base inconfiável para uma sólida ordem internacional”. Importa salientar a grande crítica que ROUSSEAU fazia ao pensamento de GROTIUS, o qual, a despeito desse avanço no que tange à secularização, não era um liberal, mas um defensor de ideias despóticas. Cf. ROSSEAU (2013, p. 14-17).

⁸⁵ Sobre a conexão entre o Renascimento e o Iluminismo, cf. NEDER (2007, p. 75): “Neste processo de recuperação do humanismo renascentista, não houve uma continuidade propriamente dita; os vários e, muitas vezes, contraditórios racionalismos renascentistas não podem, linearmente, ser identificados com o racionalismo iluminista, de inspiração cartesiana. Entretanto, em ambos movimentos existiu uma proximidade de objetivos; particularmente no que diz respeito ao direito, ambos investiram contra as concepções medievais de direito”.

ou espirituais” e, a despeito de ser visto como um teórico do absolutismo, “inclinava-se pela conveniência dos Estados republicanos” (ANITUA, 2008, p. 92-93). Nesse mesmo sentido é a opinião de MASCARO⁸⁶, quando afirma que, em que pese sua teoria tenha lançado germes para a futura tradição absolutista, seus horizontes eram o bom governo e a ordem social, ou seja, estava no contexto do humanismo e do Renascimento⁸⁷.

O Absolutismo, por sua vez, teria ingressado no pensamento filosófico com Jean BODIN⁸⁸ (1530-1596). É retomado, no plano das ideias filosóficas, o vínculo entre poder terreno e divino: “A noção de que o poder humano é derivado do poder divino volta à carga. Tal teoria, na Idade Média, serviu como respaldo do poder do senhor feudal. Agora, servirá ao poder dos reis” (MASCARO, 2012, p. 130-131). Surge, na Inglaterra, a teoria jurídica dos dois corpos do Rei: um é humano e o outro divino.

O Absolutismo possui um paradoxo bem apontado por MASCARO. Por um lado, recuperam-se as teorias teocráticas para se buscar a legitimidade do poder real em deus. Por outro, passa a ser possível a neutralização das disputas religiosas entre católicos e protestantes, pois o rei encarnava o próprio deus. Seu poder, portanto, não era limitado sequer por preceitos divinos⁸⁹.

Houve, assim, embora bastante paradoxalmente, uma tentativa de secularização do Estado – ao menos no que se refere ao conteúdo –, ainda que, no tocante à forma, a legitimidade dos governantes permanecesse derivada de deus. Para a boa compreensão desse aspecto, confira-se a lição de Ernst H. KANTOROWICZ⁹⁰:

Por fim, a aceitação da ideia moderna de Estado pressupõe que se reconheça que a sociedade política existe unicamente para fins políticos. Seria impossível aceitar essa perspectiva secularizada enquanto se supôs que todos os governantes temporais tivessem o dever de zelar por um governo leal a Deus e pacífico. Os reformadores do século XVI concordavam plenamente com seus adversários católicos nesse aspecto:

⁸⁶ Ibid., p. 130.

⁸⁷ KENNY, no entanto, parece não acreditar nos propósitos humanistas de MAQUIAVEL: “Um príncipe maquiavélico é um autocrata absoluto [...]. O governante autocrático pode, sob circunstâncias apropriadas, ignorar a legalidade, a moralidade e a opinião pública” (2009, p. 307-308).

⁸⁸ O absolutismo monárquico, como prática, se consolidou já no Renascimento (ANITUA, 2008, p. 89). O destaque cronológico do texto diz respeito apenas à perspectiva teórica.

⁸⁹ “Com isso, o Absolutismo, lastreado o mais possível na teologia, começou no entanto a afastá-la do próprio Estado. O Rei adquiria seu poder de Deus, mas, justamente por ser absoluto, não administrava limitado a preceitos morais” (MASCARO, 2012, p. 131).

⁹⁰ Apud MASCARO (op. cit., p. 130).

todos insistiram em que um dos principais objetivos do governo deveria ser o de preservar a ‘verdadeira religião’ e a Igreja de Cristo. Como vimos, isso significa, por sua vez, que as convulsões religiosas da Reforma deram uma contribuição paradoxal, e no entanto vital, para cristalizar-se o conceito moderno e secularizado de Estado. Isso porque, assim que os defensores de credos religiosos rivais se mostraram dispostos a travar entre si um combate de morte, começou a evidenciar-se, aos olhos de diversos teóricos da linha *politique*, que, para se ter alguma perspectiva de obter a paz cívica, os poderes do Estado teriam que ser desvinculados do dever de defender uma determinada fé. Quando Bodin afirmou, nos *Seis livros da república*, que para todo príncipe deveria ser óbvio que as ‘guerras travadas por questões religiosas’ na verdade não eram ‘fundamentadas em assuntos diretamente concernentes ao Estado’, ouvimos pela primeira vez a voz genuína do moderno teórico do Estado.

Para outros autores absolutistas, porém, o poder monárquico não buscava sua legitimidade na religião, mas na própria razão. ANITUA aponta HOBBS (1588-1679) como um dos grandes teóricos desse movimento, pois racionalizou a necessidade de um Estado absolutista com fundamento num contrato social “para assegurar a ordem, a paz e a segurança de todos” (ANITUA, 2008, p. 94). O estado de natureza, em seu pensamento, seria um estado de guerra de todos contra todos. Apenas um contrato social poderia trazer paz. Nesse contrato, cediam-se ao soberano todos os direitos, inclusive sobre a própria vida ou morte dos súditos e “é no âmbito do punitivo que isto se evidencia e é colocado em prática”⁹¹. MONTESQUIEU (1689-1755) afirmava que, nos Estados despóticos, a principal característica era o *temor*⁹², o que justificava a crueldade do sistema penal.

Importante mencionar que HOBBS, no capítulo XXVII do *Leviatã*, distinguiu claramente o crime do pecado, o que demonstra que seu pensamento, embora de índole absolutista, tendia para a secularização do direito. De sua obra podem-se extrair, embora

⁹¹ Id. Anthony KENNY (2009, p. 317-324), embora reconheça que, para HOBBS, nada havia acima do soberano (“O soberano não é em si uma parte do pacto, e portanto não pode violá-lo”), nega que o sistema proposto por ele seja totalitário, visto que concedia “amplo espaço para a desobediência civil”. Em suas palavras: “O sistema não é totalitário, a despeito de sua ênfase na soberania absoluta, porque em seu interior o Estado existe para o benefício dos cidadãos, e não o inverso. A despeito de sua lealdade aos soberanos da casa dos Stuart, Hobbes não acreditava na doutrina do direito divino dos reis proposta pelo fundador da dinastia, o rei Jaime I. Para ele, os direitos do soberano derivam não de Deus, mas dos direitos daqueles indivíduos que renunciam a eles para tornar-se seus súditos”.

⁹² “Indivíduos capazes de serem muito ciosos de si mesmos estariam em condição de realizar revoluções. É, portanto, necessário que o temor abata todas as coragens e extinga até o menor sentimento de ambição [...]. Nos Estados despóticos, a natureza do governo exige uma obediência extrema; e a vontade do príncipe, uma vez conhecida, deve exercer tão infalivelmente seu efeito quanto uma bola lançada contra outra deve exercer o seu” (MONTESQUIEU, 2004, p. 68). Ainda sobre os governos despóticos, o mesmo autor afirmou à frente: “Nesses Estados, a religião exerce mais influência do que em quaisquer outros: ela é um temor somado ao temor” (ibid., p. 99).

evidentemente de maneira não sistematizada – por se tratar de escrito sobre política, não dogmática –, tanto o princípio da legalidade como, de forma bastante embrionária, o da ofensividade⁹³.

Para MASCARO, o Absolutismo inicialmente atendia aos interesses da classe burguesa, visto que a unificação dos Estados, ao romper com o segregacionismo dos feudos, possibilitaria uma maior envergadura comercial⁹⁴. No entanto, após a superação do feudalismo e a consolidação do sistema absolutista, a mesma burguesia percebeu que essa nova lógica também não lhe favorecia. Primeiro porque, por fazer parte do povo, ela não participava dos privilégios da nobreza. Depois porque é inerente ao Absolutismo a ausência de liberdade, o que afetava sobremaneira as transações burguesas. Desenvolve-se, então, uma nova reflexão sobre os limites do Estado. Essa reflexão, que já tinha se iniciado no século XVII⁹⁵, se firmará no século XVIII com a consolidação do Iluminismo.

O pensamento de HOBBS, embora represente o grande marco teórico do Absolutismo, ao mesmo tempo lançou sementes para a construção de uma doutrina liberal burguesa que, posteriormente, apropriou-se da figura do contrato social para defender justamente o oposto: um sistema teórico antiabsolutista (MASCARO, 2012, p. 162). Se, para HOBBS, o contrato social fundamentava o poder absoluto do soberano, para LOCKE (1632-1704) e ROUSSEAU (1712-1778), aquela mesma figura teórica fundamentará a

⁹³ É certo que o autor enxergava apenas uma das funções do princípio da ofensividade – a que proíbe a punição de atos internos e pensamentos –, mas, considerando que sua obra foi publicada em 1651, já era um enorme avanço. QUEIROZ (2012-b, p. 106), ao comentar a ideia de HOBBS exposta no capítulo XXVII de sua obra, escreve: “Assiste-se já aqui ao primeiro passo de um processo de especificação do delito jurídico na modernidade, que passará a ser definido como aquilo que provoca perturbação social (externa)”.

⁹⁴ “As necessidades econômicas, políticas e sociais que levaram ao Absolutismo eram claras: a atividade burguesa clamava por unidades territoriais maiores que os burgos, que eram até então apenas interstícios entre os feudos. Os estados nacionais, para sua unificação, demandavam um soberano forte, que impusesse regras gerais e desse origem a uma ordem centralizada. O paradoxo do Absolutismo foi que, no início, ele foi útil tanto à nobreza – descendente do interesse feudal e agora centralizada na figura do monarca – quanto à burguesia” (MASCARO, 2012, p. 134). No mesmo sentido, TRINDADE (2002, p. 25): “Decididamente, a sociedade feudal não combinava com as possibilidades que os burgueses viam diante de si. Os laços senhoriais e a ideologia que os legitimavam eram camisas de força para expansão do mercado, crescimento do trabalho assalariado, florescimento da produção de mercadorias – enfim, para o maior enriquecimento desses empreendedores plebeus das cidades”.

⁹⁵ ANITUA (2008, p. 100) apresenta como “primeiros pensadores do limite ao poder” os fundadores do direito natural. Entre outros, cita o juiz inglês Edward COOKE (1549-1634) e o holandês Hugo de GROTIUS (1583-1645): “Todos eles foram precursores do pensamento liberal, e do chamado ‘jusnaturalismo moderno’ que pregava a separação radical entre moral e direito. Só dessa forma se poderia deixar de pensar com categorias teológicas, como continuaria sendo a regra no Antigo Regime. A ‘ciência’ de Galileu e outros chegava definitivamente à discussão política e jurídica. A liberdade e a tolerância começavam a ser necessidades do capitalismo numa nova fase, e em especial dos burgueses que se aproveitariam delas. Também nos autores mencionados, começa-se a vislumbrar a ideia de ‘constituição’ para assegurar esses direitos e a paz social” (ANITUA, 2008, p. 100).

soberania popular, a democracia e a limitação de poderes do governante, que passa a ser mero representante dos interesses do povo. De acordo com MASCARO (2012, p. 150):

Para a filosofia política moderna iluminista, o poder político não pode se assentar no acaso, nem nos costumes, nem na tradição nem em pretensões de delegação divina, como era o caso no Absolutismo. Somente a vontade dos indivíduos pode gerar o poder político legítimo.

Passou-se a dar muita importância à razão individual – em detrimento da divindade e da tradição⁹⁶ –, surgindo a ideia de um direito natural⁹⁷ de cunho racionalista, conhecido como jusracionalismo. Esse direito teria caráter universal e eterno⁹⁸ e os Estados deveriam apenas reconhecê-lo e ordená-lo conforme à razão. Teria, portanto, caráter pré-estatal. O Estado o declara e o positiva, mas não o constitui⁹⁹. Ademais, os princípios de direito natural – dentre os quais o mais importante era o direito à propriedade privada – eram pensados de modo a não serem flexibilizados, o que fez com que MASCARO observasse: “A burguesia necessita de regras inquebrantáveis”¹⁰⁰.

Buscavam-se fundamentalmente limites ao exercício do poder. E talvez ROUSSEAU tenha sido o autor mais incisivo em suas críticas ao Absolutismo:

Dir-se-á que o déspota assegura aos seus súditos a tranquilidade civil. Que seja! Mas que ganham eles com isso se as guerras que a ambição do déspota lhes atrai, se sua avidez insaciável, se as vexações impostas pelo seu ministério os arruinam mais do que suas dissensões? [...]. Vive-se também tranquilo nas masmorras. Será isto suficiente para que nos sintamos bem

⁹⁶ Isso se verifica de maneira bastante clara em LOCKE (2012, p. 91-92): “Este discurso não tem a intenção de seguir nem de deixar para trás nenhuma autoridade: almeja apenas a verdade [...]. Espero que não me julguem arrogante se sugiro que progrediremos mais na descoberta de *conhecimento* racional e contemplativo das próprias coisas se *procurarmos* por ele em sua fonte”.

⁹⁷ Como frisa MASCARO (2012, p. 152-153), o “*direito natural*, para os modernos, tem um sentido bastante diverso daquele empregado pela tradição. Nos gregos – tendo no seu ápice Aristóteles –, a noção de direito natural era tomada noutro sentido, o de busca de natureza das coisas (...). Tanto assim que o pensamento aristotélico insiste na prudência e na equidade, em vez de uma pura razão especulativa. Tomás de Aquino, entre os medievais, aristotelizando a filosofia cristã, inscreverá o direito natural entre as leis divinas dadas ao conhecimento racional humano. Se, por um lado, há quase certo fisicismo com Aristóteles, por outro há grande carga teológica no jusnaturalismo tomista”.

⁹⁸ “O homem, como ser físico, é, como os demais corpos, governado por leis invariáveis” (MONTESQUIEU, 2004, p. 46).

⁹⁹ O jurista brasileiro PONTES DE MIRANDA (1960, p. 237) afirmaria dois séculos depois: “Direitos fundamentais valem *perante* o Estado, e não *pelo acidente da regra constitucional*”.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 154.

no interior delas? [...]. Enfim, trata-se de uma convenção vã e contraditória estipular de um lado uma autoridade absoluta e, de outro, uma obediência ilimitada (ROUSSEAU, 2013, p. 16-17).

Outro aspecto fundamental do pensamento ilustrado diz respeito à tolerância, bastante pregada, entre outros autores, por VOLTAIRE (1694-1778): “Na medida em que afasta o arbítrio de um monarca, o Iluminismo também afasta a perseguição às ideias contrárias ao detentor do poder estatal”¹⁰¹.

Merece destaque, porém, este fato: é tão grande a influência cristã no mundo (ao menos na parte ocidental) que vários autores iluministas, ainda que pregassem a secularização do conhecimento (e, em decorrência disso, do direito), não abandonavam os ideais cristãos – muitos eram católicos fervorosos –, apenas tentavam separá-los, de alguma forma, das ideias filosóficas e políticas¹⁰². São diversas as menções a deus nas obras de LOCKE¹⁰³, BECCARIA (1738-1794)¹⁰⁴ e MONTESQUIEU¹⁰⁵, apenas para citar três autores. Em relação ao último, vale destacar que, após a publicação de sua principal obra, em 1747, diversos religiosos a atacaram. Ele tentou defendê-la, afirmando que “se tratava

¹⁰¹ MASCARO (op. cit., p. 157). Sobre o possível paradoxo entre as ideias de direito universal e tolerância, escreve o mesmo autor: “Embora fundada sob o eixo do interesse individual, a tolerância em face do que seja distinto é uma das marcas que logo demonstram os impasses do jusnaturalismo moderno. Há uma tensão irresoluta entre a tolerância e o direito à distinção, o que leva à dificuldade de se fincar uma razão jurídica que se pretenda universal” (Ibid., p. 158).

¹⁰² Em *O contrato social*, há referências irônicas à divindade. Ao refutar as falsas doutrinas de autoridade, ROUSSEAU (2013, p. 14), diferentemente do que faziam os outros pensadores, satirizava: “Nada disse sobre o rei Adão, nem sobre o imperador Noé [...]. Espero que apreciem essa moderação de minha parte, pois descendente direto de um desses príncipes e, quiçá, do tronco mais antigo, quem sabe se mediante a verificação dos títulos não me descobriria como sendo o legítimo rei do gênero humano?” Mais à frente: “Obedecei aos poderes. Se isto significa: cedei à força, o preceito é bom, mas supérfluo e digo que jamais será violado. Todo poder provém de Deus, admito-o, mas também toda doença. Significará isto que seja proibido chamar o médico?” (Ibid., p. 15).

¹⁰³ LOCKE (2012; 2014, passim). O autor inicia o *Segundo Tratado sobre o Governo Civil* resumindo as premissas que havia explicado no *Primeiro Tratado*. Assevera que Adão não possuía, por direito natural ou dádiva divina, autoridade sobre seus descendentes ou domínio sobre o mundo. Ainda, porém, que ele fosse dotado de tal direito, este não seria transmissível aos herdeiros. Além disso, o próprio “conhecimento de qual linhagem de Adão seria a mais antiga perdeu-se totalmente com o tempo” (2014, p. 27). Ele deslegitimou, portanto, o fundamento divino do Absolutismo. Não obstante, é nítida a influência de deus em sua doutrina. Em determinado momento, afirmava: “Somos obra de um poderoso e infinitamente sábio Criador, obedientes a um único soberano” (ibid., p. 30). As citações bíblicas e referências ao “infinitamente sábio Criador” perpassam toda a sua obra e são utilizadas, inclusive, como argumentos – que se combinam com os de cunho estritamente racional – de amparo à sua tese do contrato social.

¹⁰⁴ BECCARIA (2003, p. 14): “É atribuição dos teólogos fixar os limites entre o justo e o injusto, de acordo com a maldade ou a bondade intrínsecas da ação. Ao publicista, cabe-lhe estabelecer esses limites em política, quer dizer, sob as relações do bem e do mal que a ação possa fazer à sociedade. Essa última finalidade não pode provocar nenhum mal à outra, pois todos conhecem o quanto a virtude política está abaixo das virtudes imutáveis que fluem da Divindade”.

¹⁰⁵ MONTESQUIEU (2004, passim).

de uma obra que versava sobre ideias políticas, instituições, leis, costumes de vários povos; que apesar de sua extensão e diversificação, não tinha, de modo algum, nenhum objeto teológico em mira” (BINI, In: MONTESQUIEU, 2004, p. 30)¹⁰⁶. Posteriormente, cedeu às pressões da igreja e concordou, em 1750, a reformar o texto. Isso deixa evidente a influência teológica também nesse novo pensamento que se formava¹⁰⁷, o que torna justificável afirmar que, com o Iluminismo, houve um rompimento *parcial* do Estado com a igreja.

A verdade é que o pensamento religioso nunca foi definitivamente afastado do pensamento político e jurídico-penal, a ponto de um membro do Ministério Público de Santa Catarina, nos dias atuais, se bem que completamente afastado dos ideais iluministas, fundamentar a existência do crime no “pecado original” e pregar um recrudescimento

¹⁰⁶ O mesmo autor afirmou: “Ademais – e este é o ponto nevrálgico da dubiedade de Montesquieu – ele parece se fazer de tolo ou, ao contrário, de impecavelmente sutil, ao afirmar que seu livro não trata de teologia e não ataca, em absoluto, a teologia cristã, dando a entender que se a teologia não era seu objeto e campo de estudo (e muito menos uma crítica a teologia cristã) em *Do Espírito...*, a *política* também não seria assunto de teólogos, religiosos e outros membros da Igreja. Essa postura formalista de Montesquieu tenta escamotear a realidade que o circunda, ou seja, que a Igreja, que de direito e de fato devia se ater e se limitar ao teológico, ao religioso e ao espiritual, *de fato* e não *de direito* fazia política há quase dois milênios na Europa e com intensidade redobrada precisamente naquele momento histórico de enfraquecimento e rápida decadência da monarquia da França” (ibid., p. 31).

¹⁰⁷ Muitos autores temiam se indispor com a igreja. Há notícia de que, em 1633, DESCARTES deixara de publicar alguns textos para não se opor à autoridade da igreja, que acabara de condenar Galileu pela segunda vez. Cf. MOREAU (In DESCARTES, 2003, p. XIII). O mesmo autor afirma: “Descartes, católico, quis todavia constituir sua filosofia como um ‘homem puramente homem’, servindo-se só dos instrumentos intelectuais de que os homens são naturalmente dotados, sem apelar a esta outra fonte de inteligibilidade constituída pela revelação sobrenatural, a palavra de Deus que os cristãos pensam encontrar na Bíblia. Descartes consagra-se, portanto, que nós podemos saber, e não ao que a Igreja pede que se creia [...]. Mais amplamente, pode-se resumir assim em grandes traços a atitude de Descartes perante a revelação e os objetos da fé cristã: professa em relação a elas o mais profundo respeito, mas recusa sempre, tirante raras exceções, imiscuir-se com a teologia revelada, ou seja, buscar explicar ou compreender filosoficamente o dado da revelação” (ibid., p. 8, nota de rodapé nº 20). Embora DESCARTES não tratasse dos dogmas religiosos, o fundamento da razão seria divino, conforme se extrai do seguinte trecho de sua *Carta-prefácio dos princípios da filosofia*: “[...] há um Deus que é autor de tudo o que há no mundo e que, sendo a fonte de toda verdade, não criou nosso intelecto de tal natureza que se possa enganar no juízo que faz das coisas de que tem uma percepção muito clara e muito distinta” (DESCARTES, 2003, p. 10).

penal¹⁰⁸ e um exacerbado e indisfarçado direito penal do autor¹⁰⁹ com base em preceitos bíblicos¹¹⁰.

3.3. Constitucionalismo

O citado movimento político e filosófico racionalista de limitação ao poder soberano deu origem, no âmbito jurídico, ao Constitucionalismo. A partir do momento em que os Estados promulgaram Constituições e estas passaram a incorporar em seus textos os princípios até então sustentados pelas teorias políticas e filosóficas que defendiam o direito natural, foi possível a consolidação do Constitucionalismo¹¹¹.

¹⁰⁸ O seguinte trecho, que aparenta ter sido escrito na Idade Média, é de obra datada de 2014: “Para eliminar o crime na sociedade, teríamos de borrar da alma humana o pecado original, uma empresa quimérica que nem os anjos ousariam. No mundo sobrenatural, seus trágicos efeitos encontram remédio na fecundidade da Redenção de Nosso Senhor Jesus Cristo, bem como na necessidade da graça, da oração e da vigilância para que os homens perseverem. No plano natural, os efeitos mais graves do pecado devem sofrer suficientes sanções públicas, através de uma política criminal apta a destruir os obstáculos que parecem tornar impossível o Reino da paz” (OLIVEIRA, 2014, p. 29).

¹⁰⁹ “Assim como se produziu uma alteração no mundo exterior, pela ação criminosa, também se opera uma mudança interior no indivíduo que a provocou pelo estigma da culpa. Ele se apropria do crime, tornando-se o seu dono. Não teria sentido dizer que, *cessado o ato criminoso, cessa também a culpa*, porque o réu fica convertido ao crime, deixando para trás o seu estado de inculpabilidade” (ibid., p. 30).

¹¹⁰ É com essa realidade cultural punitivista – com óbvia influência na prática penal – que convivemos hoje, a despeito de normativamente o Brasil ser um Estado laico e de, no plano religioso, o próprio Papa FRANCISCO já ter explicitado sua desconfiança com o sistema penal e a necessidade de imposição de severos limites a ele. Em carta de 30/05/2014, enviada à Associação Latinoamericana de Direito Penal e Criminologia, o pontífice afirmou o seguinte: “Mas seria um erro identificar a reparação só com o castigo, confundir a justiça com a vingança, o que só contribuiria para incrementar a violência, ainda que institucionalizada. A experiência nos diz que o aumento e endurecimento das penas com frequência não resolve os problemas sociais nem consegue diminuir os índices de delinquência. E, ademais, podem-se gerar graves problemas para as sociedades, como são os cárceres superpovoados ou os presos detidos sem condenação” (FRANCISCO, 2014, tradução livre).

¹¹¹ O fenômeno do Constitucionalismo é interessante e paradoxal, uma vez que, para que uma Constituição seja aprovada, basta que uma maioria (ou às vezes mesmo uma minoria) com força política relevante (Poder Constituinte Originário) a aprove. E ela, em princípio, valerá – desde que tenha eficácia – ainda que restrinja indevidamente direitos individuais, como ocorre, por exemplo, nos mandados de criminalização previstos no art. 5º, que tornam alguns crimes imprescritíveis, insuscetíveis de graça ou anistia, inafiançáveis, além de criminalizarem – indevidamente – condutas que não afetam bens jurídicos de terceiros (por exemplo, tráfico de drogas entre adultos capazes) e preverem a pena de morte em hipóteses excepcionais (crimes de guerra). Tais restrições jamais poderiam ser feitas pelo Constituinte Derivado, apenas pelo Originário. Isso demonstra a perplexidade dos problemas constitucionais, cujas soluções passam, necessariamente, pela teoria política. Demonstra, ainda, a necessidade de uma teoria forte que estude o fenômeno da inconstitucionalidade das normas constitucionais originárias. Sobre isso, ZAFFARONI e PIERANGELI (2009, p. 123-124) afirmam, ao comentarem os incisos XLII, XLIII e XLIV do artigo 5º da Constituição brasileira, o seguinte: “Estes incisos impedem a liberdade da pessoa durante o processo penal em todos os casos, sem a preocupação com a irracionalidade e a inumanidade que, eventualmente, possa isso representar (...). Isso, sob o ponto de vista jurídico, é bem interessante. Em primeiro lugar, porque traz à consideração um exemplo pouco comum para a discussão da *teoria da inconstitucionalidade de normas constitucionais*, em face da contradição do próprio texto constitucional. Está suficientemente claro que esse texto entre em confronto com o princípio da inocência,

O Constitucionalismo permitiu, de um lado, a imposição de limites formais ao poder soberano, exigindo que as decisões que afetassem os direitos individuais fossem tomadas pelo Poder Legislativo, composto de pessoas que representassem o povo. Assim se resguardaria o que alguns chamam de essência da democracia, ou seja, que as decisões políticas importantes fossem tomadas pela maioria.

De outro lado, houve a imposição de limites materiais. Tais limites materiais visariam a conter o próprio Legislativo, ao evitar que as maiorias ocasionais pudessem suprimir direitos fundamentais de minorias¹¹². BONAVIDES (2009, p. 36), após relacionar a origem do direito constitucional aos princípios ideológicos de organização do Estado moderno que inspiraram a revolução francesa, conclui que a ideia fundamental era a limitação do governo, “mediante a separação de poderes (as funções legislativas, executivas e judiciárias atribuídas a órgãos distintos) e a declaração de direitos”.

Antes mesmo da promulgação das primeiras Constituições, LOCKE, em 1690, no *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, já afirmava que o Legislativo era o poder supremo de cada comunidade civil; nada poderia ser exigido por quem quer que fosse, senão com a autorização daquele poder. No entanto, ressaltava que “o legislativo não é exercido de forma absoluta e arbitrária sobre as vidas e o destino do povo [...] não pode exceder o que aquelas pessoas tinham quando no estado de natureza, e que renunciaram em favor da comunidade” (2014, p. 108). Resta nítida, no pensamento do autor iluminista, a necessidade da dupla limitação, uma formal e outra material.

Em 1859, quando a maioria dos países já possuía uma Constituição, Stuart MILL escreveu obra clássica na qual enfatizou a necessidade da imposição de limites materiais ao Estado (inclusive ao poder Legislativo). Ao explicar que o Estado só pode proibir condutas danosas a terceiros – sendo juridicamente indiferentes condutas autolesivas (como, p. ex., a embriaguez) – seu pensamento pode ser considerado um dos pioneiros em relação ao princípio da lesividade¹¹³.

com a igualdade de todos perante a lei e com a humanidade e a racionalidade das penas (proibição de penas cruéis)”

¹¹² “A lei pode, ela mesma, ser cheia de vontade *só*, de arbítrio, não ser a sábia indicação dos fatos, e ter-se substituído à vontade de um a vontade de alguns. As democracias incipientes ou de fachada dão-nos exemplos gritantes do binômio *representação política + violência*” (PONTES DE MIRANDA, 1960, p. 4).

¹¹³ “Em resumo, onde quer que haja um dano específico, ou um claro risco de dano específico, seja para o indivíduo seja para o público, o caso é tirado da província da liberdade e colocado naquela da moralidade ou da lei. Mas tendo em vista a meramente contingente, ou, como pode ser chamada, injúria construtiva que uma pessoa causa à sociedade, por uma conduta que nem viola nenhum dever específico para com o público, nem,

As limitações formais – que incluem a exigência da separação de poderes (ou funções) – têm como corolário, entre outras coisas, a proibição ao magistrado ou ao membro do Poder Executivo de criarem obrigações não previstas previamente em lei devidamente aprovada por representantes do povo. As limitações materiais, por outro lado, evidenciam que o Constitucionalismo não se contenta com a possibilidade de as decisões serem tomadas pela maioria. Faz-se necessário que os direitos das minorias sejam respeitados. Daí porque BONAVIDES incluiu a declaração de direitos como técnica própria do Constitucionalismo. Uma das grandes críticas que devem ser feitas a alguns plebiscitos e referendos em assuntos polêmicos que envolvem direitos individuais (como, por exemplo, a descriminalização do uso de determinadas drogas e a permissão de casamentos homoafetivos) é justamente esta: direitos individuais não podem ficar nas mãos da maioria.

Não pode restar nenhuma dúvida quanto a este ponto, pois se trata de questão central para que se compreenda como o princípio da ofensividade (como princípio limitador material do poder punitivo que é) se coaduna com a separação de poderes. A separação de poderes é, evidentemente, um pressuposto do Constitucionalismo. Mas não é suficiente. A opressão causada pela maioria também é indevida. Com o Constitucionalismo se passou a exigir uma declaração de direitos que poderiam, inclusive, ser opostos contra o próprio Legislativo.

Se é verdade que a autoridade do Judiciário para declarar inconstitucionais leis aprovadas pela maioria parlamentar que ferissem direitos das minorias já foi colocada em

em nenhuma ocasião, fere alguma outra pessoa além de si mesma, a inconveniência é daquelas que a sociedade pode suportar, pelo bem maior da liberdade humana” (MILL, 2011, p. 152).

xeque¹¹⁴, isso é hoje, ao menos no Brasil, um debate superado, tratando-se de verdadeira premissa que norteará o desenvolvimento deste trabalho¹¹⁵.

3.4. A secularização e o Constitucionalismo no direito brasileiro

A narrativa esboçada até agora poderia passar a falsa impressão de que, com a consolidação do Iluminismo na Europa, no final do século XVIII, houve uma ruptura entre direito e religião e a criação de princípios constitucionais limitadores do poder. Não se pode deixar de lado, porém, a história particular das instituições sociais, políticas e jurídicas do Brasil, que não se confunde com a dos colonizadores. Se é certo que o país foi territorialmente colonizado, deve-se buscar, nos dias atuais, ao menos a descolonização das ideias e do pensamento, o que inclui analisar a nossa própria história em relação à incorporação dos ideais iluministas¹¹⁶.

¹¹⁴ De acordo com BARROSO (2010, p. 13), o constitucionalismo inglês se diferenciou do constitucionalismo praticado nos Estados Unidos da América e na França justamente por não prever o princípio da supremacia da Constituição, mas do Parlamento. Em suas palavras: “Precisamente por não se materializar em um texto escrito, a Constituição inglesa tem natureza *flexível*, podendo ser modificada por ato do Parlamento. Tal flexibilidade decorre, como já registrado, do princípio da supremacia parlamentar, conceito-base da denominada *democracia de Westminster*. A doutrina da supremacia, desenvolvida analiticamente em obra de A. V. Dicey, no final do século XIX, apresenta uma dimensão positiva – o Parlamento pode criar e revogar qualquer lei – e outra negativa – nenhuma lei votada pelo Parlamento pode ser afastada ou invalidada por outro órgão. Vale dizer: não há uma lei superior à vontade do Parlamento e, conseqüentemente, não existe controle de constitucionalidade”. O próprio autor alerta que tal situação se modificou na virada do século XX para o XXI, pois, com o ingresso do Reino Unido na União Europeia, passou-se a permitir a declaração de incompatibilidade, num caso concreto, entre uma lei e os direitos fundamentais previstos no *Human Rights act*. O que importa deixar assentado, por ora, é que, tendo em vista que o constitucionalismo dos Estados ocidentais – e o Brasil, em particular – se baseia fundamentalmente nas doutrinas norte-americana e francesa, o fato de a regra da maioria ser aceita no Reino Unido não influencia na argumentação que será aqui desenvolvida. O mesmo BARROSO alerta que o termo Constitucionalismo costuma ser “associado aos processos revolucionários francês e americano” (ibid., p. 5).

¹¹⁵ Sobre o ponto, confira-se a lição de DWORKIN (2011, p. 222-223), aplicável igualmente ao direito brasileiro: “Começarei pelo segundo argumento, o de que os legislativos e outras instituições democráticas estão especialmente habilitados a tomar decisões constitucionais [...]. Podemos afirmar que a natureza dessa prerrogativa é óbvia, porque é sempre mais justo permitir que uma maioria, e não uma minoria, decida um problema qualquer. Tal postura, contudo, [...] ignora o fato de que as decisões a respeito dos direitos contra a maioria não são questões que devam, por razões de equidade, ser deixadas a cargo da maioria. O constitucionalismo – a teoria segundo a qual os poderes da maioria devem ser limitados para que se protejam os direitos individuais – pode ser uma teoria política boa ou má, mas foi adotada pelos Estados Unidos, e não parece justo ou coerente permitir que a maioria julgue em causa própria. Dessa forma, os princípios de justiça parecem posicionar-se contra o argumento derivado da democracia, e não a seu favor”.

¹¹⁶ O português SOUZA SANTOS (2014, p. 17) explica que há “um pensamento que dividiu abissalmente o mundo entre sociedades metropolitanas e coloniais” e que, “enquanto discurso de emancipação, os direitos humanos foram historicamente concebidos para vigorar apenas do lado de cá da linha abissal, nas sociedades metropolitanas”. Sobre a colonização do pensamento no âmbito jurídico-penal, escreve BATISTA (1981, p. 81): “Existe hoje uma apreciável literatura antropológica sobre os índios brasileiros, não visitada pelos

Os princípios constitucionais, no Brasil, não surgiram no final do século XVIII com o Iluminismo¹¹⁷. Eles chegaram com bastante atraso. Naquela época ainda se convivia com o extermínio da população negra e indígena e, até o fim do século XIX, com a escravidão formal. Ademais, a legislação não distinguia direito e religião. Tratava-se de um sistema político escravocrata, teocrático, racista e genocida, não se podendo falar em *época das luzes*. Convém destacar alguns aspectos brasileiros desse fenômeno histórico¹¹⁸.

Conforme explica BATISTA¹¹⁹ (ZAFFARONI et al., 2011, p. 411-412), o poder punitivo colonial no Brasil não possuía as mesmas características de outros países. Um de seus principais aspectos era o fato de ser realizado primordialmente no âmbito privado¹²⁰. Para BATISTA, o modelo jurisdicional da colônia estava na contramão do processo histórico dos estados nacionais. Enquanto nestes havia uma centralização do poder punitivo, naquela predominavam aspectos de organização feudal. Isso se alteraria a partir de 1790, quando se intensificou o processo de centralização do poder na colônia.

penalistas, que dessa forma reeditam, ao nível da elaboração jurídica, a síndrome de supremacia e extermínio que marcou – e até hoje marca – as relações entre europeus conquistadores e aborígenes conquistados”. Sobre a descolonização do pensamento latino-americano, cf. DUSSEL (1994, *passim*).

