

**ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**

**DIREITO PENAL,
ESTADO E CONSTITUIÇÃO**

*Princípios constitucionais politicamente
conformadores do Direito Penal*

**ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**

**ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**

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

Lopes, Mauricio Antonio Ribeiro

Direito penal, estado e constituição : princípios constitucionais politicamente conformadores do direito penal / Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. — São Paulo : IBCCrim, 1997.

1. Direito constitucional 2. Direito penal 3. Direito penal — Brasil 4. O Estado I. Título.

97-3853

CDU-343:342

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito penal e direito constitucional 343.342
2. Direito penal e Estado 343.342

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

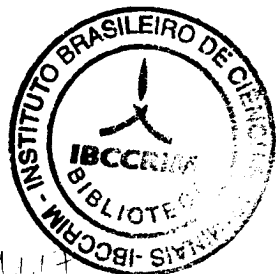
MAURICIO ANTONIO RIBEIRO LOPES

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

DIREITO PENAL, ESTADO E CONSTITUIÇÃO

*Princípios constitucionais politicamente
conformadores do Direito Penal*

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS



IBCCrim

1997

DIREITO PENAL, ESTADO E CONSTITUIÇÃO

Mauricio Antonio Ribeiro Lopes

IBCCrim

Mem 3

© Desta edição: 1997

00278

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCrim)

Diretoria do biênio 96/98

Presidente: SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

Vice-presidente: ROBERTO PODVAL

2.º Vice-presidente: CARLOS VICO MAÑAS

1.º Secretário: FAUZI HASSAN CHOUKR

2.º Secretário: MAURIDES DE MELO RIBEIRO

3.º Secretário: ROSIER B. CUSTÓDIO

Tesoureiro: SÉRGIO MAZINA MARTINS

Tesoureiro-adjunto: ADRIANO SALLES VANNI

Dir. de Relações Internacionais: LUIZ FLÁVIO GOMES

Rua XI de Agosto, 52, 2.º andar —

Tels.: (011) 607-6743, 605-6482 e 605-4607

CEP 01018-010 - São Paulo, SP, Brasil

<http://www.mgnet.com.br/ibccrim>.

e-mail: ibccrim@mgnet.com.br

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO RESERVADOS
AO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS.

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

1997

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

*A PEDRO HENRIQUE,
emoção nova
para realização de antigos sonhos.*

*A VERA MARIA
emoção de sempre
para sonhar todos os sonhos.*

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Apresentação

O Prêmio "IBCCrim de Monografias Jurídicas" é concedido, pela primeira vez, num momento de significativas coincidências.

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais está às vésperas de seu quinto ano de existência e ocupa, hoje, uma posição de inquestionável relevo no panorama penal brasileiro. Com quase três mil associados, com uma tiragem de dezoito mil exemplares de seu "Boletim" e com a publicação do décimo-nono volume de sua "Revista", o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais credencia-se, na atualidade, como o mais representativo porta-voz dos que debatem, de forma multidisciplinar e pluralista, o fenômeno do "crime" e de "suas consequências".

A entrega do "Prêmio IBCCrim de Monografias Jurídicas" ocorre, por sua vez, numa solenidade de todo especial, ou seja, no encerramento do "Terceiro Seminário Internacional do IBCCrim". Apesar do curto tempo de vida, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais realiza, anualmente, desde o ano de 1995, a reunião de consagrados juristas, nacionais e estrangeiros, para a análise e debate de temas polêmicos numa visão abrangente da problemática penal.

O “Prêmio IBCCrim de Monografias Jurídicas” foi outorgado, por votação unânime, ao trabalho “Direito Penal, Estado e Constituição”, de autoria do Promotor de Justiça, Dr. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, pós-graduado nas Faculdades de Direito da Universidade de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Universidad de Salamanca (Espanha), Mestre e Doutor em Direito. O premiado está, sem sombra de dúvida, na vanguarda dos novos juristas brasileiros. Sua capacidade laborativa pode ser aferida por várias e importantes contribuições de Direito Público e de Direito Penal, tais como “Ética e Administração Pública”, “Poder Constituinte Reformador”, “Princípio da Legalidade Penal”, “Princípio da Insignificância no Direito Penal”, “Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais”, “Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Anotada”. Todos esses livros expressam a seriedade científica e a ponderada reflexão que pautam as atividades do premiado.

O Dr. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes buscou, na monografia ora premiada, dar transparência à íntima conexão entre o Estado Democrático de Direito, a Constituição e o Direito Penal. Essa temática, que foi analisada à exaustão, e com extrema riqueza bibliográfica mostra-se extremamente adequada à crise que toma corpo no Direito Penal. A década de 90 caracteriza-se por uma ampla política de criminalização em áreas até então excluídas da intervenção penal e — o que é mais grave — pela detecção de duas explícitas e perigosas tendências: de um lado, a funcionalização do mecanismo controlador penal, colocado a serviço de determinadas posturas político-criminais e, de outro, o pernicioso processo de desformalização desse mecanismo que põe em xeque garantias penais e processuais penais conquistadas a tanto custo. Todas essas tendências da denominada

“pós-modernidade penal” centra-se na idéia da *eficácia* preventiva e repressiva, em detrimento dos princípios penais liberais que informam o Estado Democrático de Direito. Em nome de uma ameaça avassaladora de caráter global que tem, não raro, algum ponto de contato com a realidade, constrói-se “o pressuposto genérico da guerra contínua. Nesse sentido, não podemos perder de vista que cada vez que os operadores políticos pretendem legitimar medidas penais antiliberais em função de todas as “guerras” que fomentam e perdem, não estão fazendo mais do que apelar para um recurso teorizado há mais de meio milênio de modo estruturalmente não superado até o presente e que é próprio do estado pré-moderno ou do estado de terror e de suas reaparições” (Eugenio Raul Zaffaroni, “Impunidad del agente encubierto y del delator: una tendencia legislativa latinoamericana”, in “Revue Internationale de Droit Pénal”, 3.º e 4.º trimestres de 1996, pp. 725 e seg.). A eficácia, como critério reitor, do Direito Penal debilita o Estado Democrático de Direito e, de certa maneira, significa paradoxalmente um retorno ao Estado pré-moderno. Para opor-se a essa nova idéia-chave, que avança impetuosamente no campo penal pondo em risco o paradigma garantístico, nada melhor do que conhecer os engates que prendem o Direito Penal à Constituição e ao Estado Democrático de Direito.

E eis, por fim, a última e a mais feliz das coincidências. A monografia premiada examina, com extrema propriedade, e com não menor competência, essa temática que é, na realidade, a própria razão de ser do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

APRESENTAÇÃO	7
INTRODUÇÃO	15
1. CONSTITUIÇÃO COMO ESTATUTO JURÍDICO E POLÍTICO DO ESTADO E O SISTEMA CONFORMADOR DO DIREITO PENAL	
1.1 A Constituição como estatuto jurídico e político do Estado	23
1.2 Direito Penal e sistema penal	26
1.3 O Iluminismo como movimento inspirador do Direito Penal contemporâneo	28
1.4 Considerações fundamentais sobre o constitucionalismo — a base da positividade jurídica e a publicização da reação penal	36
1.5 A Constituição em sentido material e construção racional do modelo penal	41
2. CONSTANTES CONSTITUCIONAIS E DETERMINAÇÃO DO NÚCLEO RÍGIDO DO SISTEMA PENAL	
2.1 As constantes constitucionais. Conceito e classificação	50
2.2 Constantes constitucionais de núcleo rígido e o sistema penal	56
2.2.1 <i>O princípio da legalidade</i>	56
2.2.2 <i>O princípio da taxatividade</i>	59
2.2.3 <i>Os princípios da insignificância, da proporcionalidade e outros</i>	64

3. CATEGORIAS CONSTITUCIONAIS E DIREITO PENAL

3.1 Introdução	70
3.2 Categorias constitucionais	71
3.3 Normas e princípios constitucionais	74
3.4 Princípios constitucionais.....	77
3.4.1 <i>Princípios jurídicos fundamentais</i>	84
3.4.2 <i>Princípios políticos constitucionalmente conformadores ..</i>	86
3.5 Normas constitucionais	88
3.6 Direitos fundamentais	90
3.7 Garantias individuais	92
3.8 Remédios constitucionais	94
3.9 Relações entre as categorias constitucionais e Direito Penal .	95

4. RELAÇÕES ENTRE O DIREITO PENAL E O DIREITO CONSTITUCIONAL

4.1 Introdução	99
4.2 Antecedentes históricos	101
4.3 O devido processo legal e o Direito Penal	106
4.4 As declarações modernas	109
4.5 As múltiplas relações entre o Direito Penal e o Direito Constitucional	112
4.5.1 <i>A constituição como fonte</i>	114
4.5.2 <i>A constituição como redutor</i>	115
4.5.3 <i>A constituição como filtro</i>	116
4.5.4 <i>A constituição como fator de evolução</i>	117
4.5.5 <i>A correlação entre a reforma constitucional e a reforma penal</i>	118
4.6 Natureza das normas constitucionais em matéria penal	121
4.6.1 <i>Classificação proposta por Nuvolone</i>	122
4.6.2 <i>Classificação das normas constitucionais quanto à consequência</i>	122
4.6.3 <i>Classificação proposta por Palazzo</i>	124

4.6.4 <i>Classificação segundo a divisão tricotômica de José Afonso da Silva</i>	125
4.6.5 <i>Classificação segundo o conteúdo</i>	127
4.6.6 <i>Classificação segundo o destinatário</i>	129