¹¹⁷ Grandes expoentes do Iluminismo não hesitavam em tratar de forma distinta os ditos selvagens – negros e índios. Criticando o eurocentrismo, DUSSEL (1994, p. 17) informa que HEGEL em sua *Filosofia da História Universal*, afirmava, em relação aos negros, que “sua consciência não chegou ainda à intuição de nenhuma objetividade, como, por exemplo, Deus, o direito, em que o homem está em relação com sua vontade e tem uma intuição de sua essência”.

¹¹⁸ Não se pode perder de vista a crítica de ZAFFARONI et al. (2011, p. 383): “Na realidade, a uma histografia da legislação penal cabe percorrer *os programas de criminalização primária traçados ao longo do tempo*, o que não deve ser confundido com sua realização como criminalização secundária e seu exercício do poder de vigilância, ou seja, com uma história do poder punitivo”. No âmbito deste trabalho, embora não se desconheça a crucial importância da história do poder punitivo, o enfoque será nos discursos e nos programas legislativos (criminalização primária, portanto). Sobre a importância da análise do estudo histórico dogmático, cf. QUEIROZ (2012-b, p. 26-28): “Um historiador que não tenha a dimensão de que câmbios nas teorias jurídicas acabam por resultar em alterações do próprio direito pode perder dimensão da finitude histórica de categorias jurídicas que hoje parecem naturais”.

¹¹⁹ O capítulo VI, §18 do livro *Direito Penal Brasileiro – I*, de ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR e BATISTA, que trata da legislação penal brasileira (p. 411-489), foi escrito por este último, conforme alerta o primeiro no prefácio (2011, p. 7): “Quando li a história do direito penal brasileiro, que Nilo incorpora a nossa obra, não apenas me deslumbrou sua clareza expositiva, sua amplíssima informação dos sucessivos momentos econômicos, políticos e sociais, como também me surpreendeu a forma pela qual, em relativamente poucas páginas, se introduzia o produto de anos de pesquisa”.

¹²⁰ BATISTA menciona três razões para isso: a incipiente e lenta implantação das burocracias estatais no Brasil; a predominância do escravismo, o qual é absolutamente compatível com um direito penal doméstico e o emprego de resquícios organizativos feudais no início da colonização (ZAFFARONI et al., 2011, p. 412). Sobre o direito feudal, cf. MARTINS (2014, p. 210-211): “[...] o que gerou o desaparecimento da atividade legislativa imperial e principalmente o desmembramento do poder judicial nas mãos dos senhores feudais. Desta forma, o Direito fica adstrito às relações feudo-vassálicas, ou seja, as relações dos senhores com os seus servos. O costume passa a ser a fonte por excelência do Direito feudal. Inexistiram escritos jurídicos nos séculos X e XI”.

Até a promulgação do Código Criminal de 1830, vigoravam no Brasil, desde 1603, as Ordenações Filipinas¹²¹, cujo título V tratava de direito penal e processual penal. Curioso notar que, nos casos omissos, era aplicável o direito canônico, principalmente “quando estivesse em voga o pecado, como nos casos de crimes de heresia ou sexuais” (MACIEL, 2006). DOTTI (1976, p. 52) informa que a prática de incesto era punida com a morte. A secularização, por óbvio, era conceito inexistente no direito pátrio. Não havia qualquer distinção entre direito e moral ou direito e religião. A legislação possuía “vários textos cuja natureza era pura e exclusivamente moral ou religiosa, de maneira a confundir o crime com o vício ou pecado”¹²². A legalidade penal também inexistia, pois, como ensina MACIEL, na impossibilidade de se decidir um caso – ainda que pela invocação do direito romano e do direito canônico –, caberia remetê-lo ao rei, que daria a palavra final¹²³.

Foi com a promulgação da Constituição de 1824 e do Código Criminal de 1830 que, ao menos formalmente¹²⁴, alguns princípios penais hoje básicos foram previstos. O grande problema era conciliar tais princípios com a estrutura escravocrata da sociedade brasileira. BATISTA, após citar diversos casos de transgressão aos princípios da legalidade, da humanidade e da personalidade das penas – inseridos naqueles diplomas normativos –, concluiu: “Definitivamente, as promessas liberais não poderiam cumprir-se numa sociedade escravista” (ZAFFARONI et al., 2011, p. 426).

¹²¹ De acordo com BATISTA, as únicas Ordenações que tiveram eficácia no Brasil foram as Filipinas: “Diversamente das Afonsinas, que não existiram para o Brasil, e das Manuelinas, que não passaram de referência burocrática, casual e distante em face das práticas penais concretas acima noticiadas, as Ordenações Filipinas constituíram o eixo da programação criminalizante de nossa etapa colonial tardia, sem embargo da subsistência paralela do direito penal doméstico que o escravismo necessariamente implica” (ibid., p. 417).

¹²² DOTTI (op. cit., p. 52).

¹²³ Além disso, as penas formais eram absolutamente cruéis. MACIEL (2006) escreveu: “As penas previstas nas Ordenações Filipinas eram consideradas severas e bastante variadas, destacando-se o perdimento e o confisco de bens, o desterro, o banimento, os açoites, morte atroz (esquartejamento) e morte natural (forca). Mas, como típica sociedade estamental da época, não poderiam ser submetidos às penas infamantes ou vis os que gozassem de privilégios, como os fidalgos, os cavaleiros, os doutores em cânones ou leis, os médicos, os juízes e os vereadores”. Convém registrar, no entanto, que, para BATISTA, “à ferocidade dos textos não correspondia uma implacável aplicação judicial massiva” (ZAFFARONI et al., 2011, p. 418), pois o segredo da eficácia daquele sistema penal era, conforme HESPANHA, “*ameaçar sem cumprir; de se fazer temer, ameaçando; de se fazer amar, não cumprindo*” (apud ZAFFARONI et al., op. cit., p. 418).

¹²⁴ LOPES, em prefácio à obra de Rafael QUEIROZ (2012-b, p. 7), afirma que aquele código “aboliu, como sabemos, os crimes imaginários e os crimes sem vítima, bem na linha do pensamento ilustrado [...]. O direito penal passa a ser um direito dos cidadãos e, diante da autoridade, os cidadãos afirmam e exercem direitos fundamentais”. A despeito desse posicionamento, parece que a razão está com BATISTA: a incorporação de princípios constitucionais ao direito penal ocorreu apenas formalmente e, mesmo assim, com muitas restrições.

Outro grande problema era a ainda existente confusão entre direito e religião¹²⁵. Um dos mais influentes autores de direito penal no Brasil, o português MELLO FREIRE¹²⁶, escreveu, no final do século XVIII, suas *Instituições de Direito Criminal Português*. Embora fosse nitidamente influenciado pelos iluministas – notadamente por BECCARIA¹²⁷ –, o vínculo da religião com sua doutrina era grande, a ponto de legitimar completamente a criminalização da heresia¹²⁸. Tardou muito para que o Brasil se tornasse um estado laico. No Brasil imperial, a religião católica era a oficial. Previa-se a liberdade de crença a outras religiões, mas não a liberdade de culto, pois era vedada sua celebração em locais públicos¹²⁹.

Esse quadro mudou apenas em 1890, após a proclamação da República, com o decreto n° 119-A¹³⁰, promulgado por Manoel Deodoro da FONSECA, mas de autoria de Ruy BARBOSA¹³¹. A Constituição de 1891 consolidou a secularização do direito, sequer

¹²⁵ Sintetizando a tese de NEDER exposta na obra *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*, QUEIROZ (2012-b, p. 29) afirma: “O argumento de NEDER é, em síntese, o seguinte: o pensamento jurídico-filosófico do Iluminismo luso-brasileiro ligado ao crime, ao criminoso e à sanção penal foi, tanto no Brasil quanto em Portugal, produto de um Iluminismo incompleto, pois a ilustração coimbreense não conseguiu depurar-se devidamente do forte tradicionalismo religioso impregnado na vida intelectual portuguesa, que se manifestava, entre outras formas, através da submissão hierárquica no campo das ideias”.

¹²⁶ “O raio de sua influência foi expressivo, tanto no pensamento jurídico-político em Portugal quanto no Brasil. Considerado por muitos de seus contemporâneos como o ‘príncipe dos jurisconsultos portugueses’” (NEDER, 2007, p. 30).

¹²⁷ A leitura de seus axiomas criminais confirma a proximidade com BECCARIA: “1. É melhor deixar impune um crime que condenar um inocente; por isso, maior dano vem à sociedade da condenação dum inocente que da absolvição dum culpado. 2. Antes da sentença condenatória o réu deve ser havido como inocente. 3. No foro criminal apenas se deve admitir a prova plena e perfeita. 4. Quanto maior e mais grave for o delito, tanto maior deve ser a prova. 5 A pena a infligir deve ser inteiramente proporcionada à quantidade e gravidade do delito e à maldade do delinquente. 6. Não há delito nenhum sem vontade certa de delinquir. 7. A sua medida é o mal causado à sociedade. 8. Na imposição das penas somente se deve olhar à utilidade pública. 9. As penas foram estabelecidas, não tanto para punir, como para prevenir os crimes. 10. Somente se devem castigar os verdadeiros delinquentes ou os quase delinquentes 11. É justa a pena que impede o criminoso de voltar a fazer o mal. 12. E é, pelo contrário, injusta a que for inútil ou cruel. 13. A atrocidade das penas gera a impunidade e a indulgência do delito, que são as coisas mais funestas que há para a saúde pública” (MELLO FREIRE, p. 80).

¹²⁸ “Ora, sendo a heresia um delito civil (§ I), do qual resultam tumultos e sedições na sociedade (§ IV), todos veem que o Imperante tem o direito, não só de punir os hereges com penas civis, mas também de precaver que a segurança pública não seja perturbada com dissídios religiosos” (ibid., p. 88). “Os que desprezam ou escarnecem da Religião pública dominante no País, ou prestam a Deus culto externo em ritos diferentes dos estabelecidos pela Igreja Católica, cometem crime religioso e civil. Como, porém, a sua pena não se acha especialmente definida nos nossos Códigos, deve ser deixada ao arbítrio do juiz, que pode impor multas pecuniárias ou prisão, conforme a qualidade do desprezo e das circunstâncias” (ibid., p. 93).

¹²⁹ Conforme disposição do art. 5º da Constituição Política do Império do Brasil de 1824: “A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fôrma alguma exterior do Templo”.

¹³⁰ “Art. 1º E' prohibido á autoridade federal, assim como á dos Estados federados, expedir leis, regulamentos, ou actos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e crear differenças entre os habitantes do paiz, ou nos serviços sustentados á custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões philosophicas ou religiosas”.

¹³¹ Cf. RAQUEL (2012, passim).

prevendo a figura de deus em seu preâmbulo, o que foi seguido pelas Constituições de 1934 e 1937. As Constituições de 1946, 1967, 1969 e 1989 passaram a invocar a proteção de deus no preâmbulo, embora mantivessem a separação entre Estado e igreja.

4. INFLUÊNCIA DO ILUMINISMO E DO CONSTITUCIONALISMO NA CONSOLIDAÇÃO DA DOGMÁTICA: O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

Como decorrência da imposição de limites formais ao soberano (separação de poderes, respeito às normas emanadas pelo Legislativo), o Constitucionalismo e o Iluminismo, ao formarem a racionalidade penal moderna, permitiram a construção, no âmbito da dogmática penal¹³², do princípio da legalidade, que se trata de princípio limitador *formal* do poder punitivo. A relação entre o dogma da separação de poderes e a legalidade penal é tratada com destaque pela doutrina¹³³.

Por outro lado, como corolário da imposição de limites materiais ao legislador, surgiram princípios outros, como a intervenção mínima e a ofensividade, que podem ser denominados de princípios limitadores *materiais* do poder punitivo¹³⁴. BECCARIA (2003,

¹³² Interessante a distinção feita por QUEIROZ (2012-b, p. 58-59) entre a reconstrução histórica da criação da dogmática penal contemporânea e a reconstrução da racionalidade penal moderna. Em sua tese de doutoramento, ele trabalha principalmente com a primeira, a qual deve “se atentar preferencialmente a como os juristas articularam e rearticularam o seu campo de saber até chegar à representação de um objeto teórico que nós, também como juristas, reconhecemos como o nosso direito penal”. Sua perspectiva parte de um ponto de vista interno ao direito; a outra, por sua vez, pode ser elaborada a partir de um ponto de vista externo: “[...] os filósofos são, por seu método, principalmente ocupados em resolver problemas teóricos muitas vezes suscitados por suas próprias teorias, ao passo que os juristas em geral não perdem do horizonte a dimensão prática necessariamente ligada à sua disciplina”. Enquanto para a perspectiva externa a distinção entre direito penal e processual penal, por exemplo, pode não ser relevante, para a perspectiva interna essa distinção é crucial. Por isso ele afirma: “[...] enquanto Beccaria é para Álvaro Pires um dos precursores da racionalidade penal moderna, ele é para mim um autor que ainda está fora da dogmática penal contemporânea, por seguir representando o direito penal e o processo penal conjuntamente em um mesmo ofício jurisdicional de prevenir crimes e efetivar a punição criminal”. Assim, muito embora os filósofos iluministas clássicos (LOCKE, ROUSSEAU, BECCARIA etc.) tenham moldado a racionalidade penal moderna, ainda não havia uma dogmática penal que a incorporasse. Para o Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, foi FEUERBACH o maior responsável por trazer os ideais iluministas (racionalidade penal moderna) para a dogmática.

¹³³ “[...] com a teoria da *separação dos poderes*, Montesquieu criou um novo fundamento à proibição da analogia penal, pois o Poder Judiciário não podia, sem usurpação de função do Poder Legislativo, incriminar fatos ou irrogar penas [...]. A divisão dos poderes é garantia da liberdade individual” (HUNGRIA, 1977, p. 42).

¹³⁴ Mariângela Magalhães GOMES (2003, p. 82-125) defende que os princípios da intervenção mínima e da ofensividade decorrem do princípio da necessidade, o qual é subprincípio da máxima constitucional da proporcionalidade (que se divide em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito): “No direito penal, o princípio da necessidade funda-se na exigência constitucional de que o interesse a ser protegido pela norma apresente relevância suficiente para poder justificar, em contrapartida, uma delimitação da esfera de liberdade. Parte-se do pressuposto de que o instrumento penal consiste numa ‘faca de dois gumes’, onde a proteção do bem jurídico, por um lado, impõe a correlata ameaça à liberdade dos destinatários da norma, por outro” (GOMES, 2003, p. 83).

p. 70-72), por exemplo, com interessantes argumentos religiosos, distinguia o crime do pecado e defendia a impossibilidade da punição de pensamentos e intenções¹³⁵. Vê-se, aí, uma clara tentativa de limitação material do poder¹³⁶.

Convém separar analiticamente os princípios penais formais dos princípios materiais – a despeito da igual importância que devem possuir –, tendo em vista o diferente percurso histórico de ambos quanto à sua incorporação às instituições jurídicas. Neste capítulo, pretende-se demonstrar como o princípio da legalidade se incorporou à dogmática penal, destacar sua função de garantia e expor suas principais fissuras e dificuldades.

4.1. A construção da regra da legalidade penal

Os conceitos extraídos do Constitucionalismo – limitações materiais e formais ao poder público – encontram seus reflexos mais profundos no âmbito da dogmática penal, o que é plenamente justificável. Na Idade Média e no Antigo Regime, o poder punitivo e o poder fiscal eram os que mais cometiam arbitrariedades contra os direitos dos indivíduos. O primeiro, pois atingia de maneira intensa a vida, a liberdade, a dignidade e o patrimônio das pessoas¹³⁷. O segundo, pois igualmente afetava o patrimônio individual. Numa época em

¹³⁵ “Outros, por fim, consideraram o crime tanto mais grave quanto maior a ofensa feita a Deus [...]. Se ele estabeleceu castigos eternos para o que violou as suas leis, qual o inseto bastante corajoso para ousar vir em socorro de sua justiça divina, para pretender vingar o ser que se basta a si mesmo? [...]. Se os homens cometem ofensa a Deus pelo pecado, muitas vezes O ofendem ainda mais tomando o encargo de vingá-lo” (BECCARIA, 2003, p. 71-72)

¹³⁶ Da obra de BECCARIA podem-se retirar inúmeros princípios de limitação material ao poder punitivo que hoje compõem o arcabouço jurídico-penal (além do próprio princípio da legalidade e de princípios processuais): a) proporcionalidade das penas (ibid., p. 49); b) humanidade das penas e vedação da pena de morte (ibid., p. 68-70); c) necessidade (“As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza” – ibid., p. 20); d) ofensividade (“Já notamos que a exata medida dos crimes é o prejuízo causado à sociedade” – ibid., p. 70; “Se são proibidos aos cidadãos muitos atos indiferentes, atos os quais nada têm de prejudicial, não se previnem os delitos: em vez disso, faz-se com que apareçam novos, pois se mudam de modo arbitrário as ideias comuns de vício e de virtude” – ibid., p. 102); e) personalidade das penas (ibid., p. 87). No último parágrafo de seu livro, o autor italiano faz a seguinte síntese (que denomina de teorema geral): “É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei” (ibid., p. 107).

¹³⁷ No Brasil, o primeiro código sancionado foi o penal, não o civil, justamente porque, conforme afirma o Professor José Reinaldo de Lima LOPES, “as maiores queixas contra administração da justiça no Brasil, a partir da chegada a corte em 1808, eram dirigidas ao sistema penal. Era tido como arbitrário, palco privilegiado para as perseguições políticas” (QUEIROZ, 2012-b, p. 5).

que a propriedade privada passou a ser tida como o mais inviolável e natural dos direitos¹³⁸, a possibilidade de o Estado atingi-la arbitrariamente era razão suficiente para se buscarem limites à sua atuação. Daí se seguiu que os preceitos constitucionais, no início, serviriam fundamentalmente para tentar limitar os poderes punitivo e fiscal¹³⁹ do Estado, havendo, assim, uma reformulação da dogmática do direito penal e do que hoje se entende por direito tributário¹⁴⁰.

Rafael QUEIROZ (2012-b, p. 15) identifica a formação do moderno direito penal justamente nos séculos XVIII e XIX, o que coincide temporalmente com a formação e consolidação do Iluminismo¹⁴¹. Para ele, o sentido comum dessa nova dogmática foi “o combate às práticas punitivas absolutistas [...] com suas penas bárbaras e excessivas, desproporcionais e aleatórias, [...] estratégias criminalizantes confessionais e moralizadoras”¹⁴².

O autor explica que, mesmo após a publicação da célebre obra de BECCARIA¹⁴³, vários penalistas ainda tinham dúvidas sobre pontos que hoje são absolutamente elementares na doutrina penal; por exemplo, não separavam com clareza os crimes de outros ilícitos e de condutas meramente imorais e não era unânime a inserção do direito penal dentro do ramo direito público¹⁴⁴. Esse quadro só se alteraria no século XIX com FEUERBACH, o qual consolidaria a moderna dogmática penal, tal qual a conhecemos hoje.

¹³⁸ LOCKE (2014, p. 101) afirmava: “Assim sendo, a finalidade maior e principal de os homens se unirem em comunidades civis, de acordo com o jugo de um governo, é a preservação de suas propriedades”.

¹³⁹ Como se verá no capítulo seguinte, o princípio da legalidade no âmbito fiscal teria sido ainda anterior ao princípio da legalidade penal.

¹⁴⁰ Hoje se fala em uma constitucionalização de todos os ramos do direito (direito privado, direito processual, direito trabalhista etc.). Cf. TEPEDINO; BARBOZA; MORAES (2011, p. 3). Mas naturalmente as ideias iluministas e o início do Constitucionalismo tinham como objetivo limitar o poder público (e não econômico) e, portanto, referiam-se fundamentalmente ao direito penal e ao que se entende hoje por direito tributário (embora, até o século XX, esse ramo não possuísse autonomia didática ou científica). Sobre a autonomia do direito tributário, cf. BALEEIRO (1977-b, p. 2-5).

¹⁴¹ “De fato, quando lemos o Livro V das Ordenações Filipinas, não reconhecemos nele o nosso direito penal: tudo lá nos parece ora curioso, ora involuído. Ele parece ser parte de um outro mundo, que ficou para trás a partir do século XVIII, quando os códigos penais iluministas entraram em cena” (QUEIROZ, 2012-b, p. 16).

¹⁴² Ibid., p. 16.

¹⁴³ BECCARIA (2003, p. 20) escreveu, em 1764, que apenas o legislador, representante de toda a sociedade, poderia criar leis penais e estabelecer sanções. Antes dele, HOBBS já havia trazido as ideias de legalidade e ofensividade. Cf. capítulo 5.2.

¹⁴⁴ Ibid., p. 16-17.

A ausência de separação nítida entre ilícitos criminais e outras espécies de ilícitos significava a inexistência de autonomia do direito penal, o que acarretava, por sua vez, a inexistência de algo próximo ao que hoje se denomina princípio da legalidade penal¹⁴⁵. Qualquer conduta entendida como ilícita (ou mesmo imoral) pelo soberano poderia ser punida como se crime fosse. Uma das características do direito penal moderno, então, era justamente “a postulação de significados específicos para os conceitos de ‘crime’, ou ‘delito’, e ‘pena’” (QUEIROZ, 2012-b, p. 47). De acordo com o mesmo autor:

[...] a despeito de todos os reparos que têm sido postos a esta visão pela criminologia chamada crítica, é um ponto fundamental de praticamente toda a dogmática penal contemporânea que o delito criminal tem propriedades substantivas específicas, que são dadas pelo ‘conceito material de delito’ (Roxin, 2006: 8 e ss.) e em geral envolvem a importância dos bens jurídicos por ele protegidos, ou o caráter especialmente nocivo do delito criminal. Tais propriedades separam, normativamente, a substância do ilícito penal em relação às demais irregularidades do ordenamento jurídico [...]. De fato, pareceria absurda nos dias de hoje uma teoria que sustentasse que o ilícito criminal é aquilo que de mais inofensivo ou desimportante há na sociedade¹⁴⁶.

QUEIROZ¹⁴⁷ caracteriza a legalidade como o princípio mais importante de todo o direito penal moderno justamente porque, além de ser uma garantia fundamental à liberdade individual, serviu como instrumento que permitiu a distinção entre o crime e outras espécies de ilícito e, como consequência, tornou possível a autonomia metodológica ao direito penal. Para ele, portanto, a legalidade possui duas funções bem distintas, uma política

¹⁴⁵ “Aquilo que nós hoje chamamos de ‘pena criminal’, e que circunscrevemos aos limites teóricos do direito penal, era uma parte acessória de todo o direito, prescrevendo um castigo a alguma conduta qualquer. Fazendo uma analogia, os castigos ‘penais’ eram algo como as multas hoje em dia: não há um direito das multas; ao contrário, elas espalham-se por todo o ordenamento e pertencem a diversos ramos do direito. [...] a falta de uma ‘teoria geral do delito (criminal)’ e da ‘pena criminal’, como hoje temos, deixava a matéria punitiva espalhada por todo o ordenamento [...]: em um ambiente intelectual de contínua importância da teoria tomista, que impunha uma visão unitária da natureza e do mundo, em que direito e moral, crimes e pecados eram conceitos reciprocamente permeados, e que mantinha ademais a metodologia casuística tradicional do direito romano, a construção de uma definição geral e abstrata do delito criminal e a organização dos diversos tipos de delitos a partir dessa definição não estava entre as primeiras preocupações dos juristas” (ibid., p. 40-41).

¹⁴⁶ Ibid., p. 48.

¹⁴⁷ Id.

– como anteparo garantista ao poder punitivo¹⁴⁸ – e a outra metodológica – que irá delimitar o objeto do direito penal como saber¹⁴⁹.

O princípio da legalidade, ao exercer a função de garantia, dispõe que um fato só será penalmente relevante se subsumir-se ao tipo penal descrito prévia e taxativamente por representantes do povo (Poder Legislativo). Percebe-se a existência de ao menos três dimensões distintas nesse princípio: a *lei* deve ser *escrita, estrita* (taxativa¹⁵⁰) e *prévia*. Como efeitos imediatos disso, tem-se que atos normativos diversos da lei (por exemplo, medidas provisórias) não podem se imiscuir em matéria penal, costumes não podem criar lei penal, a

¹⁴⁸ “A função política da legalidade diz respeito sobretudo ao seu papel negativo, de contenção, sendo produto da influência liberal-iluminista sobre o direito penal [...]. É a esse papel da legalidade que muitos dos clássicos da política do século XVII fazem referência quando exigem, como Beccaria, a proteção contra arbítrios cometidos por juízes criminais” (ibid., p. 50).

¹⁴⁹ No mesmo sentido, SEMER (2014, p. 32) escreve sobre o princípio da legalidade o seguinte: “Ao mesmo tempo em que representou a maior limitação ao poder punitivo – só há crime com lei anterior que o defina – foi o conceito-base que estruturou a ciência penal”.

¹⁵⁰ Em relação à taxatividade, alguns autores encontram essa exigência já no pensamento ilustrado de FEUERBACH. Assim, QUEIROZ (2012-b, p. 164 e p. 207), citando CATTANEO, afirma: “[...] a legalidade feuerbachiana implicava também uma certa taxatividade *avant la lettre*, dado que a penalização de condutas cuja proibição não era acessível pela razão pura exigia uma descrição pormenorizada da conduta, dentro do paradigma iluminista de certeza do direito”. Alguns indícios, no entanto, demonstram que a exigência da taxatividade sempre foi bastante mitigada. SIQUEIRA (1950, p. 105) informa que, no IV Congresso Internacional de Direito Penal, reunido em Paris em agosto de 1937, formulou-se o seguinte voto: “É de desejar que as disposições da lei penal, que definam infrações, sejam redigidas em termos bastante genéricos para facilitar a adaptação da jurisprudência às necessidades sociais”. Ora, isso é todo o contrário do que prega o princípio da taxatividade. Cf. HUNGRIA (1977, p. 49-51). SOLER, ao analisar a inserção do princípio *nullum crimen sine lege* na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, observou que faltou um novo aporte enriquecedor ao velho princípio: “Pois bem, cremos que era possível e necessário dar um passo a mais com relação ao princípio tradicional. Não se trata de uma alteração senão de uma intensificação do princípio, de acordo com o que nos ensinou um século e meio de experiência jurídica, de doutrina e de política” (1956, p. 280, tradução livre). Após analisar como o princípio pôde ser afastado pela Alemanha nazista com a permissão da analogia, escreveu, propugnando pela exigência também da taxatividade, o seguinte: “Hoje, derrotado militarmente o nacional-socialismo, nenhum ditador propugnará aquele procedimento, sobretudo quando pode apelar a outro bem fácil que não tem sequer despertado suspeita, deixando tranquilo, geralmente na própria constituição, o princípio *nullum crimen*. Também se pode deixar sem alteração a estrutura perfeitamente definida de quase todos os delitos. Basta sancionar uma só lei penal de tipo aberto ou indefinido, uma só, para que todo o sistema reste corrompido, porque esse delito indefinido será precisamente o que cumpre a função vicariante e ubíqua com a que se preencheram todos os vazios [...]. Mas quando uma só infração deixe de ser cerrada, é como se o houvessem deixado de ser todas” (ibid., p. 283, tradução nossa). FRAGOSO (1994, p. 95), em relação à taxatividade, afirmou se tratar de um “aspecto novo do velho princípio, que pode ser formalmente observado, com a existência de uma lei prévia, mas violado na substância, com a indeterminação da conduta delituosa [...]. A incriminação vaga e indeterminada faz com que, em realidade, não haja lei definindo como delituosa certa conduta, pois entrega, em última análise, a identificação do fato punível ao arbítrio do julgador. A violação do princípio da reserva legal por essa via tem sido comum nos crimes políticos”. O autor brasileiro citou o art. 103 da Constituição da República Federal da Alemanha, que proibiu o legislador de estabelecer “leis penais imprecisas cuja descrição típica seja de tal forma indeterminada, que possa dar lugar a dúvidas intoleráveis sobre o que seja ou não permitido ou proibido”. Citou, ainda, um dos princípios fundamentais que, em 1963, a Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina apresentou: “As leis penais devem descrever fatos puníveis de maneira precisa e inequívoca, sem deixar dúvidas sobre sua proibição”.

analogia em prejuízo do réu não é admitida e a lei penal não pode retroagir em seu desfavor¹⁵¹.

Deve-se a FEUERBACH o axioma *nullum crimen nulla poena sine lege*¹⁵². Para o autor alemão, a finalidade da lei penal era exercer uma coação psicológica nos indivíduos que dissuadisse o estímulo criminoso¹⁵³. Era injustificável, por essa teoria, a promulgação de uma lei penal para punir fatos ocorridos anteriormente à sua vigência, pois não conseguiria exercer aquela função. Além do fundamento político do princípio da legalidade – que é, no entanto, o mais relevante –, a doutrina também enxerga nele, por causa disso, um fundamento jurídico¹⁵⁴.

Há uma nítida vinculação entre o princípio da legalidade e a tipicidade penal¹⁵⁵, pois é por meio dos tipos penais que ele se concretiza. É certo que antes do Constitucionalismo já existiam tipos penais¹⁵⁶. Na verdade, a legislação penal anterior ao Iluminismo continha *apenas* tipos penais, pois não era dotada de parte geral. A despeito de haver um catálogo de crimes, porém, não há como vislumbrar aí o respeito ao princípio da legalidade, pois eram amplamente admitidos institutos como a analogia e a retroatividade da lei penal em prejuízo do réu, que só foram vedados após o Constitucionalismo do final do século XVIII. Aliás, como explica GOMES, a criação de uma parte geral de direito penal, tanto no âmbito doutrinário como nos diplomas legais, com a exposição de princípios racionais, ocorreu justamente nesse período, diante da constatada necessidade de se refrear

¹⁵¹ Cf. SEMER (op. cit., 33-35).

¹⁵² Na verdade, o autor alemão havia formulado três expressões distintas: *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine crimine* e *nullum crimen sine poena legali*. Cf. HUNGRIA (1977, p. 44-47), que debateu com ASÚA a real importância de FEUERBACH na construção desses axiomas.

¹⁵³ “[...] a coerção física é insuficiente para impedir as lesões jurídicas, dado que a coerção prévia unicamente é possível quando se têm como pressupostos fatos reais que permitem ao Estado reconhecer a certeza ou probabilidade da lesão [...]. Todas as contravenções têm sua causa psicológica na sensualidade, na medida em que a concupiscência do homem é o que o impulsiona, por prazer, a cometer a ação. Este impulso sensual pode ser cancelado sob a condição de que cada um saiba *que a seu fato há de seguir, ineludivelmente, um mal que será maior que o desgosto emergente a insatisfação do seu impulso ao fato*” (FEUERBACH, 1989, p. 51-52).

¹⁵⁴ ASÚA (1959, p. 97) explica que, para FEUERBACH, os princípios *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine crimine* e *nullum crimen sine poena legali* tinham alcance “meramente científico”. Contra essa opinião se manifestou HUNGRIA (1977, p. 47): “[...] dizer-se que, em FEUERBACH, o princípio da legalidade se alheia à sua origem política, é um puro equívoco. A teoria da *coação psicológica* não é senão um fundamento jurídico-penal ao princípio da legalidade, que FEUERBACH, integrado no individualismo político da época, também reclamava como salvaguarda da liberdade individual”.

¹⁵⁵ “O tipo penal, desde sua inicial proposição formulada por Beling ainda nos primórdios do século XX, sempre teve como a sua função mais destacada a garantia de efetividade do princípio da legalidade” (SALVADOR NETTO, 2010, p. 302).

¹⁵⁶ A nomenclatura (*Tatbestand*), no entanto, surgiu apenas com BELING. Cf. REALE JR. (2009, p. 135) e SALVADOR NETTO, op. cit.

o abusivo e irracional poder punitivo¹⁵⁷. Para QUEIROZ (2012-b, p. 102), as codificações “são também instrumentos de proteção dos súditos em face dos poderes punitivos do soberano”.

No resgate histórico do princípio da legalidade, convém destacar a distinção que FERRAJOLI faz entre o princípio da mera legalidade e o da estrita legalidade penal. Aquele, denominado por ele de primeiro postulado do positivismo jurídico, teria por finalidade separar o direito da moral e o crime do pecado, identificando “o direito vigente como objeto exaustivo e exclusivo da ciência penal” (2011, p. 374, tradução livre). Tratar-se-ia de princípio geral de direito público e teria como corolário o princípio da irretroatividade da lei. Já o princípio da estrita legalidade penal aplicar-se-ia apenas ao direito penal e teria como corolários a proibição da analogia e a necessidade de a norma penal ser taxativa¹⁵⁸. O autor italiano acredita que essa distinção entre mera legalidade e estrita legalidade permite solucionar as divergências doutrinárias no tocante ao surgimento desse princípio.

A própria Constituição da República brasileira adota essa distinção, ao prever, em seu art. 5º, inciso II, o princípio da mera legalidade e, no inciso XXXIX do mesmo dispositivo legal, a regra da legalidade penal estrita. A distinção entre ambos os incisos se dá, principalmente, no que se refere à proibição de analogia e à reserva legal. Admite-se que uma obrigação civil, por exemplo, seja criada por integração analógica, o que é impensável em relação à criação de crimes e penas. Por outro lado, a doutrina admite, em relação ao inciso II, que leis delegadas, medidas provisórias e tratados internacionais criem direitos e obrigações. Também se admite a promulgação de normas por decretos, desde que, obviamente, limitadas pelas leis que os autorizem¹⁵⁹. Em relação ao inciso XXXIX, por sua

¹⁵⁷ “Ao analisarmos os primeiros códigos penais dos quais se tem notícia, é possível constatar que eram verdadeiros catálogos de crimes [...]. E mesmo por parte dos doutrinadores antigos não havia a preocupação em estabelecer preceitos gerais que pudessem ser aplicados a todos os crimes [...]. Foi somente a partir de preocupações quanto às regras de imputação e responsabilidade que se passou a dar importância à necessidade de serem estabelecidas normas gerais capazes de proteger o indivíduo frente ao Estado e conferir equidade no ordenamento jurídico-penal. Assim, foi apenas em 1590 que apareceu a primeira obra doutrinária de parte geral (*Tractatus criminalis*) [...]; e foi só em 1751, no código penal da Baviera (*Codex iuris bavarici criminalis*), que a parte geral passou a constar na legislação penal [...]. Naquela época, a ideia do particular e do concreto tinha motivos para ser rejeitada, já que estava indelevelmente ligada às práticas desumanas e arbitrárias que o Antigo Regime utilizava. Não é por outra razão que os projetos de código penal continham formulações gerais que expressavam a consagração, por exemplo, dos princípios da irretroatividade da lei penal, da igualdade dos cidadãos perante a lei penal, da responsabilidade pessoal” (GOMES, 2014, p. 21-22). QUEIROZ enxerga na forma de organização teórica do direito penal em duas partes (geral e especial) uma outra característica da dogmática penal contemporânea: “Mais do que uma técnica legislativa, essa orientação expressava um modelo epistemológico fundado em uma racionalidade idealista e abstrata” (2012-b, p. 54).

¹⁵⁸ Ibid., p. 382.

¹⁵⁹ Cf. CANOTILHO et al. (2014, p. 243-249).

vez, apenas lei em sentido formal, aprovada pelo Legislativo, pode definir crimes e dispor sobre penas.

Para HUNGRIA, a regra da legalidade penal estrita (com a proibição de analogia) já havia sido aplicada em Roma¹⁶⁰. No entanto, na Idade Média, tal quadro se modificou: “Permitiu-se o *plenum arbitrium* dos juízes. Foi a idade de ouro das *penas arbitrárias* [...]. E ao lado do arbítrio do juiz ainda havia o arbítrio do rei” (HUNGRIA, 1977, p. 39)¹⁶¹, sendo que apenas com o movimento iluminista aquela regra ganhou novamente força.

FERRAJOLI, por outro lado, entende que se pode visualizar no procedimento ordinário *per quaestiones* de Roma apenas o princípio da mera legalidade, pois “não se pode, em absoluto, falar de um vínculo de estrita legalidade ou taxatividade, dado que sempre se admitiu o recurso à analogia, tanto no campo dos *crimina publica* como no dos *delicta privata*” (2011, p. 383, tradução livre). Para o autor italiano, foi apenas com a Ilustração que se alcançou uma clara e radical afirmação do princípio da estrita legalidade penal, inclusive com a proibição da analogia¹⁶².

Outra divergência doutrinária se situa no alcance que o princípio da legalidade teria com a Magna Carta de 1215. HUNGRIA defende que já se vislumbrava ali a proibição da analogia¹⁶³. FERRAJOLI (2011, p. 383), por outro lado, enxerga naquele diploma normativo somente o princípio da mera legalidade. Outros autores entendem que havia ali

¹⁶⁰ “Quando, porém, ulteriormente, o tribunal popular foi substituído pelo processo das *quaestiones* e a jurisdição penal passou gradativamente para o tribunal de jurados, uma ação só podia ser punida se estivesse precisamente incriminada. Não podia ser punido um fato reprovável só porque fosse merecedor de pena. Notadamente com as *quaestiones perpetuae*, instituídas ao tempo de Silla, e com a *ordo judiciorum publicorum*, passou a ser vedada a analogia [...]. Com o advento, porém, do processo senatório-consular e do concomitante tribunal imperial, repudiou-se o princípio da legalidade rígida [...]. Entretanto, como no direito anterior, jamais uma ação (não previamente incriminada) podia incidir *sub poena* pelo simples fato de ser merecedora de pena” (HUNGRIA, 1977, p. 35-38). No mesmo sentido FRAGOSO (1994, p. 89). Tal informação extrai-se também da clássica obra de MONTESQUIEU (2004, p. 110): “Em Roma, os juízes pronunciavam somente que o acusado era culpado de um certo crime e a pena se encontrava na lei”.

¹⁶¹ No mesmo sentido: “A justiça do Antigo Regime manteve o elemento da expiação do pecado. Esta equiparação entre delito e pecado permitia a arbitrariedade do poder penal, pois não existiam limites precisos ao poder, que os pensadores [iluministas] [...] tentariam defender, representados pelo cumprimento da legalidade estrita que surgia do próprio Estado [...]. Dessa forma, o modelo de direito e de justiça penal do Antigo Regime foi de expressão totalizante. Quero indicar com isso que ele tinha caracteres ilimitados e incondicionados [...]. Os juízes eram os que determinavam, de acordo com suas opiniões subjetivas sobre a equiparação do delito e do pecado, quando devia demonstrar todo o poder penal” (ANITUA, 2008, p. 107 e 109).

¹⁶² No mesmo sentido: FIERRO (2003, p. 94); SOLER (1956, p. 279).

¹⁶³ “Fato notável é que na Inglaterra, diversamente da Europa continental, madrugou, para o direito positivo, o princípio da reserva legal em matéria de crimes e penas. Já a Magna Charta do rei João (1215), no seu art. 39, assim proclamava, consagrando a proibição da analogia in malam partem” (HUNGRIA, 1977, p. 42)

tão somente uma previsão de cunho processual¹⁶⁴ – a qual dispunha sobre o devido processo legal –, sem se poder vislumbrar propriamente um princípio limitador de natureza penal.

Pode-se dizer que, historicamente, o princípio da legalidade penal estrita apareceu na *Bill of Rights* firmado na Filadélfia em 1774, na Declaração de Direitos de Virgínia de 1776, na Constituição de Maryland do mesmo ano, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. A partir daí, expandiu-se para todo o mundo¹⁶⁵. No Brasil, todas as Constituições acolheram expressamente esse princípio (FRAGOSO, 1994, p. 90-91).

4.2. A legalidade penal é regra ou princípio?

O art. 5º, inc. XXXIX da Constituição da República é o fundamento normativo-constitucional daquilo que se convencionou chamar princípio da legalidade penal. Eis o seu teor: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Tendo em vista a distinção entre direitos e garantias¹⁶⁶, é a legalidade penal uma garantia, que tem como escopo salvaguardar o direito fundamental à liberdade¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Cf. SEMER (2014, p. 32); FRAGOSO (1994, p. 90); CUNHA (1979, p. 31).

¹⁶⁵ De acordo com HUNGRIA (1977, p. 43-44), esse princípio teria tomado o seguinte rumo: surgido com os pensadores iluministas europeus, foi apropriado pelos políticos norte-americanos e inserido nas Constituições e declarações de direitos daqueles Estados. Posteriormente, os revolucionários franceses (HUNGRIA cita especificamente LAFAYETTE), inspirados naqueles diplomas da América do Norte, inseriram dispositivo semelhante na Declaração de 1789 que foi, posteriormente, de igual forma colocado na Constituição de 1791 dos Estados Unidos da América.

¹⁶⁶ “Antes de entrarmos na análise das normas que integram o rol de direitos fundamentais do homem, convém observar que a Constituição Brasileira, como todas as Constituições modernas, não se limita a declarar o que reputa essencial à dignidade da pessoa humana. Não basta declarar o direito; é preciso assegurar os meios conducentes ao seu pleno exercício [...]. As garantias, como frisa Pontes de Miranda, estão associadas ao direito para servi-lo” (MALUF, 1967, p. 379).

¹⁶⁷ A liberdade é, na concepção de PONTES DE MIRANDA, um daqueles direitos que ele classifica como fundamentais e supraestatais, ou seja, “são acima do Estado, e as próprias Assembléias Constituintes, em revisão, não os podem revogar ou derrogar” (1960, p. 242). Em sentido diametralmente oposto, conferir DWORKIN (2011, p. 417): “A idéia de um direito à liberdade é um conceito equivocado que, pelo menos em dois sentidos, presta um desserviço ao pensamento político. Em primeiro lugar, a idéia cria a falsa noção de um conflito necessário entre a liberdade e outros valores, naqueles casos em que uma regulamentação social é proposta, como no programa de transporte escolar compulsório (*busing*). Em segundo lugar, a idéia oferece uma resposta excessivamente fácil à questão de por que consideramos certos tipos de restrições como especialmente injustas, como, por exemplo, a restrição à expressão ou à liberdade religiosa”. O autor entende que o direito fundamental é o da igualdade, não o da liberdade, o que não indica, de forma nenhuma, qualquer ranço de pensamento autoritário. Muito pelo contrário. Ele busca, apenas, demonstrar que é possível defender algumas liberdades (como a liberdade de expressão, de culto etc.) e não outras (como a liberdade econômica plena e desregulada) sem cair em contradição.

Desde uma distinção qualitativa entre princípios e regras (adotada, entre outros, por ALEXY e DWORKIN), parece evidente que essa disposição normativa é uma regra, não um princípio¹⁶⁸. Assim, a menos que fosse declarada sua invalidade¹⁶⁹, não poderia deixar de ser aplicada em absolutamente nenhuma hipótese que a ela se subsuma. De acordo com Robert ALEXY (2014, p. 90-91):

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas [...]. Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas¹⁷⁰.

Por mais grave que determinado fato possa parecer, não será considerado criminoso se não estiver previamente previsto em lei como tal, sendo impossível ao Judiciário suprir eventual omissão legislativa. Não há que se falar em ponderação entre a regra da legalidade penal e qualquer outro princípio constitucional para excepcionar aquela norma e punir alguém por fato não previsto em lei penal prévia e taxativa.

É certo que a doutrina, na quase unanimidade, denomina a legalidade de princípio¹⁷¹, o que, a rigor, permitiria seu sopesamento com outros princípios constitucionais

¹⁶⁸ Como explica DWORKIN (2011, p. 43), nem sempre a forma do enunciado deixará claro se veicula uma regra ou um princípio. Ele dá o exemplo da primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos, que determina que o Congresso não pode limitar a liberdade de expressão. O autor indaga se isso seria uma regra ou um princípio e afirma que existem posições divergentes sobre a resposta. Como, então, podemos dizer que a legalidade penal, no ordenamento jurídico brasileiro, é uma regra? Em primeiro lugar, pela forma de seu enunciado (o que, a despeito de não ser um argumento definitivo, deve ser levado em consideração). Em segundo lugar, pela história política e institucional do direito. Desde o Iluminismo, a legalidade penal sempre foi tratada como dogma absoluto: regra, portanto. Em terceiro lugar, porque se fosse princípio perderia grande parte de sua função limitadora do poder punitivo.

¹⁶⁹ Parece óbvio ser impossível sustentar a invalidade do art. 5º, inc. XXXIX, CF, não apenas por se tratar de norma originariamente constitucional como por seus sólidos fundamentos históricos, políticos e jurídicos.

¹⁷⁰ DWORKIN (2011, p. 39), embora sua teoria se distinga da teoria dos princípios de ALEXY em diversos pontos, distingue as regras dos princípios de maneira semelhante: “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.

¹⁷¹ Nesse sentido, por exemplo, QUEIROZ (2012, p. 70); BATISTA (2011, p. 63); ZAFFARONI et al. (2011, p. 200); SCHMIDT (2001, passim); HUNGRIA (1977, p. 21); GOMES (2008, p. 5); DIAS (2007, p. 177).

para afastar sua aplicação em determinados casos. Tal conclusão, porém, não é correta. Quem denomina a legalidade de princípio simplesmente assim o faz tendo como referência a distinção quantitativa (e não qualitativa) entre regras e princípios (ou seja, nada diz quanto à estrutura da norma ou sua forma de aplicação¹⁷²). Até porque há alguns autores que sequer concordam com a distinção qualitativa entre regras e princípios¹⁷³.

Em suma: sob uma distinção quantitativa entre regra e princípio – segundo a qual princípio seria a base de um sistema ou subsistema jurídico –, efetivamente é correto falar-se em princípio da legalidade, pois se trata de uma das mais importantes normas não apenas do direito penal, mas do direito como um todo. Segundo uma distinção qualitativa – que considera a estrutura da norma jurídica –, porém, mais correto se falar em regra da legalidade. Feitas as distinções, alerta-se que, neste trabalho, utilizar-se-ão ambas as expressões com o mesmo significado.

4.3. Legalidade como garantia imprescindível ao Estado de Direito

Tendo em vista que o princípio da legalidade penal foi criado para limitar o poder punitivo, não se pode perverter a sua utilização a ponto de enxergar nele um conteúdo normativo que não possui. O raciocínio correto é o seguinte: a legalidade penal veda, de forma absoluta, a punição por fato não previsto previamente em lei aprovada pelo

¹⁷² Assim, embora designando a legalidade de princípio, explica DIAS (2007, p. 180): “O princípio segundo o qual não há crime sem lei anterior que como tal preveja uma certa conduta significa que, por mais socialmente nocivo e reprovável que se afigure um comportamento, tem o legislador de o considerar como crime (descrevendo-o e impondo-lhe como consequência jurídica uma sanção criminal) para que ele possa como tal ser punido”. No mesmo sentido, deixando claro que não se pode flexibilizar a regra da legalidade penal, HUNGRIA (1977, p. 31): “Porque a singela verdade é que não se pode apontar um único fato seriamente lesivo do interesse social que já não esteja previsto como crime no texto dos Códigos Penais [...]. Será, porém, que a transitória impunidade de um fato tão pouco relevante, do ponto de vista de sua antinomia com a disciplina social, que não chegou a ferir a sensibilidade do legislador, constitua uma desgraça nacional, para cuja debelação se impunha o repúdio de um *mandamento* formulado pela civilização jurídica? Seria ridícula a resposta afirmativa”. FARIA (1961, p. 63) é taxativo: “Essa garantia é absoluta, não deve desaparecer”. SIQUEIRA (1950, p. 103) também é categórico: “O princípio é *absoluto* [...]. É tão rígida a regra que, mesmo constasse, por exemplo, que uma incriminação fosse abolida por erro, deveria observar-se, igualmente, a proibição do art. 1º do código”.

¹⁷³ “Daí a minha concordância também neste ponto com Luigi Ferrajoli: princípios não são valores; não há uma distinção estrutural entre regra e princípio; um princípio só se aplica através de uma regra; atrás de cada regra há sempre um princípio; por vezes, princípios são aplicados como regras e, finalmente, que o panprincipiologismo é forte componente da fragilização do direito” (STRECK, 2012, p. 65).

Legislativo, mas de forma nenhuma permite a conclusão no sentido de que, sendo cometido o crime, a punição é medida inexorável¹⁷⁴.

É certo que mesmo autores iluministas entendiam, com fundamento em teorias retributivistas ou preventivas, que, dada a ocorrência do crime, a punição deveria ser infalível, tendo em vista que o criminoso era visto como um ser externo que se punha contra a sociedade e fora dela (QUEIROZ, 2012-b, p. 145)¹⁷⁵. Essa ideia de inexorabilidade da punição, porém, não adquiriu a natureza de princípio constitucional e hoje, com o conhecimento que a criminologia crítica proporciona em relação à cifra oculta da criminalidade e à seletividade penal, é impossível sustentá-la seriamente¹⁷⁶.

Historicamente, a legalidade vem sendo analisada pela dogmática penal em seu aspecto de garantia contra o poder punitivo, sendo francamente majoritária na doutrina a possibilidade de se mitigarem os rigores da lei em benefício do acusado em determinadas hipóteses. Já HUNGRIA (1977, p. 88) afirmava, em relação ao intérprete legal, o seguinte: “Pode e deve humanizar a regra genérica da lei em face dos casos concretos de feição especial”¹⁷⁷. Dogmaticamente, embora o princípio da legalidade proíba a retroatividade da lei penal prejudicial, a analogia *in malam partem* e a criminalização de condutas pelos costumes, são plenamente aceitas a retroatividade da lei penal benéfica e a analogia *in bonam*

¹⁷⁴ Nesse sentido, GIACOMOLLI (2010, p. 451): “Esta origem política do princípio da legalidade, vinculada ao contrato social, tem suas raízes na ideia de uma razão que harmonize a todas as pessoas, na exclusão da arbitrariedade estatal, na inviolabilidade da liberdade de toda pessoa, e na exigência de dar segurança e certeza ao direito”.

¹⁷⁵ Para QUEIROZ (2012-b, p. 209), o princípio da legalidade, tal como formulado por FEUERBACH, teria como principais papéis delimitar o campo da ciência penal e garantir a efetividade da coação psicológica: “Do ponto de vista histórico, é muito importante anotar que houve uma relativa mudança funcional no princípio da legalidade penal: ele tem, hoje, a principal função de atuar como uma garantia do indivíduo perante o poder estatal. Sua função é, sobretudo, garantista [...]. Mas em Feuerbach [...] tal princípio só parcialmente tem relação com a preservação de garantias individuais: em termos teóricos, seu papel é delimitar o campo de estudos da ciência do direito penal; e, em termos políticos, garantir a efetividade da coação psicológica”. Sobre o assunto, em sentido semelhante, cf. ASÚA (1959, p. 97). Salientando, no entanto, o papel garantista do princípio da legalidade em FEUERBACH, cf. HUNGRIA (1977, p. 47).

¹⁷⁶ “A criminalização primária é um programa tão imenso que *nunca e em nenhum país se pretendeu levá-lo a cabo em toda a sua extensão nem sequer em parcela considerável, porque é inimaginável*. A disparidade entre a quantidade de conflitos criminalizados que realmente acontecem numa sociedade e aquela parcela que chega ao conhecimento das agências do sistema é tão grande e inevitável que seu escândalo não logra ocultar-se na referência tecnicista a uma *cifra oculta*. As agências de criminalização secundária têm limitada capacidade operacional e seu crescimento sem controle desemboca em uma utopia negativa. Por conseguinte, considera-se *natural* que o sistema penal leve a cabo a seleção de criminalização secundária apenas como realização de uma parte ínfima do programa primário” (ZAFFARONI et al., 2011, p. 43-44).

¹⁷⁷ Em 1936, muito tempo antes da construção dogmática do princípio da insignificância, LYRA citava o seguinte trecho da obra de BATTAGLINI: “Por exemplo, no caso de um furto insignificante, cujas circunstâncias imponham o perdão, poderá acontecer que o juiz absolva o autor, ultrapassando o Código e dele se servindo como passaporte para um princípio não escrito” (apud LYRA, 1936, p. 259-260).

*partem*¹⁷⁸. Também se aceita na doutrina, embora aqui haja divergência, o afastamento da tipicidade quando se tratar de conduta socialmente adequada¹⁷⁹, o que somente pode ser aferido mediante a análise dos costumes¹⁸⁰.

O fundamento dessas mitigações é claro: punições desnecessárias não devem ser permitidas, ainda que irrogadas sob o manto legal. HUNGRIA (1977, p. 115-116), insuspeito tecnicista jurídico¹⁸¹, assim fundamentava o postulado da retroatividade da lei penal benéfica:

[...] há uma irrecusável razão de *justiça*: se a lei nova, afeiçoando-se a uma mudança da *consciência jurídica geral* ou a uma nova ‘concepção jurídica’ [...] em torno de determinado fato, suprime sua incriminação ou atenua sua punição, a eficácia póstuma da lei antiga redundaria numa opressão iníqua e inútil¹⁸².

Com precisão, SEMER (2014, p. 34) explica que, “em que pese a *lei escrita* ser fonte exclusiva do direito de punir, isso não significa que, em nome do princípio, não se possam usar os costumes para deslegitimar a punição”. ZAFFARONI et al. (2011, p. 203) corroboram o argumento da seguinte forma:

¹⁷⁸ Em relação à analogia *in bonam partem*, HUNGRIA (1977, p. 100) entendia que ela não poderia ser utilizada para ampliar os preceitos referentes à exclusão do caráter criminoso do delito: “Realmente, o *nullum crimen, nulla poena sine lege* não é infenso à analogia *in bonam partem*; mas contra a admissão desta, nos casos apontados, há a objeção de que os preceitos a estes relativos são de caráter *excepcional*, e as exceções às regras da lei são rigorosamente limitadas aos casos a que se referem”. Parece mais correto, no entanto, sustentar-se que, sendo a liberdade a regra, apenas os tipos penais incriminadores são excepcionais, devendo os preceitos excludentes de tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade – os quais garantem a liberdade, que, repita-se, é a regra – serem interpretados o mais amplamente possível.

¹⁷⁹ O princípio da adequação social teria surgido com WELZEL (1970, p. 83): “Na função dos tipos de apresentar um ‘modelo’ da conduta proibida se põe de manifesto que as formas de conduta selecionadas por eles têm, por um lado, um caráter social, é dizer, estão referidos à vida social, mas, por outro lado, são precisamente inadequadas a uma vida social ordenada”. Sobre a adequação social, cf. FARIA (2005, *passim*) e SILVEIRA (2010, *passim*).

¹⁸⁰ GIACOMOLLI (2010, p. 456) assevera: “Portanto, a limitação do princípio da legalidade atinge as normas incriminadoras, limitadoras da potestade punitiva, mas não as protetivas dos direitos e das liberdades fundamentais. Com isso, está plenamente justificado o reconhecimento de causas supralegais de exclusão de tipicidade, ilicitude ou de culpabilidade”.

¹⁸¹ Cf. HUNGRIA (*op. cit.*, p. 104-108).

¹⁸² Em contundente crítica a MAXIMILIANO, que discordava da retroatividade benéfica nos casos em que já houvesse trânsito em julgado, HUNGRIA (1977, p. 118-119) escreveu: “Carlos Maximiliano faz uma velada censura à *indiscrição* do legislador penal brasileiro, que, ao admitir a retroatividade *in mitius*, desatende ao princípio de *santidade da res judicata*, ainda quando não se trate de *abolitio criminis*. Não lhe assiste razão. Nos *altares* do direito penal, a coisa julgada é *santa* de prestígio muito relativo”.

Tal garantia [da legalidade] deve ser entendida de boa-fé, ou seja, não pode ser invertida em benefício da arbitrariedade. O princípio significa que a doutrina e a jurisprudência não podem habilitar o poder punitivo além da lei, mas de modo algum acarreta o cancelamento da supremacia constitucional, mediante a pretensão de que a jurisprudência não pode limitar o poder punitivo, ao reduzir a termos racionais o alcance meramente semântico da lei, ou de que a doutrina não pode propor às agências judiciais essa redução. Isso tampouco significa que a jurisprudência e o costume sejam indiferentes em outro sentido: se é verdade que não se proclama a derrogação da lei penal por dessuetude, também é verdade que uma lei penal jamais aplicada ou interpretada pacificamente em um determinado sentido proibitivo (ou prescritivo) não pode, de surpresa, ser esgrimida contra um cidadão, só porque o poder desejou selecioná-lo. Um tipo penal não é um instrumento para que o poder surpreenda os cidadãos com sua arbitrariedade¹⁸³.

A regra da legalidade penal costuma ser inserida de maneira explícita nas Constituições da maioria dos Estados. As exceções – como a legislação da Alemanha nazista¹⁸⁴, da Rússia stalinista¹⁸⁵, e os Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* (como o de Nuremberg) – sempre são lembradas e lamentadas pela doutrina¹⁸⁶, o que indica o alto nível

¹⁸³ “Se se pretende que esse princípio limite de alguma forma o denominado poder punitivo do Estado, ele precisa ser formal e materialmente compreendido. À legalidade não basta o mero informar qual é a conduta proibida, é preciso que ela seja um limite à política criminal – e não um obediente serviçal desta [...]. O princípio da legalidade não concebe o legislador e o aplicador do direito como comedidos e racionais criadores do direito penal: ele se foca na possibilidade de abuso desse suposto poder – só assim pode prestar algum contributo crítico” (COSTA, 2010, p. 78).

¹⁸⁴ FRAGOSO (1994, p. 94) informa que a lei alemã Van der Lubbe, de 20/03/1933, aplicou pena de morte retroativamente aos incendiários de Reichstag.

¹⁸⁵ O direito penal soviético se diferencia bastante do direito penal alemão nazista, embora, na prática, ambos tenham abandonado essa importante garantia penal. O primeiro, baseado em ideias marxistas, via na lei (e, portanto, no princípio da legalidade) uma instituição burguesa que deveria ser, ao menos a longo prazo, combatida. Alguns autores soviéticos, porém, admitiram a permanência da lei no novo Estado, criando-se um grande paradoxo. ASÚA, em monografia sobre o direito penal soviético, informou: “Goichbarg pensa que inclusive as leis soviéticas só devem ser consideradas como um mal necessário para o período presente de trânsito da Ditadura do proletariado ao Estado comunista perfeito, e que seria mais exato chamá-las de ‘regras de organização’ evitando o nome pouco promissor de Direito” (ASÚA, 1947, p. 30, tradução livre). Mais à frente, escreveu: “Mas, a despeito das esperanças de completa renovação [...], é certo que, segundo confissão do próprio Stalin, ‘de modo algum se deduz daí que o novo Estado não pode conservar certas funções do Estado antigo, modificadas segundo as necessidades do Estado proletário’. É dizer que este, como aquele, tem como ‘instrumentos de poder principalmente o Exército, os órgãos punitivos, os serviços de espionagem e as prisões’. Em suma: o Direito” (ibid., p. 33, tradução livre). MASCARO igualmente analisa a questão da legalidade para o direito soviético. Ele contrapõe o pensamento de STUTCHKA ao de PACHUKANIS. Enquanto o primeiro trabalhava com a ideia de uma *legalidade revolucionária* (ainda que apenas num momento de transição), o segundo negava tal possibilidade: “A manutenção indefinida de um Estado soviético, por parte de Stálin, poderá ser entendida, na perspectiva de Pachukanis, como um prolongamento de uma organização burguesa, e, portanto, um entrave ao desenvolvimento da luta pelo avanço socialista” (MASCARO, 2008, p. 67).

¹⁸⁶ Cf. Aníbal BRUNO (2003, p. 126); Basileu GARCIA (1978, p. 142-146); E. Magalhães NORONHA (1978, p. 79).

de solidez que atingiu essa norma, verdadeiro dogma do direito penal pós-Ilustração. A solidez do princípio fez com que ele não fosse abandonado sequer na Itália fascista¹⁸⁷. Mesmo alguns autores que adotavam um positivismo criminológico¹⁸⁸ – e, por coerência, deveriam rejeitar, de todo, o princípio da legalidade – conseguiram se adaptar a ele¹⁸⁹.

HUNGRIA (1977, p. 22), um dos mais ferrenhos defensores do princípio da legalidade penal, após afirmar que se trata de princípio político-liberal que “representa um anteparo da liberdade individual em face da expansiva autoridade do Estado”, faz grande crítica às legislações que não o adotam, sustentando que “somente o retorno ao ilimitado autoritarismo do Estado pode explicar o seu repúdio nos últimos tempos, como aconteceu na Rússia soviética e na Alemanha de Hitler”¹⁹⁰.

No Brasil, FRAGOSO (1994, p. 95) informou a existência, na ditadura Vargas, do decreto-lei nº 4.166/42, que expressamente autorizava o recurso à analogia em matéria penal e, portanto, ofendia o princípio da legalidade. O mesmo decreto ofendia a taxatividade penal, ao punir quem fizesse “oposição de quaisquer dificuldades ou embaraços à consecução dos objetivos do presente decreto-lei”. O autor fez referência ainda à lei cubana

¹⁸⁷ HUNGRIA (1977, p. 52-53).

¹⁸⁸ Sobre o reflexo do positivismo criminológico na análise do princípio da ofensividade, cf. capítulo 5.3.6.

¹⁸⁹ HUNGRIA (1977, p. 22-23), citando FERRI, explicava que o princípio da legalidade não fora abandonado pelo positivismo criminológico italiano: “Anossow, penalista russo, defendendo a abolição do *nullum crimen sine lege* no Código Penal dos Sovietes, procura apoiá-la no *defensismo* da ‘escola penal positiva’ e argumenta: ‘O direito não tem a mobilidade da vida, mas não é isso ‘razão para que fatos perigosos fiquem impunes por falta ‘de um adequado artigo no Código Penal’. É de retrucar-se que, embora, ladeando seus próprios postulados e ilações, o positivismo penal não enjeitou o princípio da legalidade, por considerá-lo imprescindível baluarte da liberdade individual”. Mas o próprio FERRI, a despeito de afirmar que a legalidade é “conquista irrevogável, contra os abusos medievais” (1931, p. 141), não lhe poupava críticas e entendia que a lei penal, quando não fosse para definir crime inexistente, mas tornar suas consequências mais rigorosas, deveria retroagir: “[...] o cidadão que tem praticado um fato punível pela lei deve ficar sujeito às consequências, que a lei nova, pelas mudadas condições sociais, veio dispor”. No Brasil, LYRA (1936, p. 251) criticava o princípio da legalidade penal nos seguintes termos: “A concepção do Direito, nutrida, atualmente, pelo espírito de defesa social, desdenha desses embaraços individualistas, diante dos *legítimos* e *reais* interesses da comunhão [...]. Em respeito a um privilegio individual, aliás precário, dados os vícios do processo, as desigualdades de tratamento, o automatismo, quando não a tendência, do aparelhamento policial e judicial, não se deve expor a sociedade a perigos e ofensas”.

¹⁹⁰ O penalista brasileiro distingue o sistema adotado pela Alemanha nazista e pela Rússia stalinista porque, enquanto neste último caberia ao juiz criminal analisar se a ação poderia ser considerada, por analogia, criminosa, naquele isso competiria ao próprio *Führer*: “[...] permite-se a punição do fato que escapou à previsão do legislador, uma vez que essa punição seja reclamada pelo ‘sentimento’ ou pela ‘consciência’ do povo (*Volksempfinden*), depreendidos e *filtrados*, não pela interpretação pretoriana dos juizes, mas (e aqui é que o leão mostra a garra...) segundo a *revelação* (*Kundmachung*) do *Führer*. Schaffstein, professor de direito em Leipzig, proclama, sem rodeios, do alto de sua cátedra: ‘A lei é o que o *Führer* ordena’” (HUNGRIA, 1977, p. 26). O mesmo autor informa, ainda, que a permissão da analogia era tradição no direito penal dinamarquês, mas em termos bastante restritos: “Pode-se mesmo dizer que o critério aqui consagrado não é propriamente o da aplicação analógica da lei penal, mas o da sua *interpretação extensiva por força de compreensão*” (id.).

de nº 425/59, que definiu os delitos contra-revolucionários com fórmulas extremamente vagas.

4.4. Do caráter retórico do princípio da legalidade

CUNHA, no final da década de 1970, publicou livro, fruto de sua dissertação de mestrado, justamente com este título – *O caráter retórico do princípio da legalidade* –, no qual denunciou a ineficácia desse princípio constitucional:

O princípio da legalidade dos delitos e das penas não constitui uma garantia essencial do cidadão em face do poder punitivo do Estado. Não determina precisamente a esfera da ilicitude penal e, diversamente do que afirma a doutrina, não assegura a irretroatividade da lei penal que prejudica os direitos do acusado. Tampouco estabelece a lei escrita como única fonte de incriminação e penas, impede o emprego da analogia em relação às normas incriminadoras ou, ainda, evita a criação de normas penais postas em linguagem vaga e indeterminada (CUNHA, 1979, p. 17).

Na prática, a amplitude semântica da redação de alguns tipos penais extremamente abertos permite que o intérprete os preencha da forma como entender melhor. É exemplificativo o caso do crime de praticar ato obsceno. Há evidente afronta à legalidade penal – pois se descumpre a taxatividade¹⁹¹ –, mas os tribunais são relutantes em declarar sua inconstitucionalidade.

De outra parte, há também a questão das normas penais em branco heterogêneas, que acabam delegando o verdadeiro sentido da norma para a autoridade administrativa, retirando toda a sua legitimidade democrática. Significativo a este respeito é o crime de tráfico de drogas. Quem decide, em última instância, o que é tráfico de drogas é a autoridade administrativa sanitária, que dispõe, por meio de portaria, sobre as substâncias que são consideradas ilícitas.

¹⁹¹ FERRAJOLI (2011, p. 36, tradução livre) explica: “Comportamentos como o ato obsceno ou o desacato, por exemplo, correspondem a figuras delitivas, por assim dizer, ‘em branco’, cuja identificação judicial, devido à indeterminação de suas definições legais, remete-se, muito mais que a provas, a valorações do juiz inevitavelmente discricionárias que de fato tornam em vão tanto o princípio formalista da legalidade como o empirista da factualidade do desvio punível”.

A insegurança jurídica e o arranjo democrático que decorrem da utilização dessa técnica legislativa podem ser demonstradas com um exemplo concreto ocorrido no Brasil. Em 16 de fevereiro de 2014, o programa “Fantástico” da Rede Globo de televisão exibiu reportagem com o título “Brecha na lei impede que Polícia Federal apreenda novas drogas” (GLOBO, 2014). Na reportagem, criticou-se a legislação, tendo em vista que o comércio das substâncias conhecidas como metilona e 25I (semelhantes ao ecstasy e ao LSD, respectivamente) não seria penalmente vedado, pois aquelas drogas sintéticas não constavam das listas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Apenas dois dias depois da divulgação da reportagem, porém, a agência reguladora alterou a Portaria 344/98 e inseriu 21 novas substâncias, inclusive as citadas (ANVISA, 2014). Na exibição do programa da semana seguinte, a mesma emissora de televisão exibiu nova reportagem comemorando a mudança da “legislação” – que se deu sem o consentimento dos parlamentares, mas por ato unilateral de uma autoridade administrativa – e afirmando, com ares de ingenuidade ou cinismo, que “A brecha na lei foi fechada” (GLOBO, 2014).

Fica nítido que a alteração do complemento da lei penal procedeu-se em razão direta da influência exercida pela mídia no caso – ocorreu algo que se poderia chamar “Efeito Fantástico” – e sem que tenha havido prévio debate democrático no local adequado, ou seja, o Poder Legislativo.

Nem se alegue que, em tal matéria, não é desejável aguardar a solução via Poder Legislativo, tendo em vista a natural demora para que ele aprove uma lei. Isso é um argumento *de política* (e não *de princípio*). Argumento de política não é apto a afastar uma garantia constitucional¹⁹². Ademais, não há como olvidar que a legalidade é uma *regra* que, como tal, ao contrário do que ocorre com os *princípios*, não pode ser relativizada.

¹⁹² Em várias passagens de sua obra, DWORKIN distingue princípio de política: “Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...]. Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. “Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo [...]. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”. “Segue-se, da definição de um direito, que ele não pode ser menos importante que todas as metas sociais. Para simplificar, podemos estipular que não chamaremos de direito qualquer objetivo político, a menos que ele tenha um certo peso contra as metas coletivas em geral; a menos que, por exemplo, não possa ser invalidado mediante o apelo a qualquer das metas rotineiras da administração política, mas somente por uma meta de urgência especial” (DWORKIN, 2011, p. 36; 129; 144).

Deve-se salientar que a justificativa dada pela doutrina às normas penais em branco heterogêneas diz respeito à impossibilidade de o Legislativo prever parâmetros técnicos em determinadas atividades, sob pena de se configurar um caos na legislação. Tratando especificamente do direito penal ambiental, COSTA (2010, p. 69) assevera: “Não há como fixar parâmetros técnicos de cada atividade na norma penal – sob o risco de se cair em caótico casuísmo, que em nada contribui para a clareza e certeza dos tipos penais”. Essa necessidade técnica, no entanto, não existe no âmbito do direito penal das drogas. Isso porque a definição da droga como lícita ou ilícita depende de critérios meramente políticos, nenhuma relação havendo com sua danosidade. Fosse o critério estritamente técnico e o álcool, o tabaco e muitas outras substâncias também estariam incluídos no rol de drogas ilícitas.

Mas não é só. Verifica-se que a delegação de poderes à ANVISA também não soluciona a questão das drogas que não são proibidas, como reconheceu o perito na primeira reportagem mencionada: “É aquela velha analogia do cachorro correndo atrás do rabo: mesmo que a Anvisa hoje proíba uma substância, na semana seguinte já tem uma nova pronta pra ser lançada no mercado”.

Ainda que fosse possível suprimir uma garantia fundamental (a regra da legalidade penal) utilizando-se argumentos de política, dever-se-ia demonstrar que a restrição respeita o postulado da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). No entanto, verificando-se que a afronta à garantia constitucional não atinge o fim a que visa (ou seja, que é *inadequada*), deve ela ser declarada inconstitucional por desrespeito à proporcionalidade (e ao subprincípio da adequação).

A jurisprudência não reconhece a inconstitucionalidade das normas penais em branco heterogêneas, ainda que a doutrina comprometida com os direitos e garantias fundamentais forneça subsídios para esse tipo de decisão¹⁹³. ZAFFARONI et al. (2011, p. 206) afirmam:

¹⁹³ “A concepção da ‘reserva absoluta’ postula que a lei penal resulte sempre do debate democrático parlamentar, cujos procedimentos legislativos, e só eles, teriam idoneidade para ponderar e garantir os interesses da liberdade individual e da segurança jurídica, cumprindo à lei proceder a uma ‘integral formulação do tipo’; dessa forma, só a lei em sentido formal poderia criar crimes e cominar penas, com ‘a obrigação de disciplinar de modo direto a matéria reservada’. A concepção de reserva relativa nega o monopólio do poder legislativo em assuntos penais e admite que a matéria da proibição possa ser parcialmente definida por outras fontes de produção normativa, cabível que o legislador estabeleça estruturas gerais e diretrizes, a serem complementadas, as primeiras com observância das segundas, pelo regulamento. A constitucionalidade das normas penais em branco de complementação heteróloga é discutível à luz da reserva absoluta da lei”

A lei penal em branco sempre foi lesiva ao princípio da legalidade formal e, além disso, abriu as portas para a analogia e para a aplicação retroativa, motivos suficientes para considerá-la inconstitucional [...]. O argumento das matérias instáveis que as leis penais em branco comumente miram não neutraliza sua *inconstitucionalidade*, ao aduzir que as rápidas mudanças não poderiam ser acompanhadas pelo legislador penal: não há matéria que requeira mudanças tão rápidas e que seja, seriamente, carente de previsão punitiva; por outro lado, essa é precisamente a irrenunciável função constitucional do legislador.