5. RELAÇÕES ENTRE O DIREITO PENAL E A POLÍTICA

5.1 Introdução	130
5.2 Direito Penal e ideologia	132
5.3 Direito Penal e política	138
5.4 Direito Penal e política criminal	142
5.5 Limitações das influências políticas no Direito Penal	146
5.6 Direito Penal e orientações políticas	148
5.6.1 <i>O Direito Penal e o liberalismo</i>	149
5.6.2 <i>O Direito Penal na órbita jurídica da common law</i> ...	151
5.6.3 <i>O Direito Penal e o socialismo</i>	154
5.6.4 <i>O totalitarismo penal</i>	155
5.6.5 <i>O Direito Penal e a democracia</i>	156
5.6.6 <i>Estado de Direito, Estado Social e Direito Penal</i>	161

6. PRINCÍPIOS DEFINIDORES DA FORMA DE ESTADO E O DIREITO PENAL

6.1 Introdução	163
6.2 Sentido material de forma de Estado	165
6.3 Princípios definidores da forma de Estado e sua relação com o Direito Penal	167
6.3.1 <i>Princípio da soberania</i>	168
6.3.2 <i>Princípio da dignidade da pessoa humana</i>	183
6.3.3 <i>Princípio do pluralismo político</i>	197
6.3.4 <i>Princípios construtivos do modelo social</i>	198

7. PRINCÍPIOS DEFINIDORES DA ESTRUTURA DO ESTADO

7.1 Noção de estrutura do Estado	201
7.2 Princípio federativo	202

8. PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO REGIME POLÍTICO

8.1 Noção de regime político	205
8.2 Princípios democráticos	206
8.2.1 <i>O papel dos poderes no Estado democrático</i>	208
8.2.2 <i>Princípio da maioria</i>	211
8.2.3 <i>Princípio da liberdade</i>	214
8.2.4 <i>Princípio da igualdade</i>	215
8.2.5 <i>Princípio da publicidade</i>	217
8.2.6 <i>Princípios atinentes ao processo legislativo</i>	218

9. PRINCÍPIOS CARACTERIZADORES DA FORMA DE GOVERNO

9.1 Noção de forma de governo	221
9.2 Monarquia, República e Direito Penal	222
9.3 Princípio da separação de poderes	223

BIBLIOGRAFIA	227
---------------------------	-----

INTRODUÇÃO

São inúmeros os estudos que buscam a sistematização do relacionamento existente entre o Direito Constitucional e os outros ramos da dogmática jurídica produzidos na atualidade. Renomados doutrinadores têm se debruçado sobre o tema não restando hoje quase nenhum que, ao elaborar de um simples comentário a uma robusta tese de grau acadêmico, abstenha-se de pelo menos uma nota introdutória a respeito das relações do Direito Constitucional com a matéria versada no estudo.

Tal peculiaridade, ao nosso ver, transcende em muito o caráter da mera hierarquização das normas jurídicas ditada pela teoria constitucional, ao contrário, o desenvolvimento das idéias correlativas entre o Direito Constitucional e os demais ramos do Direito tem servido de supedâneo à própria reelaboração do Direito Constitucional em reflexivas influências manifestadas e que se observam, principalmente entre nós, dada à velocidade das transformações legislativas.

Nossas Constituições, a um tempo, têm existências cada vez mais curtas (são oito em menos de cento e setenta anos, e quase uma centena e meia de emendas nesse período) enquanto que, por outro lado, a necessidade de reforma da legislação ordinária faz com que ora siga imediatamente os parâmetros fixados pela vigência de Constituição anteriormente promulgada, ora, ao contrário, seja fonte de influência ou recomendação à Constituição porvindoura.

Daí porque falar-se em múltiplas e reflexivas influências *da* e *na* Constituição, *na* e *pela* legislação ordinária. Conquanto no campo da pura teoria constitucional isso possa parecer algo

esdrúxulo, quase assumindo a forma de autêntico escândalo, sob a ótica da realidade e do pragmatismo legislativo, ao menos brasileiro, tal conclusão não pode ser infirmada, principalmente entre nós que vivemos à margem da elaboração exclusivamente científica de textos legais.

Dentre os estudos correlativos entre o Direito Constitucional e os outros ramos do Direito, talvez o que se encontre mais avançado entre nós esteja a análise do Direito Processual sob os princípios constitucionais, sobretudo no que podemos admitir seja a *Nova Escola Paulista de Direito Processual*,¹ onde tem sido fértil a produção doutrinária acerca do tema, principalmente no que se refere ao Direito Processual Civil, onde são inúmeras as obras e artigos publicados sistematizando com vigor as relações vivificadas entre um e outro ramo da ciência jurídica.

Mesmo do campo do Direito Processual Penal as incursões realizadas obtiveram enorme sucesso de forma a produzir pelo menos dois efeitos significativos. O primeiro, a liberalização da jurisprudência que tem se tornado mais sensível no respeito às garantias individuais previstas na Constituição. Cabe aqui destacar o contributo inestimável de Ada Pellegrini Grinover em seu *O Processo Constitucional em Marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*.² Em sua explicação necessária, aduziu a autora que “o Estado de Direito deve combater o delito seguindo regras morais escrupulosas, sob pena de igualar-se aos delinquentes e de perder toda a autoridade e credibilidade. E as garantias que a Constituição assegura ao acusado não são simplesmente postas como tutela de seus direitos individuais, mas são, antes de mais nada, garantias do *justo processo*, assegurado o interesse geral à regularidade do procedimento e à justiça das decisões”.³

O segundo, constituiu notável influência ética e científica sobre os legisladores constitucionais de 1988, o que se demonstra pela

1. Formada por nomes como os de Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra, dentre outros.

2. Max Limonad, São Paulo, 1985.

3. Op. cit., p. 1.

adoção de rol de direitos e garantias individuais em matéria processual penal no texto constitucional muito mais claro e extenso, além de confirmar seguidas recomendações dos Tribunais.

Lamentamos que a mesma atenção distribuída ao estudo dos princípios constitucionais em matéria processual não tenham atingido, ainda, a seara do direito material. Diversos autores têm legado vasta contribuição ao desenvolvimento da teoria constitucional do processo, sem que outros tenham se ocupado de preencher a lacuna deixada quanto ao posicionamento do direito material também sob a ótica do texto fundamental.

Temos percebido, inobstante o brilho daqueles tratadistas e mesmo daquél'outros que esporadicamente têm alinhavado algumas considerações acerca dos princípios constitucionais do Direito Penal, que este tema tem remanescido sem clara sistematização e enaltecimento de sua importância. Talvez porque, infelizmente vivamos uma época onde as discussões formais têm merecido sempre maior atenção do que as discussões materiais.

Essa nota não se limita ao ramo jurídico⁴ e pode ser facilmente identificada em várias outras ramificações do conhecimento, principalmente no que diz respeito às ciências humanas. Não negamos a importância do *processo*, ao contrário, insistimos na suma importância que deve assumir a sua discussão dentro dos limites do Direito — onde se o estuda e onde se o prática — tão-somente insistimos na afirmação de que ele é subjacente às questões materiais e que estas revelam o verdadeiro fulcro inicial de qualquer estudo jurídico.

Chegamos mesmo à idéia de que o *due process of law* não era, desde o início, uma garantia meramente processual ou procedimental, atingindo mesmo as querelas iniciais do próprio Direito Penal,

4. Para confirmação prática da inquietante assertiva, basta examinar qualquer repertório de jurisprudência para estarrecedora conclusão de que os Tribunais há muito deixaram de apreciar o direito material para se desdobrarem em intermináveis discussões sobre aspectos meramente formais. Recente levantamento em acórdãos do Supremo Tribunal Federal indica que cerca de 80% (oitenta por cento) dos feitos levados à última instância discutiam exclusivamente matéria processual.

consistindo, assim, na primeira experiência de sistematização dos *princípios constitucionais do Direito Penal*.⁵

Raros os trabalhos monográficos encontrados aqui e alhures sobre a causa. Entre os autores que dedicaram sua atenção ao tema de forma mais extensa destacam-se Francesco Pallazzo, da Universidade de Florença em seus *Valores Constitucionais e Direito Penal*, brilhantemente traduzido por Gerson Pereira dos Santos.⁶ Naquela obra, o autor busca o descobrimento das relações existentes entre o Direito Penal e a Constituição, transita pelos princípios de Direito Penal Constitucional e dedica a maior parte de seu trabalho ao estudo das influências da Constituição sobre o Direito Penal.

Merecem também citações as *Garantias Constitucionales en Materia Penal* de Eduardo Herrera y Lasso⁷ em que pese apresentarmos de forma englobada os princípios constitucionais do Direito Penal e do Processo Penal.

Por fim, há *Libertades Civicas y Derecho Penal*, de Luis Rodrigues Ramos, da Universidade de Madrid que se ocupa inclusive da análise

5. Acreditamos mesmo na distinção que deve ser feita entre os efeitos da cláusula do *due process of law* na esfera do Direito e do Processo Civil e aquela que comporta o Direito e o Processo Penal. São diversas as distinções que podem ser feitas entre um ramo e outro do Direito, mas talvez a principal delas diga respeito justamente a um dos principais temas deste trabalho, o princípio da estrita legalidade em matéria penal. Enquanto para o Direito Civil tem plena vigência a noção de que nenhuma lesão de direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, o que de resto é garantia constitucional aqui e em vários outros Estados, em matéria penal, uma eventual lesão de direito à qual não corresponda anterior e expressa previsão legal de que a conduta constitui crime e enseja pena, também anterior e expressamente prevista, a garantida intangibilidade da apreciação pelo Poder Judiciário queda em nome segurança jurídica e social. O *due process of law* em matéria civil representa o direito de acesso ao Judiciário por qualquer das partes e em condições, por vezes, marcada pelo ineditismo. No campo penal representa garantia do acusado impondo limites à persecução do Estado. A primeira manifestação do *due process of law* em matéria penal reside na proibição de que se persiga alguém através de processo ou mesmo de atos de investigação sem que, pelo menos exista lei penal circunstanciada sobre a conduta, seja anterior a esta e estatua sanção.

6. Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1989.

7. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1979.

de vários tipos penais do Código Penal espanhol em face da Constituição daquele Estado.⁸

Entre nós, apenas como citação histórica, resiste a tese com a qual o Professor Noé Azevedo inscreveu-se no concurso à cátedra de Direito Penal, em 1936, junto à Universidade São Paulo. O mencionado trabalho intitula-se *As Garantias da Liberdade em Face das Novas Tendências Penaes*.⁹

Posteriormente à vigência da atual Constituição Federal alguns novos trabalhos vieram conferir uma nova tonalidade ao debate nacional sobre essas relações. Assim, podemos destacar, unicamente segundo o critério cronológico de edição, dentre outras, as obras de Cernichiaro e Costa Jr., Luisi, Garcez Ramos e Márcia Dometila.

O *Direito Penal na Constituição*,¹⁰ de Luiz Vicente Cernichiaro e Paulo José da Costa Jr. apresenta destacadamente os principais princípios expressos na Constituição Federal e que repercutem sobre o sistema penal. Falam, assim, sobre o princípio da legalidade, da irretroatividade, da responsabilidade pessoal, da presunção de inocência e da individualização da pena, dentre outros institutos, inclusive aqueles de nova orientação criminalizadora.

Luis Luisi em *Princípios Constitucionais do Direito Penal*¹¹ faz referência aos princípios da legalidade, da intervenção mínima, da humanidade e da pessoalidade e individualização da pena, além de apontar também para as novas orientações constitucionais criminalizadoras.

João Gualberto Garcez Ramos dedica seu estudo precisamente à *Inconstitucionalidade do "Direito Penal do Terror"*¹² expressão cunhada por René Ariel Dotti.

A obra mais densa e completa sobre o assunto, contudo, somente veio a lume em 1992 pelas mãos de Márcia Dometila Lima de Carvalho em seu *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*,¹³ onde analisa os princípios da legalidade, da responsabilidade e da

8. Editorial Tecnos, Madrid, 1979.

9. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1936.

10. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990.

11. Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991.

12. Juruá, Curitiba, 1991.

13. Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992.

culpabilidade, além de oferecer um amplo painel sobre os bens jurídicos e sua relação com a Constituição; os valores constitucionais e sua influência sobre o Direito Penal atual; o processo penal em relação aos valores constitucionais e temas da parte especial.

Conquanto sejam todas obras importantes à compreensão do tema, cabe referir que nenhuma delas aprofunda-se no estudo da autêntica fundamentação constitucional do Direito Penal, buscando extrair limites internos à Constituição para a construção de um determinado modelo de Direito Penal. Estuda-se o Direito Penal que decorre da Constituição. Confirma-se-o ou não, mas poucas vezes se busca justificar as bases estatais e populares (e por isso constitucionais) de eleição dos valores e estruturas penais.

Os liames que podem ser estabelecidos entre o Direito Penal e a Constituição, ao nosso ver, permitem o estudo do tema sob três grandes óticas: a dos princípios constitucionais do Direito Penal; o da correlação estabelecida entre princípios específicos e institutos próprios do Direito Constitucional e a operacionalização do Direito Penal; finalmente, poder-se-ia estudar a teoria dos delitos constitucionais ou a sistematização do que se poderia chamar de *Direito Penal Constitucional*.

No primeiro desses sistemas seria objeto o estudo dos princípios gerais informativos da elaboração penal (princípio da legalidade em todas as suas projeções atuais, da anterioridade, da irretroatividade e outros). Além desses, os princípios gerais atinentes ao sistema de penas (princípios da individualização, da finalidade, da limitação, sobre a execução e outros). Trata-se de visão que se projeta da Constituição para o Direito Penal.

Na segunda visão, a preocupação desloca-se para o estudo sistemático das correlações que se estabelecem entre as permissões e as proibições constitucionais genéricas, sobretudo nas declarações de direitos individuais e a elaboração casualística do Direito Penal. Trata-se de visão reflexa, quase comparativa, que é feita entre a Constituição e a legislação penal propriamente dita. Dedicar-se-ia atenção ao estudo dos princípios constitucionais relativos ao Direito Penal Internacional, dos princípios eletivos da gravidade penal, de institutos como o da anistia, graça ou indulto e a extradição enquanto relacionada à prática de delitos, tendo esta natureza de sanção.

Por fim, no terceiro sistema, estudar-se-ia dentro da Constituição o desenvolvimento de aspectos que seriam típicos da parte especial do Direito Penal, como por exemplo os chamados crimes de responsabilidade do Presidente da República e dos Ministros de Estado, que apesar de receberem o *nomen juris* de crimes, por vezes prescindem de elementares destes. Esta seria a visão que se projeta do Direito Penal para a Constituição, percorrendo o caminho inverso do primeiro sistema.

Em que pese essa classificação quanto às possibilidades de estudo das relações entre o Direito Penal e o sistema Constitucional, de certo modo já disseminada e aceita no ambiente doutrinário, ousamos enfocar o tema sob ótica diversa, buscando o estabelecimento de novos paradigmas entre a Constituição e o Direito Penal, de modo a sequer enfrentar a totalidade dessas relações numa única obra.

O objeto escolhido para este trabalho é o estudo primordial dos princípios e da estrutura constitucionais conformadores de um determinado modelo de Direito Penal. Estudamos as relações que se estabelecem entre a noções de sistemas constitucional e penal, mas sob o ângulo meramente das regras gerais para identificação e orientação da disciplina positiva na própria Constituição de outra série de princípios.

Cinge-se o presente estudo à identificação dos princípios gerais do Estado, dispostos na Constituição, e que possam servir como suporte de desenvolvimento da construção de um modelo abstrato de Direito Penal, sem se importar precisamente com o conteúdo de suas normas, mas com a descrição de seu sistema operativo, o que em nada lhe resume a importância.

Para fornecer consistência científica ao desenvolvimento vale-mo-nos da classificação de Canotilho¹⁴ explorando as possibilidades de justificação das opções penais do Estado — sempre se imaginando, ao final, que o modelo é desenvolvido dentro de um Estado democrático de direito material — através dos chamados princípios jurídicos fundamentais e dos princípios políticos constitucionalmente conformadores.

14. *Direito constitucional*, Coimbra, Almedina, 1989.

Os princípios jurídicos fundamentais são aqueles historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional.

Os princípios políticos constitucionalmente conformadores são aqueles que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Nestes se condensam as opções políticas nucleares e se reflete a ideologia inspiradora da Constituição. Expressando as concepções políticas triunfantes ou dominantes numa assembléia constituinte, os princípios político-constitucionais são o cerne político de uma Constituição política.

Para desenvolver adequadamente a pretensão ousamos subdividir a pesquisa em diversos tópicos. Inicialmente, por enquadrar o foco principal das conclusões no fato de ser a Constituição o documento fundamental inspirador do sistema penal estatal e por ser este consequência do viés político concretizado no processo de decisão política adotado pelo Estado, tentamos realizar a caracterização da Constituição como estatuto político do Estado.

Em seguida, por se tratar sempre de abordagem principiológica do Direito Penal iniciada pelo documento constitucional, fez-se imperioso apresentar a justificativa da tipologia de princípios da Constituição para extrair os mais importantes ao incremento de um determinado modelo de atuação estatal no campo repressivo. Aproveitamos para tentar expungir algumas confusões terminológicas que amiúde atormentam aqueles que se aproximam do tema. Sabemos não tê-lo conseguido por completo, mas o estudo daquilo que chamamos de categorias constitucionais não se encerra neste trabalho. Por refugir ao objeto, comprometemo-nos a abordá-lo minudentemente em outra oportunidade.

Não bastando o exame abstrato da Constituição como sistema político, e para o ingresso no âmago das conclusões que já tínhamos em mente, mostrou-se útil o detalhamento das relações localizadas entre o Direito Penal e o Direito Constitucional.

Sendo o Direito Penal produto da decisão política do Estado fez-se também imprescindível analisar as relações entre eles, já a caminho da verificação dos diversos modelos de sistema penal conforme a orientação política estatal.

CONSTITUIÇÃO COMO ESTATUTO JURÍDICO E POLÍTICO DO ESTADO E O SISTEMA CONFORMADOR DO DIREITO PENAL

1.1 A Constituição como estatuto jurídico e político do Estado — 1.2 Direito Penal e sistema penal — 1.3 O Iluminismo como movimento inspirador do Direito Penal contemporâneo — 1.4 Considerações fundamentais sobre o constitucionalismo — a base da positividade jurídica e a publicização da reação penal — 1.5 A Constituição em sentido material e construção racional do modelo penal.