O grau de descumprimento dos princípios constitucionais limitadores do poder punitivo é tão grande que até mesmo a doutrina crítica já se conformou com a irreversibilidade desse fenômeno¹⁹⁴.

Outra tentativa de se arranhar o dogma da legalidade penal pode ser encontrada no mandado de injunção nº 4.733/DF-STF, impetrado pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. Houve aí nítida confusão entre *regra* e *princípio*, sendo a legalidade penal tratada pela Associação como *princípio*, passível, portanto, de ser sopesado e relativizado¹⁹⁵.

(BATISTA, 2011, p. 71-72). COSTA (2010, p. 74) afirma: “Paira, pois, sobre essas normas a grave suspeita de violação do princípio da legalidade”.

¹⁹⁴ “Para justificar a ruptura no modelo de legalidade desenvolveu-se a teoria da reserva legal relativa em detrimento da reserva legal absoluta [...]. Embora seja nítida a irreversibilidade desta técnica no direito penal contemporâneo, sobretudo no direito penal das drogas, não se pode olvidar que o Legislativo, em que pese suas falhas, continua a ser o local idôneo e democrático para produzir tipos penais que destituam do cidadão sua liberdade. Outrossim, percebe-se que a flexibilização do princípio da legalidade, por menor que seja, produz efeito irreversível na base do sistema de garantias, proliferando inúmeras formas de abertura da tipicidade” (CARVALHO, 2010, p. 199-200).

¹⁹⁵ Não se pretende criticar finalidade da Associação ao propor a ação, mas sim a utilização do poder punitivo e, pior, a afronta a uma garantia constitucional que lhe é limitadora para atingir os seus fins. Vale transcrever lição de Salo de CARVALHO (2013, p. 222), que tem total pertinência à situação relatada: “Diferentemente do que possa aparentar, a constância das práticas punitivas é a da reprodução das formas inquisitoriais. Não por outra razão a *inquisitivo* emerge como potência punitiva (*potentia puniendi*) em cada lacuna aberta e em cada contradição aparente dos sistemas normativos, pois é o próprio fundamento que estrutura a lógica (*forma mentis*) penal. A decorrência deste diagnóstico é a pressuposição de que o exercício do poder punitivo, independente da boa ou da má intenção dos seus autores, é *potencialmente* atentatório aos direitos humanos, fato que reforça a necessidade do desenvolvimento de uma *concepção pessimista* em relação aos poderes”. A atuação da Associação se insere no contexto que KARAM (1996, p. 79) denominou de esquerda punitiva: “Distanciando-se das tendências abolicionistas e de intervenção mínima, resultado das reflexões de criminólogos críticos e penalistas progressistas, que vieram desvendar o papel do sistema penal como um dos mais poderosos instrumentos de manutenção e reprodução da dominação e da exclusão, características da formação social capitalista, aqueles amplos setores de esquerda, percebendo apenas superficialmente a concentração da atuação do sistema penal sobre os membros das classes subalternizadas, a deixar inatingidas condutas socialmente negativas das classes dominantes, não se preocuparam em entender a clara razão desta atuação desigual, ingenuamente pretendendo que os mesmos mecanismos repressores se dirigissem ao enfrentamento da chamada criminalidade dourada, mais especialmente aos abusos do poder político e do poder econômico”.

Em 10/05/2012, protocolizou-se, junto ao Supremo Tribunal Federal, o referido mandado de injunção, buscando-se o reconhecimento de que a homofobia e a transfobia se enquadrem no conceito de racismo bem como a declaração de mora inconstitucional do Congresso Nacional em não criminalizar aquelas condutas. Ao prestar informações, o Presidente do Senado Federal se manifestou, no mérito, pela improcedência dos pedidos formulados, “por atentarem contra o princípio da reserva legal penal”. O Presidente da Câmara dos Deputados e a Advocacia-Geral da União também se manifestaram contrariamente ao pedido. Essa última aduziu a impossibilidade de se suprir judicialmente suposta omissão legislativa na seara do direito penal, tendo em vista o princípio da reserva legal penal. No primeiro parecer exarado pelo Ministério Público Federal, aduziu-se que, no caso de ser proferida “uma decisão aditiva, como pretende a impetrante, haverá grave lesão à Constituição Federal”.

Em 28/10/2013, o ministro relator não conheceu do mandado de injunção, diante de sua “manifesta inviabilidade”. Contra essa decisão foi interposto agravo regimental e, instado novamente a se manifestar, o Ministério Público Federal, em 25/07/2014, agora com novo procurador-geral, modificou sua orientação e se manifestou pelo conhecimento e provimento do recurso.

O novo posicionamento do Ministério Público Federal é preocupante. Após discorrer sobre as três etapas pelas quais o mandado de injunção passou¹⁹⁶, entendeu possível a utilização não de simples analogia (o que já seria inconstitucional), mas de analogia ao que consta em *projeto* de lei¹⁹⁷, o que é um absurdo. Tão logo foi publicado esse parecer e a

¹⁹⁶ “Desde (I) uma jurisprudência tímida – que o equiparava, quanto aos efeitos, à ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CR, art. 103, §2º), para autorizar apenas a comunicação da mora legislativa ou a assinatura de prazo para regulamentação do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional -, passando (II) pela fixação de prazo até ao Poder Legislativo para que se desincumbisse da edição da norma e chegando (III) à própria regulamentação da situação, o Supremo Tribunal Federal soube fazer do mandado de injunção ferramenta de concretização constitucional” (Parecer, p. 5).

¹⁹⁷ “Por fim, pode ser acolhido o pedido maior do mandado de injunção, para que o próprio Supremo Tribunal Federal proceda à regulamentação dos dispositivos constitucionais invocados como carentes de interposição legislativa, enquanto não sobrevier edição de lei específica pelo Congresso Nacional. A possibilidade de construção normativa no controle de constitucionalidade é reconhecida no quadro atual da jurisdição constitucional e expressamente oferecida na Constituição brasileira por meio do mandado de injunção. Haverá a maior extensão possível aos efeitos do instituto, no sentido do que se convencionou designar por posição concretista geral. Importará então adotar parâmetros para a atuação normativa concretizadora do Supremo Tribunal Federal. Seria o caso, por exemplo, de utilizar desde logo o conteúdo do Projeto de Lei 122/2006 ou dos dispositivos do Projeto de Código Penal do Senado (que prevê, no art. 487, o racismo e os crimes resultantes de preconceito e discriminação, ‘quando praticado por motivo de discriminação ou preconceito de gênero, raça, cor, etnia, identidade ou orientação sexual, religião, procedência regional ou nacional ou por outro motivo assemelhado, indicativo de ódio ou intolerância’, com pena de prisão de um a cinco anos) [...]. O importante argumento da reserva absoluta de lei (princípio da legalidade estrita) em matéria penal precisa ser interpretado à luz da supremacia da Constituição, das determinações específicas de legislar para proteger a dignidade, do

doutrina jurídica nacional, em uníssono, já se rebelou contra o seu teor. STRECK et al. (2014) escreveram:

Nessa quadra, vale enfatizar que respeitamos o pleito da ABGLT. O que aqui se questiona é o foro adequado para a satisfação de sua pretensão, que não há de ser o Poder Judiciário. A luta pela criminalização, entretanto, em si, embora contrária à melhor filosofia do direito penal, não é evidentemente inconstitucional, como também não seria inconstitucional eventual lei (desde que proporcional, portanto, contemplando as exigências da Constituição Penal) tratando do assunto. Trata-se, fundamentalmente, da discussão acerca dos limites institucionais na relação de Poderes da República. Nesse sentido, lembramos que há mais de quatro séculos essa questão já estava posta em pleno absolutismo dos Stuart, na Inglaterra seiscentista. Lá, Sir Edward Coke, juiz de um pequeno tribunal da Inglaterra no início do século XVII, já considerava nulos os atos do Rei absolutista pelos quais este pretendia estabelecer penalizações sem lei (o famoso caso das Proclamations). Quer dizer, Coke, sem garantias constitucionais, enfrentava o absolutismo para impedir que se pudesse criminalizar condutas sem previsão específica em lei. Passados tantos séculos, o Brasil corre o risco de colocar-se na contramão do constitucionalismo, rompendo com todo um sistema de garantias fundamentais estabelecido com ênfase na própria Constituição Federal de 1988 (CF)¹⁹⁸.

controle de constitucionalidade, da previsão de mecanismos processuais talhados para o enfrentamento da omissão inconstitucional (tais como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão) e do papel do Supremo Tribunal Federal na concretização constitucional, que geram reconfiguração desse princípio, ainda que de modo provisório e por intermédio da jurisdição constitucional. Será então regulamentação autorizada pela Constituição, com o que restará atendido o princípio da legalidade. Será regulamentação excepcional e supletiva, com o que se respeitará o princípio da divisão funcional do poder e a primazia da conformação pelo Poder Legislativo” (Parecer, p. 10-11 e 16-17).

¹⁹⁸ Após essa contundente crítica, o advogado que subscreveu o mandado de injunção publicou um artigo defendendo sua tese. Iniciou dizendo que “a criminalização de condutas, quando constitucionalmente obrigatória, é uma prerrogativa da cidadania”, o que já é absolutamente questionável. O articulista entendeu ser possível restringir o princípio da legalidade penal, desde que se o interprete em conformidade com o princípio da separação de poderes (enquanto sistema de pesos e contrapesos), a supremacia constitucional e a garantia do mandado de injunção enquanto mecanismo de supressão de omissões inconstitucionais. Nas palavras do autor: “Cabe agora defender o pedido efetivamente polêmico da ação (cujo não-acolhimento não impede o acolhimento do pedido autônomo de declaração de mora inconstitucional). Não se pediu para “criminalizar por analogia”, pediu-se para o STF exercer “função legislativa atípica” para, suprimindo a omissão inconstitucional, efetivar a criminalização (sim, legislando). A tese, em apertadíssima síntese, é a seguinte. A vontade constitucional imanente às ordens constitucionais de legislar é a de que tais leis sejam criadas; a declaração de inconstitucionalidade visa tirar a situação inconstitucional do mundo jurídico; só é possível acabar com omissões inconstitucionais mediante a normatização do tema (no mínimo, embora parcialmente, no caso concreto, no caso do MI segundo a corrente concretista individual, corrente esta não aplicável a casos de criminalização se entender-se cabível o MI para elas). Logo, a menos que a ordem constitucional de legislar seja vista como mero conselho despidido de imperatividade no que tange a seu aspecto positivo, então a imanência relativa às ordens de legislar gera uma eficácia jurídica positiva das mesmas a justificar a criação da lei por atuação legislativa atípica/excepcional do Tribunal Constitucional (TC – o STF, no nosso caso) para cumprir a respectiva ordem constitucional de legislar. Inclusive por força do próprio princípio da separação “dos poderes” enquanto sistema de freios e contrapesos, que demanda que um “Poder” possa controlar eficientemente o outro: a única forma de controlar eficientemente a omissão inconstitucional é mediante sua supressão pela jurisdição constitucional do TC, que demanda a criação da norma geral e abstrata pelo mesmo

Pode-se dizer, em suma, que o dogma da legalidade penal, pela primeira vez na história institucional brasileira, foi tratado como princípio (sob a perspectiva qualitativa) e não como regra. Chegou-se a dizer que não é tão importante a origem da norma jurídica (pouco importaria se ela foi emanada do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário). Importante mesmo seria efetivar os valores constitucionais. É preocupante o fato de o dogma da legalidade estar sendo paulatinamente mitigado, inclusive em seu aspecto histórico mais sobressalente, qual seja: leis penais só podem ser criadas pelo Poder Legislativo.

4.5. Síntese conclusiva

A despeito de todas as fissuras e críticas que a regra da legalidade penal sofreu e ainda sofre, parece evidente que, como decorrência lógica do princípio democrático adotado pelo movimento constitucionalista, ela vem superando os obstáculos que surgem e permanece como dogma tanto na doutrina como na jurisprudência. O Judiciário, por exemplo, jamais afirmou que a regra da legalidade não existe. Tal assertiva seria veementemente criticada e compreendida como incorreta: não subsistiria, pois claramente ofensiva à Constituição Federal¹⁹⁹.

Contudo, ao contrário do que ocorre com o princípio da legalidade, os princípios penais materiais limitadores do poder punitivo não configuram dogmas da doutrina e da jurisprudência. Há grande dificuldade em se compreendê-los como normas jurídicas. Não é incomum os tribunais afirmarem que o princípio da ofensividade não existe no ordenamento

(corrente concretista geral do MI, fundada na isonomia). Aí a extrema pertinência do segundo parecer da PGR quando disse que o importante princípio da legalidade estrita criminal deve ser interpretado sistematicamente com a supremacia constitucional, a garantia do MI enquanto mecanismo de supressão de omissões inconstitucionais e (implicitamente) com esta eficácia jurídica positiva das ordens constitucionais de legislar, para admitir a regulamentação provisória do tema pelo TC, a perdurar até a efetiva aprovação de lei pelo Legislativo sobre o tema. Na tese de Walter Claudius Rothenburg (item 6.2.3 do MI 4733), mais importante do que quem cumpre a Constituição é cumprir a Constituição, donde se o constitucionalmente obrigado a cumpri-la não o faz, pode o TC/STF atribuir tal competência a outro órgão ou a ele próprio para fazê-lo” (VECCHIATTI, 2014).

¹⁹⁹ Se a inconstitucionalidade da criminalização do ato obsceno (que fere a taxatividade), por exemplo, não é reconhecida é por via transversa: considera-se que, na verdade, a norma que prevê aquele tipo penal não entra em contradição com a regra da legalidade. O mandado de injunção citado, por sua vez, também tentou se valer de via transversa para afastar a aplicação do princípio da legalidade: em nenhum momento se afirmou que esse princípio não existe; tentou-se sustentar, apenas, que, no caso concreto, a criação de tipos penais pelo Poder Judiciário não o ofenderia.

jurídico brasileiro. As razões justificadoras dessa distinção de tratamento serão analisadas no próximo capítulo.

5. O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE E SUA DIFÍCIL INCORPORAÇÃO ÀS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS

5.1. Eficácia dos princípios limitadores do poder público

Não há dúvida que alguns princípios limitadores da atuação do poder público são mais eficazes do que outros. Os princípios constitucionais que proíbem a intervenção estatal no patrimônio individual, por exemplo, são muito mais eficazes do que os que limitam o poder punitivo. O exemplo maior situa-se no direito tributário. As limitações ao poder de tributar e as limitações ao poder de punir partem, como se viu anteriormente, da mesma premissa: a necessidade de limitação do poder soberano. No entanto, as limitações ao poder de tributar são não apenas mais antigas, mas muito mais efetivas e numerosas do que as limitações ao poder de punir.

É curioso que o próprio princípio da legalidade tenha surgido antes como exigência tributária do que penal. Na verdade, aquela garantia não teria nascido da necessidade de se proteger a liberdade de ir e vir, mas sim, e principalmente, da necessidade de se proteger o cidadão de tributos abusivos. CELLA (2002, p. 5) afirma que “não há divergência entre historiadores, juristas e cientistas políticos na afirmativa de que o Princípio Jurídico da Legalidade [...] tem sua origem umbilicalmente ligada ao consentimento dos impostos”.

Para o mencionado autor, é “senso comum entre os juristas” que tal princípio se originou da Magna Carta Inglesa de 1215, embora ressalte que, segundo Victor UCKMAR, “a necessidade do consentimento para que a imposição tributária fosse possível já vinha se delineando, mesmo fora da Inglaterra, há mais de um século antes da promulgação da Carta de 1215”²⁰⁰. Referindo-se ao mesmo autor, CELLA explica que em 1091 sobreveio o primeiro documento no qual o soberano solicitava aos súditos seu consentimento para a imposição de tributos. Nessa fase embrionária, o consentimento era individual. Na medida

²⁰⁰ Id.

em que se ampliou o leque dos indivíduos consultados, o consenso passou a ser coletivo, convocando-se o Parlamento para representá-los²⁰¹.

Além de mais antigas, as limitações tributárias são mais numerosas do que as penais. Nota-se que há apenas oito incisos do art. 5º da Constituição da República tratando de limitações especificamente penais²⁰², enquanto existe um capítulo inteiro do título VI da Constituição que cuida de matéria tributária, sendo que a seção II desse capítulo trata especificamente das limitações ao poder de tributar. As limitações tributárias – mais antigas e mais numerosas – são também mais eficazes²⁰³. Essa situação talvez seja explicável pelo seguinte trecho da obra *Limitações constitucionais ao poder de tributar*, de BALEEIRO (1977, p. 238):

A Constituinte de 1946 – se for objeto de estudos quanto à composição social e profissional de seus membros, a exemplo da aguda investigação de Charles Beard sobre a Convenção de Filadélfia – revelará que congregava maciçamente titulares da propriedade. Mais de 90% dos constituintes eram pessoalmente proprietários, ou vinculados por seus parentes próximos – pais e sogros – à propriedade sobretudo imobiliária. Compreende-se que desse corpo coletivo jamais poderia brotar texto oposto à propriedade.

Certamente não foi exclusividade da Constituinte de 1946 ou da Convenção da Filadélfia congregar maciçamente em sua Assembleia pessoas que se situam na elite do poder econômico e financeiro, ou seja, os grandes proprietários. A maioria dos Estados capitalistas constitui-se dessa mesma forma. O maior interesse dos grandes proprietários sempre será, por um lado, buscar um Estado mínimo no âmbito econômico e, por outro, um Estado penal máximo. Essa dicotomia é constatada por WACQUANT (2013, p. 110) ao analisar o desbaratamento do Estado social e o aumento do Estado policial no final do século XX nos Estados Unidos:

²⁰¹ Também COELHO, ao tratar da garantia da estrita legalidade tributária, afirma que: “[...] tem suas raízes fincadas no terreno da antiquíssima luta pelo consentimento na instituição dos tributos” (MENDES et al., 2008, p. 1345).

²⁰² Incisos XXXIX, XL, XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX, L.

²⁰³ Não há aqui espaço para comprovar empiricamente a distinção da eficácia das limitações tributárias e penais, o que, no entanto, pode ser facilmente feito com a análise comparativa de julgados do Supremo Tribunal Federal. É muito superior o número de julgados que declararam inconstitucionais as leis tributárias em comparação aos que julgaram inconstitucionais as leis penais.

Como conter o fluxo crescente de famílias deserdadas, marginais das ruas, jovens desempregados e alienados, desesperança e a violência que se intensificam e se acumulam nos bairros segregados das grandes cidades? Nos três níveis do campo burocrático – o dos condados, o estadual e o federal –, as autoridades estadunidenses responderam à escalada das desordens urbanas – pelas quais, paradoxalmente, são em grande parte responsáveis – desenvolvendo, até a hipertrofia, suas funções repressivas. Na medida em que a rede de segurança do Estado caritativo se desfazia, a malha do Estado punitivo foi chamada a substituí-la e a lançar sua estrutura disciplinar nas regiões inferiores do espaço social estadunidense como uma forma de conter a desordem e o tumulto sociais. Uma cadeia causal a um elo funcional foram então colocados em movimento, por meio dos quais a desregulamentação econômica requeria e provocava a redução do bem-estar social; por sua vez, a gradual passagem do *welfare* para o *workfare* demandava e alimentava a expansão do aparato penal.

Trata-se, em outras palavras, de se adotar um liberalismo econômico, mas não um liberalismo político. É a essência do pensamento conservador que explica a razão pela qual os princípios constitucionais tributários são mais efetivos do que os princípios constitucionais penais. E isso explica também por que em algumas infrações penais – costumeiramente cometidas pela elite financeira e econômica – há mais (e mais rigorosas) limitações ao poder punitivo do que em outras.

O princípio da insignificância, por exemplo, é pacificamente aceito pelo Supremo Tribunal Federal, nos crimes tributários, sempre que o prejuízo ao erário seja de até R\$20.000,00 (STF, HC 119849/PR)²⁰⁴. Ademais, o STF (HC 116829), a despeito da

²⁰⁴ O julgamento ocorreu em 19/08/2014. Importante destacar, no entanto, que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 12/11/2014, no REsp 1401424, decidiu que o parâmetro de aplicação do princípio da insignificância é de R\$10.000,00. A ementa explicita a desigualdade de tratamento entre os crimes patrimoniais e os crimes tributários: “1. Soa imponderável, contrária à razão e avessa ao senso comum tese jurídica que, apoiada em mera opção de política administrativo-fiscal, movida por interesses estatais conectados à conveniência, à economicidade e à eficiência administrativas, acaba por subordinar o exercício da jurisdição penal à iniciativa da autoridade fazendária. Sobrelevam, assim, as conveniências administrativo-fiscais do Procurador da Fazenda Nacional, que, ao promover o arquivamento, sem baixa na distribuição, dos autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00, impõe, mercê da elástica interpretação dada pela jurisprudência dos tribunais superiores, o que a Polícia deve investigar, o que o Ministério Público deve acusar e, o que é mais grave, o que - e como - o Judiciário deve julgar. 2. Semelhante esforço interpretativo, a par de materializar, entre os jurisdicionados, tratamento penal desigual e desproporcional, se considerada a jurisprudência usualmente aplicável aos autores de crimes contra o patrimônio, consubstancia, na prática, sistemática impunidade de autores de crimes graves, decorrentes de burla ao pagamento de tributos devidos em virtude de importação clandestina de mercadorias, amiúde associada a outras ilicitudes graves (como corrupção, ativa e passiva, e prevaricação) e que importam em considerável prejuízo ao erário e, indiretamente, à coletividade. 3. Sem embargo, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.112.748/TO, rendeu-se ao entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal no sentido de que incide o princípio da insignificância no crime de descaminho quando o valor dos tributos iludidos não ultrapassar o montante de R\$ 10.000,00, de acordo com o disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002. Ressalva pessoal do relator. 4. A partir da Lei n. 10.522/2002, o Ministro da Fazenda não tem mais autorização para, por meio de simples portaria, alterar o valor definido como teto para o arquivamento de execução fiscal sem baixa na distribuição. E a Portaria MF n.

redação do art. 34 da Lei 9.249/95 permitir a extinção da punibilidade apenas se o pagamento ocorrer antes do recebimento da denúncia, amplia esse direito a limites bem largos: pode-se pagar a dívida a qualquer momento – até durante a execução da pena, para alguns ministros –, que será declarada extinta a punibilidade. Em relação ao furto, porém, o valor ao qual se aplica o princípio da insignificância é muito inferior. O STF (HC 110932) já considerou inaplicável o princípio ao furto de uma bicicleta avaliada em R\$128,00. Ademais, tratando-se de furto, não há extinção da punibilidade quando o furtador repara integralmente o dano causado à vítima²⁰⁵.

Dentro do âmbito penal, o princípio mais efetivo do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro que limita o poder punitivo é o da legalidade. E nem ele, como se viu, tem a eficácia que seria necessária para o resguardo do direito fundamental à liberdade.

Pode-se chegar à seguinte conclusão parcial: nenhum dos princípios penais (e processuais) limitadores do poder punitivo conseguem ter plena efetividade; são muitas vezes deixados de lado, pois o estado de polícia se choca com eles e, a todo momento, tenta afastá-los²⁰⁶. FERRAJOLI (2011, p. 385) reconhece, em relação ao princípio da legalidade,

75/2012, que fixa, para aquele fim, o novo valor de R\$ 20.000,00 - o qual acentua ainda mais a absurdidade da incidência do princípio da insignificância penal, mormente se considerados os critérios usualmente invocados pela jurisprudência do STF para regular hipóteses de crimes contra o patrimônio - não retroage para alcançar delitos de descaminho praticados em data anterior à vigência da referida portaria, porquanto não é esta equiparada a lei penal, em sentido estrito, que pudesse, sob tal natureza, reclamar a retroatividade benéfica, conforme disposto no art. 2º, parágrafo único, do CPP”. O STF, ao apreciar um caso de furto, também destacou, pela lavra do ministro BARROSO, a seletividade do Judiciário na aplicação do princípio da insignificância: “Em matéria de insignificância, como tudo o que envolve o sistema penal brasileiro, a seletividade também está presente. Nesse sentido, qualquer observador da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode confirmar que o furto de um par de chinelos, de dois frascos de sabonete íntimo ou de alguns bombons, todos avaliados em menos de R\$ 50,00 (cinquenta reais), justifica a prisão do acusado, em regime inicial no mínimo semiaberto, caso se trate de reincidente. No entanto, se uma pessoa comete descaminho por duas vezes, sonegando R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em tributos na primeira oportunidade e R\$ 10.000,00 (dez mil reais) na segunda, o sistema penal não é acionado, por não ter sido excedido o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)” (HC 123108).

²⁰⁵ Criticamente sobre isso, cf. ALMEIDA (2012, *passim*) e SALVADOR NETTO (2014, p. 243-248).

²⁰⁶ ZAFFARONI et al. (2011, p. 200) explicam a lógica dos princípios limitadores do poder punitivo nos seguintes termos: “Verifica-se que nenhum dos princípios mencionados como limitadores do poder punitivo conhece uma aplicação absoluta. A observação corrente permite afirmar que se todos eles fossem enunciados de modo absoluto, urgiria admitir sua violação cotidiana. Isso se deve ao espaço bastante limitado que as agências jurídicas ocupam dentro do quadro geral do poder punitivo e ao fato de que, inclusive dentro do exercício punitivo manifesto e nos casos submetidos a tais agências, elas não iniciam a criminalização, mas apenas se limitam a determinar seu prosseguimento ou interrupção. Se os princípios limitadores fossem promovidos a regras de valor absoluto que passassem a corrigir a operacionalidade do poder punitivo, este sofreria uma radical redução. Tal comprovação provoca um desconforto na doutrina tradicional, a ponto de se chegar a considera-los como princípios meramente orientadores, ante a evidência de que, aplicados de modo estrito, levariam à extinção da pena. Semelhante desconforto implica aceitar pacificamente que o direito penal viole a Constituição e o direito internacional. Sendo inaceitável essa proposta, convém considerar o dado de fato e incorporá-lo dinamicamente ao sistema: na realidade, observamos diversos níveis de elaboração dos princípios; no plano teórico, o dado deve ser incorporado para partir de tais níveis e assim impulsionar seu

“seu caráter de critério regulativo, ou limite ideal, que não é possível satisfazer perfeitamente, senão apenas em um *grau* maior ou menor segundo as técnicas garantistas adotadas” (tradução livre).

No entanto, ainda que se reconheça que todos os princípios constitucionais limitadores do poder punitivo são inacabados – muitas vezes limites ideais –, não há como negar que alguns deles têm um nível de eficácia maior do que outros.

O dogma da legalidade, por exemplo, tem grande aceitação na comunidade jurídica; para ter sua aplicação afastada encontra certa resistência. Outros, por sua vez, como o da ofensividade, costumam ser absolutamente desconsiderados²⁰⁷. Para serem superados, qualquer argumento de política (e não necessariamente de princípio) acaba sendo suficiente. Isso se passa com bastante intensidade com os princípios materiais limitadores do poder punitivo.

Aqui, porém, a despeito de se reconhecer a dificuldade política da tese, defende-se a necessidade de se tratarem os princípios limitadores materiais – como o da ofensividade – com a mesma intensidade com que se tratam os princípios formais limitadores do poder punitivo²⁰⁸. Isso porque as finalidades de ambos são idênticas: limitar o poder punitivo, filtrar suas irracionalidades e reduzir a violência provocada por ele.

Mais ainda: defende-se que os princípios garantidores da liberdade tenham a mesma ou maior eficácia que os princípios garantidores do patrimônio. Em outras palavras: pela importância dos direitos em jogo, os princípios penais e processuais penais devem ser tão ou mais eficazes do que os princípios tributários.

Neste capítulo, pretende-se proceder à análise do percurso histórico do princípio da ofensividade e das dificuldades que ele e outros princípios *materiais* limitadores do poder

avanço. Isso nos obriga a considera-los regras de elaboração progressiva ou princípios inacabados (unfinished). O incompleto grau de sua observância é paralelo a um defeito na realização do estado de direito. O progresso de seus standards de efetividade será paralelo ao progresso do poder jurídico e à redução da violência das restantes agências do poder punitivo”.

²⁰⁷ Assim, discorda-se de PRADO quando afirma que o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos já está consolidado: “Na atualidade, o postulado de que o delito constitui lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico não encontra praticamente oposição, sendo quase um verdadeiro axioma – ‘princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos’” (2011, p. 31). Mais correta a assertiva de ZAFFARONI et al. (2011, p. 226): “Tal princípio é quase sempre aceito em nível discursivo, mesmo que o próprio discurso o desvirtue ao abrir múltiplas possibilidades para racionalizar sua neutralização”.

²⁰⁸ O modelo garantista proposto por FERRAJOLI considera igualmente importantes todos os princípios penais e os princípios processuais penais e salienta o vínculo existente entre eles, formulando dez axiomas. Cf. FERRAJOLI (2011, p. 91-97).

punitivo enfrentaram e continuam enfrentando para se incorporarem às instituições jurídicas, bem como demonstrar que os óbices que se impõem à sua eficácia podem ser superados no atual estágio da dogmática penal-constitucional.

5.2. Do surgimento da ideia do princípio da ofensividade: excursão sobre a teoria do bem jurídico

Do pensamento ilustrado já se extraía a ideia de que o soberano – ainda que fosse o povo, representado pelo Poder Legislativo – não poderia ser arbitrário na escolha das condutas que seriam legalmente proibidas. As declarações de direitos previstas nas Constituições, aliás, tinham justamente esse sentido. Os limites da lei sempre foram uma questão analisada sob as perspectivas da filosofia e da teoria política.

Antes mesmo do Iluminismo, em 1651, HOBBS já postulava que a existência do crime pressupunha uma conduta externa. Meros pensamentos configurariam somente o pecado, inalcançável pela jurisdição humana. Há aí uma ideia, em que pese bastante embrionária, do princípio da ofensividade²⁰⁹:

Um CRIME ou DELITO é um pecado que consiste em Cometer (por um Ato ou por Palavras) tudo quanto é proibido por Lei ou em Omitir o que é ordenado por ela [...]. Portanto, a intenção de roubar ou matar é um pecado, mesmo quando não for manifestada por Palavras ou Atos, porque Deus, que conhece os pensamentos dos homens, pode culpá-los por eles. Porém, até que se manifeste por alguma coisa feita ou dita, em virtude da qual a intenção pode ser arguida por um Juiz humano, não pode ser considerada Crime (HOBBS, 2014, p. 210-211).

MILL (2011, p. 143), em meados do século XIX, afirmava o seguinte: “Mas nem uma só pessoa, ou grupo de pessoas, pode dizer a outro ser humano, já maduro, que ele não pode, para seu próprio benefício, fazer de sua vida o que ele escolheu”. O legislador, portanto, não poderia ser paternalista. Vê-se que uma das funções do princípio da ofensividade – de “*proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do*

²⁰⁹ Vale lembrar que a primeira das quatro funções exercidas pelo princípio da ofensividade é, conforme BATISTA (2011, p. 90), justamente “*proibir a incriminação de uma atitude interna*”, sendo “imprescindível que a atitude interna seja nitidamente associada a uma conduta externa”.

próprio autor” (BATISTA, 2011, p. 90) e, por consequência, a autolesão – já se encontrava nítida na concepção daquele pensador.

No âmbito da dogmática penal, a discussão sobre os limites do legislador foi inserida juntamente com a teoria do bem jurídico. Não há como falar em princípio da ofensividade deixando-se de lado esse tema. Ainda que parte da doutrina diferencie o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos do princípio da lesividade, é impossível a compreensão deste sem o estudo daquele.

De acordo com FERNÁNDEZ (2004, p. 6-10), a teoria do bem jurídico provocou dois grandes debates. O primeiro diz respeito à própria delimitação do seu substrato material, isto é, o conteúdo do bem jurídico²¹⁰. O segundo diz respeito às funções que ele deve exercer no direito penal. Dentre as funções, destaca-se a *função crítica* ou *de garantia*²¹¹, que visa à limitação do poder punitivo e permite a construção do princípio da ofensividade.

FEUERBACH, que deu origem à moderna dogmática penal e formulou o axioma do *nullum crimen*, é igualmente apontado pela doutrina como o precursor da teoria do bem jurídico. Embora não utilizasse essa expressão, o autor alemão entendia que o objeto da proteção do direito penal deveria ser sempre um direito subjetivo, concebendo o delito como a lesão de um direito subjetivo alheio²¹². Ele visava, com isso, embasado na filosofia do contrato social, a uma clara secularização da ideia do delito²¹³ e uma limitação do poder

²¹⁰ “Sobre ele existem notórias divergências [...] e ali se entrecruzam concepções que o veem como *imane*nte ou *transcendente* ao sistema de direito penal, e também teses que procuram defini-lo com base em critérios sociológicos, funcionalistas ou constitucionais etc.” (FERNÁNDEZ, 2004, p. 7, tradução livre).

²¹¹ O autor aponta igualmente as funções de legitimação material da norma; a teleológica ou dogmática, que serviria como critério de interpretação dos tipos penais; e a sistemática (ibid., p. 8-9).

²¹² “[...] toda pena jurídica dentro do Estado é a consequência jurídica, fundada na necessidade de preservação dos direitos externos, de uma lesão jurídica e de uma lei que comine um mal sensível” (FEUERBACH, 1989, p. 55, tradução livre). Em relação à externalidade da conduta como aspecto distintivo entre o ilícito penal e as infrações morais, QUEIROZ (2012-b, p. 214-216) escreve o seguinte: “[...] a esfera interna dos homens era o terreno da moralidade, e a externa, o do direito. Essa distinção era corrente à época de Feuerbach, de forma que não foi decisiva a sua contribuição nesse sentido [...]. Thomasius e Kant já haviam tornado essa distinção quase um lugar comum à época. Por isso, postulava Feuerbach que toda ação para ser julgada criminosa, pressupunha ‘a capacidade de ser exteriormente reconhecível, pois só uma ação externa pode lesionar a um direito’ [...]. Havia, entretanto, um dado substantivo inovador na doutrina criminal de Feuerbach: além da externalidade e da legalidade, Feuerbach insistia na ideia de que os verdadeiros crimes eram aqueles que lesionavam diretamente direitos dos súditos ou do Estado”.

²¹³ Cf. FERNÁNDEZ (op. cit., p. 12) e BECHARA (2014, p. 91-93).

punitivo²¹⁴. CARRARA, na Itália, seguindo a linha do penalista alemão, também identificava no crime a violação de um direito²¹⁵.

BECHARA (2014, p. 93) critica²¹⁶ a teoria de FEUERBACH por ter incluído entre os delitos em sentido amplo também as meras infrações de polícia, que violariam, conforme o autor, o direito do Estado à obediência em relação aos indivíduos²¹⁷. Esse posicionamento possibilitaria a inclusão, no conceito de delito, de ações imorais ou apenas formalmente ilícitas que não afetassem verdadeiros direitos subjetivos. Os delitos contra o sentimento religioso e os bons costumes, por exemplo, estariam legitimados.

Deve-se pontuar que o próprio FEUERBACH buscava, com a sua teoria jurídico-filosófica, apenas fornecer subsídios teóricos ao legislador para lhe servir de guia. Em nenhum momento pretendeu dar subsídios ao juiz para que deixasse de aplicar uma lei que, punindo conduta inofensiva a direito subjetivo, não respeitasse o conceito de crime por ele formulado. Nas palavras do próprio autor alemão: “Onde fala o legislador, cessam todos os questionamentos da Filosofia” (apud QUEIROZ, 2012-b, p. 218). O legislador, portanto, era absolutamente soberano: “A lei penal é válida por si mesma, não podendo depender sua aplicação de um juízo especial sobre sua adequação ao fim ou ao direito” (FEUERBACH, 1989, p. 81, tradução livre). Tal posicionamento é bastante compreensível, tendo em vista que, no final do século XVIII e início do século XIX, quando ele escreveu, não se falava, na Alemanha, em controle de constitucionalidade²¹⁸.

²¹⁴ “É indubitável que, desde um ponto de vista político, a teoria de Feuerbach cumpre uma *função limitadora* [...], que se abate sobre os velhos delitos contra a religião e contra a moral” (FERNÁNDEZ, op. cit., p. 14, tradução livre).

²¹⁵ “O *objeto* do delito não pode ser senão *um direito* ao qual a *lei* tenha previsto expressamente sua proteção por meio de uma proibição e uma sanção. Assim, lei que protege e direito protegido são os elementos cuja combinação forma a *ideia* objeto deste *ente jurídico* ao qual damos o nome de absurdo (*malefício*), crime, delito, não porque lesiona o homem ou a coisa, senão porque viola a lei” (CARRARA, 1889, p. 44, tradução livre).

²¹⁶ A mesma crítica encontra-se em SHÜNEMANN (2013, p. 47).

²¹⁷ “Na medida em que o Estado está justificado para procurar de forma mediata seu objetivo, valendo-se de leis de polícia e proibindo deste modo ações que em si não são antijurídicas, haverá direitos especiais do Estado a exigir a omissão dessas ações particulares proibidas, que originariamente foram para os súditos juridicamente possíveis. *Quando o direito à obediência do Estado está protegido com pena frente a uma lei de polícia determinada, surge o conceito de delito, é dizer, de contravenção de polícia*” (FEUERBACH, 1989, p. 56, tradução livre).

²¹⁸ Ainda que compreensível, o posicionamento de FEUERBACH não foi isento de críticas. O próprio BIRNBAUM (2010, p. 43, tradução livre) asseverou: “Mas, dado que Feuerbach faz do requisito da lesão a direitos nada menos que uma exigência geral do conceito de delito no Direito comum, e não coloca tal conceito sobre o sistema como um elemento supérfluo, senão que o emprega reiteradas vezes como jusfilósofo e jurista de consequência lógica, resulta que, com efeito, muito do que ele assume como pertencente àquele ordenamento, não o é. Isso lhe é tanto mais reprovável, segundo observou Thibaut, dado que ele, em outra obra, proclamou o princípio de que não é permitido ao juiz excetuar de pena um fato que o legislador tenha

A ideia de crime como ofensa a bem jurídico – e não como violação a direito subjetivo – surgiu com BIRNBAUM²¹⁹ em 1834. Para PRADO (2011, p. 31), razões políticas e dogmáticas levaram a essa mudança. Devido à maior amplitude do conceito de *bem*, era possível abarcar nele com maior tranquilidade e sem subterfúgios, por exemplo, os crimes religiosos e contra os costumes. FERNÁNDEZ (2004, p. 15) explica que essa teoria foi criada dentro do pensamento da Restauração, o qual, reagindo contra a ideologia iluminista, entendia que o novo momento histórico e contexto sociopolítico – início da Revolução Industrial – exigia a intervenção penal do Estado de forma mais intensa, e não apenas quando houvesse violação a direito subjetivo. O autor identifica aí o despertar de um sentido histórico positivista²²⁰.

Dogmaticamente, a teoria do crime como ofensa a bem jurídico – e não como violação a direito subjetivo – solucionou alguns problemas teóricos que poderiam ser visualizados em FEUERBACH, notadamente no que se refere à distinção entre crime tentado e crime consumado e crime de dano e crime de perigo²²¹.

Conforme explica BECHARA (2014, p. 96), reina divergência em relação à posição ideológica do criador da teoria do crime como ofensa a bem jurídico. Para alguns autores, ela não foi desenvolvida com o objetivo de limitar o poder punitivo, mas sim de legitimar a punição de delitos contra a religião e a moral. Para outros, tal teoria teria um conteúdo crítico em relação ao poder criminalizante do Estado, devendo ser encarada como mera correção da teoria de FEUERBACH, sem prejuízo do “princípio liberal essencial, em continuidade aos princípios filosóficos do Iluminismo” (BECHARA, 2014, p. 97). DALBORA (2010, p. 24-25), defendendo a postura liberal de BIRNBAUM, acresce que a teoria deste, em relação à teoria de lesão a direitos subjetivos, teria ainda uma vantagem: “[...] a exigência de ofensividade nas contravenções, porque também nelas deve haver bens afetados” (tradução livre). Não há como deixar de mencionar que BIRBAUM (2010, p. 59) acenava para o princípio da intervenção mínima quando afirmava que se devia considerar criminosa toda conduta que provocasse lesão ou colocação em perigo de um bem juridicamente garantido desde que não se conseguisse protegê-lo de outra forma. A cláusula

submetido à lei penal, mesmo nos casos em que o fato não represente uma lesão e apená-lo contradiga as exigências racionais”.

²¹⁹ AMELUNG (2011, p. 125) alerta, no entanto, que BIRNBAUM utilizava apenas a expressão “bem” e não “bem-jurídico”.

²²⁰ Em sentido semelhante, cf. BECHARA (2014, p. 93-99).

²²¹ Cf. BECHARA (op. cit., p. 96) e FERNÁNDEZ (op. cit., p. 16).

da *ultima ratio* pode ser vislumbrada nessa assertiva²²². Outro ponto que demonstra o caráter liberal do autor é sua afirmação de que “não pode depender da mera arbitrariedade do legislador aquilo que ele queira castigar como delito”²²³.

É importante destacar que, para BIRNBAUM, o bem jurídico era algo externo, anterior e, de certa forma, independente em relação à lei²²⁴. Aliás, é de se frisar que somente com um conceito de bem jurídico *transcendente* ao sistema existe a possibilidade de se dar algum rendimento crítico a esse instituto, rendimento que foi e continua sendo negado por diversos autores, tendo em vista a concepção de bem jurídico como algo *imane*nte²²⁵ ao sistema, que foi trazido ao debate por BINDING no final do século XIX e início do século XX.

De acordo com BECHARA (2014, p. 99), mencionado autor, “focado exclusivamente no Direito positivo, livre de qualquer consideração filosófica ou metajurídica, não via motivo para analisar o sentido político-jurídico das normas”. Ele estava inserido, assim, no positivismo jurídico²²⁶. Os bens jurídicos seriam expressão da própria lei

²²² Em outro trecho da obra esse pensamento também transparece o princípio da intervenção mínima: “[...] assim como não é lícito nem se pode impor uma pena a *todas às ações imorais* e a *todo dano à propriedade*, tampouco um legislador sábio o autorizará no que respeito a *qualquer injúria*. Cabe à doutrina investigar mais de perto as *condições* sob as quais o legislador teria que impor uma *pena* por causa de lesões à honra” (BIRNBAUM, 2010, p. 71, tradução livre).

²²³ Ibid., p. 82.

²²⁴ “Quando falamos do *conceito jurídico natural* do delito, entendemos compreendido nele aquele que, segundo a *natureza do Direito penal*, razoavelmente pode ser considerado como punível na *sociedade civil*, na medida em que é abarcado por um conceito comum” (BIRNBAUM, 2010, p. 39, tradução livre). Mais adiante, o autor distingue os bens dados pela natureza dos bens sociais: “Pode estar por resolver se o homem, fora do Estado, tem ou não *direitos* já no denominado estado de natureza. Sem embargo, está fora de dúvida que os *bens* a que se refere a esfera jurídica de cada um, cujo igual desfrute o Estado deve garantir a todos, vêm dados ao homem, em parte pela natureza e, em parte, são produto do desenvolvimento *social*” (ibid., p. 58). Dizer que o bem jurídico é um conceito natural é diferente de afirmar que o crime é algo natural. Para o autor, o juiz não está autorizado a punir alguém na ausência de lei penal (ibid., p. 80-81).

²²⁵ SCHÜNEMANN (2013, p. 40), no entanto, visualiza também no conceito imane

nte de bem jurídico um papel fundamental e crítico para a dogmática jurídica: “É verdade que se poderia, à primeira vista, afirmar que aqui se está recorrendo apenas à categoria do conceito de bem jurídico ‘imanente ao sistema’ – para usar a conhecida terminologia de Hassemer – não, porém, ao conceito de bem jurídico ‘crítico ao sistema’, como porta de entrada para a via régia da ideia da proteção de bens jurídicos. Mas o que tento expressar com a minha formulação do bem jurídico como ‘ponto de fuga das figuras de imputação’ é o fato de que, também lá, onde ele não é utilizado com a ‘ambiciosa’ finalidade de limitar constitucionalmente a legislação penal, o bem jurídico [...] desempenha um papel importante e produtivo já nesta primeira fase de determinação da estrutura do delito e, em seguida, numa segunda fase, cujo objeto é determinar o campo das ações ‘afetadoras de bens jurídicos’ compreendidas pelo tipo”.

²²⁶ De acordo com LOSANO (2010, p. 33-34): “Os princípios fundamentais comuns aos positivismos jurídicos do século XIX são pelo menos dois: *a*) somente o direito positivo é direito: o direito deve ser produzido pela autoridade constituída de acordo com certos procedimentos, segundo um ‘procedimento externamente reconhecível’, e essa ‘forma jurídica’ é tão essencial quanto seu conteúdo; *b*) o direito assim posto deve ser incondicionalmente obedecido: o único modo juridicamente admissível para exprimir o próprio dissenso é atuar para uma reforma legislativa das normas em contraste com os próprios valores; os valores são, de fato,

e poderiam ser enxergados em qualquer norma jurídica. O conceito era meramente formal: bem jurídico seria tudo aquilo que “aparece aos olhos do legislador como condição de vida saudável da comunidade”²²⁷. A lei não possuiria qualquer limite externo, senão sua própria ponderação e lógica²²⁸. Qualquer conduta, portanto, poderia ser criminalizada.

Na mesma época, LISZT se opunha à concepção de BINDING e compreendia o bem jurídico não como um conceito exclusivamente jurídico, mas uma “criação da vida, um interesse vital do indivíduo ou da comunidade” (FERNÁNDEZ, 2004, p. 21, tradução livre). Tratava-se, pois, de um conceito transcendente ao sistema penal. Não obstante, como era o Estado quem escolheria os bens jurídicos merecedores de proteção, na prática, em última análise, sua concepção acabava se aproximando da de BINDING²²⁹. Conforme escreve AMELUNG (2011, p. 125), se é verdade que LISZT exigia um conceito material de injusto, por outro lado “jamais considerou lançá-lo contra o Direito positivo, nem muito menos formular um conceito de bem jurídico adequado a esse fim”.

Como reação ao positivismo, deve-se citar o neokantismo²³⁰, que teve grande influência no que diz respeito à teoria do bem jurídico. Para BECHARA (2014, p. 106), essa nova concepção “buscou a substância material de bem jurídico em uma realidade prévia ao direito, situada no mundo espiritual subjetivo dos valores culturais”. Esse valor cultural não seria buscado no sentido do indivíduo, mas no âmbito normativo. A Professora da Universidade de São Paulo afirma que isso levou a uma espiritualização do bem jurídico, que perdeu seu caráter crítico-limitador e passou a servir como mera *ratio legis* do tipo penal.

elementos subjetivos e irracionais. Mas a norma formalmente em vigor deve ser aplicada, mesmo que desaprovada, até quando não seja substituída por outra”.

²²⁷ BECHARA (op. cit., p. 100).

²²⁸ Cf. também FERNÁNDEZ (2004, p. 17-20).

²²⁹ “Apartando-se do positivismo bindingniano, LISZT esclarece que o bem jurídico não é um bem de direito, senão um bem dos homens, um reflexo da realidade social no mundo jurídico. Então, ao estar na realidade social, o bem jurídico está sujeito permanentemente à revisão crítica, exposto à sua constante desaparecimento, manutenção ou modificação. Só que LISZT identifica as condições de existência da sociedade com as condições da comunidade estatal; donde se o Estado expressa a síntese das condições de vida da sociedade, o Estado é o sistema e, portanto, é quem fixa o marco das relações sociais e singulariza os bens jurídicos merecedores de proteção” (FERNÁNDEZ, op. cit., p. 22, tradução livre). BECHARA (2014, p. 104-105) igualmente conclui que o pensamento dos dois autores acaba coincidindo na legitimação do poder punitivo: “E, constituindo o Estado o único instrumento de legitimação do Direito Penal, não é possível afirmar sua efetiva limitação”.

²³⁰ Sobre o neokantismo na teoria geral do direito, cf. LOSANO (2010, p. 34-38).

Com esse brevíssimo esboço²³¹ das principais teorias do bem jurídico que vigoraram até a Segunda Guerra Mundial²³², pode-se verificar a inexistência, até então, de uma compreensão da teoria do bem jurídico que pudesse permitir um efetivo controle judicial das criminalizações primárias. Nem FEUERBACH, nem BIRNBAUM e tampouco LISZT conseguiram – ou mesmo tiveram a pretensão de – construir teorias que efetivamente limitassem o legislador, embora elas tivessem um real rendimento na construção e interpretação de alguns institutos penais como a tentativa e o crime impossível²³³. BECHARA afirma, com precisão, que “a ideia de restringir o legislador em sua competência penal a partir do conceito de bem jurídico só se tornou objeto relevante de discussão político-criminal” em meados do século XX²³⁴.

É interessante notar a influência que os massacres provocados nessa época pelo nazismo tiveram na própria filosofia do direito e, por conseguinte, nas disciplinas dogmáticas. A Professora do Largo de São Francisco relembra que RADBRUCH, em 1932, defendia a “validade ilimitada do Direito positivo” (BECHARA, 2014, p. 109). Em 1947, porém, o mesmo autor escreveu: “a ciência do direito deve meditar, novamente, sobre a verdade milenar de que há um direito superior à lei, um direito natural, divino, racional, e

²³¹ Para o histórico completo das teorias, cf. BECHARA, 2014, p. 87-146 e FERNÁNDEZ, 2004, p. 11-148.

²³² De acordo com BECHARA (2014, p. 112), “a escola de KIEL, onde se reuniram os penalistas simpáticos ao regime nacional-socialista, impugna de forma contundente o conceito de bem jurídico, tomando-o como um obstáculo, produto da abstração especulativa fundada em um individualismo e liberalismo inadequado no âmbito do regime comunitário, totalmente inoperante para efeito de interpretação e aplicação do Direito Positivo”. No entanto, como afirma a própria autora, alguns penalistas alemães mantiveram a concepção de bens jurídicos fundamentais naquele contexto histórico como, por exemplo, a “pureza da raça alemã” (ibid., p. 113).

²³³ COSTA E SILVA (1967, p. 78), escrevendo no início da década de 1940, afirmava: “Em relação à tentativa: Sem dúvida, não produz esta um dano real e efetivo; mas representa um perigo para quem a sofre. Isso é suficiente para que intervenha a repressão. Ora, o perigo objetivo, não existe, quando o fato não pode produzir o resultado que o agente tinha em mira. Essa ineficácia pode ser proveniente do próprio objeto visado ou dos meios empregados. Na falta de um perigo efetivo, na ausência de qualquer ataque à esfera jurídica alheia, não existe tentativa criminosa. A vã manifestação da vontade de cometer o crime não justifica a intervenção do poder repressivo do Estado”.

²³⁴ Ibid., p. 108. SCHÜNEMANN (2013, p. 45), em igual sentido, afirmou: “[...] concepção básica de uma limitação do direito penal fundada na ideia do contrato social [...] também nos dias de hoje [...] tem de desenvolver a sua máxima eficácia para qualquer pessoa racional, de ideias justas e equitativas: 1. É evidente que, no curso destes 250 anos, essa concepção básica buscou diversas formas de expressão, e que uma época que não conhecia nem uma constituição escrita, nem uma corte constitucional competente para realizar o controle de constitucionalidade em face do legislador, mas que, por outro lado, fundava-se numa grande confiança na sabedoria do legislador monárquico esclarecido ou parlamentar, não poderia compreender essa concepção sob a forma de uma limitação constitucional ao poder legislativo, tal como para nós parece óbvio”.

relação ao qual a injustiça segue sendo injustiça, ainda que revestida de forma legal” (apud BECHARA, op. cit., p. 109)²³⁵.

5.3. Da difícil incorporação do princípio da ofensividade à dogmática jurídico-penal

A constatação das arbitrariedades ocorridas no Antigo Regime com a punição de condutas que não eram legalmente proibidas resultou, no âmbito dogmático, na criação do princípio da legalidade, logo incorporado às Constituições e respeitado pelas instituições jurídicas. Por uma questão de lógica, a constatação das arbitrariedades no que diz respeito ao próprio conteúdo das incriminações daquela época – que visavam a impor determinadas concepções religiosas e morais e confundiam crime com pecado – e a criação de uma teoria dogmática do bem jurídico deveriam também ter resultado na construção de um princípio que vedasse ao Estado (tanto no âmbito da criminalização primária como no da secundária) a punição de condutas que não ofendessem bens jurídicos. Isso, no entanto, ocorreu bastante tardiamente no mundo e com um atraso ainda maior no Brasil.

Pode-se dizer que apenas após o término da Segunda Guerra Mundial a noção de bem jurídico serviu para fundamentar, ao menos no âmbito da dogmática, a imposição de efetivos limites ao legislador com a formulação do princípio da ofensividade. A ofensividade doutrinariamente passou a ser tratada não como uma orientação ao legislador, mas sim como determinação: normas penais que tipificassem condutas não ofensivas a bens jurídicos seriam inconstitucionais. As teorias constitucionais do bem jurídico tiveram papel de destaque nessa construção, principalmente na Alemanha e na Itália²³⁶. No Brasil, porém, esse pensamento só foi incorporado à doutrina a partir do advento da Constituição de 1988.

²³⁵ Cf. RADBRUCH (2011, p. IX-XII). Sobre a “injustiça legal”, cf. ALEXY, 2009, p. 6-9. Sobre a influência do nazismo no Constitucionalismo alemão, destaca SCHÜNEMANN (ibid., p. 52): “Na época do nacional-socialismo, este respeito ao legislador foi especialmente vergonhoso, pois o direito penal foi brutalmente abusado pela ditadura de Hitler para realizar valores inversos aos do estado de direito liberal, tal como não se deu em nenhum outro ramo do direito”.

²³⁶ Cf. BECHARA (op. cit., p. 117-139); MANES (2003, p. 99-112). Por outro lado, porém, as mesmas teorias serviram igualmente para fundamentar uma maior intervenção estatal sob o pretexto de que alguns bens jurídicos, por serem relevantes, deveriam ser criminalizados. A razão disso seria a inserção, em diversas Constituições – inclusive na brasileira de 1988 – de cláusulas denominadas mandados de criminalização. PALAZZO (1989, p. 78) afirma: “Conclusão imprevista sói acontecer, aos quantos, a propósito de indicações constitucionais criminalizadoras. O sistema da justiça constitucional assume, então, um papel historicamente

Vale destacar que os conhecidos penalistas brasileiros – em suas obras gerais (manuais, tratados, códigos comentados, compêndios) – raramente citavam algum outro princípio que não o da legalidade antes do advento da Constituição Federal de 1988²³⁷. Algumas obras mais recentes permanecem com tal lacuna²³⁸.

Claro que muitos aludiam à ofensa ao bem jurídico como característica inerente do crime²³⁹. Mas se tratava de mera análise descritiva. Vez ou outra tal característica permitia a construção dogmática de algumas excludentes de ilicitude ou tipicidade²⁴⁰, inclusive supraleais, como, por exemplo, o consentimento do ofendido. Mas essas excludentes eram bastante limitadas²⁴¹. Mesmo quem as reconhecia existentes não defendia que a ausência de ofensa a bem jurídico afastaria sempre o caráter criminoso do fato. Isso só ocorreria em situações muito excepcionais. Outros defendiam explicitamente a impossibilidade de se aplicarem essas excludentes supraleais por não estarem expressamente previstas na

novo, isto é, não mais o de fixador de limites a favor do indivíduo e contra o poder punitivo, mas o de ‘propulsor’ do direito penal para *novas* matérias em *novas* fronteiras integrativas do Estado social”. Influenciado pelo autor italiano, no Brasil, LUISI (2003, p. 14-15). BIANCHINI (2002, p. 51) refere que há um “dever de criminalizar condutas que atentem ou exponham a perigo concreto bens imprescindíveis a uma qualificada existência do indivíduo em sociedade”. O entendimento de que a teoria do bem jurídico impõe a criminalização de determinadas condutas, no entanto, deve ser rechaçado, pois ignora que o sistema penal, por sua especial gravidade no âmbito dos direitos individuais, deve ser utilizado apenas em hipóteses excepcionais (princípio da intervenção mínima) e desde que outros ramos do direito não solucionem a questão de forma satisfatória (princípio da subsidiariedade). De acordo com TAVARES (2000, p. 181): “Isso quer dizer que a legitimidade da atuação estatal, no sentido de um exercício protetivo, está vinculada a que sua atuação se faça necessária para impedir a interferência de outrem no exercício de direitos do próprio indivíduo, o que fundamenta a constituição de um direito subjetivo desse indivíduo à determinada condição de garantia. Isto não implica, porém, o uso da pena criminal, pois a função de garantia, impulsionada pelo exercício de um direito subjetivo do cidadão à proteção jurídica, deve estar de qualquer modo condicionada à preservação dos direitos humanos, que têm como princípio primordial a solução pacífica dos conflitos, o que conduz à conclusão de que a pena não é dotada por si mesma de qualquer legitimidade e só se justifica na medida de sua extrema necessidade. Quer dizer, inexistente um dever absoluto de punir. A punição criminal é unicamente uma contingência de *ultima ratio*. Deve-se concluir então que a noção de bem jurídico não pode ser posta como legitimação da incriminação, mas como sua delimitação”.

²³⁷ Aníbal BRUNO (2003, p. 124-125); Basileu GARCIA (1978, p. 137-158).

²³⁸ Cláudio BRANDÃO (2010, p. 57-69), por exemplo, escreve um capítulo dedicado ao princípio da legalidade, mas nenhum sobre os princípios limitadores materiais do poder punitivo (intervenção mínima, ofensividade etc.). É certo que, em muitos momentos de sua obra, ele indica a insuficiência do princípio da legalidade para resolução dos problemas penais (por exemplo, ao tratar do método pós-positivista, p. 19-20, e do conceito material de crime, p. 125-128), mas, ainda assim, não dedica ao estudo dos outros princípios tratamento sistematizado, o que pode levar à conclusão, para o leitor menos atento, da superioridade do primeiro princípio em relação aos demais. Há alguns outros autores que não dedicaram, em suas obras gerais, capítulos específicos para tratar dos princípios limitadores materiais do direito penal: Flávio Monteiro de BARROS (2003); Damásio de JESUS (1995, p. 51-56).

²³⁹ Cf.: Aníbal BRUNO (2003, p. 173-176).

²⁴⁰ Talvez tenha sido no âmbito da tentativa e do crime impossível o local em que a teoria do bem teve a mais decidida importância. Também na interpretação dos tipos penais houve influência.

²⁴¹ “[...] é preciso restringi-la ao domínio em que o querer do titular pode decidir do destino do bem, e esse domínio temos de confessar que é bastante limitado, mas existe e aí o consentimento vale para impedir a antijuridicidade do fato” (BRUNO, 2005, p. 10).

legislação²⁴². Os crimes de perigo abstrato jamais foram postos em xeque, o que demonstra a então inexistente incorporação do princípio da ofensividade (ou de qualquer outro princípio limitador *material*) à doutrina brasileira.

É certo que as grandes discussões sobre o conceito de bem jurídico ocorridas na Europa não passaram ao largo da doutrina brasileira. Mas tais discussões jamais conseguiram levar a ofensividade ao patamar de princípio. Ninguém lhe dava força normativa. Normalmente a exposição doutrinária era meramente descritiva e histórica. Se houvesse qualquer pretensão a mais, tratava-se, quando muito, de mera recomendação de prudência aos legisladores.

Um exemplo pode ser aqui mencionado. FRAGOSO escreveu trabalho denominado *Objeto do crime*, publicado em 1977 na obra *Direito Penal e Direitos Humanos*. Ele traçou minucioso histórico da teoria do bem jurídico e, ao final, concluiu que os crimes ostentam dois objetos jurídicos: um objeto formal, que consistiria na ofensa a um suposto direito público subjetivo do Estado à observância das normas penais; e outro, substancial, que equivaleria ao bem jurídico. No entanto, além de não extrair daí qualquer princípio jurídico (como o da ofensividade), o autor ainda deixou claro que a constatação do desvalor da vida social ficaria “a *juízo do legislador*”²⁴³ e que “a efetiva causação de dano ou perigo não é característica lógica necessária do conceito de crime, desde que é possível conceber a incriminação de um fato que nenhum dano ou perigo efetivo acarreta ao objeto da tutela jurídica” (FRAGOSO, 1977, p. 59)²⁴⁴.

²⁴² HUNGRIA (1983, p. 217) criticava a invocação do consentimento do ofendido como causa excludente do crime (a crítica se dirigia, mais precisamente, ao art. 15, nº I do Projeto Alcântara): “[...] só se pode falar, do ponto de vista penal, em bem ou interesse juridicamente *renunciável* ou *disponível*, a exclusivo arbítrio do seu titular, nos estritos casos em que a própria lei penal, explícita ou implicitamente, o reconheça. Não há investigar alhures as hipóteses de *livre disponibilidade* de direitos (bens, interesses) penalmente tutelados. É este o ponto intransponível para os que, seduzidos pelas chamadas *questões elegantes* de interpretação do *jus positum* em matéria penal, defendem o critério aceito pelo ilustre projetista”.

²⁴³ “Impõe-se, assim, este esclarecimento preliminar indispensável: o *desvalor* da ação punível é aquele que o legislador reconhece como tal, não se excluindo que possa haver erro nesse juízo de valor realizado por quem estabelece a norma” (FRAGOSO, 1977, p. 59)

²⁴⁴ “Há crimes que o legislador *presume* o resultado de perigo (crimes de perigo abstrato), os quais constituem fatos em que a referência ao bem jurídico é puramente nominal, sendo este simples motivo ou critério para afirmação do desvalor da conduta, que em si mesma não é, ou pode não ser, ofensiva ao bem tutelado. Em tais casos, o conteúdo material da infração passa a um plano secundário, surgindo de forma preponderante a violação do dever jurídico” (ibid., p. 61).

Por outro lado, mesmo quando se defende esse princípio em doutrina, resta difícil sua transposição para a prática jurisprudencial. Foi apenas na década de 1990²⁴⁵ que os Tribunais Superiores brasileiros passaram a reconhecer, embora em casos extremamente excepcionais, a atipicidade de um fato em decorrência do princípio da insignificância²⁴⁶.

Algumas razões podem ser apontadas para explicar por que os princípios materialmente limitadores de direito penal – notadamente a ofensividade e a intervenção mínima – foram ignorados no Brasil até o advento da Constituição de 1988. Muitas das razões a seguir elencadas explicam igualmente a inexistente receptividade desse princípio na Europa até meados do século passado.

A primeira razão talvez seja a ausência de previsão explícita daqueles princípios nas Constituições brasileiras (e na maioria das Constituições do mundo), ao contrário do que ocorreu com a regra da legalidade penal, prevista em todas elas.

A segunda se refere à desconfiança da doutrina em relação aos juízes (principalmente no início do Iluminismo)²⁴⁷, a grande confiança no legislador e o demasiado apego à *regra da maioria*, que consistiria, para muitos, na principal característica da democracia. A aplicação de princípios como o da ofensividade para absolver acusado de fato previsto formalmente como crime ofenderia a separação de poderes e, em última instância, a própria democracia.

²⁴⁵ GOMES (2013, p. 63) menciona, no entanto, uma decisão do STF de 1988 envolvendo caso de lesão corporal leve em razão de acidente de trânsito em que se aplicou o princípio da insignificância (RTJ 129/187). O ministro BARROSO, em seu voto no HC 123108, cita outros precedentes: “Julgado em 06.12.1988, o RHC 66.869, Rel. Min. Aldir Passarinho, é apontado como sendo o primeiro caso em que o STF reconheceu o princípio da insignificância (lesão corporal em acidente de trânsito). Apesar disso, é possível encontrar antecedentes ainda mais remotos, em que a irrelevância penal dos fatos em questão foi utilizada como argumento para a concessão de ordens de habeas corpus. No único acórdão do Plenário sobre o tema (HC 39.289, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, j. 08.08.1962), discutiu-se o furto de “sete metros de pano cru”, tendo sido a ordem concedida por ausência de dolo. Em casos julgados em 09.03.1970 (RHC 47.694, Rel. Min. Thompson Flores) e 15.12.1970 (HC 48.370, Rel. Min. Djaci Falcão), os pacientes foram beneficiados por decisões que reconheceram a atipicidade do porte de pequenas quantidades de maconha para consumo pessoal, uma vez que as condutas ocorreram antes do advento do Decreto-Lei nº 385/1968”. Mas apenas na década de 1990 foi possível vislumbrar uma construção jurisprudencial sólida desse princípio.

²⁴⁶ Conforme se verá adiante, o princípio da insignificância pode ser entendido como decorrência do princípio da ofensividade ou como decorrência do princípio da intervenção mínima; em qualquer caso, porém, trata-se de restrição material – e não apenas formal – ao legislador.

²⁴⁷ “Advém, ainda, dos princípios firmados precedentemente, que os julgadores dos crimes não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela própria razão de não serem legisladores [...]. O juiz deve fazer um *silogismo* perfeito. A *maior* deve ser a lei geral; a *menor*, a ação conforme ou não à lei; a *consequência*, a liberdade ou a pena. Se o juiz for obrigado a elaborar um raciocínio a mais, ou se o fizer por sua conta, tudo se torna incerto e obscuro” (BECCARIA, 2003, p. 21-22).

A terceira razão pode ser extraída da enorme influência que a dogmática penal alemã e italiana exerceu sobre o direito penal brasileiro, salientando-se que, na Europa Ocidental, viveu-se num Estado legalista até meados do século XX. Só após os massacres do nazismo surgiu o Estado Constitucional²⁴⁸. Num Estado legalista, não havia mesmo a possibilidade de se aplicar o princípio da ofensividade ou qualquer outro princípio limitador material do poder punitivo, fosse para declarar a inconstitucionalidade de alguma lei ou para descriminalizar judicialmente uma conduta inofensiva a bens jurídicos.

O grande paradoxo é que, no Brasil – ao contrário da Europa –, desde, pelo menos, a Constituição Federal de 1891, vive-se, em tese, embora com vários percalços históricos, sob a égide de um Estado Constitucional democrático, o que significa, em outras palavras, que uma lei pode ser declarada inválida se contrária à Constituição em seu aspecto formal ou material, não sendo absoluto o poder do legislador.

Isso permitiria à doutrina penalista nacional desenvolver o princípio da ofensividade e dar-lhe eficácia concreta desde muito tempo atrás. No entanto, o demasiado apego à dogmática estrangeira causou uma certa paralisia. Apenas quando os próprios europeus passaram a adotar o Estado Constitucional (após a Segunda Guerra Mundial), permitindo o controle constitucional da legislação penal, os juristas brasileiros perceberam, ainda com atraso, que também poderiam agir dessa forma.

A quarta razão de ineficácia dos princípios materiais limitadores do poder punitivo é a insegurança jurídica que a indeterminação nas decisões judiciais – em decorrência da aplicação prática de um princípio que pode levar a divergências no momento interpretativo – pode causar. SEMER (2014, p. 29-30) explica e critica esse argumento:

A exigência de um esforço interpretativo provoca por vezes certas perversões, eis que não raro o intérprete dá preferência à regra, porque esta é mais fácil de identificar ou aplicar, ou, pior ainda, interpreta o princípio com base nas regras, invertendo o próprio sistema [...]. Um sinal disso é o fato de que o intérprete aplica muito mais princípios que viram regras (como é o caso da legalidade, estampada no art. 1º, do Código Penal) do

²⁴⁸ A diferença entre um Estado legalista e um Estado Constitucional é que, no primeiro, há a supremacia do Parlamento. No segundo, a supremacia é da Constituição. SCHÜNEMANN (2013, p. 52) explica que o “respeito expresso à prerrogativa do legislador era algo evidente aos olhos da época [de LISZT], se lembrarmos que o Tribunal do Império apenas na década de 20 admitiu, hesitantemente, um direito de reexame judicial de contratos em razão da teoria da imprevisão, o que fora então questionado por muitos, inclusive por Radbruch”. Tal quadro teria se alterado após a constatação da opressão que a legalidade sem limites causou durante o nazismo.

que aqueles que, embora forneçam estrutura e coerência ao sistema, não chegam a ser explicitados.

A quinta razão seria esta: o princípio da legalidade era necessário para a ascensão e consolidação no poder da burguesia do final do século XVIII²⁴⁹. Os princípios materiais, não. Isso explicaria por que se deu maior força aquele em detrimento destes.

Finalmente, pode ser apontada uma sexta razão: a grande difusão do positivismo criminológico no final do século XIX e início do século XX. Ora, a partir do momento em que se passa a defender um conceito atávico de criminoso – que é *nato* –, pouco importa o fato efetivamente praticado. Deve ser possível o *tratamento* – que não se confunde, em tese, com a pena, mas, na prática, nenhuma diferença há – ainda que nenhum fato concreto seja exteriorizado.

Essas razões, que serão criticamente analisadas a seguir, embora *expliquem* a razão pela qual nunca se deu o devido valor ao princípio da ofensividade, não *justificam*, no entanto, que ele continue sendo menosprezado no atual momento histórico.

5.3.1. Da ausência de previsão explícita do princípio da ofensividade na Constituição

A ausência de previsão explícita de um princípio é costumeiramente alegada por parte da doutrina e da jurisprudência para negar sua existência jurídica. Em 1994, ao tratar do princípio da insignificância – ainda pouco incorporado na jurisprudência à época –, MAÑAS salientou que uma das grandes objeções àquele princípio era, justamente, a inexistência de previsão legal²⁵⁰. É certo que também nunca houve uma definição explícita

²⁴⁹ Boaventura de SOUSA SANTOS (2014, p. 18) afirma o seguinte: “A revolução americana e a revolução francesa foram ambas feitas em nome da lei e do direito. Ernst Block entende que a superioridade do conceito de direito tem muito a ver com o individualismo burguês, com a sociedade burguesa que estava a surgir nesse momento, e que, tendo ganhado já hegemonia econômica, lutava pela hegemonia política que se consolidou com as revoluções francesa e americana. O conceito de lei e de direito adequava-se bem a este individualismo burguês emergente, que tanto a teoria liberal como o capitalismo tinham por referência”.

²⁵⁰ Para afastar a crítica, aquele autor afirmou: “A norma escrita, como é sabido, não contém todo o direito. Por esse motivo, no campo penal, a construção teórica de princípio como o da insignificância não fere o mandamento constitucional da legalidade ou reserva legal. É o mesmo que se dá com as chamadas causas supraleais de exclusão de ilicitude (p. ex., o consentimento do ofendido). Embora nosso estatuto penal a elas

na Constituição Federal brasileira (e na maioria das Constituições ocidentais) do princípio da ofensividade. Mas para que exista um princípio jurídico-constitucional é necessário que ele seja positivado?

Para responder a essa questão, analisar-se-ão dois autores que tratam dos princípios jurídicos sob perspectivas bastante diversas. Um deles – o norte-americano Ronald DWORKIN²⁵¹ – inclui a questão moral no conceito de princípio. Outro – o italiano Luigi FERRAJOLI – parte de premissa diversa, assumindo a distinção positivista clássica entre direito e moral²⁵².