1.1 A Constituição como estatuto jurídico e político do Estado

As constituições escritas são uma criação da época moderna, decorrente do ideário Iluminista e gerada a partir do desenvolvimento de suas teorias acerca do processo racionalizador de controle do Estado. No entanto, todas as sociedades politicamente organizadas — desde a antiguidade — quaisquer que sejam suas estruturas sociais, possuem certas formas de ordenação susceptíveis de serem designadas por Constituição.

Nesse sentido é fácil extrair um conceito histórico-universal de Constituição, confirmado por Lassale ao expressar em seu clássico opúsculo que “todos os países possuem, possuíram sempre, em todos os momentos de sua história, uma Constituição real e efetiva”.

Há uma clara plurissignificatividade do conceito de Constituição,¹ não sendo difícil compreendê-la como fonte de direito, como modelo de existência de uma comunidade, organização jurídica do povo ou como lei fundamental. São formas clássicas de apresentação do significado de Constituição e sua importância para a vida jurídica e política de um povo e de um Estado.

Pela maior aproximação à origem do conceito moderno de Constituição e suas diretas influências na formação do sistema punitivo — objeto último das análises que pretendemos realizar — parece mais adequada a formulação proposta inicialmente por Rogério Soares² e encampada por Canotilho,³ na linha de se entender a Constituição como ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito.

Uma primeira polémica poderia ser instaurada desde pronto face à caracterização ofertada por Canotilho ao enquadramento da Constituição como *estatuto jurídico do político*, aparentemente contraposta à nossa de *estatuto jurídico e político do Estado*. Convém, desde logo, tornar claro que o sentido moderno de Constituição e de Estado não mais tolera a classificação da ciência política como ciência de fatos, e tampouco como ciência meramente normativa. A realidade política subjacente a um modelo constitucional não pode ser dele isolada ou descontextualizada para análise ou interpretação.

A descrição da realidade política, como afirma Zippelius,⁴ não se divorcia do estabelecimento de padrões ordenadores da vida social e política, isto é, de medida de valor segundo as quais a realidade deve ser valorada e criticada. O político transporta sempre duas componentes: uma componente fática e uma componente normativa.

1. Na análise de *Constituição em sentido material* podem ser localizadas outras idéias acerca da plurissignificatividade do conceito de Constituição, em especial as idéias de Carl Schmitt.

2. *Constituição*, in *Dicionário jurídico da administração pública*, Coimbra, Almedina, 1971, p. 77.

3. *Direito constitucional*, 6.^a ed., Coimbra, Almedina, 1995, p. 61.

4. *Teoria geral do estado*, 2.^a ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 10.

Desse modo os fatores ou valores políticos não encontram mais oportunidades para expressarem-se desassistidos das estruturas jurídicas — sobretudo as positivas — no ambiente social dentro em um regime de Estado de Direito. Há uma conformação das necessidades políticas às possibilidades jurídicas, revelando ser a Constituição o paradigma de adequação das realidades políticas.

Independentemente da aceitabilidade das duas componentes propostas por Zippelius, na constituição da realidade política, a dimensão da juridicidade ganha relevo ao verificar-se que muitas das ações políticas são disciplinadas por regras preceptivas ou normativas postas e/ou impostas segundo procedimentos adequados (regras jurídicas). É o que acontece com o Direito Constitucional, considerado como *direito para o político*, pois, através de regras preceptivas escritas, este direito estabelece um verdadeiro *estatuto jurídico do político*.⁵

Esta descrição modelar da Constituição como o *estatuto jurídico do político* pode ser revelada, segundo Canotilho,⁶ em quatro situações básicas: (1) ao definir os princípios políticos constitucionalmente estruturantes, como, por exemplo, o princípio democrático, o princípio republicano, o princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania, o princípio pluralista; (2) ao prescrever a forma e estrutura do Estado (unitário, federal, regional) e a forma de estrutura de governo (regime parlamentas, regime presidencialista, regime misto); (3) ao estabelecer as competências e as atribuições constitucionais dos órgãos de direção política; (4) ao determinar os princípios, formas e processos fundamentais da formação da vontade política e das subsequentes tomadas de decisões por parte dos órgãos político-constitucionais.

Na exata dimensão dessas relações travadas entre o jurídico e o político centra-se nossa interferência com a observação das relações geradas sobre o sistema penal e mais restritamente sobre o Direito Penal.

5. Canotilho, *op. cit.*, p. 35.

6. Id. *ibid.*

1.2 Direito Penal e sistema penal

Cabe distinguir entre *Direito Penal* e *sistema penal*. Provisoriamente, podemos dizer que o Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas que prevêm os crimes e lhes cominam sanções, bem como disciplinam a incidência e validade de tais normas, a estrutura geral do crime, e a aplicação e execução das sanções cominadas.

Há outros conjuntos de normas que estão funcionalmente ligados ao Direito Penal. Assim, o Direito Processual Penal,⁷ a organização penitenciária, a lei de execução penal, os regulamentos penitenciários, etc. Criadas por esses conjuntos, ou a eles subordinadas, existem instituições em torno da realização do Direito Penal.

A atividade preventiva da criminalidade é realizada pelas polícias militares, encarregadas do policiamento ostensivo e da preservação da ordem pública.⁸ O exercício da polícia judiciária e a apuração das infrações penais é atribuição adequada ao perfil da polícia civil,⁹ igualmente órgão integrante da estrutura constitucional da segurança pública. Aqui se desenvolve o início da persecução penal propriamente dita pelo inquérito policial ou pelo auto de prisão em flagrante. Um e outro têm por vertedouro obrigatório o Poder Judiciário, a quem incumbe o controle da legalidade de todas as detenções.¹⁰ Intervém, obrigatoriamente, como titular exclusivo na maior parte dos casos e como *custos legis* nesses e nos demais, o Ministério Público.¹¹ Denunciado, nos termos da legislação processual penal, com observância de todas as garantias necessárias,¹² se condenado o réu¹³ ao

7. Para Frederico Marques, este pode ser entendido como o conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal, bem como as atividades persecutórias da polícia judiciária, e a estruturação dos órgãos de função jurisdicional e respectivos auxiliares. (*Elementos de direito processual penal*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1961, p. 20).

8. CF, art. 144, § 5.º

9. CF, art. 144, § 4.º

10. CF, art. 5.º, LXI a LXVI.

11. CF, art. 129, I.

12. CF, art. 5.º, LIII a LVII.

13. CF, art. 5.º, XLV a XLVII.

cumprimento de pena privativa de liberdade que deva cumprir, será ele encaminhado à autoridade penitenciária competente para a execução da pena, observadas as condições legais.¹⁴

Nessa sucessiva intervenção do aparelho estatal vê-se quatro¹⁵ nítidos estágios a que se submete o indivíduo ante a possibilidade da aplicação de alguma norma do direito punitivo: a instituição policial, a instituição judiciária, o Ministério Público e a instituição penitenciária. A esse grupo de instituições que, segundo regras jurídicas pertinentes, se incumbe de realizar concretamente o Direito Penal, chamamos *sistema penal*.

Zaffaroni entende por sistema penal o controle social punitivo institucionalizado,¹⁶ concernente a procedimentos estabelecidos, ainda que não sejam estritamente legais. Isso lhe permite incluir no conceito de sistema penal casos de ilegalidade estabelecidas como práticas rotineiras, mais ou menos conhecidas ou toleradas, por ele referidas como *penas sin proceso*,¹⁷ ou mesmo *ejecuciones sin proceso*.¹⁸

Entre nós, observa Juarez Cirino dos Santos que o sistema penal é constituído pelos aparelhos judicial, policial e prisional, e operacionalizado nos limites das matrizes legais.¹⁹

Do ponto de vista da delimitação do objeto de nosso estudo, Direito Penal será considerado o conjunto normativo que estabelece o processo definidor das condutas típicas e ilícitas, correlacionando-as à culpabilidade do autor do fato, para extração das conseqüências penais legalizadas. Por sistema penal, em contrapartida, um pouco afastado das concepções sociológicas, entendemos o arsenal de

14. CF, art. 5.º, XLVIII a L.

15. Nilo Batista, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Rio de Janeiro, Revan, 1990, p. 25, fala na identificação de apenas três estágios, omitindo a intervenção do Ministério Público.

16. *Sistemas penales y derechos humanos en América latina*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 7.

17. *Id.*, p. 8.

18. *Manual de derecho penal*, 5.ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1986, p. 32.

19. *Direito penal — A nova parte geral*, Rio de Janeiro, Forense, 1985, p. 26.

instituições estatais, legalmente definidas, que encerram dentre suas atividades típicas, qualquer uma relacionada com a produção de normas de cunho punitivo,²⁰ realização da segurança pública ostensiva; início, controle, intervenção ou garantia da persecução penal ou da execução das penas criminais de qualquer natureza.

1.3 O Iluminismo como movimento inspirador do Direito Penal contemporâneo

O Direito Penal, como parte da ordem jurídica, guarda relação com todas as disciplinas jurídicas, mas antes que com qualquer outra, vincula-se a ciência do Direito Constitucional, que abarca os princípios fundamentais do Estado e do Direito e, especialmente, do estatuto político do Estado, que é a primeira manifestação legal da política penal.²¹

O Direito Penal ocupa uma posição de segundo nível no ordenamento jurídico, igual ao civil, ao administrativo etc. Por sobre eles está o Direito Constitucional, que estabelece as condições sob as quais o Estado deve exercer o poder sancionador.²² Estas limitações são de duas classes: formais, é dizer, referentes aos aspectos exteriores, e materiais, relativas ao seu conteúdo.²³

20. A expressão aqui é empregada para distingui-las das normas meramente penais, incluindo as relativas à persecução, assistência judiciária, ajuda ao egresso etc., como meio de alargar, dentro do espectro da legalidade, o círculo envolvente das noções de sistema penal.

21. Veja-se a respeito as idéias de Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal, Parte general*, T. I, Buenos Aires, Ediar, 1987, pp. 183 e ss.

22. Sobre o poder sancionador do Estado, além dos estudos publicados *In El poder penal del Estado*, Biblioteca de Ciencias Penales, homenaje a Hilde Kaufmann, Buenos Aires, Depalma, 1985, dirigida e compilada por Roberto Begali e Juan Bustos, merece destaque a obra de German J. Bidart Campos, *El poder*, Buenos Aires, Ediar, 1985, escrito na forma de um dicionário do poder e suas relações multifacetadas com diversos objetos da cultura, do Estado e do Direito.

23. De posse desse conceito Enrique Bacigalupo, *Principios de derecho penal, Parte general*, Madrid, Akal, 1994, pp. 29-43, funda seu estudo sobre a legitimidade constitucional do Direito Penal. Também aqui intervém Fabrizio

Há uma inequívoca vinculação do pensamento penal com o pensamento político que se evidencia por uma conexão por vezes mais íntima do que supomos.²⁴⁻²⁵

Essas relações, contudo, não são antigas assim se buscarmos menos o sentido de princípio positivo-garantidor²⁶ da Constituição em relação ao Direito Penal e mais o da conformação política do Estado.²⁷

Historicamente o Direito Penal, considerado como forma jurídica do poder punitivo do Estado, tem sido visto com razão, sobretudo desde o movimento iluminista e o pensamento emancipador frente ao Antigo Regime, como um puro poder material, repressivo, expansivo e insaciável, frente ao qual a tarefa política e jurídica mais nobre era impor rigorosos limites a ele, é dizer, construir e desenvolver princípios ou postulados capazes de limitar o quê e como castigar, para garantir assim os direitos individuais.²⁸

Ramacci, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, G. Ciappichelli Editorore, 1992, pp. 7-63.

24. Em *El poder penal del Estado*, *op. cit.*, há diversos estudos, aqui citados esparsamente, que demonstram a conexidade do tema. Destacamos os textos de Marino Barbero Santos, "Pena capital y Estado democrático" (pp. 101-122); Juan Bustos, "Política criminal y dogmática" (pp. 123-134); Hernán Hormazábal Malarée, "Política penal en el Estado democrático" (pp. 155-172); Eduardo Novoa Monreal, "Algunas reflexiones sobre el derecho de castigar del Estado" (pp. 185/204).

25. No capítulo relativo ao estudo das relações que se travam entre o Direito Penal e o Direito Constitucional veremos que esses laços são demasiadamente antigos, remontando mesmo à origem do próprio movimento constitucionalista identificável a partir da *Magna Charta*, em 1215.

26. Veja, a propósito, o capítulo seguinte, "*Categoria Constitucionais e Direito Penal*", item 2.3.

27. Designam-se por princípios politicamente conformadores os princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, segundo Joaquim José Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 1995, p. 172.

28. O desenvolvimento dessa idéia de forma mais completa encontra-se na recente obra de Gómez de la Torre, Ignacio Berdugo e Arroyo Zapatero, Luis, *Manual de derecho penal, Parte general, I, Instrumentos y principios básicos del derecho penal*, Barcelona, Práxis, 1994, pp. 41-69.

A legislação penal contemporânea corresponde à idéia legislativa que inspirou a codificação do Direito Penal posteriormente à Revolução Francesa de 1789. Concretamente se pode dizer que o Direito Penal Moderno está edificado sobre a herança do Iluminismo e se apresenta na atualidade como a condensação de diferentes correntes intelectuais de signos opostos que foram sendo superpostas ao largo de seu desenvolvimento.²⁹

Existe — e sempre tem sido assim — uma estreita relação entre a Constituição e o Direito Penal. O Direito Constitucional e o Direito Penal nasceram e evoluíram juntos. Com efeito, as idéias políticas do Iluminismo marcaram o ritmo das idéias penais e constitucionais ao empenharem-se na fixação dos limites do poder do Estado. Tal vinculação não é fruto do acaso nem de mero conjunturalismo, pois precisamente ao Direito Penal cabe a difícil e delicada tarefa de servir como o instrumento mais temível do poder político, qual seja, o recurso da pena criminal.³⁰

Peña Cabrera parece ter atingido um ponto sumamente importante na identificação do momento máximo da aproximação entre o Direito Penal e o Constitucional. As regras conformadoras do *status* político do Estado, com o desenvolvimento de sistemas mais eficientes de controle do poder político, capazes de marcar a ritualística da mudança de uma ordem permissivamente opressiva para outra de desenvolvimento de mecanismos mais rígidos de preservação de liberdades públicas, são criação do movimento Iluminista.

O termo Iluminismo indica um movimento de idéias que tem suas origens no século XVII (ou até talvez nos séculos anteriores, nomeadamente o século XV, segundo interpretação de alguns historiadores), mas que se desenvolveu especialmente no século XVIII, denominado por isso o “século das luzes”. Esse movimento visou estimular a luta da razão contra a autoridade, realizando a substituição da razão da autoridade pela autoridade da razão, a luta da luz contra a época das trevas. Daí o nome de Iluminismo,

29. Sobre o esquema histórico dos fundamentos das legislações penais modernas veja-se mais detalhadamente Bacigalupo, op. cit., pp. 53-60.

30. Peña Cabrera, Raúl, *Tratado de derecho penal, Parte general*, Lima, Grijley, 1994, p. 48.

tradução da palavra alemã *Aufklärung*, que significa aclaração, esclarecimento, iluminação.

O Iluminismo é, então, uma filosofia militante de crítica da tradição cultural e institucional; seu programa é a difusão do uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os aspectos, daí a afirmação de Antón Oneca,³¹ no sentido de ter sido a ideologia do Iluminismo a responsável, em toda Europa, pela transformação do Direito Penal contemporâneo, como único movimento crítico ao antigo regime.

Não se trata, contudo, de um movimento homogêneo; não é possível encontrar nele um sistema de idéias ou uma escola. Afirma Binetti³² que o Iluminismo “é, acima de tudo, uma mentalidade, um atitude cultural e espiritual, que não é somente de filósofos, mas de grande parte da sociedade da época, de modo particular da burguesia, dos intelectuais, da sociedade mundana e até de alguns reinantes.”

O Iluminismo é um movimento de originalidade teórica fraca; é principalmente eclético. A ciência, interpretada em sentido prático e utilitarista, é o núcleo através do qual gravita o pensamento. É a ciência que dá ao século XVIII a segurança e a confiança na razão. O sucesso das ciências experimentais³³ alimentou a idéia de que o mesmo método leva a um progresso concreto em todas as áreas da cultura e da vida. Por isso também o pensamento político tem fé na possibilidade da felicidade e do processo sob a guia da razão.

A razão, de fato, é o órgão tipicamente iluminista, que é contraposto à autoridade e aos preceitos. Este espírito crítico, que quer submeter todo o saber ao teste da razão, atinge todos os aspectos da atividade humana. Os resultados mais interessantes deste novo

31. *Derecho penal*, 2.^a ed., Madrid, Akal, 1986, p. 46.

32. Binetti, Saffo Testoni, Iluminismo, *In Dicionário de política*, Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, vol. 1, 5.^a ed., Brasília, Edunb, p. 608.

33. Esse experimentalismo pode ser verificado no desenvolvimento do Direito Penal pelo papel desempenhado pelos práticos na formulação das novas concepções sobre a pena e o crime, dentre eles, Beccaria (1738-1793) na Itália, Bentham (1748-1832) na Inglaterra, Lardizábal (1739-1820) na Espanha, além de Pellegrino Rossi, Juan Francisco Pacheco, dentre outros.

modo naturalístico de filosofar são as considerações de Montesquieu sobre o nexo existente entre as instituições políticas e as leis jurídicas.

A audácia de Montesquieu em empreender um estudo das leis positivas de todos os países e de todos os tempos foi considerável, pondera Michel Troper.³⁴ A filosofia tradicional enfatizava a grande diversidade das leis positivas segundo os povos que eram submetidos a ela. Essas leis eram, na verdade, colocadas por vontades humanas e pareciam arbitrárias e irracionais. Aliás, essa era uma das razões que levava ao estudo de um direito natural, estável e racional.

A verdadeira revolução de Montesquieu foi a de postular que há uma razão no direito positivo, de supor, como está escrito no Prefácio, que os homens “dentro dessa infinita diversidade de leis e costumes não eram unicamente conduzidos por suas fantasias”, em outras palavras, que se pode encontrar, nesse conjunto das regularidades, “princípios”, assim como o direito positivo e as sociedades humanas podem ser objetos de ciência, porque são submetidos à necessidade.

A novidade do objeto implicava uma revolução metodológica: a filosofia do direito racional, até Spinoza, raciocina sobre essências e procede por dedução. Ao contrário, como Newton para a natureza, Montesquieu parte não dos princípios, mas dos fatos e é partir dos fatos que procura descobrir os princípios que os explicam.