A despeito das distintas perspectivas, pode-se dizer que os dois autores concordam que princípios não necessitam estar expressos nas Constituições para que tenham validade. Na verdade, hoje, tanto em doutrina²⁵³ quanto na jurisprudência dos tribunais superiores²⁵⁴ essa ideia já está devidamente incorporada.

FERRAJOLI adota o que denomina de constitucionalismo garantista (ou constitucionalismo rígido). Trata-se de reforço do positivismo jurídico. A diferença entre o positivismo legalista e o positivismo constitucionalista é a seguinte: o velho paradigma do positivismo jurídico entendia que a lei vigente seria, automaticamente, válida. Para tanto,

não se refira, não é possível ao intérprete afirmar o caráter exaustivo e taxativo das causas previstas no art. 23 do Código” (MAÑAS, 1994, p. 67).

²⁵¹ Não há dúvida de que o mencionado autor escreveu com base no sistema anglo-saxão, ou seja, em contexto bastante diverso do direito brasileiro. No entanto, com a finalidade de se demonstrar a existência do princípio da ofensividade tanto sob uma perspectiva que incorpora a moralidade no direito como sob a perspectiva da total separação entre as duas esferas, a análise de seu pensamento pode ser bastante frutífera, como se perceberá.

²⁵² FERRAJOLI (2012, p. 27) resume assim as distinções principais entre sua tese e o que ele denomina “constitucionalismo não-positivista e principialista” (em que se insere, por exemplo, DWORKIN): “O constitucionalismo positivista e garantista diferencia-se do constitucionalismo não-positivista e principialista pela rejeição de todos aqueles que são os seus três elementos principais: (1) a conexão entre direito e moral; (2) a contraposição entre princípios e regras e a centralidade conferida à sua distinção qualitativa; (3) o papel da ponderação, em oposição à subsunção, na prática jurisdicional”.

²⁵³ Também ALEXY (2014, p. 73) assevera que normas (princípios ou regras) que dispões sobre direitos fundamentais não são apenas as explícitas: “As normas de direito fundamental podem, portanto, ser divididas em dois grupos: as normas de direito fundamental estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as normas de direito fundamental atribuídas [...]. A discussão sobre direitos fundamentais é, em grande parte, uma discussão sobre que normas devem ser atribuídas às normas diretamente estabelecidas pelo texto constitucional”.

²⁵⁴ Ao tratar do princípio da insignificância, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal o reconhece como um princípio constitucional implícito: “É nessa perspectiva de concreção do valor da justiça que se pode compreender o tema da insignificância penal como um princípio implícito de direito constitucional e, simultaneamente, de direito criminal. Pelo que é possível extrair do ordenamento jurídico brasileiro a premissa de que toda conduta penalmente típica só é penalmente típica porque significativa, de alguma forma, para a sociedade e a própria vítima. É falar: em tema de política criminal, a Constituição Federal pressupõe lesão significativa a interesses e valores (os chamados “bens jurídicos”) por ela avaliados como dignos de proteção normativa” (STF, 2ª Turma, HC nº 109.277, Rel. Ayres Britto, DJe 17/02/2012).

bastaria o preenchimento das normas formais referentes às fontes de produção do direito. O *conteúdo* das leis, por sua vez, era matéria exclusiva do Legislativo. Com o Constitucionalismo, o próprio conteúdo das leis deve guardar compatibilidade com as normas constitucionais. O legislador não é livre para legislar da forma como desejar:

O primeiro juspositivismo, aquele do Estado Legislativo de Direito, equivale à positivação do ‘ser’ legal do direito, que permite a democratização das suas formas de produção, condicionando-lhe a validade formal ao seu caráter representativo, sobre o qual se funda a dimensão *formal* da democracia política. O segundo juspositivismo, aquele do Estado Constitucional de Direito, equivale à positivação do ‘dever ser’ constitucional do próprio direito, que permite a democratização dos seus conteúdos, condicionando-lhe a validade substancial à sua coerência com aqueles direitos de todos, que são os direitos fundamentais, e sobre os quais se funda a dimensão *substancial* da democracia constitucional (FERRAJOLI, 2012, p. 22-23).

Ainda de acordo com FERRAJOLI²⁵⁵, os instrumentos utilizados pelas Constituições para a limitação do Poder Legislativo são, justamente, os princípios. No entanto, ao contrário do que prega, por exemplo, DWORKIN, o constitucionalismo garantista defendido pelo autor italiano²⁵⁶ nega veementemente a conexão entre direito e moral. E é justamente dessa precisa distinção entre o direito e a moral que se pode extrair o princípio da ofensividade:

[...] a separação é um corolário do princípio da legalidade que impede, para a garantia da submissão dos juízes somente à lei, a derivação do direito válido do direito (por eles suposto) justo e, para a garantia da autonomia crítica do ponto de vista moral externo ao direito, a derivação do direito justo do direito válido, mesmo se conforme a Constituição. No sentido prescritivo ou axiológico, a separação é um corolário do liberalismo político que rejeita, para a garantia das liberdades fundamentais em relação a tudo que não lesiona os outros, a utilização do direito como instrumento de reforço da (ou de uma determinada) moral. No primeiro sentido, a separação equivale a um limite ao poder dos juízes e ao seu arbítrio moral; no segundo, entretanto, equivale a um limite ao poder dos legisladores e à sua invasão na vida moral das pessoas.

²⁵⁵ Ibid., p. 24.

²⁵⁶ Ibid., p. 25-26.

Em outras palavras: ainda que FERRAJOLI entenda não ser possível a utilização de preceitos morais na criação de princípios jurídicos – e justamente por isso -, ele não nega a existência de princípios constitucionais implícitos; ao contrário: compreende que muitos princípios constitucionais, ainda que não explicitados nas Constituições, decorrem da própria adoção do Estado Constitucional de Direito. Entre esses princípios está o da lesividade (ou ofensividade). O seguinte trecho de FERRAJOLI (2011, p. 465) explicita que o princípio da lesividade, para ele, é decorrência da separação entre moral e direito, própria dos Estados secularizados:

O princípio axiológico da ‘separação entre direito e moral’ [...] veta, por sua vez, a proibição de comportamentos meramente imorais ou de estados de ânimo pervertidos, hostis ou, inclusive, perigosos. E impõe, em prol da tutela da liberdade pessoal de consciência e da autonomia e da relatividade moral, a tolerância jurídica de toda atitude ou comportamento não lesivo para terceiros (tradução livre).

DWORKIN (2011, p. XIV), por outro lado, parte da premissa de que os princípios constitucionais têm ampla aproximação com a moralidade (não, porém, qualquer moralidade, mas a moralidade comunitária e institucional). Ao tratar do positivismo jurídico legalista (e não do positivismo constitucional de FERRAJOLI), ele explica que, para aquela corrente de pensamento, indivíduos ou grupos não podem ter “outros direitos além daqueles expressamente determinados pela coleção de regras explícitas”. Ao explicar o modelo de regras adotado pelo positivismo jurídico, o autor descreve três preceitos que costumam ser incorporados por essa vertente de pensamento:

(a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público [...]. (b) (...) se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante ‘a aplicação do direito’. Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, ‘exercendo seu discernimento pessoal’, o que significa ir além do direito [...]. (c) Dizer que alguém tem uma ‘obrigação jurídica’ é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida.²⁵⁷

²⁵⁷ Ibid., p. 28.

Deve-se anotar, desde logo, que o positivismo jurídico (mesmo o legalista) já havia superado a questão do *juiz boca da lei*. Os positivistas reconhecem que, em alguns casos, o Judiciário terá que agir sem o respaldo de uma regra, seja porque ela inexistente seja porque é inapropriada. Nesses casos, porém, os positivistas afirmam que os juízes têm e exercem o poder discricionário, inclusive criando novas normas jurídicas²⁵⁸.

É justamente esse poder discricionário que a teoria dos princípios de DWORKIN vai criticar e negar²⁵⁹. O juiz, para o autor, não pode aplicar princípios só quando lhe convém. Ele é obrigado a fazê-lo sempre que forem considerados válidos, ainda que não estejam positivados de forma explícita.

Normalmente, notadamente na concepção de DWORKIN, os princípios constitucionais efetivamente não estarão positivados. E é justamente nessas situações que eles serão mais úteis ao direito, pois permitirão, entre outras coisas, que as decisões de casos difíceis sejam tomadas de maneira não discricionária. Os princípios serviriam como forma de restringir a margem discricionária de interpretação, e não de ampliá-la.

A primeira dúvida que resta, então, é a seguinte: como reconhecer os princípios jurídicos? Há um teste de reconhecimento que possa ser feito e que implique, com segurança, na identificação de todos os princípios válidos? O segundo questionamento é: o princípio da ofensividade pode ser reconhecido como princípio constitucional? Para DWORKIN (2011, p. 138-139):

As decisões judiciais são decisões políticas, pelo menos no sentido mais amplo que remete à doutrina da responsabilidade política. Se a tese dos direitos for válida, a distinção que acabamos de fazer explicaria, pelo menos de uma maneira bastante geral, o interesse especial que os juízes demonstram, ao mesmo tempo, pelos precedentes e pelos exemplos hipotéticos. Um argumento de princípio pode oferecer uma justificação para uma decisão particular, segundo a doutrina da responsabilidade, somente se for possível mostrar que o princípio citado é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas [...]. Coerência aqui significa, por certo, coerência na aplicação do princípio que se tomou

²⁵⁸ “Hart, como Austin, reconhece que as regras jurídicas possuem limites imprecisos (ele se refere a elas como tendo ‘uma textura aberta’) e, ainda como Austin, explica os casos problemáticos afirmando que os juízes têm e exercitam seu poder discricionário para decidir esses casos por meio de nova legislação” (ibid., p. 35).

²⁵⁹ Ibid., p. 50-72.

por base, e não apenas na aplicação da regra específica anunciada em nome desse princípio.

Vê-se, portanto, que os princípios jurídicos, para DWORKIN, são extraídos da história institucional e da moralidade política da comunidade²⁶⁰. Isso não significa, no entanto, que princípios reconhecidos e aplicados erroneamente pelos tribunais no passado devam ser mantidos. Se decisões anteriores são veementemente criticadas pela doutrina, isso revela sua vulnerabilidade, sendo possível superá-las. Também é possível decidir-se contrariamente à moralidade popular, nos casos em que ela própria seja incoerente. DWORKIN (2011, p. 197) trata dessa questão ao escrever sobre o aborto:

Sem dúvida, a técnica de Hércules²⁶¹ pode às vezes requerer uma decisão que se oponha à moralidade popular em um ou outro de seus aspectos. Suponhamos que não se possa apresentar nenhuma justificação dos casos constitucionais anteriores que não contenha um princípio liberal forte o bastante para exigir uma decisão favorável ao aborto. Hércules deve, então, chegar a essa decisão, seja qual for a intensidade com que a moralidade popular condene o aborto. Neste caso, ele não aplica suas próprias convicções contra as da comunidade. Ao contrário, julga que, neste aspecto, a moralidade da comunidade é incoerente: sua moralidade constitucional – a justificação que se deve dar à constituição, tal como interpretada por seus juizes – condena o juízo que Hércules emite sobre a questão específica do aborto [...]. Os indivíduos têm um direito à aplicação consistente dos princípios sobre os quais se assentam as suas instituições. É esse direito constitucional, do modo como o define a moralidade constitucional da comunidade, que Hércules deve defender contra qualquer opinião incoerente, por mais popular que seja.

Não há dúvida que o princípio da ofensividade pode ser extraído da moralidade política e da história jurídica institucional dos países ocidentais. Como ideia filosófica-jurídica, desde a Ilustração – e mesmo antes, com HOBBS – já se defendia que o crime não se confundia com o pecado. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão aprovada na França em 1776 dispunha: “A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão

²⁶⁰ Disso não decorre, porém, que os princípios sejam criados pela convicção íntima dos juizes: “Ele pode decidir que é seu dever submeter-se àquilo que, na opinião dessas pessoas, é exigido pela Constituição, a despeito de ele próprio não reconhecer solidez alguma na opinião delas. Nesse caso, porém, ele se fundamenta na solidez de sua própria convicção, de acordo com a qual, em tais assuntos, seu dever institucional consiste em submeter-se ao juízo emitido por outros” (DWORKIN, 2011, p. 194).

²⁶¹ Hércules é o juiz ideal que DWORKIN utiliza nos exemplos de sua obra.

aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos...” (art. 4º); “A lei proíbe senão as ações nocivas à sociedade...” (art. 5º); “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias...” (art. 8º).

Se essa ideia não era acolhida pelos Estados europeus até meados do século passado não era pela rejeição de seu conteúdo, mas pela ausência de um Estado Constitucional que permitisse que os atos do Legislativo fossem postos em xeque por meio do controle de constitucionalidade. Mas após os drásticos efeitos do nazismo, a maioria da sociedade entendeu que o Legislativo deveria ser limitado veementemente. Não se discute mais hoje que o Estado não pode, ao seu bel-prazer, proibir condutas que não afetem negativamente a sociedade. Trata-se de dogma já incorporado à nossa moral comunitária. É um princípio, portanto, dos Estados Contemporâneos.

É importante mencionar que em alguns países, como na Itália, já se cogitou inserir dispositivo expresso na Constituição que contivesse o princípio da ofensividade²⁶². Mas com ou sem a inserção expressa em cláusula constitucional, o princípio da ofensividade, por toda a tradição liberal que carrega consigo, é existente e válido em nosso ordenamento jurídico.

SCHÜNEMANN (2013, p. 52), ao criticar o Tribunal Constitucional Federal alemão, que não reconheceu o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos para limitar o poder punitivo²⁶³, afirmou que, não obstante a ausência de previsão explícita daquela norma, ela poderia ser extraída de três fundamentos: a) primeiramente, da própria concepção básica do contrato social, que, para o autor alemão, é pressuposta em qualquer Constituição; b) em segundo lugar, o desprezo à teoria do bem jurídico e a utilização do sistema penal para fins políticos aleatórios no Terceiro Reich deveriam evidenciar a necessidade de sua

²⁶² Cf. FIANDACA, 2010, p. 145-161.

²⁶³ As críticas de SCHÜNEMANN (2013, p. 53-54) à jurisprudência alemã são contundentes: “O Tribunal Constitucional Federal deixou escapar a primeira oportunidade de consolidar a limitação do direito penal à proteção de bens jurídicos já bem cedo, em sua decisão sobre a punibilidade do homossexualismo masculino [...]. Depois que, na primeira decisão sobre o aborto, o Tribunal Constitucional Federal utilizou a fórmula da *‘ultima ratio’* para a proteção de bens jurídicos até mesmo fundamentar um *dever* de punição do estado, o que ao menos na superfície tampouco se modificou na segunda decisão sobre o aborto, a decisão sobre *cannabis* ofereceu novamente a possibilidade de ancorar na interpretação constitucional a afetação de um bem jurídico como o *limite para a utilização do direito penal*. Mas o Tribunal Constitucional Federal fez lamentavelmente o contrário: o Tribunal desprezou já no plano analítico o potencial crítico do princípio da proteção de bens jurídicos, desconheceu qualquer limite específico para a utilização do direito penal, de modo que, a final de contas, fez a teoria do direito penal retroceder a um nível pré-iluminista”. Mais à frente, outra crítica incisiva: “Tampouco as demais considerações do Tribunal Constitucional Federal submetem o legislador a um ônus de legitimação mais intensivo quando ele atua em matéria penal do que quando ele regula os horários de abertura das casas lotéricas” (ibid., p. 56).

utilização após a virada democrática; c) por fim, um argumento que se triparte: se a Lei Fundamental já prevê rigores formais maiores à lei penal do que a outras leis (com a exigência da reserva legal, por exemplo); se a intervenção penal representa a lesão severa ou a própria destruição de direitos fundamentais; e se aquela intervenção, além de afetar a liberdade e o patrimônio, causam uma reprovação desonrosa; concluir-se-ia que os requisitos da lei penal devem ser não apenas na forma, mas também no conteúdo, mais rígidos do que os de outras leis.

Ademais, no Brasil, várias normas de direito positivo infraconstitucional previstas no Código Penal brasileiro indicam a impossibilidade de se punirem condutas que não violam bens jurídicos alheios. Dentre tais normas, destacam-se as do art. 17, que dispõe sobre o crime impossível, e a do art. 14, inc. II, que, ao tratar da tentativa, deixa clara a importância que se dá aos bens jurídicos, não apenas porque atos meramente preparatórios não são em regra puníveis, mas porque a tentativa em si é punida com uma pena reduzida, salvo exceções legais.

Em suma: pouco importa que se adote a tese principiológica que aproxime o direito da moral ou a tese constitucionalista-positivista que mantém a rígida separação. Em ambas, o princípio da ofensividade pode ser tido como juridicamente válido, embora inexista norma constitucional expressa que o preveja.

5.3.2. Princípio da ofensividade e a ‘regra da maioria’

Passa-se agora à análise da segunda razão acima mencionada que explicaria a ausência de incorporação do princípio da ofensividade às instituições jurídicas: a confiança exacerbada no Legislativo e na *regra da maioria*. O princípio da ofensividade violaria a democracia ou a separação de poderes?

Há quem negue ao princípio da ofensividade a condição de norma jurídica, por não estar previsto expressamente na Constituição da República. Mas tal perspectiva, como já se referiu, não pode prevalecer, por ser fruto de um positivismo jurídico legalista já superado. Hoje doutrina e jurisprudência concordam que os princípios constitucionais podem ser explícitos ou implícitos. Ambos têm o mesmo valor jurídico.

Por outro lado, há quem negue que o princípio da ofensividade possa se dirigir ao legislador, tendo em vista que, nesse caso, haveria ofensa à separação de poderes. Sob essa perspectiva, seria possível a aplicação do princípio da ofensividade de maneira bastante restrita – apenas para absolver alguém que com a sua conduta, no caso concreto, não ofendeu bem jurídico alheio (aplicação do princípio da insignificância ou mesmo do crime impossível) –, sendo ilegítimo ao Judiciário, porém, declarar a inconstitucionalidade de alguma lei que já em tese violasse tal princípio.

Mas esse pensamento somente é sustentável se se considerar que o princípio da ofensividade é inexistente por não estar expresso na Constituição Federal. Considerando-o norma jurídica (de estatuta constitucional), não há como negar ao Judiciário a possibilidade de controlar as normas penais produzidas pelo Legislativo que com ele colidam. Em outras palavras: ou se o considera simplesmente inexistente e, portanto, inaplicável ao juiz ou ao legislador, ou se o considera existente, permitindo-se que seja invocado como paradigma para se declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Entendimento diverso (ou seja, considerar que o princípio existe, mas que não pode ser oposto ao Legislativo) significaria um retrocesso em relação ao Constitucionalismo.

Sobre esse ponto, o italiano Giovanni FIANDACA (2010, p. 149), ao comentar a possível inserção, de forma explícita, do princípio da ofensividade na Constituição Italiana, apontou sua preocupação com o aumento da incidência do rol “político-discrecional” da Corte Constitucional Italiana “em sede de controle de legitimidade das eleições legislativas relativas ao conteúdo ou às técnicas de tutela penal” (tradução livre). Para ele, tal fato seria comprometedor do dogma da separação de poderes:

Mas, deste modo, o redimensionamento, em certas ocasiões desejável, da excessiva liberdade de manobra do legislador ordinário, teria como custo uma justaposição política da Corte constitucional, a meu juízo dificilmente compatível com o princípio da divisão de poderes típico de uma democracia liberal (tradução livre)²⁶⁴.

MANES (2003, p. 112) se insurgiu contra esse posicionamento nos seguintes termos:

²⁶⁴ Id.

E essa demanda de revalorização da justiça constitucional [...] não pode ser vista como uma chamada à preeminência da ‘jurisdição’ sobre a ‘política’, ou bem como um indevido sacrifício da legalidade; a legalidade reflete uma instância garantista que não se esgota na certeza do direito, senão que alcança a própria qualidade de conteúdo da política penal. E se isso é assim, o nível constitucional parece, justamente, o lugar eminente onde pode ser exercitado um controle sobre os conteúdos e onde pode ser conduzido, em diálogo entre legislador e Corte constitucional, aquele balanço de interesses que expressa a ideia mesma de bem jurídico.

É de se salientar que não apenas o princípio da ofensividade, mas vários princípios jurídicos implícitos foram questionados pelo positivismo jurídico com este argumento: a utilização de princípios contra o Legislativo feriria a democracia e a separação de poderes.

Na verdade, a objeção divide-se em duas principais. A primeira delas salienta que uma comunidade deve ser governada pelos representantes da maioria, mas os juízes não são eleitos, falecendo-lhes, pois, legitimidade democrática. A segunda argumenta que a aplicação de um princípio a um caso concreto implica na criação de norma jurídica retroativa pelo Judiciário, o que, em respeito à segurança jurídica, não se poderia admitir.

DWORKIN concorda que essas objeções são poderosas, principalmente quando direcionadas às decisões judiciais geradas por políticas²⁶⁵. No entanto, em relação à primeira objeção, o autor afirma que ela não se aplica às decisões baseadas em princípios, mas apenas às fundamentadas em políticas, visto que aqueles, por essência, visam a resguardar os direitos de uma minoria das pretensões da maioria, sendo, portanto, não apenas compatível com o Estado constitucional, mas desejável que se deixe ao Judiciário esse poder contramajoritário: “[...] um juiz que não é pressionado pelas demandas da maioria política, que gostaria de ver seus interesses protegidos pelo direito, encontra-se, portanto, em uma melhor posição para avaliar o argumento” (DWORKIN, 2011, p. 134).

Em relação à segunda objeção, o pensador norte-americano afirma não haver nenhuma razão para supor que as decisões que invoquem princípios sejam mais propensas a erros do que as que não o fazem.

²⁶⁵ O autor, como já dito, diferencia decisões baseadas em *princípios* das decisões baseadas em *políticas*.

Pode-se acrescentar, ainda, que, no âmbito do sistema penal, a não aplicação de pena ao réu não atinge direitos de terceiros e tampouco cria obrigação para quem quer que seja. Assim, o reconhecimento, num caso concreto, da afronta ao princípio da ofensividade – ainda que se entenda tratar-se a decisão de norma individual criada após o fato com efeito retroativo –, importará num direito ao réu (o direito de ser absolvido), mas não criará obrigação para ninguém, ou seja, não causará insegurança jurídica²⁶⁶.

O próprio DWORKIN reconhece que a teoria dos princípios tem diferente aplicabilidade aos casos penais e cíveis. Após afirmar que “o acusado tem direito a uma decisão em seu favor, caso for inocente, mas o Estado não tem nenhum direito paralelo de condená-lo se ele for culpado”, podendo inclusive absolvê-lo por razões de política, aduz:

Pretendo apenas assinalar de que modo a geometria de um processo penal, que não coloca os direitos concorrentes em um caso uns contra os outros, difere do caso civil padrão, no qual a tese dos direitos se sustenta de maneira simétrica (2011, p. 157-158).

Pode-se conceituar o princípio da ofensividade como a norma que proíbe o legislador de definir como crime condutas que não afetem (com perigo ou dano) bens jurídicos de terceiros e proíbe o magistrado de, num caso concreto, impor penalidade a quem, em que pese tenha realizado um fato formalmente típico, não afetar qualquer bem jurídico.

Alguns pontos desde logo se destacam. Em primeiro lugar, o princípio da ofensividade é uma norma jurídica, ou seja, impõe deveres e direitos. Em segundo lugar, ela é dirigida tanto ao Legislativo como ao Judiciário, não sendo possível vislumbrar aí qualquer ofensa à separação de poderes.

Entender que o princípio da ofensividade se dirige também ao Poder Legislativo não é o mesmo que dizer que ele será respeitado. Poucas vezes existe algum tipo de racionalidade (que não a puramente demagógica) no legislador quando cria novos tipos penais. Significa dizer, simplesmente, que o Judiciário tem a obrigação de controlar a legislação infraconstitucional tomando como base tal princípio, inclusive declarando a inconstitucionalidade de leis que o violem.

²⁶⁶ Sobre a questão da segurança jurídica, tratar-se-á no item 5.3.4.

Aqui entra uma séria questão de direito constitucional e da teoria política, qual seja: por que caberia ao Judiciário, e não ao Legislativo, dar a última palavra sobre o cumprimento da Constituição? A resposta de DWORKIN é certa e irrepreensível: não pode a maioria ser o árbitro da correção de suas próprias decisões²⁶⁷.

Infelizmente, o que se vê na jurisprudência brasileira – assim como na alemã e na italiana²⁶⁸ – é que o princípio da ofensividade não é tido como dirigido ao legislador. Crimes que não ofendem qualquer bem jurídico são considerados constitucionais. O caso mais emblemático no Brasil talvez seja o do porte de munição de arma de fogo, cuja possibilidade de causar risco ou dano à incolumidade pública ou individual, nos casos em que não exista a arma, é *ab initio* inexistente²⁶⁹, mas poucos magistrados reconhecem sua inconstitucionalidade²⁷⁰. Igualmente afrontoso ao princípio da ofensividade é a

²⁶⁷ “Começarei pelo segundo argumento, o de que os legislativos e outras instituições democráticas estão especialmente habilitadas a tomar decisões constitucionais, independentemente de sua capacidade de tomar melhores decisões. Podemos afirmar que a natureza dessa prerrogativa é óbvia, porque é sempre mais justo permitir que uma maioria, e não uma minoria, decida um problema qualquer. Tal postura, contudo, como tem sido frequentemente sublinhado, ignora o fato de que as decisões a respeito dos direitos contra a maioria não são questões que devam, por razões de equidade, ser deixadas a cargo da maioria (...) o princípio de que nenhum homem poderá legislar em causa própria é uma parte tão fundamental da idéia de legalidade que Marshall só teria o direito de desconsiderá-lo se a Constituição houvesse negado expressamente a revisão judicial” (DWORKIN, 2011, p. 222-223).

²⁶⁸ MANES (2003, p. 104-105) informa que o controle de constitucionalidade sobre o conteúdo das leis penais é muito fraco na Alemanha e na Itália. Em nenhum dos dois países se utiliza de maneira rigorosa o princípio da ofensividade para fundamentar a declaração da inconstitucionalidade de tipos penais. Naquele país, a análise é feita sob o prisma da proporcionalidade. Neste, sob a perspectiva da racionalidade da criminalização. A crítica é que esses critérios ofereceriam “prestações *diversas e mais limitadas* em comparação à ofensividade” (id.). Cf. SCHÜNEMANN (2013, p. 52-56).

²⁶⁹ No julgamento do HC 119.154, em 26/11/2013, a Segunda Turma do STF denegou ordem de habeas corpus ao considerar que o tipo penal que criminaliza o porte de munição de arma de fogo – ainda que sem a respectiva arma – é constitucional, porque objetiva “antecipar a punição de fatos que apresentam potencial lesivo à população, prevenindo a prática de crimes”. No julgamento, a doutrina foi completamente ignorada. Não houve menção, sequer, ao princípio da ofensividade e nem se fundamentou a sua não aplicação ao caso concreto. No HC 113.295, julgado em 13/11/2012, a mesma turma julgou em sentido semelhante, com fundamento na maior proteção aos bens jurídicos que os crimes de perigo abstrato trariam. Asseverou-se que, com eles, impede-se “que sejam praticadas certas condutas antes mesmo da ocorrência de qualquer resultado lesivo, garantindo-se, assim, de forma mais eficaz, a proteção dos bens mais valiosos do ser humano, que são sua vida e sua incolumidade física”. Deixou-se de explicar, no entanto, como a mera posse de munição poderia colocar em risco a vida ou a incolumidade física do ser humano.

²⁷⁰ A despeito do posicionamento pacífico do Supremo Tribunal Federal sobre o tema – exposto na nota anterior –, deve-se destacar que, no HC 92.533, julgado extinto sem resolução de mérito em 03/06/2014, visto que o impetrante havia falecido, há exemplar voto do ministro Cezar PELUSO no sentido da inconstitucionalidade daquela criminalização. Ele frisou que não se tratava de analisar se os crimes de perigo abstrato são ou não constitucionais, mas de se verificar se, no caso, vislumbrava-se a existência de algum perigo (hipotético ou presumido). Citando farta doutrina e referindo-se expressamente à existência do princípio da ofensividade – e à vinculação do legislador a esse princípio –, o ministro asseverou: “Mas viver é muito perigoso, já dizia RIOBALDO, na clássica obra de GUIMARÃES ROSA. Estou, por isso, convencido de que deva estar caracterizado um mínimo de ofensividade, como fator de delimitação e conformação de condutas que mereçam reprovação penal. Nesse sentido, a aplicação dos instrumentos penais de atribuição de responsabilidade às novas realidades há de se restringir aos casos em que seja possível compatibilizar a nova tipificação com os princípios clássicos do Direito Penal. É certo que lesividade nem sempre significa dano efetivo ao bem jurídico

criminalização primária da posse de droga ilícita para o próprio consumo, fruto de um paternalismo penal denunciado já no século XIX por MILL²⁷¹.

Muitas vezes, o princípio da ofensividade é desconsiderado pelos tribunais sob a alegação de que a aceitação de sua existência feriria a Constituição Federal. Muitos magistrados e doutrinadores entendem que decidir pela invalidade de uma norma penal democraticamente aprovada pelo Poder Legislativo seria um desrespeito à democracia e aos princípios da legalidade e da separação de poderes.

Tal posicionamento, porém, como se viu acima, é insustentável. A ofensividade é um complemento necessário à regra da legalidade num Estado Democrático. Trata-se de um filtro a mais ao poder punitivo. Uma das garantias fundamentais do cidadão é que nenhum crime seja criado por um *déspota*, ainda que esclarecido, mas por um Parlamento. A outra garantia é que esse Parlamento – ainda que represente a maioria – não viole direitos das minorias, garantidos constitucionalmente, punindo-as por fatos inofensivos a terceiros.

5.3.2.1. Princípio da ofensividade direcionado ao Judiciário: o caso emblemático do princípio da insignificância

Por outro lado, é possível verificar, inclusive na jurisprudência brasileira, certo rendimento do princípio da ofensividade como norma direcionada ao Judiciário. Há casos em que, a despeito de o tipo penal não ofender, em tese, o princípio da ofensividade, sua aplicação a determinado caso concreto o ofenderia. E isso é suficiente para declarar a

protegido, mas, para se entender e justificar como tal, exige, pelo menos, que este de algum modo ponha em causa uma situação de perigo. Em não se percebendo nenhuma possibilidade de lesão, ainda que imaginária ou hipotética, a bem jurídico definido materialmente, perde-se todo o referencial de ofensividade [...]. Isso equivale a dizer que a conduta de *portar munição*, uma das várias previstas no art. 14 da Lei 10.826/2003, não é, aprioristicamente, portadora de dignidade penal”.

²⁷¹ MILL (2011, p. 163), ao criticar a opinião daqueles que pregavam a proibição da venda de bebidas alcoólicas sob o fundamento de que tal conduta violava direitos sociais e a “equidade, pela criação de uma miséria que eu devo, através de meus impostos, ajudar a manter [...] e por enfraquecer e desmoralizar a sociedade”, afirmou: “Um princípio tão monstruoso é mais perigoso do que uma única interferência com a liberdade, pois não há nenhuma interferência com a liberdade que não se possa justificar [...]. Essa doutrina concede a toda humanidade um interesse explícito na perfeição intelectual, moral e até física, de toda outra pessoa”. Pende, no STF, o julgamento do RE 635659, interposto pela Defensoria Pública de São Paulo, que questiona a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06. Sobre sua inconstitucionalidade, cf. BECHARA (2014, p. 328): “Não sendo possível mascarar a justificação da tutela penal do porte de droga para consumo próprio a partir de bens jurídicos supra-individuais que não são concretamente ofendidos pelo agente, resta claro o exclusivo caráter moralista e simbólico da criminalização de tal hipótese, a retirar-lhe a constitucionalidade e, portanto, a legitimidade”. No mesmo sentido: CARVALHO (2010, p. 267).

conduta, embora formalmente típica, materialmente atípica, aplicando-se o princípio da ofensividade.

Normalmente o Judiciário brasileiro utiliza tal tipo de raciocínio ao aplicar o princípio da insignificância. Uma questão que se coloca, porém, é saber se o princípio da insignificância pode ser tido como decorrência do princípio da ofensividade.

O princípio da insignificância – cuja formulação conceitual foi elaborada, na década de 1960, por ROXIN²⁷² – é considerado pela doutrina e jurisprudência brasileiras majoritárias como causa de atipicidade material da conduta²⁷³. Como dito anteriormente, o princípio da ofensividade proíbe a punição de condutas que não afetem bens jurídicos de terceiros. Pode-se dizer que a subtração de uma caneta avaliada em R\$2,00, por exemplo, definitivamente não afeta bem jurídico alheio. Seria plenamente possível, num caso como esse, fundamentar um pedido de arquivamento do inquérito policial ou mesmo uma decisão absolutória no princípio da ofensividade: embora o agente tenha demonstrado, com a subtração da caneta, um “desvalor na ação” e um “ânimo contrário ao direito”, não ofendeu qualquer bem jurídico, ou seja, não houve desvalor do resultado.

Entretanto, talvez esse raciocínio pareça exagerado quando se tratar da subtração de objetos de valores superiores. Pense-se, por exemplo, na subtração de uma bicicleta avaliada em R\$600,00. Nesse caso, entende-se ser plenamente possível a incidência do princípio da insignificância, até como forma de manter a integridade do direito, tendo em vista que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permite a aplicação de tal princípio a sonegações fiscais que causem prejuízo de até R\$20.000,00 à Fazenda Pública.

Mas o princípio da insignificância, nesse caso, não decorreria do princípio da ofensividade. Não se pode dizer em termos absolutos que não houve afetação de bem jurídico alheio. Parece que, nessa circunstância, o princípio da insignificância decorre mais do princípio da intervenção mínima, que, por sua vez, decorre do postulado da

²⁷² “Uma análise abrangente da jurisprudência poderia demonstrar que nossos tribunais, orientados para garantir, como quer o princípio, uma proteção tão abrangente e sem lacunas quanto possível, fizeram uma interpretação extensiva dos tipos, que levou a um crescimento considerável da criminalidade em vários delitos. Sob o ângulo do princípio *nullum crimen* o oposto é o correto: a saber, uma interpretação restritiva, que realize a função da Magna Carta e a ‘natureza fragmentária’ do direito penal, que mantenha íntegro somente o campo de punibilidade indispensável para a proteção do bem jurídico. Para tanto, são necessários princípios regulativos como a adequação social [...]. Aqui pertence igualmente o chamado princípio da insignificância, que permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos” (ROXIN, 2012, p. 47-48)

²⁷³ Cf. MAÑAS (1994, *passim*).

proporcionalidade, mais precisamente das segunda e terceira regras dele decorrente: necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A ausência de ofensividade da conduta – com a ínfima ou nenhuma afetação de bem jurídico alheio – configuraria sua atipicidade material, não devendo o julgador, no momento da aplicação do direito, analisar requisitos outros, como, por exemplo, a primariedade do agente. Trata-se de nítido problema de tipicidade objetiva. Aqueles outros requisitos só deveriam ser analisados, quando muito, nos casos em que há ofensa a bem jurídico de terceiro, mas a ofensa é de pequena monta e a aplicação da pena, no caso, seria desproporcional. É o que a doutrina denomina de princípio da irrelevância penal do fato, que excluiria não a tipicidade, mas a responsabilidade penal²⁷⁴. Na doutrina brasileira, SALVADOR NETTO (2014, p. 225-226) afirma:

A insignificância, pois, opera em dois planos. Uma primeira faixa, de valores irrisórios, conduz a um juízo de atipicidade da conduta, tendo em vista a absoluta desproporção entre pena e crime que torna a punição não merecida. Um segundo plano, com quantias sediadas na divisa entre o ínfimo e o *pequeno valor*, remete a juízo de culpabilidade (reprovabilidade), de necessidade de pena, podendo o magistrado, ao sopesar todas as circunstâncias do caso, decidir pela não aplicação concreta da sanção penal.

A escolha dos critérios para a incidência do princípio da insignificância varia de acordo com a espécie delitiva. O exemplo mais corriqueiro de aplicação desse princípio diz respeito ao furto, que é um crime patrimonial, material e de dano. Mas podem existir outros complicadores quando, por exemplo, tratar-se de crime de perigo.

Ao tratar dos crimes ambientais – majoritariamente compostos de crimes de perigo abstrato -, COSTA (2010, p. 64-65) defende que, para que sejam legítimos, é necessário que o sistema penal seja limitado por critérios materiais: “Além disso, se o legislador está, de certo modo, mais livre para decidir, o juiz deve ter maior margem para apreciar esta decisão. Afinal, poder e legitimidade constituem uma relação de

²⁷⁴ Para ROXIN (2008, p. 133-165), a categoria dogmática “culpabilidade” deve ser substituída pela “responsabilidade”, que, abrangendo aquela, incluiria outra, a “necessidade da pena”. Assim, ficariam mais rígidos os pressupostos de aplicação da pena, permitindo uma maior limitação ao poder punitivo.

interdependência (Weber)”. Um dos instrumentos dogmáticos para que o Judiciário possa ter uma maior margem na análise do caso é, justamente, o princípio da insignificância²⁷⁵.

5.3.3. Princípio da ofensividade, Estado legal e Estado Constitucional de Direito

BARROSO (2010, p. 244-245) ensina que se podem visualizar, em relação ao Estado, três modelos institucionais diversos: Estado pré-moderno, Estado legal e Estado Constitucional de Direito. No primeiro, a formação do direito não era legislativa, mas jurisprudencial e doutrinária. No segundo, o monopólio estatal assentava-se sobre o princípio da legalidade, sem se importar, no entanto, com o conteúdo das leis²⁷⁶, sendo a jurisprudência uma função técnica de conhecimento, e não de produção de direito. Já o Estado Constitucional de Direito, que se amplia consideravelmente na Europa com o término da Segunda Guerra Mundial²⁷⁷, pressupõe, para a sua validade, a efetiva compatibilidade do conteúdo legislativo com as normas constitucionais.

Nesse ponto, é importante mencionar, ainda que brevemente, o histórico constitucional brasileiro no que diz respeito ao controle de constitucionalidade. E isso para perceber que a superação do Estado legislativo para o Estado Constitucional de Direito, ao menos formalmente no Brasil, não surgiu após o término da Segunda Guerra Mundial, mas muito antes disso. O problema é que, vinculada que sempre foi a doutrina penalista brasileira à europeia, não se enxergava que, desde 1891, já era possível, ao menos em tese, a declaração

²⁷⁵ Recentemente, o ministro BARROSO proferiu voto, no HC 123108, em que, além de considerar questões criminológicas e político-criminais relevantíssimas, salientou a importância do instituto do princípio da insignificância para a análise da necessidade ou não da pena nos casos envolvendo furto: “O debate geral sobre o papel da norma, do problema e do intérprete encontra no princípio da insignificância uma de suas possíveis projeções no direito penal”.

²⁷⁶ Referindo-se à ausência de garantias matéricas efetivas contra a onipotência do legislador francês após a Revolução Francesa, CHEVALLIER (2013, p. 26) escreve: “A grande fragilidade da obra revolucionária reside na ausência de garantias *reais* ao respeito da nova hierarquia de normas. Essa carência se explica, às vezes, pela crença profunda na incontestabilidade da lei e pela desconfiança defronte a autoridade judiciária [...]. Assim, a hierarquia das normas solenemente proclamada se revela largamente teórica [...]. A *supremacia constitucional*, não discutida como princípio, permanecerá não sancionada juridicamente: [...] escapando a todo controle, a lei aparecerá cada vez mais como um ‘ato discricionário’ e ‘soberano’, cujo campo de ação é virtualmente ilimitado”.

²⁷⁷ Antes disso, o controle de constitucionalidade na Europa era meramente formal. Na Itália, FERRI (1931, p. 125) escrevera em 1928: “O juiz, em Itália, não tem a faculdade de inquirir da constitucionalidade das leis penais e pode somente decidir sobre a sua regularidade formal relativa à promulgação, publicação e correspondência com o texto inscrito na Coleção oficial das leis e decretos”.

de inconstitucionalidade de atos legislativos que contrariassem direitos individuais, ainda que pela via difusa.

Na época do Estado legislativo, a função única e exclusiva do intérprete era desvendar o direito, entendido este como uma realidade autônoma preconstituída. Imaginava-se que a busca do jurista deveria ser pela *mens legislatoris*, ou seja, pelo sentido querido e pretendido pelo legislador, o que hoje soa ultrapassado.

Em 1860, PAULA BATISTA escreveu – em clássica obra de hermenêutica que o Governo brasileiro determinou fosse adotada como compêndio oficial da matéria nas faculdades de direito (TOMASETTI JR., 1984, p. 86) – que a importância da disciplina “é imensa, e deriva do interesse público, que exige que as leis tenham aplicação fiel ao pensamento do legislador” (PAULA BATISTA, 1984, p. 3)²⁷⁸. O mesmo autor salientava a importância do *interpretatio cessat in claris*, pois a interpretação só teria lugar quando se tratasse de “lei obscura por defeitos de sua redação, ou duvidosa com relação aos fatos ocorrentes ou silenciosa”²⁷⁹. Por adotar esse posicionamento, PAULA BATISTA teceu severas críticas à SAVIGNY – o qual já defendia a interpretação como premissa básica para a aplicação da lei em todos os casos – afirmando que “semelhante doutrina, tão vaga e absoluta, pode fascinar o intérprete, de modo a fazê-lo sair dos limites da interpretação para entrar no domínio da formação do direito” e não haveria interpretação “mas, sim, ou cavilação, ou usurpação à autoridade legislativa”²⁸⁰. Isso não significa que ele fosse contrário à interpretação. Todo o oposto. Entendia, ao contrário de MONTESQUIEU, ser legítimo que fosse dado o poder de interpretação ao magistrado, mas apenas nos casos em que a lei fosse obscura ou omissa.²⁸¹

Interessante notar que, à época em que PAULA BATISTA escreveu, vigorava no Brasil a Constituição Política do Império do Brasil de 1824. A despeito de haver uma declaração de direitos individuais e garantias, não havia como opô-la contra o Legislativo e

²⁷⁸ Mais à frente, à p. 57, proclamou: “Acima da vontade do legislador, nenhuma outra existe; conhecer bem esta vontade para cientemente obedecê-la é que é tudo”. No mesmo sentido: RAMALHO, 1984, p. 101.

²⁷⁹ Ibid., p. 4.

²⁸⁰ Ibid., p. 4, nota de rodapé nº 1. Rebatendo PAULA BAPTISTA, e adotando expressamente a doutrina de SAVIGNY, confira-se o seu contemporâneo RAMALHO (1984, p. 98).

²⁸¹ “As leis não podem prever todos os casos fortuitos e especiais [...], pelo que o querer fazer todos os dias novas leis para reduzir os juízes à ação material de aplicar textos especiais seria uma tentativa tão pueril como a de quem quisesse contar as estrelas do céu, e, afinal, quando se pensasse ter prevenido julgamentos arbitrários, ter-se-ia lançado a legislação em terrível caos, só propício às iniquidades. É, portanto, de interesse público que os juízes tenham o direito e mesmo o dever de interpretar” (Ibid., p. 5, nota de rodapé nº 1).

muito menos contra o soberano. O soberano era o monarca. Em que pese vigorasse formalmente o princípio da divisão e harmonia dos poderes, seguia-se a formulação quadripartida de Benjamin CONSTANT: acima dos três Poderes tradicionais, havia o Moderador, o qual era a chave de toda organização política. O poder Moderador, exercido privativamente pelo Imperador, podia dissolver o Legislativo, suspender magistrados bem como influenciar o Executivo (SILVA, 2008, p. 76). De acordo com MARONINI (SARLET; MARINONI; MITIEDIERO, 2013, p. 824-825):

A Constituição de 1824 revestia-se de idêntica proteção do legislador – que, em verdade, era colocada em posição de supremacia –, afirmando expressamente que a função de interpretar a lei era do próprio legislativo. Basicamente, negava-se poder ao juiz para, aplicando a lei, pronunciar mais do que as palavras do seu texto. Nessas condições, não havia, é óbvio, qualquer espaço para o controle judicial da constitucionalidade das leis. Se o juiz não podia interpretar a lei, certamente não tinha como controlar a sua legitimidade. Os princípios que marcaram a Constituição de 1824, como o princípio da supremacia da lei ou da nítida e radical separação de poderes, ainda não abriam margem ao controle difuso, nem, muito menos, para o controle concentrado.

A primeira Constituição Republicana, de 1891, fortemente influenciada por Rui BARBOSA, inspirou-se na Constituição norte-americana e possibilitou o controle judicial dos atos inconstitucionais praticados pelo Legislativo²⁸².

Carlos MAXIMILIANO escreveu em 1924 a 1ª edição de sua *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Em sua obra, houve avanços significativos em relação às obras de PAULA BATISTA e RAMALHO. Criticou de maneira contundente e muito bem fundamentada a corrente tradicionalista – da que referidos autores faziam parte –, a qual entendia que a finalidade da interpretação era descobrir a vontade do legislador (MAXIMILIANO, 1991, p. 18-33). Considerava que, no momento da interpretação, dever-se-ia buscar o “sentido objetivo”, exigindo-se “um texto vivo”²⁸³ e devendo o intérprete “olhar menos para o passado do que para o presente, adaptar a norma à finalidade humana”²⁸⁴. Afirmava que toda “ciência legal é, consciente ou inconscientemente, criadora;

²⁸² Ibid., p. 825.

²⁸³ Ibid., p. 29.

²⁸⁴ Ibid., p. 31.

em outras palavras, propende para o progresso da regra formulada, até muito além do que a mesma em rigor estatui”²⁸⁵.

Sobre a questão da inconstitucionalidade das leis ou outros atos normativos que contrariassem os preceitos constitucionais, o autor sustentou a superioridade hierárquica da Constituição: “Por ser a Constituição também uma lei, [...] tem apenas mais força do que as outras às quais sobreleva em caso de conflito”²⁸⁶. É significativo que ele tenha tratado já naquele momento das inconstitucionalidades formais e materiais, distinguindo o Constitucionalismo norte-americano, adotado pelo Brasil, do Constitucionalismo europeu:

Existe a inconstitucionalidade formal alegável em todos os países e decorrente do fato de não ter o projeto de lei percorrido os trâmites regulares até a publicação respectiva; e a intrínseca ou substancial, relativa à incompatibilidade entre o estatuto ordinário e o supremo, da qual os tribunais brasileiros, argentinos, mexicanos e norte-americanos tomam conhecimento, porém não pode ser ventilada nos pretórios europeus, em geral²⁸⁷.

O autor mencionou, também, a importância dos princípios constitucionais implícitos, que poderiam servir como paradigma para a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos²⁸⁸.

Todas essas sólidas ideias permitiriam à doutrina e a jurisprudência que construíssem princípios limitadores do Poder Legislativo e considerassem inconstitucionais atos normativos que ofendessem explícita ou implicitamente a Constituição. No que diz respeito propriamente ao direito penal, aquelas ideias permitiriam que fosse desenvolvida uma dogmática limitadora do poder punitivo.

Isso, porém, não aconteceu. É que, não obstante todos os avanços trazidos por MAXIMILIANO, não se pode perder de vista que, notadamente no âmbito do direito penal,

²⁸⁵ Ibid., p. 59-60.

²⁸⁶ Ibid., p. 306. É perceptível, porém, quão tímida ainda era a superioridade constitucional: “Os tribunais só declaram a inconstitucionalidade de leis quando esta é evidente, não deixa margem a séria objeção em contrário. Portanto, se, entre duas interpretações mais ou menos defensáveis, entre duas correntes de ideias apoiadas por juristas de valor, o Congresso adotou uma, o seu ato prevalece” (ibid., p. 308).

²⁸⁷ Ibid., p. 309.

²⁸⁸ Princípios implícitos que não se confundiam com princípios de justiça: “Não podem os tribunais declarar inexistente um decreto, legislativo ou executivo, apenas por ser contrário aos princípios da justiça, às noções fundamentais do Direito: é de rigor que viole a Constituição, implícita ou explicitamente” (Ibid., p. 310).

repita-se, era grande a influência europeia²⁸⁹, onde ainda se vivia num Estado legislativo de direito, em que o papel do magistrado era única e exclusivamente desvendar a norma preexistente na lei. Embora tivesse se avançado da *mens legislatoris* à *mens legis*, ainda estavam a doutrina e a jurisprudência nacionais envoltas no positivismo legalista, em que pouco (ou quase nenhum) espaço havia à interpretação constitucional.

É de se salientar, ainda, a pouca efetividade da Constituição de 1891, a despeito do esforço de muitos juristas (como Rui BARBOSA e o próprio Carlos MAXIMILIANO). Ao tratar dessa Constituição, José Afonso da SILVA (2008, p. 79), afirmou:

Constituíra-se formoso arcabouço formal. Era – como nota Amaro Cavalcânti – o ‘texto da Constituição norte-americana completado com algumas disposições das Constituições suíça e argentina’. Faltara-lhe, porém, vinculação com a realidade do país. Por isso, não teve eficácia social, não regeu os fatos que previra, não fora cumprida.

Naquele momento da história política brasileira, o governo federal, para se sustentar, teve que se escorar nos poderes estaduais, os quais, por sua vez, se sustentavam “no coronelismo, fenômeno em que se transmudaram a fragmentação e a disseminação do poder durante a colônia, contido no Império pelo Poder Moderador” (SILVA, 2008, p. 80). O autor explica que, até 1930, foi o coronelismo o “poder real e efetivo” do Brasil, em total dissonância com o texto constitucional.

Em um estado de polícia como esse, não havia espaço sequer para a total efetividade dos princípios limitadores formais do poder punitivo (como o da legalidade). Com muito menor razão se poderia pensar na vigência de princípios limitadores materiais. MARINONI informa outra razão para a ineficácia do sistema de controle difuso de constitucionalidade sob a égide da Constituição de 1891:

Os juízes da época, ainda absortos no regime anterior, em que valia a plena e radical supremacia da lei, não confrontavam a lei com a Constituição, negando-se, assim, a exercer o controle difuso. Aliás, é importante lembrar que boa parte dos juízes da mais alta Corte do Império ingressou no STF – da Constituição de 1891 –, sendo que alguns, inclusive, prosseguiram

²⁸⁹ Sobre a influência da dogmática penal alemã no pensamento jurídico latino-americano, cf. MATUS (2011, p. 311-347).

usando os títulos nobiliárquicos que haviam recebido do Imperador (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 826).

No Estado legalista, a opressão surgia não do rei – ou de outra pessoa que personificasse o soberano –, mas da própria lei que, votada, em tese, por representantes da maioria, permitiu que direitos das minorias fossem violados sob a proteção legal.

A partir do final da década de 1940, iniciou-se uma mudança de paradigma no direito europeu. As premissas de que o direito positivo seria a expressão do desejo da maioria e que a democracia seria o respeito a este desejo passaram a ser severamente criticadas.

Passou-se a reconhecer juridicamente a inalienabilidade e inerência dos direitos das minorias. Todo ser humano, pelo simples fato de sê-lo, faria jus a direitos que nenhuma maioria poderia negar. O marco histórico e filosófico do reconhecimento desses direitos coincide com o do pós-positivismo: o término da II Guerra Mundial. Sobre o assunto, assevera o constitucionalista BARROSO (2010, p. 248):

[...] sua decadência [a do positivismo jurídico] é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade [...]. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade.

O positivismo estatal legalista perdeu espaço nas discussões jurídicas e políticas, tornando-se praticamente consenso – diante das atrocidades que a Segunda Guerra e o nazismo proporcionaram a milhões de seres humanos – que deveria haver uma limitação ao próprio direito positivo estatal, o qual deveria respeitar determinados direitos inalienáveis.

Como consequência disso surgiram, no âmbito internacional, a Declaração Universal de Direitos Humanos e inúmeros Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Foi nessa época que o direito alemão passou por uma verdadeira revolução. No âmbito constitucional, promulgou-se nova Constituição. No primeiro artigo, previu-se que a “dignidade da pessoa humana é intangível” e que os direitos fundamentais “vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário”. Criou-se o Tribunal Constitucional Federal, que passaria a decidir “sobre os recursos de inconstitucionalidade, que podem ser interpostos por

todo cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público nos seus direitos fundamentais” (art. 93, 1, 4a).

No âmbito penal, por sua vez, já no início dos anos 1960, na época da reforma da legislação, um grupo de jovens juristas propugnou pela extinção de vários tipos penais que não ofendiam bens jurídicos²⁹⁰. Isso era, certamente, um reflexo da constitucionalização do direito.

O Brasil tentou se apropriar das novidades europeias, mas, antes de se conseguir a constitucionalização do direito penal, instaurou-se no país o regime ditatorial que se iniciou em 1964.

A função principal dos princípios penais é a de limitação do poder punitivo. Os princípios, como expressão do Estado de Direito, são cumpridos na medida em que o estado de polícia o permite, convivendo ambos em permanente tensão²⁹¹. Em estados ditatoriais, o grau de cumprimento de tais princípios é baixíssimo. Foi o que se deu no Brasil até 1988. Apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988 é que se conseguiu, ao menos doutrinariamente, constitucionalizar o direito penal. Isso ocorreu com um século de atraso se se pensar que desde 1891 o direito brasileiro já permitia essa constitucionalização. Comparativamente à Europa, o atraso brasileiro foi de 40 anos.

É premente, portanto, a necessidade de se estabelecer solidamente na doutrina a vinculação do Legislativo aos limites constitucionais materiais e formais. Na jurisprudência, esse pensamento, que já vem se desenvolvendo, deve ser afirmado: não há qualquer dúvida hoje sobre a legitimidade constitucional de se controlarem os atos legislativos que ofendam direitos fundamentais, notadamente na área penal²⁹².

²⁹⁰ Cf. HASSEMER (2005, p. 55).

²⁹¹ “O estado de direito é concebido como o que *submete todos os habitantes à lei* e opõe-se ao estado de polícia, onde todos os habitantes estão subordinados ao poder daqueles que mandam. O princípio do estado de direito é atacado, por um lado, como ideologia que mascara a realidade de um aparato de poder a serviço da classe hegemônica e defendido, por outro, como uma realidade bucólica com alguns defeitos conjunturais. Considerando a dinâmica da passagem do estado de polícia ao estado de direito, é possível sustentar uma *posição dialética: não há estados de direito reais (históricos) perfeitos, mas apenas estados de direito que contêm (mais ou menos eficientemente) os estados de polícia neles enclausurados*” (ZAFFARONI et al., 2011, p. 41).

²⁹² Apesar de o princípio da ofensividade ainda não ser um dogma na jurisprudência, algumas decisões paradigmáticas vêm sendo tomadas pelo Supremo Tribunal Federal na busca de limites à atuação legislativa. Em 2013, por exemplo, no julgamento do RE 583.523, declarou-se a inconstitucionalidade do art. 25 do decreto-lei nº 3.688/1941 (“Ter alguém em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação

Costuma-se dizer que se vive, hoje, na era do pós-positivismo (ou neoconstitucionalismo). Coloca-se o pós-positivismo como a superação do positivismo jurídico, por um lado, e do jusnaturalismo, por outro; de acordo com BARROSO (2010, p. 248), ele “inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e de legitimidade”. Contesta-se a separação absoluta entre direito, moral e política, mas não se abre mão da segurança que a lei pode oferecer. Ademais, passa-se a perceber que trabalhar com valores sociais, expectativas e conceitos amplos – às vezes até confusos –, tradicionalmente ligados à política, também seria tarefa do direito²⁹³.

Umbilicalmente ligados ao pós-positivismo estão o reconhecimento da normatividade dos princípios – e sua distinção qualitativa com as regras –, bem como massiva utilização da razoabilidade e da proporcionalidade para a solução de casos. Expande-se, por conseguinte, a jurisdição constitucional e torna-se necessária a reelaboração doutrinária da hermenêutica²⁹⁴.

legítima”). Constou da ementa: “Possibilidade do exercício de fiscalização da constitucionalidade das leis em matéria penal. Infração penal de perigo abstrato à luz do princípio da proporcionalidade”. No voto, o ministro relator escreveu: “Não tenho dúvida de que o princípio da ofensividade vincula toda a atividade de interpretação da lei penal. E, com maior razão, deve orientar a própria aplicação da lei penal” (p. 4). Parece, no entanto, que o fator decisivo da declaração de inconstitucionalidade não foi propriamente a ausência de lesão ou colocação em perigo de bem jurídico relevante, mas sim a existência de discriminação, no próprio tipo penal, contra *vadio* ou *mendigo*, bem como a ofensa à presunção de inocência. Tanto é que se asseverou expressamente: “Estou certo que o legislador, ao criar essa espécie de contravenção penal, na verdade, antecipou-se aos possíveis e prováveis resultados lesivos, com a clara intenção de evitar que novos crimes de furto fossem cometidos. Conforme dito acima, a criação de infrações de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. O próprio preceito consagrado pelo nosso ordenamento jurídico adota um sistema acautelatório e preventivo que permeia de um modo geral toda a Lei de Contravenções Penais, que tem como objetivo evitar que crimes, considerados como infrações mais graves, ocorram. Inclusive, importante salientar que nosso ordenamento pátrio adota diversos tipos penais que descrevem comportamentos entendidos pelo legislador como abstratamente perigosos, a exemplo dos crimes previstos nos artigos 291 (petrechos para falsificação de moedas) e 294 (petrechos de falsificação), ambos do Código Penal; bem como o artigo 34 da Lei de Drogas (petrechos para o tráfico) [...]. Contudo, verifico que a questão que se mostra inadequada, a princípio, não é o fato de o legislador ter formulado uma presunção a respeito da periculosidade da conduta de possuir os instrumentos descritos em relação ao bem jurídico que pretende proteger (patrimônio e incolumidade pública), mas o fato de ter estabelecido condições específicas discriminatórias ao agente da infração penal” (p. 15-16).

²⁹³ Cf. RODRÍGUEZ (2011, p. 10).

²⁹⁴ BONAVIDES (2009, p. 294) explica, em relação aos princípios, o seguinte: “[...] a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da órbita jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso na Constituição); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse

Os excessos em que incorreram os pós-positivistas (ou neoconstitucionalistas), no entanto, foram veementemente criticados por parte da doutrina, que enxergou nesse movimento a origem de uma forte flexibilização da segurança jurídica. É o que será tratado no item a seguir.

5.3.4. Princípio da ofensividade e segurança jurídica

Inicialmente, deve ficar claro que a luta pela concretização dos princípios constitucionais – particularmente do princípio da ofensividade – não pressupõe a aceitação do chamado pós-positivismo, da reintrodução das ideias de justiça e moral no conceito de direito e da distinção qualitativa entre regras e princípios. É plenamente possível, como se pode ver no pensamento de FERRAJOLI, rejeitar essas premissas, mas aceitar a constitucionalização do direito penal e a existência do princípio da ofensividade.

Questiona-se a aplicabilidade dos princípios, pois eles, ao contrário das regras, causariam insegurança jurídica. A necessidade de se buscar substratos na teoria da argumentação²⁹⁵ abriria caminho para o arbítrio e o excesso de subjetivismo nas interpretações. A objeção, em suma, seria esta: os princípios não necessariamente criam direitos e obrigações incontroversos²⁹⁶, o que ofenderia a segurança jurídica.

A objeção tem algum fundamento, notadamente diante da utilização (ou melhor, criação) de inúmeros “princípios” pela jurisprudência, inclusive para afastar a aplicabilidade de regras que possuem claro conteúdo limitador do poder punitivo. STRECK – um dos maiores críticos brasileiros ao neoconstitucionalismo – cita, por exemplo, o “princípio da confiança no juiz da causa”, construção pretoriana em decorrência da qual, em matéria de prisão preventiva, deveria prevalecer a decisão do juiz de primeira instância por estar mais próximo aos fatos. Trata-se de “princípio” simplesmente criado por alguns magistrados sem

desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios”.

²⁹⁵ Cf. RODRÍGUEZ (op. cit., p. 11).

²⁹⁶ DWORKIN (2011, p. 100), porém, questiona: “Mas por que deveríamos supor que é assim? A objeção depende de um pressuposto de filosofia moral; pressupõe que os deveres não podem, em princípio, ser controversos. Pressupõe, igualmente, que se não for claro qual o dever do juiz e que, se não houver consenso sobre que matéria de prova pode decidir a questão, então o juiz não poderá ter nenhum dever (have any duty). Nesse caso, podemos falar somente do que ele deve fazer (ought to do). Mas este pressuposto é, no mínimo, questionável. Não se ajusta ao modo como empregamos o conceito de dever na argumentação moral”.

qualquer fundamentação constitucional ou legal. Percebe-se, pois, que o “panprincipiologismo” – fruto direto do neoconstitucionalismo – pode efetivamente ser um problema. Contra ele se insurge STRECK (2012, p. 65 e p. 71) nos seguintes termos:

[...] como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a ‘pedra filosofal da legitimidade principiológica’, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solver os casos difíceis ou ‘corrigir’ (sic) as incertezas da linguagem [...]. Daí a minha concordância também neste ponto com Luigi Ferrajoli: princípios não são valores; não há uma distinção estrutural entre regra e princípio; um princípio só se aplica através de uma regra; atrás de cada regra há sempre um princípio; por vezes, princípios são aplicados como regras e, finalmente, que o panprincipiologismo é forte componente da fragilização do direito.

Também Eros GRAU, em sua obra intitulada sugestivamente de *Por que tenho medo dos juízes*, afirma, já no prefácio, que, como ministro do Supremo Tribunal Federal, passou “a realmente temer juízes que, usando e abusando dos princípios [...], *sem saber o que é direito, fazem suas próprias leis*” (2013, p. 11). Essas críticas, porém, devem ser direcionadas apenas contra o excesso em que o denominado “panprincipiologismo” incorreu. De nenhuma maneira se pode considerá-la como uma crítica à existência dos princípios em si ou a seu caráter normativo²⁹⁷. Também não há como direcioná-la ao princípio da ofensividade. A ideia desse princípio, como se viu, foi formulada antes mesmo do Iluminismo penal, com HOBBS, não se tratando de princípio *inventado* ao sabor das circunstâncias pelo pós-positivismo.

A questão dos princípios tem reflexos na interpretação. Aqui se devem mencionar ao menos duas vertentes teóricas. De um lado, há autores que explicitamente afirmam que “a *lógica jurídica* é a da escolha entre várias possibilidades *corretas*” (GRAU,

²⁹⁷ O próprio STRECK reconhece o caráter deontológico dos princípios: “Nessa linha, tenho sustentado que a normatividade assumida pelos princípios possibilita um ‘fechamento interpretativo’ próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais. Por razões diferentes, Dworkin e Ferrajoli apontam nesse sentido. Nas teses que propugnam o fechamento interpretativo (Dworkin, Ferrajoli, Streck), essa normatividade não é oriunda de uma operação semântica ficcional, como se dá com a teoria dos princípios de Alexy. É importante fazer esse alerta. Ao contrário, ela – a tese do fechamento (não abertura) e normatividade dos princípios – retira seu conteúdo normativo de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade. Nesta perspectiva – e isso é mais característico na minha tese e na de Dworkin –, os princípios são vivenciados (‘faticizados’) por aqueles que participam da comunidade política e que determinam a formação comum de uma sociedade. É exatamente por esse motivo que tais princípios são elevados ao status da constitucionalidade. Por isso os princípios são deontológicos” (STRECK, 2012, p. 69-70).

2011, p. 41)²⁹⁸. Em completa oposição a esse pensamento, STRECK, na esteira de DWORKIN, defende que o cidadão tem direito fundamental à resposta correta²⁹⁹, a qual deve levar em conta não apenas as regras, mas também os princípios que efetivamente se possam extrair do ordenamento jurídico.

Sob a perspectiva do primeiro posicionamento, é claro que a aplicação de princípios, assim como a de regras, acarreta riscos de arbitrariedades e subjetivismos, até porque, para essa tese, o direito penal é muito mais política (poder) do que ciência (saber) e não existe, em seu bojo, o *verdadeiro*, mas apenas o *aceitável*³⁰⁰. Mas, a despeito de defender a existência de mais de uma decisão correta, essa tese não defende o arbítrio puro: algumas interpretações são consideradas realmente *inaceitáveis* e, portanto, equivocadas sob o ponto de vista jurídico³⁰¹. Negar que existam decisões e interpretações que realmente se afastam do legalmente permitido seria negar a própria existência ou utilidade do direito e da ciência jurídica. Caberia ao jurista justamente apontar e criticar, por meio da argumentação, as falácias, incoerências e inconsistências dos discursos ilegais e inconstitucionais que se transvestem de legalidade. Por outro lado, negar que haja subjetivismo nas interpretações e decisões judiciais seria, para essa vertente teórica, fechar os olhos para a realidade. A tomada de consciência dessa limitação pelo intérprete seria importante, reforçando, inclusive, a

²⁹⁸ Mais à frente, o autor escreve: “Interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo a que a escolha seja apresentada como adequada [Larenz 1983/86]; A norma não é objeto de *demonstração*, mas de *justificação* [...]. Nego, assim, a existência de uma única resposta correta (*verdadeira*, portanto) para todos os casos jurídicos – ainda que o intérprete autêntico esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico [...]. A concepção *dworkiniana* de *one right answer*, ademais de tudo, parece no momento em que sustentada sobre a busca da *melhor teoria possível* como ideal absoluto: na recusa da pretensão a valores absolutos, porque inserida no quadro de uma teoria dos valores inaceitável, essa *melhor teoria possível* resulta um postulado filosófico injustificável [...]. Essa *resposta verdadeira* (única correta) *não existe*. Pois a interpretação é *convencional*” (ibid., p. 41-43.).

²⁹⁹ Em ácida crítica às teorias que defendem um voluntarismo na interpretação, STRECK (2014, p. 429) escreve: “De todo modo, vale a pergunta: qual seria a validade (ou o sentido) de uma hermenêutica jurídica que admitisse ‘qualquer resposta’, enfim, de uma hermenêutica que admitisse, como Kelsen, que a interpretação judicial é um ato de vontade? Qual seria a utilidade de uma hermenêutica que admitisse até mesmo múltiplas respostas para um mesmo caso ‘concreto’? [...] admitir que cada sujeito possua preferências pessoais, intuições, valores etc. – o que é inerente ao modo próprio de ser-no-mundo de cada pessoa – *não quer dizer que não possa haver condições de verificação sobre a correção ou veracidade acerca de cada decisão que esse sujeito tomar*”.

³⁰⁰ Cf. GRAU (2011, p. 36).

³⁰¹ É aí que o poder se distancia completamente do saber e vira puro arbítrio. Um simulacro de direito, mas com realidade e efeitos concretos: “[...] um discurso jurídico fundante e tolerado pode não guardar aproximação com um discurso normativo-constitucional, fazendo com que uma decisão judicial – ainda que proveniente do STF –, possa ser reputada eficaz (já que produziu efeitos jurídicos), embora não válida segundo a especulação linguístico-sistemática dos valores constitucionalmente assegurados” (SCHMIDT, 2001, p. 55).

própria necessidade de argumentação como condição para a legitimidade constitucional da decisão.

Para o segundo posicionamento – que defende a existência de uma reposta correta –, porém, os princípios teriam o papel de funcionar como norma de fechamento – e não de abertura – a fim de evitar a discricionariedade judicial e permitir que se encontre qual é a resposta juridicamente adequada para o caso. Essa é uma assertiva normalmente incompreendida. Costuma-se ler que os princípios constitucionais são chaves de abertura da interpretação. Mas, ao menos para a perspectiva de DWORKIN e, no Brasil, STRECK, tal pensamento é equivocado:

Nessa linha, tenho sustentado que a normatividade assumida pelos princípios possibilita um ‘fechamento interpretativo’ próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais. Por razões diferentes, Dworkin e Ferrajoli apontam nesse sentido. Nas teses que propugnam o fechamento interpretativo (Dworkin, Ferrajoli, Streck), essa normatividade não é oriunda de uma operação semântica ficcional, como se dá com a teoria dos princípios de Alexy. É importante fazer esse alerta. Ao contrário, ela – a tese do fechamento (não abertura) e normatividade dos princípios – retira seu conteúdo normativo de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade. Nesta perspectiva – e isso é mais característico na minha tese e na de Dworkin –, os princípios são vivenciados (‘faticizados’) por aqueles que participam da comunidade política e que determinam a formação comum de uma sociedade. É exatamente por esse motivo que tais princípios são elevados ao status da constitucionalidade. Por isso os princípios são deontológicos. (STRECK, 2012, p. 69-70)

Dessa forma inexistiria, na aplicação dos princípios, qualquer ofensa à segurança jurídica, mas, ao contrário, esta ficaria ainda mais fortalecida, pois coibiria o arbítrio judicial³⁰².

³⁰² Em outra obra, STRECK (2014, p. 166), ao diferenciar os princípios gerais de direito dos princípios constitucionais, afirma: “Observe-se que o problema não é só de nomenclatura, não valendo, portanto, a assertiva, por vezes vista em parte da literatura nacional, de que os princípios gerais do direito foram ‘positivados’ na Constituição. *Trata-se de uma análise equivocada da função dos princípios constitucionais*, ou seja, enquanto os princípios gerais do direito se constituíam em uma ‘autorização’ para a discricionariedade, um fator que justificava a ‘saída’ do juiz do sistema codificado para solucionar o caso que lhe era apresentado e que não encontrava resposta no Código (foi para isso que dispositivos desse jaez foram colocados nos Códigos), os princípios constitucionais apresentam-se, contemporaneamente, *como um contraponto a essa discricionariedade*”.

A despeito dessa discussão de cunho hermenêutico, deve-se deixar claro que o princípio da ofensividade, ainda que se vislumbre nele um conteúdo impreciso, não fere o princípio da segurança jurídica – ao contrário do que poderia ocorrer com princípios de direito civil, trabalhista etc., em que a decisão que favorece uma parte necessariamente prejudica a outra –, por uma razão muito simples: na análise desse princípio, não se vislumbram direitos do réu contra direitos da vítima. A sua aplicação deve ocorrer justamente em *casos nos quais não tenha havido conflito* e tampouco violação de direitos ou bens jurídicos alheios – ou seja, casos em que sequer existe vítima, mas mera desobediência à norma emanada pelo Estado. Há, assim, apenas os direitos do réu em conflito com um *interesse* (não direito) – por sinal irracional³⁰³ – do Estado na punição.

Não se pode partir da perspectiva de BINDING, o qual entendia a legalidade penal como garantia de reforço ao poder punitivo e não aos direitos do cidadão³⁰⁴. Como já se afirmou no decorrer deste trabalho, o princípio da legalidade não impõe a punição inexorável ao autor de um fato formalmente típico, mas apenas afasta, de forma absoluta, a punição nos casos em que não houver uma lei penal prévia, escrita e taxativa. O princípio da ofensividade apenas acrescentaria uma nova exigência para a criminalização, o que é plenamente conforme à Constituição. Convém citar lição de Salo de CARVALHO (2013, p. 255):

Assim, é absolutamente lícito afirmar a possibilidade de flexibilização ou relativização da legalidade penal; no entanto, apenas se esta flexibilização projetar uma ampliação dos horizontes de liberdade. Neste sentido não se podem esquecer as inúmeras construções dogmáticas que potencializam o uso das fontes materiais e da analogia *in bonam partem*, como, p. ex., as causas supraleais de exclusão de tipicidade (princípio da insignificância e da adequação social), da ilicitude (consentimento do ofendido) e da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa e direito de resistência).