Montesquieu procurou demonstrar que ali onde se acreditava ver a fantasia e os caprichos dos homens, havia uma necessidade, e que as leis positivas derivavam, elas também, da natureza das coisas, e o governo como parte disso.

Também no campo da filosofia jurídica todos, embora com características diferentes, estão de acordo em pôr como fundamento do direito a natureza e se fala de direito natural ou lei natural, onde “natureza” significa, antes de tudo, aquilo que não é sobrenatural e, mais especificamente, a essência do homem, isto é, a razão.

Desta forma Iluminismo se prende à escola do direito natural e acredita poder construir um corpo de normas jurídicas universais e

34. In “Montesquieu”, análise de “*O espírito das leis*”, *Dicionário de obras políticas*, coordenação de François Châtelet, Olivier Duhamel e Evelyne Pisier, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1993, p. 843.

imutáveis, que, no momento, constituem o critério de juízo da legislação vigente, mas que num Estado iluminado se tornam, ao mesmo tempo, causa eficiente e final da própria legislação.³⁵

Para explicar os princípios do direito natural, recorre-se, como no século XVII, à natureza humana em si, isto é, abstraída das modificações resultantes da ação da civilização sobre o homem, supondo como hipótese, um *status naturae* anterior à sociedade civil e definindo os direitos que o homem já deve ter tido neste estado primitivo, isto é, os direitos que pertencem à sua dignidade de homem pelo simples fato de ser homem. Seja qual for o motivo pelo qual o homem passou à vida civil (quando o estado de natureza não seja considerado como simples hipótese ou termo de referência puramente racional, o que não altera as conclusões), a questão dos direitos naturais é importante para estabelecer os direitos inalienáveis do homem, isto é, os direitos que a sociedade civil é obrigada a considerar, como também para demonstrar o fundamento racional do Estado.

O Iluminismo dá formas diferentes à tentativa de racionalizar a condição do homem, isto é, torná-la mais feliz. O iluminista quer afirmar sua libertação da história, tornando-se dela não mais escravo mas dominador; quer afirmar sua libertação das coisas, das quais se livra, estendendo sobre elas, assim como sobre a história, o domínio decorrente do conhecimento das mesmas e da ciência, resultado desse conhecimento, pois elas são um elemento condicionante e inelutável em relação ao agir humano. Se, por uma parte, se subtraem as realidades humanas ao domínio transcendente, por outra afirma-se uma vontade de construir sobre elas um mundo livre e feliz e, para este fim, a razão inspira projetos de reformas sociais e econômicas, novas legislações e um sistema de educação coletiva, pela qual se espera uma efetiva renovação da vida e um crescimento geral de bem-estar.

A obra iluminista por excelência, a *Encyclopedie*, por um lado, se utiliza como meio da crítica universal aplicada a todos os campos do saber, por outro, se propõe, como fim, coletar e unificar, num sistema geral os conhecimentos para divulgá-los e transmiti-los com

35. Voltaire também percebeu a necessidade de serem edificados esses princípios ao esculpir em sua obra *Dicionário Filosófico* o verbete "Delitos Locais".

a convicção de que o estímulo à instrução determina também o crescimento da virtude da felicidade.

A adesão a estes conceitos assume características diferentes entre os iluministas, especialmente, entre os filósofos da primeira e da segunda geração. Para os mais velhos, a renovação social, implícita nas doutrinas iluministas, é antes de tudo uma consequência indireta, e a crítica às instituições é menos radical do que a dos mais jovens, embora, em geral, nenhum dos iluministas seja propriamente um revolucionário.

No primeiro período assiste-se a uma reflexão sobre as instituições, que é sobretudo uma racionalização das mesmas, isto é, uma volta a como elas deveriam ser ou à sua natureza. É o sentido, por exemplo, de grande parte da obra de Montesquieu, que não nega, absolutamente a bondade das instituições do *Ancien Régime*, mas explica a íntima racionalidade delas e focaliza a deontologia de seu funcionamento que consiste exatamente na garantia da liberdade; a volta a essa garantia se traduz no retorno ao respeito à Constituição.

Significação semelhante tem a teoria do contratualismo, que pretende ser, especialmente, um critério de legitimação do Estado. O motivo ocorrente na Constituição inglesa, baseado na idéia de distribuição dos poderes, mais do que uma proposta concreta, pretende ser uma descrição do modo com que um Estado monárquico pode garantir a liberdade ou uma exaltação da própria liberdade e da liberdade de expressão em primeiro lugar.

A insistência dos iluministas sobre a natureza e o espírito das leis e das Constituições deriva do temor do perigo sempre presente do despotismo e do culto genuíno da liberdade civil e política, que para eles tem o significado inequívoco de que a obrigação se acha expressa e, ao mesmo tempo, limitada na lei. Embora profundamente diversos em suas doutrinas, Montesquieu, Voltaire, Rousseau e Diderot acreditam firmemente em tal princípio.

Os temas ligados à reforma judiciária são objeto de atenta reflexão. Depois, a cultura italiana dedica particular atenção ao problema jurídico, ou seja, ao problema da codificação e da administração da justiça, partindo do pressuposto de que as leis racionais

podem e devem ser escritas e impostas como leis positivas e rigorosamente aplicadas pelos juizes.³⁶

É precisamente dentro desse quadro que se desenvolve as primeiras e mais fecundas idéias acerca do papel das Constituições no processo de consolidação dos Estados Modernos.

As luzes atiradas sobre o desenvolvimento racional das novas projeções do Estado, do governo e do poder refletiram-se também sobre uma nova mentalidade para o Direito Penal, elevando-o a um ramo cientificizado do Direito e retirando-lhe o perfil meramente instrumental de terror e manifestação da força da autoridade estatal, tão arbitrária quanto fortuita e ilegítima pelos seus excessos.

Esses reflexos manifestam-se, *prima facie*, na edificação de autênticos e concretos princípios reitores limitativos da intervenção estatal no campo da liberdade e da integridade física individual, sendo, por certo, sua criação mais festejada o princípio da legalidade. Mais tarde são abarcados os princípios da irretroatividade da leis e da retroatividade benéfica, depois o da culpabilidade, das limitações das penas e outros. Entendemos que essa evolução ainda não teve seu ciclo completado.

As codificações penais do século XIX seguiram basicamente o modelo do Código Penal francês de 1810, que marcava (simbolicamente) o momento da superação da tradição penal medieval.³⁷

Os suportes ideológicos do Direito Penal codificado desde princípios do século XIX constituem uma redefinição das relações entre os indivíduos e o Estado. Pode-se afirmar que a base do sistema

36. Precisamente neste ponto interfere o magistério de Gómez de la Torre e Arroyo Zapatero (op. cit.) ao estabelecerem que os princípios da legalidade, da responsabilidade pessoal ou da culpabilidade eram extraídos de ordens externas — as mesmas a que se refere Bacigalupo (cit.) — ao próprio Direito Penal, desde o chamado “direito natural”, em suas mais distintas versões, ou a “natureza objetiva das coisas”, ou desde programas diretamente políticos. Construíam-se, desse modo um catálogo de limites ao poder punitivo do Estado, de caráter externo, de vinculação mais política do que jurídica.

37. Na Espanha, conforme Bacigalupo (op. cit., p. 54) essa tradição penal medieval era representada pela *Novíssima Recopilación, los Fueros y las Partidas*.

legal está dada por quatro vetores fundamentais. Em primeiro lugar pelo princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Em segundo, ela fundamentação racional da pena, da qual se deduz a necessidade de proporcionalidade da mesma ao fato cometido. Em terceiro, a concepção do delito como algo diferente do pecado e, consequentemente, um tratamento diverso dos delitos contra a religião e contra a moral e os bons costumes. Por fim, a humanização das penas sob a preponderância da pena privativa de liberdade.³⁸

Por outro lado, surgiram princípios que, sem determinar o conteúdo material ou instrumental direto da intervenção estatal, estabeleceram regras de orientação ideológica, filosófica, política ou outras congêneres que determinaram uma particular maneira de ser e de se apresentar o Estado tanto na órbita interna quanto internacional. Foram esses princípios que poderíamos classificar, quanto à sua finalidade, de instituidores da ordem e do sistema geral do Estado. Insistimos na denominação de Canotilho, princípios políticos constitucionalmente conformadores.³⁹

1.4 Considerações fundamentais sobre o constitucionalismo — a base da positividade jurídica e a publicização da reação penal

A origem do *constitucionalismo* pode ser encontrada em Aristóteles, cuja obra *A política* já propunha a distinção entre leis constitucionais e leis outras, comuns ou ordinárias. Certamente, também, na origem ocupa lugar de relevo a experiência anglo-saxônica com diversos momentos de sua vida política em que foram editadas Cartas ou celebrados pactos impondo limitações ao poder real, tais como a *Carta Magna*, de 1215; a *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Act*, de 1679; o *Bill of Rights*, de 1689; além de diversas declarações norte-americanas precedentes à própria *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789.

38. Esse processo corresponde ao primeiro modelo de cientificização do Direito Penal e, em grande parte, é inspirado nas idéias de Beccaria, *Dei delitti e delle pene*.

39. *Direito constitucional*, op. cit. p. 121 e ss.

A idéia de Constituição ganhou força associada às concepções do Iluminismo, a ideologia revolucionária do século XVIII. Esta cosmovisão — fundada na premissa de reconhecimento do homem como indivíduo, ou seja, como ser individualizado, com vida e direitos próprios, que não se confunde com a coletividade, nem se funde nesta — é a fonte do liberalismo político e econômico que triunfa com as revoluções dos séculos XVIII e XIX.

Ao surgir, ligada que estava à doutrina liberal, a idéia de Constituição escrita tinha um caráter polêmico. Não designava qualquer organização fundamental, mas apenas a que desse ao Estado uma estrutura conforme aos princípios do liberalismo.⁴⁰

Esse conceito polêmico é que alimentava o movimento político e jurídico, chamado *constitucionalismo*.

Há um enfoque notadamente diverso e controvertido entre os conceitos de *constitucionalismo* quando utilizados pela ciência jurídica e pela ciência política. Nicola Matteucci,⁴¹ valendo-se de um acervo conceitual da ciência política, inspirando-se em lições de Wheare,⁴² Wortmuth,⁴³ dentre outros, expõe que *constitucionalismo* não é hoje termo neutro de uso meramente descritivo, dado que engloba em seu significado o valor que antes estava implícito nas palavras Constituição e constitucional. *Constitucionalismo* é a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar. Essas técnicas são organizadas segundo dois pressupostos básicos: o da separação de poderes e o da racionalidade do direito.

Nessa concepção há um nítido valor de fundo na identificação do *constitucionalismo*, que o enquadra como pressuposto das formulações teórico — constitucionais e não como processo de construção do estatuto fundamental do Estado. De qualquer forma, o conceito de Matteucci, resulta na identificação material do constitucionalismo

40. Ferreira Filho, Manuel Gonçalves, *Curso de direito constitucional*, 18.^a ed., São Paulo, Saraiva, 1990, p. 6.

41. *Organizzazione del potere e libertà — Storia del costituzionalismo moderno*. Torino, UTET, 1976.

42. *Modern constitutions*. London, Oxford University Press, 1951.

43. *The origins of modern constitutionalism*, New York, Harper, 1949.

— a previsão de um sistema político onde a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos exige a separação dos poderes e a construção de um sistema legal que complete o sentido da racionalidade jurídica exigida pelas idéias iluministas.

De se ver, ademais disso, que essa formulação não se distancia da conclusão básica do art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, onde encontra-se lapidada a expressão indicativa de “toda sociedade, em que não for assegurada a garantia dos direitos e determinada a separação de poderes, não tem Constituição.” O tom, aparentemente radical da Declaração, deixa exposto um determinado conteúdo material da Constituição de molde a aproximar, numa vertente mínima, os conceitos de finalismo constitucional e racionalidade constitucionalista.

Implica reconhecer que *constitucionalismo*, conquanto possa representar a versão menos conservadora de Matteucci, é também processo e assim deve ser vista a análise de Verdú ao dispor sobre o constitucionalismo como movimento jurídico-político que precede, acompanha e justifica as revoluções burguesas surgidas contra o absolutismo do Antigo Regime, estabelece as instituições liberais e desemboca na perspectiva democrática.

Assim, o constitucionalismo moderno é fundamentalmente expressão de um movimento tendente à produção de um documento escrito, que corporifique em documentos ou instrumentos constitucionais sistematizados e articulados, contendo garantias direitos e liberdades fundamentais mediante a limitação do poder estatal através da técnica da separação de poderes, a criação de parlamentos representativos da classe burguesa e a garantia da igualdade formal diante da lei e o direito de propriedade privada.⁴⁴

O *constitucionalismo*, quer seja entendido como processo ou movimento, quer como determinação de observância material de temário jurídico-político pelas Cartas Políticas modernas, deixou como resultado a indispensabilidade da Constituição no Estado contemporâneo e uma liberdade relativa de criação do sistema e estrutura de governo e poder, em função de uma determinada rigidez de conteúdo, demarcada historicamente, a ser observado pelas Constituições.

44. *Curso de derecho politico*, 2.^a ed., vol. I, Madrid, Tecnos, 402.

Aproximando as idéias expostas do tema reivindicado para o debate, necessário concluir que as três colunas de sustentação do conceito de *constitucionalismo* geram forças de conformação de um determinado modelo de sistema penal para o Estado sustentado.

A separação de poderes, base modelar das formas de exercício da autoridade estatal, reserva típica do esquema político praticado no Estado, representa a individualização do Estado na órbita internacional, posto que não existem duas Constituições que estabeleçam a mesma disciplina para a separação de poderes.⁴⁵

A declaração dos direitos fundamentais do indivíduo é outro ponto de características reveladoras da individualidade do sistema penal em cada Estado, posto que as declarações são igualmente cambiantes em sua amplitude.

A única nota mais generalizante das estruturas fundamentais do *constitucionalismo* decorre da racionalidade do direito que se opera através do recurso à exigibilidade da lei e que tem, no sistema penal, como vertente o princípio da legalidade que opera através da positividade jurídica e sua consequência mais imediata, a superação da autonomia privada para o exercício da função punitiva, resguardando ao Estado a publicização da reação penal.

Se por um lado a positividade jurídica de vários princípios penais desvenda um significado atual e concreto revelador dos limites de sua incidência material, por outro, ainda que positivados, não perdem eles o aspecto nuclear e catalisador de uma referência política que dita a capacidade de penetração deles no sistema jurídico.⁴⁶

45. Em capítulo mais apropriado serão discutidas as relações entre a conformação do sistema penal e o modelo de separação de poderes, apenas registrando, nesta passagem, que da espécie de reserva de atribuições e competências a cada esfera do poder estatal pode-se construir um modelo próprio de sistema penal.

46. São idéias desenvolvidas, dentre outros, por Francesco Palazzo, *Valores constitucionais e direito penal*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, editor, 1989; João Gualberto Garcez Ramos, *A inconstitucionalidade do direito penal do terror*, Curitiba, Juruá, 1991; Nilo Batista, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Rio de Janeiro, Revan, 1990, dentre outros citados ao longo deste trabalho.

Sobre esta última idéia, impende afirmar que consagram duas pilastras de sustentação da estrutura democrática do Direito Penal. A positividade jurídica exerce sobre o sistema penal uma relação de obrigatoriedade como em nenhum outro ramo do Direito. A necessidade da edição casuística das proibições na esfera penal funda-se na idéia de que há direitos inerentes à pessoa humana, que não são e nem precisam ser outorgados pelo Estado. Assim sendo, e como não se pode negar ao Estado o poder de estabelecer certas limitações ou proibições, o que não estiver proibido está permitido (*permissitur quod non prohibetur*).

O processo de publicização da reação penal corresponde talvez à mais antiga aspiração do Direito Penal com a substituição das formas primitivas de vingança privada, substituindo o Estado progressivamente a titularidade de exercício desse poder retributivo-sancionatório. Pode-se até mesmo inferir que nesse câmbio desenvolvem-se ainda hoje as tendências restritivas da reação penal. Na passagem para a publicização da reação penal desvenda-se um sentido utilitário e proporcional na sanção, absolutamente desconhecido nas priscas eras da pena privada.

Especificamente sobre a *publicização* há de se considerar ainda que esta funciona como um princípio geral da democracia. Seus efeitos, mesmo em matéria exclusivamente penal, projetam-se além da mera ciência pública das leis para representar a exigência de uma permanente legitimação democrática mediante um processo ativo de trocas entre os órgãos do Estado e os cidadãos. Embora a doutrina tradicional não alinhe o princípio da publicização com um dos fundamentos da democracia, fazê-mo-lo pela sua relevância no estudo da base democrática contida no Direito Penal.

Há que se buscar nessa passagem da publicização algo mais do que um utilitarismo meramente formal, abandonando-se até mesmo as concepções clássicas de delito — ente jurídico com prévia definição legal — enriquecendo seu signo com adjetivações encampadoras de novos valores e que pudessem expressar mais do que a simples descrição de uma conduta humana considerada proibida através da lei penal.

Não havia preocupação com o conceito material de crime, ou seja, a substância do fato que ofende bem juridicamente tutelado. Nessa

perspectiva, a definição legal torna-se secundária, rigorosamente dispensável. A infração é vista pelo conteúdo e efeitos da conduta. Sob o aspecto formal, crime é a descrição de uma conduta acompanhada de sanção. Delito é a realização da conduta descrita na lei penal, ou seja, contrária ao preceito da norma jurídica.⁴⁷

Do ângulo substancial, o fenômeno é analisado sob outra ótica e passa a ser fundamental a natureza e a estrutura do fato. Contestam-se os conceitos clássicos e positivistas, limitadores da idéia de Direito Penal à descrição normativa qualquer que fosse essa, buscando as chamadas fontes materiais do Direito Penal, chegando-se à explicação do fenômeno da redução normativa na realidade histórica, particularmente para definir a legalidade, a legitimidade e a idéia de justiça.

A norma jurídica, nessa linha, jamais é isolada da norma cultural. O fenômeno jurídico não é explicado somente pelo legislador, mas em consonância com a perspectiva histórica. Forma-se integração do jurídico com as correntes políticas e filosóficas, ganhando relevo, na interpretação, as bases escolásticas, do existencialismo, dos valores morais, da concepção marxista da história e mais recentemente na Criminologia — dialética, crítica e da reação social.⁴⁸

1.5 A Constituição em sentido material e construção racional do modelo penal

O principal corolário jurídico do movimento Iluminista foi a eclosão do ideário constitucionalista e a tomada de posição pelos novos detentores do poder estatal de uma estratégia legalista conformadora da nova estrutura de comando social e político.