5.3.5. Princípio da legalidade e consolidação da burguesia

³⁰³ “[...] a construção da tipicidade objetiva não deve perseguir apenas a função de estabelecer o pragma típico senão também a de excluir sua tipicidade quando não exista conflito, como requisito ou barreira infranqueável à irracionalidade do poder punitivo” (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2011, p. 483, tradução livre).

³⁰⁴ Conforme lição de ZAFFARONI, Palestra proferida na OAB (Seccional de São Caetano do Sul) em 28/08/2014.

Muitos autores identificam no princípio da legalidade (não apenas penal) a consolidação do capitalismo. Tratava-se de uma necessidade inarredável da burguesia ascendente no final do século XVIII e início do século XIX. Em sua *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*, Alysson Leandro MASCARO afirma que se deve romper com a legitimidade da legalidade para “entendê-la no movimento real da reprodução do próprio capitalismo [...]. A universalidade da legalidade é a máscara de sua parcialidade e privilégio” (2008, p. 16)³⁰⁵.

GRAU (2011, p. 171) igualmente vislumbra na legalidade e na separação de poderes instrumentos da burguesia para sua consolidação enquanto classe dominante: “[...] qualquer ‘atentado’ à liberdade econômica e à propriedade somente poderia ser consumado com o consenso dos representantes da burguesia, isto é, *através de uma lei*”. Essa circunstância explica o fato de a legalidade ter se consolidado de forma tão expressiva nos Estados modernos. E não é por outra razão que houve rejeição, ainda que meramente parcial, do princípio da legalidade pela União Soviética: justamente por representar os interesses da burguesia e ser instrumento inerente à sua forma de dominação, esse princípio, para muitos autores marxistas, não deveria ser abarcado pela classe operária na construção do novo Estado³⁰⁶.

Com o instrumento da legalidade e da separação de poderes em mãos, essa classe burguesa pôde, por um lado, estabelecer a si privilégios e, por outro, livrar-se de perseguições penais. Para fazer isso sempre foi muito simples: basta evitar a produção de leis penais que criminalizem condutas próprias daquele setor³⁰⁷. No momento histórico da consolidação do capitalismo – em que uma das lutas da burguesia era justamente pelo afastamento dos privilégios nobiliárquicos –, não era possível que as leis penais escancarassem sua não aplicabilidade aos representantes de determinada camada social. Isso

³⁰⁵ “A vitória de um governo de leis, não de homens, e a vitória do mecanismo institucional sobre a vontade do soberano só se tornam possíveis a partir do momento em que a lógica econômica é de auto-reprodução [...]. Quando o Iluminismo, Rousseau, Kant e outros mais derrubaram na filosofia o absolutismo, chegaram ao cume teórico de um movimento que a prática já havia conquistado. A vitória das leis sobre o arbítrio dos homens acompanhou a vitória do capitalismo sobre as formas econômicas que lhe eram anteriores. A liberdade dentro das leis, princípio da legalidade, era a irmã da liberdade no mercado, no qual se compra ou se vende a partir da própria vontade” (ibid., p. 21). Mais à frente, aduz: “No entanto, ao mesmo tempo que é condição do crescimento burguês, o absolutismo é seu empecilho, à medida que o privilégio, que é a estrutura social na qual se assenta tal forma política, impede a liberdade negocial burguesa e sua igualdade formal. A burguesia, para a reprodução capitalista, necessitará de acordos e pactos com o Estado Absolutista” (ibid., p. 26).

³⁰⁶ Cf. MASCARO (2008, p. 62-80).

³⁰⁷ Ou, quando, por razões simbólicas, se entende necessária a tipificação de determinadas condutas, é possível que a própria lei preveja preceitos para livrar aquele setor da efetiva criminalização secundária. Já se referiu, no início deste capítulo, ao exemplo dos crimes tributários, que dificilmente resultam em punição.

teve que ser feito por um disfarce: as leis proibiam – e as polícias e os tribunais puniam – condutas próprias das classes subalternas que apenas em tese poderiam ser praticadas por todas. Vedando-se a ricos e pobres que mendiguem na rua e roubem pão, garante-se uma isonomia formal e uma desigualdade real, visto que, por razões óbvias, aqueles não praticam a conduta proibida – salvo raríssimas exceções –, e, portanto, não são punidos³⁰⁸.

Com o instrumento da legalidade em mãos, percebe-se que já era possível à classe dominante garantir, em princípio, todos os seus interesses. Princípios limitadores materiais do poder punitivo não trariam qualquer vantagem à sua condição e, por outro lado, poderiam causar incômodo, pois se lhes retiraria um forte instrumento de repressão a condutas que, embora não violassem bens jurídicos, perturbavam, de alguma forma, a ordem social burguesa.

Conclui-se, portanto, que, ao contrário do princípio da legalidade, o princípio da ofensividade – embora também tenha sido previsto por teóricos desde HOBBS até o Iluminismo – não teria qualquer utilidade prática para a classe dominante até, ao menos, o advento do nazismo, quando se percebeu o grau de opressão que a lei sem limites pode causar a todos.

5.3.6. A teoria positivista criminológica e seus reflexos nos princípios da legalidade e da ofensividade

A relação entre o princípio da legalidade e a classe burguesa é paradoxal e, de certa forma, conflituosa. A despeito desse princípio ter sido essencial para a consolidação da burguesia no poder, houve um momento posterior em que ele passou a lhe ser prejudicial, pois a massa de pessoas marginalizadas pelo sistema capitalista precisava ser contida, mas a aplicação da lei não era suficiente para essa contenção.

Muitas vezes, aquelas pessoas apenas incomodavam, sem ofenderem bens jurídicos ou direitos alheios. É claro que, na ausência de uma limitação material ao poder punitivo, mesmo esses estados inofensivos (como a vadiagem e a mendicância) passaram a ser criminalizados, seja na forma de crimes propriamente ditos ou contravenções. Mas a pena

³⁰⁸ Conforme famosa frase de Anatole FRANCE: “A majestosa igualdade das leis, que impede que o rico assim como o pobre durma sob as pontes, mendigue nas ruas e roube pão” (apud MONET, 2006, p. 109).

privativa de liberdade prevista para essas pequenas infrações não costumava ser longa, ou seja, rapidamente a pessoa retornava às ruas e voltava a incomodar a classe burguesa. ZAFFARONI (2007, p. 94) explica que esses *indesejáveis* – pequenos ladrões, prostitutas, homossexuais, bêbados, vagabundos, jogadores etc. –, assim como os autores de crimes graves, eram considerados inimigos da sociedade e, portanto, deveriam ser contidos eficazmente.

BATISTA, em prefácio à obra de DIETER (2013, p. 9), afirma que a legalidade “era um desastre para as emergências cotidianas do controle das ilegalidades populares, e muito especialmente para o oscilante recrutamento de mão de obra do capitalismo industrial”. Era necessário um controle “para além da lei e para além do crime”. Para isso, confundiram-se crime com doença e pena com tratamento³⁰⁹. De acordo com o mesmo autor:

Uma teoria e um dispositivo se ocupariam de legitimar e realizar a pena sem lei e sem crime de que tanto necessitava o disciplinamento da mão de obra industrial. A teoria foi a defesa social; o dispositivo seria a medida de segurança³¹⁰.

Surgiram as teorias criminológicas positivistas, que encontraram seus expoentes mais conhecidos em LOMBROSO, FERRI e GARÓFALO. O princípio da legalidade, por óbvio, foi bastante flexibilizado³¹¹, notadamente no que tange à cominação e aplicação das penas, que passaram a, com algum embuste³¹², ter prazo indeterminado. No Brasil, até a

³⁰⁹ ZAFFARONI (2007, p. 91) entende que o momento histórico mais relevante depois da inquisição para se compreender o autoritarismo do direito penal pela via do direito penal do autor ocorreu no século XIX, “quando as classes de industriais e comerciantes já haviam alcançado a hegemonia social em relação à nobreza e ao clero e, por conseguinte, já não necessitavam do discurso de contenção do poder punitivo elaborado pelos juristas e filósofos, ou seja, o discurso penal liberal proveniente do Iluminismo. Quem levou a cabo esta volta ao inquisitório foi o *positivismo criminológico*, que teorizou todo o direito penal como direito administrativo e todas as penas como medidas de coerção direta frente aos perigosos”.

³¹⁰ Id.

³¹¹ De acordo com RAUTER (2003, p. 27): “O crime, que anteriormente era definido como transgressão à lei penal, converte-se em indício, em manifestação superficial que aponta para a personalidade do criminoso. Contraria-se também o princípio cardinal do direito penal ‘não há pena sem lei’. Pois que a pena deve basear-se, mais do que na violação de um artigo do Código Penal, no estudo da personalidade do criminoso”.

³¹² Tendo em vista o conceito negativo de pena adotado por ZAFFARONI et al. (2011, p. 99) – “a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutralizada perigos iminentes” – pode-se afirmar que a medida de segurança equivale à pena, ainda que se lhe dê nome distinto. Em outra obra, ZAFFARONI (2007, p. 97) escreveu: “Em resumo, qualquer que seja a racionalização, as então batizadas *medidas de segurança* são penas sem os limites nem as garantias das penas, e desde cedo essa característica foi advertida e denunciada através da precisa expressão *embuste de etiquetas*, porém acabaram admitidas sem maiores questionamentos pela doutrina”.

reforma penal de 1984 era possível, pelo sistema do duplo binário, condenar formalmente uma pessoa por tempo determinado, mas mantê-la segregada por tempo indeterminado, sob o fundamento da periculosidade. A substituição do sistema do duplo binário pelo sistema vicariante resolveu apenas parcialmente o problema, pois, ainda hoje, parte da doutrina e da jurisprudência – ainda que minoritária –, com amparo no art. 97, §1º do Código Penal, considera possível a internação perpétua para os inimputáveis, se isso for necessário para o “tratamento”.

Mas não só a legalidade foi afetada. A própria noção de crime como ofensa a direitos ou bens também teve uma interrupção em seu já difícil desenvolvimento. Como se viu, pessoas que eram consideradas indesejáveis passaram a ser criminalizadas, independentemente da prática de uma conduta danosa a bens jurídicos ou direitos alheios. Ademais, não faria sentido, para a aplicação de *medidas*, que se esperasse do indivíduo que cometesse um fato objetivo descrito como criminoso. Bastaria a constatação de sua propensão a isso. A semelhança dessa teoria com o direito penal medieval e com a criminalização dos hereges é notória³¹³.

A influência do positivismo criminológico foi grande na dogmática penal. A teoria do bem jurídico, que tinha certa funcionalidade na interpretação dos tipos penais e na análise do instituto da tentativa – a ponto de um autor brasileiro do final do século XIX ter escrito que “se as legislações antigas não distinguem perfeitamente a tentativa da realização do crime, tão universalmente admitida nos tempos modernos, é porque confundiam a moral com o direito” (CAMARGO, 2005, p. 213) – foi violentamente atacada.

GARÓFALO (2005, p. 53) entendia que o delito era a violação do sentimento mais elementar de piedade ou probidade, razão pela qual “o delinquente não poderá ser outra coisa senão *um homem no qual exista carência, eclipse ou debilidade de um ou outro desses sentimentos*” (tradução livre). Contra esse delinquente deveriam ser aplicadas medidas de profilaxia, em prol da defesa social, sempre que se demonstrasse sua periculosidade, ainda que por atos meramente preparatórios de crime. O autor criticava veementemente o

³¹³ “Quatro séculos depois do *Malleus*, o positivismo criminológico, com o mesmo esquema integrado de criminologia etiológica, direito penal, processual penal e criminalística, retornou abertamente ao sistema inquisitorial. O *estranho* ou *inimigo*, tanto o criminoso grave como o dissidente, voltou a ser biologicamente inferior, não em razão de gênero, como no caso das bruxas, mas sim por ser patológico ou pertencer a uma raça não suficientemente evoluída (é um colonizado nascido por acidente na Europa). Satã era substituído pela *degeneração* e o que se impunha era a neutralização dos *degenerados inferiores*, evitando, se possível, sua reprodução mediante a esterilização e a *eugenia*” (ZAFFARONI, 2007, p. 92). Cf. ANITUA (2008, p. 297).

tratamento dado à tentativa inidônea³¹⁴ e discordava da possibilidade de a pena ser diminuída em caso de tentativa idônea. Para ele, ainda que nenhum bem jurídico fosse colocado em perigo, sempre que se pudesse extrair da conduta do agente sua propensão ao delito, deveria ser punido da mesma forma que seria caso o tivesse consumado:

A lei existente é irracional quando declara a impunidade de todos os casos de tentativa com meios insuficientes; é absurda quando castiga mais suavemente a tentativa que o delito consumado; é injusta não castigando *nunca* os atos preparatórios e castigando *sempre* a tentativa de um delito (GARÓFALO, 2005, p. 274, tradução livre).

Por outro lado, seria possível deixar de aplicar a pena a alguém, ainda que tenha sido o bem jurídico colocado em perigo, desde que, impedido de seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade, o autor tenha demonstrado ausência de periculosidade³¹⁵. O conceito de *ofensividade*, então, não se relacionava ao bem jurídico ofendido, mas sim ao próprio autor da conduta, que poderia ser perigoso ou não. É de se salientar, porém, como, na prática, o pertencimento social do indivíduo influencia na análise de sua periculosidade, o que afasta qualquer pretensão de cientificidade dessa teoria que, pelo contrário, é escancaradamente preconceituosa³¹⁶.

³¹⁴ No mesmo sentido, FERRI (1931, p. 529), ao criticar a solução que CARRARA dava à tentativa impossível, escreveu: “A conclusão da impunidade é indubitavelmente de ‘lógica jurídica’; mas [...] ela é tão moral e socialmente absurda [...]. Pelo contrário, é evidente, que a lei antes e o juiz depois, segundo as circunstâncias reais e pessoais do fato, devem estabelecer uma sanção repressiva ‘para qualquer execução material de um propósito criminoso’, salvo no caso de chegar até ao perdão se o crime putativo ou a tentativa impossível demonstrarem, conjuntamente com as características da sua personalidade, a mínima periculosidade do acusado”.

³¹⁵ “Se, pelo contrário, pode-se comprovar que o agente experimentava os efeitos de uma influência passageira, que provavelmente não se repetirá; se, apesar de sua inferior moralidade, não está completamente desprovido de sentimento moral, em tal caso é admissível a possibilidade de que teria se detido por seu próprio impulso, em um certo momento da empresa criminal, por causa da resistência aos seus bons instintos ou do temor de ser descoberto e castigado” (GARÓFALO, op. cit., p. 274).

³¹⁶ De forma incisiva, RAUTER (2003, p. 87), ao analisar laudos de exame de cessação de periculosidade que eram realizados nos semi-imputáveis e nos imputáveis “perigosos” do sistema do duplo binário, afirmou que, “ao invés de serem descompromissados e neutros instrumentos científicos, as avaliações ou exames técnicos de criminosos reproduzem todos os estereótipos e preconceitos, em suma, toda a ideologia que permeia a questão do crime, traduzindo-se em práticas de repressão, controle e disciplinarização das parcelas mais pobres da população”. Criticando a teoria positivista criminológica, CIRINO DOS SANTOS (1979, p. 115) afirma: “A ciência positiva do crime é o mito de uma ciência: a construção mutilada do seu objeto reifica o comportamento, a pretensa neutralidade do objeto compromete a teoria, e a fixação no dado aparente produz uma aparência de ciência: nas sociedades de classes, ciência criminológica é teoria do controle nos quadros da ordem, definida pelos esquemas de poder material e político que hegemonizam a formação social histórica”.

No Brasil, permanece nítido o reflexo da teoria positivista criminológica. Ainda hoje parte da doutrina entende, com amparo no art. 97, §3º do Código Penal, que se o inimputável, no prazo de 1 ano após sua desinternação ou liberação do tratamento ambulatorial, cometer fato, ainda que não criminoso, indicativo de sua periculosidade, deve ser restabelecida a situação anterior. Ou seja: pode-se determinar a internação de alguém ainda que a pessoa não tenha cometido novo delito³¹⁷. Violam-se, a um só tempo, os princípios da legalidade³¹⁸ e da ofensividade.

A despeito da influência dessa teoria na legislação e doutrina brasileiras – principalmente no que diz respeito à aplicação e execução de penas e medidas de segurança –, deve-se destacar, no entanto, que foram poucos os autores nacionais que seguiram GARÓFALO em seu posicionamento sobre a tentativa inidônea e a punição de atos preparatórios: “Tendo em vista o sistema de nossa lei, prevalece na doutrina um critério *objetivo* de distinção, sendo irrelevante, em princípio, o plano delituoso do agente” (FRAGOSO, 1994, p. 241).

³¹⁷ Cf. BARROS, 2003, p. 483. Esse entendimento, porém, é criticado por vários autores. BRANDÃO (2010, p. 431), por exemplo, assevera: “Tal fato, por óbvio, somente pode ser uma nova conduta que se encaixe na tipicidade de uma infração penal, já que a periculosidade – ou perigosidade – somente se verifica em face da probabilidade de violação de bens jurídicos, que são o objeto de tutela dos tipos penais”.

³¹⁸ CUNHA (1979, p. 41) destacou a influência do positivismo criminológico no princípio da legalidade e sua permanência no direito penal brasileiro: “No âmbito do direito penal, esta concepção de legalidade afirma-se com o pensamento positivista, o qual evolui de posturas extremas ao temperamento das escolas ecléticas, e onde, apesar das soluções conciliadoras, o privilégio dado à personalidade do acusado continua sendo a característica dominante”. Mais adiante: “Em verdade, o privilégio concedido à personalidade do criminoso para a determinação do castigo revela-se predominante, e isto ocorre por motivos que transcendem à esfera do jurídico, motivos que têm a ver com a organização política e de poder do Estado contemporâneo” (ibid., p. 43).

CONCLUSÕES

1. O princípio da ofensividade veda a punição de condutas que não ofendam bens jurídicos. Tem a finalidade de limitar o poder punitivo tanto na criminalização primária quanto na criminalização secundária; assim, direciona-se tanto ao Legislativo como ao Judiciário.
2. O entendimento de que o sistema penal tem a missão de proteger bens jurídicos, embora tenha sido elaborado na tentativa de se limitar o poder punitivo, acaba tendo um efeito inverso, pois, na jurisprudência, não são incomuns as referências àquela missão para fundamentar a ampliação do poder punitivo a limites intoleráveis em que não se constata qualquer perigo ou lesão a bem jurídico relevante.
3. A adoção da teoria agnóstica da pena permite a imposição de limites mais claros ao poder punitivo. No âmbito da teoria do bem jurídico, ela tem como reflexo a consideração desse instituto apenas como critério de criminalização – para evitar a irracionalidade de se punir alguém sem que haja um conflito –, mas não como objeto de proteção. Ou seja: proíbe-se que alguém seja punido sem que sua conduta tenha ofendido bem jurídico, mas, por outro lado, não se impõe a punição quando tal ofensa tenha existido.
4. Durante toda a Idade Média, houve confusão entre crime e pecado e esse pensamento religioso tem reflexos nos dias atuais.
5. A secularização no Brasil foi tardia. Até o final do século XIX, o Estado incorporava formalmente uma religião oficial. Mesmo após a secularização oficial do Estado, a influência da religião se fez notar. Basta ver que no preâmbulo da Constituição de 1988 há invocação de deus.
6. Qualquer entendimento que confunda o âmbito religioso com o âmbito jurídico é inconstitucional por desrespeitar o princípio da secularização. Nesse sentido, é inconstitucional, entre outras, a criminalização da bigamia, pois visa a proteger determinada visão religiosa.

7. A regra da legalidade penal surgiu num contexto histórico de limitação ao poder punitivo. Ela veda a punição de atos que não estejam previstos em lei prévia, escrita e taxativa emanada pelo Legislativo. No entanto, seu conteúdo normativo não exige a imposição da pena nos casos em que um fato formalmente típico tenha ocorrido. A legalidade pode ser flexibilizada em favor do réu, o que se dá com a permissão de analogia *in bonam partem*, a retroatividade da lei penal benéfica e a utilização de excludentes supralegais de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade.
8. Considerada a distinção qualitativa entre regra e princípio, a legalidade penal é rigorosamente uma regra, e não um princípio, razão pela qual deve ter eficácia absoluta: não havendo lei prévia, escrita e taxativa emanada pelo Legislativo, qualquer punição, ainda que sob o pretexto de se garantirem princípios constitucionais, viola a Constituição da República. Qualquer flexibilização à regra da legalidade em prejuízo do réu é, portanto, inconstitucional.
9. Os princípios limitadores do poder tributário são muito mais antigos, numerosos e, na prática, eficazes que os princípios limitadores do poder punitivo, o que se explica pela formação capitalista dos Estados modernos.
10. Dentro do âmbito penal, os princípios formais limitadores do poder punitivo (como a legalidade) são muito mais efetivos do que os princípios materiais. Isso, embora seja explicável pelo contexto histórico, não mais se justifica nas conjunturas atuais.
11. A consolidação da regra da legalidade penal foi essencial para a formação do Estado burguês, ainda que, posteriormente, aquela mesma regra tenha causado embaraços à classe dominante.
12. O advento do positivismo criminológico influenciou negativamente os princípios da legalidade e da ofensividade, permitindo a flexibilização daquele e a negação deste. São muitas as semelhanças entre o positivismo criminológico – que confunde crime com doença – e o direito penal medieval – que confunde crime com pecado.
13. Ainda que a doutrina pregasse, desde o início do século XIX, a necessidade de ofensa a bens jurídicos para que uma conduta fosse considerada criminosa, isso não permitia

o controle jurisdicional das criminalizações primárias que desatendessem àquele critério, tendo em vista que, na Europa, o controle de constitucionalidade material só foi efetivamente desenvolvido na segunda metade do século XX. Apesar de o Brasil permitir um controle material de constitucionalidade desde a primeira Constituição da República, de 1891, o grande apego à doutrina penal europeia fez com que esse controle viesse com bastante atraso, após o advento da Constituição de 1988. Hoje não se pode colocar em dúvida a possibilidade de o Judiciário declarar inválidas normas penais que desatendam aos princípios materiais limitadores do poder punitivo.

14. A inexistência de norma constitucional explícita que preveja o princípio da ofensividade não impede seja reconhecida sua existência e validade. É pacífica na doutrina e na jurisprudência a possibilidade de existirem princípios constitucionais implícitos.
15. A aplicação do princípio da ofensividade não implica em violação ao princípio da segurança jurídica. Ele só terá aplicabilidade nos casos em que não houver lesão ou perigo a bens jurídicos alheios, ou seja, no momento da decisão judicial, não haverá direitos da vítima contrapostos aos direitos do réu, mas apenas um interesse irracional do Estado na punição em contraposição ao direito subjetivo do acusado de não ser punido por fato que não causou ofensa a bens jurídicos. O princípio da segurança jurídica não existe para proteger interesses irracionais do Estado, mas apenas direitos dos cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. Conceito e validade do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALMEIDA, Fernanda Afonso de. Proteção penal do patrimônio e sonegação fiscal: uma abordagem à luz da teoria crítica. Dissertação (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (organizadores). O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 15-24.

ANVISA. ANVISA inclui 21 substâncias em lista de drogas proibidas. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/anvisa+portal/anvisa/sala+de+imprensa/assunto+de+interesse/noticias/anvisa+inclui+21+substancias+em+lista+de+drogas+proibidas>. Acesso em 31/08/2014.

ANITUA, Gabriel Ignacio. Histórias dos pensamentos criminológicos. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

ASÚA, Luis Jimenez. Derecho penal soviético. Buenos Aires: Editorial T.E.A., 1947.

_____. La ley y el delito: principios de derecho penal, 3ª ed. Buenos Aires e Cidade do México: Editorial Hermes, 1959.

BALEEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. Direito tributário brasileiro, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977-b.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal, 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARRETO, Tobias. Estudos de direito II. Rio de Janeiro: J. E. Solomon; Sergipe: Editora Diário Oficial, 2012.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Direito penal, parte geral, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo, 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2010.

BÁRTOLI, Márcio. Crimes hediondos (lei 8.072, de 25.07.1990). In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. Doutrinas essenciais: direito penal, v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 99-112.

BATISTA, Nilo. Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

_____. Introdução crítica ao direito penal brasileiro, 12^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. Práticas penais no direito indígena. In: FRAGOSO, Heleno Claudio (Diretor), Revista de Direito Penal, n° 31 (jan/jun de 1981). Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 75-86.

_____. Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore. Bem jurídico-penal. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BIANCHINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BIRBAUM, Johann Michael Franz. Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito. Montevideo-Buenos Aires: IBdeF, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte geral, volume 1, 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 24^a ed.. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato, 2ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. Curso de direito penal, parte geral, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRUNO, Aníbal. Direito penal, parte geral, tomo I, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Direito penal, parte geral, tomo II, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Crimes contra a pessoa, 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

CAMARGO, Joaquim Augusto de. Direito penal brasileiro, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARRARA, Francesco. Programa del curso de derecho criminal, parte general, tomo I. San José da Costa Rica: Tipografia Nacional, 1889.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário, 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Salo de. Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. A política criminal de drogas no Brasil (estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06), 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). Fundamentos da história do direito, 8ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

CELLA, José Renato Gaziero. Evolução Histórica do Princípio da Legalidade Tributária, in Revista de Estudos Tributários, ano V, nº 28, Nov-Dez/2002, p. 5-16. Porto Alegre: Ed. Síntese, 2002.

CHEVALLIER, Jacques. O estado de direito. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2013.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito penal - parte geral, 5ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

_____. A criminologia da repressão. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

CONSTITUIÇÃO ALEMÃ. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Atualizada até janeiro de 2011. Disponível em: http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf. Acesso em 17/09/2014.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Código penal comentado. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA E SILVA, Antônio José da. Comentários ao código penal, v. 1., parte geral, 2ª ed., revista e atualizada por COSTA E SILVA, Luiz Fernando da. São Paulo: Contasa, 1967.

CUNHA, Maria Cardoso da. O caráter retórico do princípio da legalidade. Porto Alegre: Síntese, 1979.

DALBORA, Jose Luis Guzmán. Estudio preliminar. In: BIRBAUM, Johann Michael Franz. Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito. Montevideo-Buenos Aires: IBdeF, 2010.

D´AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (coordenadores). Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editores, 2006.

DESCARTES, René. Discurso sobre o método. São Paulo: Hemus, 1972.

_____. Carta-prefácio dos princípios da filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: D´AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (coordenadores).

Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 13-69.

_____. Direito Penal: Parte Geral, tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIETER, Mauricio. Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DOTTI, René Ariel. O incesto. São Paulo: Distribuidora Guignone Ltda., 1976.

DUSSEL, Enrique. 1492: El encubrimiento del outro: hacia el origen del “mito de la modernidad”. La Paz: Plural Editores, 1994.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FARIA, Bento de. Código Penal Brasileiro (Comentado), volumes 1 e 2. Rio de Janeiro: Record Editora, 1961.

FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. A adequação social da conduta no direito penal: ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal. Porto: Publicações Universidade Católica, 2005.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. Bien jurídico y sistema del delito. Montevideo e Buenos Aires: IBdeF, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal, 10ª ed. Madrid: Trotta, 2011.

_____. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (organizadores). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13-56.

FERRI, Enrique. Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime. São Paulo: Saraiva, 1931.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. Tratado de derecho penal común vigente en Alemania. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FIANDACA, Giovanni. El derecho penal entre la ley y el juez: estudios de derecho penal. Lima: ARA Editores, 2010.

FIERRO, Guillermo J. Legalidad y retroactividad de las normas penales. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direito penal e direitos humanos. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. Lições de direito penal, parte geral, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

FRANCISCO, Papa. Carta do Papa Francisco a E. Raúl Zaffaroni, de 30 de maio de 2014. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 22, n° 260, 2014.

GARCIA, Basileu. Instituições de direito penal, v. 1, t. I, 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1978.

GARÓFALO, Raffaele. La criminologia: estudio sobre el delito y la teoria de la represión. Montevideo; Buenos Aires: IBdF, 2005.

GIACOMOLLI, Nereu José. Função garantista do princípio da legalidade. In: In: NUCCI, Guilherme de Souza; FRANCO, Alberto Silva (organizadores). Doutrinas Essenciais de Direito Penal, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 449-466.

GLOBO. Brecha na lei impede que polícia federal apreenda novas drogas. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/02/brecha-na-lei-impede-que-policia-federal-apreenda-novas-drogas.html>. Acesso em 31/08/2014.

_____. ANVISA inclui 21 novas substâncias na lista de drogas banidas no Brasil. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/02/anvisa-inclui-21-novas-substancias-na-lista-de-drogas-banidas-no-brasil.html> . Acesso em 31/08/2014.

GOMES, Luiz Flavio. Princípio da ofensividade no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Princípio da insignificância e outras causas excludentes de tipicidade, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Teoria geral da parte especial do direito penal. Atlas: São Paulo, 2014.

_____. O princípio da proporcionalidade no direito penal. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2003.

_____. Direito Penal e Interpretação Jurisprudencial: do Princípio da Legalidade às Súmulas Vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios), 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato. In: NUCCI, Guilherme de Souza; FRANCO, Alberto Silva (organizadores). Doutrinas Essenciais de Direito Penal, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 355-401.

HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de uma Teoria Pessoal do Bem Jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (organizadores). O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 15-24.

_____. Introdução aos fundamentos do direito penal. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005.

HOBBS, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil, 3ª ed. São Paulo: Ícone, 2014.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao código penal, volume I, tomo II, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. Comentários ao código penal, volume I, tomo I, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (organizadores). O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 159-178.

JESUS, Damásio Evangelista de. Direito penal, parte geral, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. Manual de direito penal. São Paulo: Saraiva, 2013.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. In: Discursos Sediciosos: crime, direito, sociedade/ Instituto Carioca de Criminologia – Ano I, n. 1 (jan./jun. 1996) – Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996, p. 79-92.

KENNY, Anthony. Uma nova história da filosofia ocidental: o despertar da filosofia moderna, v. 3. São Paulo: Edições Loyola, 2009.

LOCKE, John. Ensaio sobre o entendimento humano. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. Segundo tratado sobre o governo civil. São Paulo: EDIPRO, 2014.

LOMBROSO, Cesare. O homem criminoso – edição histórica, 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, s/d.

LOSANO, Mario G. Sistema e estrutura no direito, o século XX, vol. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

LUIZI, Luiz. Os princípios constitucionais penais, 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

LYRA, Roberto. Direito penal, parte geral, v. 1. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1936.

_____. Direito penal normativo. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1975.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. Ordenações filipinas – considerável influência no direito brasileiro. 2006. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484> . Acesso em 21/09/2014.

MALUF, Sahid. Direito Constitucional (Conforme a Constituição Federal de 1967), 3ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967.

MAÑAS, Vico. O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal. São Paulo: Saraiva, 1994.

MANES, Vittorio. El principio de ofensividade, entre codificación y pevisión constitucional. In: Revista de derecho y proceso penal. Ano 1, nº 9. Thomson, 2003.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da idade média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). Fundamentos da história do direito, 8ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

MASCARO, Alysson Leandro. Filosofia do direito, 2ª ed. São Paulo: Atlas.
_____. Crítica da legalidade e do direito brasileiro, São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MATUS, Jean Pierre. Derecho penal, criminología y política criminal en el cambio de siglo. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MELLIM FILHO, Oscar. Criminalização e seleção no sistema judiciário penal. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

MELLO FREIRE, Pascoal José de. Instituições de direito criminal português. s.l.:1794? Disponível em:
<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1077.pdf> . Acesso em 02/11/2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILL. John Stuart. Sobre a liberdade. São Paulo: Hedra, 2011.

MONET, Jean-Claude. Polícias e sociedades na Europa. 2ª ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2006.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. Do espírito das leis. Bauru: EDIPRO, *Série Clássicos*, 2004.

NASPOLINI, Samyra Haydêe. Aspectos históricos, políticos e legais da inquisição. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). Fundamentos da história do direito, 8ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

NEDER, Gizlene. Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

NORONHA, E. Magalhães. Direito penal , v. 1, 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais e processuais penais, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Leis penais e processuais penais comentadas, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA. Ana Carolina Carlos de. Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. Garantismo e barbárie: a face oculta do garantismo penal, 2ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

PALAZZO, Francesco C. Valores constitucionais e direito penal. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

PAULA BAPTISTA, Francisco de. Compêndio de hermenêutica jurídica. In: TOMASETTI Jr., Alcides (org.). *Hermenêutica jurídica. Coleção clássicos do direito brasileiro*, v. 3. São Paulo: Saraiva, 1984.

PIERANGELI, José Henrique. *Código penal comentado*. São Paulo: Verbatim, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*, tomo IV, 3ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*, 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Direito penal, parte geral*, v. 1, 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *O direito a ações imorais – Paul Johann Anselm von Feuerbach e a construção do moderno direito penal*. São Paulo: Almedina, 2012-b.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RAMALHO, Barão de. *Cinco lições de hermenêutica jurídica*. In: TOMASETTI Jr., Alcides (org.). *Hermenêutica jurídica. Coleção clássicos do direito brasileiro*, v. 3. São Paulo: Saraiva, 1984.

RAQUEL, Andrea Russar. Brasil: a laicidade e a liberdade religiosa desde a Constituição da República Federativa de 1988. Publicado em 07/2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/22219/brasil-a-laicidade-e-a-liberdade-religiosa-desde-a-constituicao-da-republica-federativa-de-1988> . Acesso em 30/11/2014.

RAUTER, Cristina. Criminologia e subjetividade no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

REALE JR., Miguel. Instituições de direito penal, parte geral, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Contrato social: princípios do direito político. EDIPRO, 2013.

_____. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Porto Alegre: L&PM, 2013-b.

ROXIN, Claus. Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal, 2ª ed., 2ª. Tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. Estudos de Direito Penal, 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2008.

_____; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. Introdução ao direito penal e ao direito processual penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Finalidades da pena – conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. Doutrinas essenciais: direito penal, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 301-316.

_____. Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. A Crise de Legalidade na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo. (organizador). Crítica à execução penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHUNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013

SEMER, Marcelo. Princípios penais no estado democrático (coleção para entender direito). São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A busca de legitimidade dos crimes de perigo abstrato no direito penal econômico. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n° 238, 2012.

_____. Fundamentos da adequação social em direito penal. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SIQUEIRA, Galdino. Tratado de direito penal, parte geral, tomo I, 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1950.

SOLER, Sebastián. Fe en el derecho y otros ensayos. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1956.

SOUZA SANTOS, Boaventura. Se deus fosse um ativista dos direitos humanos, 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Hermenêutica jurídica e(m) crise, 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; TRINDADE, André Karam (organizadores). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59-94.

_____; CLÈVE, Clemerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PANSIERI, Flávio. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito> . Acesso em 02/09/2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 01/11/2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 01/11/2014.

TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código civil interpretado conforme a Constituição da República, v. 1, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

TOMASETTI Jr., Alcides (org.). Hermenêutica jurídica. Coleção clássicos do direito brasileiro, v. 3. São Paulo: Saraiva, 1984.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br>. Acesso em 01/11/2014.

TRINDADE, José Damião de Lima. História social dos direitos humanos, 3ª ed. São Paulo: Peirópolis, 2011.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O mandado de injunção e a criminalização de condutas. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-26/paulo-iotti-mandado-injuncao-criminalizacao-condutas> . Acesso em 02/09/2014.

WACQUANT, Loic. Punir os pobres: a nova gestação da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva). Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013.

WELZEL, Hans. Derecho penal aleman, 11ª ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1970.

WOLKMER, Antonio Carlos (org.). Fundamentos da história do direito, 8ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de derecho penal, parte general, t. 1. Buenos Aires: Ediar, 1998.

_____. Em busca das penas perdidas, 5ª ed., 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

_____. A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012-b.

_____. O inimigo no direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral, 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal, 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. Direito Penal Brasileiro: segundo volume
– Teoria do Delito. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro.
Derecho penal, parte general. Buenos Aires: Ediar, 2011.