Comungando das mesmas dificuldades expressadas por Canotilho,⁴⁹ independentemente de saber-se mais sobre a arqueologia do

47. Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Jr., *Direito penal na Constituição*, 3.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 15.

48. Idem, p. 16.

49. Canotilho, (op. cit., p. 12) refere-se às “palavras-viajantes” para explicar o conceito de constituição, dentre outras que contextualizam o sistema constitucional contemporâneo.

conceito de Constituição, fixamô-lo numa noção habitual e tendencialmente rigorosa de Constituição, circunscrevendo-a a uma "ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político do Estado."

A doutrina classifica o conceito de Constituição segundo diversas acepções,⁵⁰ todas valiosas para o âmbito do Direito Constitucional, mas de pouca utilidade na explicitação dos fenômenos de cuja compreensão nos ocupamos. Assim, resta-nos satisfatório apenas conhecer o significado do conceito material de Constituição para, logo depois, avançar na concretização dos princípios constitucionais estruturantes e politicamente conformadores do Estado e seus reflexos no sistema penal.

Os conceitos políticos são ainda mais voláteis do que os jurídicos e, na apropriação pelo Direito de conceitos da Ciência Política, a química gerada raras vezes concentra razão unanimemente reconhecida pela doutrina. A idéia de Constituição sem sentido material, ou simplesmente Constituição material é dessas aptas a procriarem discórdias.

Ao tratar das normas, sistema jurídico e estruturas de domínio, como conceitos operacionais do sistema político, Canotilho⁵¹ expõe que, "no momento da criação da Constituição, salienta-se a importância da chamada Constituição material, isto é, o conjunto de forças — sociais, partidárias, culturais, econômicas e religiosas — que transportam determinados interesses, valores ou mundividências, decisivamente condicionadores do conteúdo do pacto fundador".⁵²

Em outra passagem, Canotilho, a mesma obra,⁵³ aduz ser "a Constituição material (ou real) o conjunto de forças políticas, ideo-

50. Carl Schmitt, *Teoria de la constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1992, ao oferecer uma taxionomia definidora de Constituição distribui sua classificação entre os conceitos absoluto relativo, positivo e ideal de Constituição.

51. Op. cit., p. 48.

52. Nesse sentido o conceito material de Constituição aproxima-se bastante da noção de fatores reais de poder expressa por Ferdinand Lassale em seu panfleto *O que é uma constituição?*

53. Op. cit., p. 67.

lógicas e econômicas operantes na comunidade e decisivamente condicionadoras de todo o ordenamento jurídico". Aqui, apoiado na doutrina de Bartole e de Boggetti, aponta ainda que "a Constituição real é o conjunto de valores e de escolhas políticas de fundo, co-divididas pelas forças políticas da maioria ou pelas forças políticas hegemônicas num determinado sistema constitucional" (Bartole). Ou ainda, "a Constituição real é o conjunto de valores, princípios e praxes que constituem a visão ético-política essencial em torno da qual se agregam as forças hegemônicas da comunidade" (Boggetti).

Mais restrito, e buscando a precisão do conceito em face do conteúdo propriamente considerado da Constituição, refere ainda Canotilho a Constituição material como "conjunto de normas que regulam as estruturas do Estado e da sociedade nos seus aspectos fundamentais, independentemente das fontes formais donde estas normas são oriundas."

Confrontem-se esses conceitos referidos e tem-se que a Constituição real é um conceito tendencialmente sociológico, essencialmente interessado na determinação ou fenomenologia dos fatos normativos ou dados institucionais; a constituição material é um conceito normativo que, de forma tendencial, equivale a ordenamento constitucional, pois abrange o conjunto de todas as normas constitutivas e reguladoras das estruturas fundamentais do Estado e da sociedade, quer essas normas sejam consuetudinárias, que estejam contidas em leis distintas da Constituição formal (ato escrito e solene criador das normas jurídicas hierarquicamente superiores).

Conclui firmando-se no conceito de Constituição material como conjunto de normas substancialmente constitucionais inseridas no texto constitucional, revelando que "dentro da Constituição formal deve operar-se distinção entre normas respeitantes a matérias tipicamente constitucionais — as chamadas normas materialmente constitucionais ou substancialmente constitucionais — e as normas que, embora contidas no texto constitucional, não tem valor constitucional material — normas formalmente constitucionais mas não materialmente constitucionais".⁵⁴

54. Idem, p. 70.

Para outros, do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas e princípios pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo, quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição.⁵⁵

A Constituição não consiste em um conjunto de regulações desconexas de instituições públicas e direitos individuais, justapostas em seu texto normativo, sem relação entre elas. Pelo contrário, e seguindo nisto a tradição do constitucionalismo, vem a representar uma tomada de posição valorativa, que se reflete em suas disposições concretas. É dizer, a Constituição é um conjunto coerente de preceitos e esta coerência deriva de que seus mandatos respondem a critérios ordenadores comuns.⁵⁶

A primeira consideração científica do Direito Constitucional — e, portanto, da Constituição — na lição de Pablo Lucas Verdú,⁵⁷ foi, sem embargo, formalista. Certo era que no fundo estavam latentes os pressupostos político-sociais do liberalismo, mas realmente o constitucionalismo transcendia essas bases elaborando um sistema coerente em sua arquitetura formal. Esta é a posição mantida pela doutrina clássica que se expressa com clareza no italiano Micelli.⁵⁸

Partindo-se de um ponto de vista formal concebiam-se o Direito Constitucional como o conjunto ordenado de normas jurídicas referentes à organização fundamental do Estado. Tais normas regulam a estrutura, as atribuições, as atividades dos órgãos supremos do Estado e as relações existentes entre eles e os cidadãos. A questão radicava em saber quais eram as matérias consideradas como

55. Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 63. Conquanto Paulo Bonavides omita em seu conceito material de Constituição o elemento *princípios* achamos por bem enfeixá-lo na definição, reservando os esclarecimentos de tal procedimento para o capítulo seguinte.

56. Sobre o caráter fundamental da Constituição, veja-se principalmente Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas, 1982.

57. Op. cit., p. 353.

58. *Principi di diritto costituzionale*, 2.^a ed., Milano, S.E.L., 1913.

fundamentais na estrutura jurídico-normativa do Estado. A doutrina convergiu em considerar, em linhas gerais, como matéria fundamental o conteúdo da Constituição em sentido material, de sorte que o Direito Constitucional e a Constituição em sentido material viriam a identificar-se pelo seu próprio conteúdo, como sintetiza o pensamento de Canotilho.

De nossa parte não cremos na possibilidade de se desvincular do conceito de Constituição o seu caráter político e ideológico. A idéia constitucional, também designada por Loewenstein por *telos* constitucional, significa, em síntese, a criação de instituições para limitar e controlar o poder político e relacionar o exercício desse poder a normas bilateralmente vinculantes para os detentores dos poderes políticos e para os cidadãos.

O constitucionalismo exprime também uma ideologia: a substituição do governo dos homens pelo governo das leis — marca do liberalismo. A idéia constitucional deixa de ser apenas a limitação do poder e a garantia de direitos individuais para se converter numa ideologia, abarcando os vários domínios da vida política, econômica e social (ideologia liberal ou burguesa). Por isso se pode afirmar que o constitucionalismo moderno é, sob o ponto de vista histórico, um produto da ideologia liberal.⁵⁹

59. A origem da expressão ideologia vem de uma função linguística extraída da raiz grega *eidos* (idéias) com *logos* (estudo, conhecimento). Em seu sentido atual, a ideologia foi criada pelo filósofo francês Destutt de Tracy (1754-1826) durante a Revolução Francesa e sua significação original era Ciência das Idéias, ou seja, o estudo das origens, evolução e natureza das idéias. A Ciência das Idéias seria o verdadeiro fundamento para todas as demais ciências, devendo investigar e descrever a forma pela qual nossos pensamentos se constituem.

Hodiernamente, dos múltiplos usos do termo ideologia, pode-se, simplificando, delinear dois tipos gerais de significado. O primeiro deles pode ser visto como significado positivo de ideologia, pelo qual esta é compreendida como um sistema de atitudes integradas de um grupo social - ideologia enquanto sistema de idéias relacionadas com ação - ideologia como um conjunto de idéias, valores, maneiras de sentir, pensar das pessoas ou grupos - ideologia como ordenação de crenças, ou na colocação de Bagolini "que são elaboradas e integradas entre si, de maneira mais ou menos coerente, de modo a poder funcionar como guia de ações e de comportamentos, como

A Constituição não é uma norma neutra, no sentido de instaurar procedimentos que possam orientar-se a qualquer fim. Ainda que não

critérios idôneos para justificar o exercício do poder, explicar e julgar os acontecimentos históricos, explicar as conexões entre atividades políticas e outras formas de atividade.”

Este conceito de ideologia, chamado por Bobbio de significado “fraco”, tem predominância na ciência e na sociologia política liberal burguesa.

Em sentido contrário, fala-se em um significado negativo de ideologia, entendida esta, agora, como falsa consciência das relações de domínio entre as classes - ideologia como ilusão, mistificação, distorção e oposição ao conhecimento verdadeiro. Seria, ao contrário, o que Bobbio chamaria de significado “forte”, de larga aceitação na atualidade.

Pode ser vista, num sentido mais explícito, como conjunto lógico, sistemático e coerente de representações (valores e idéias) e de normas (de conduta) que indicam e prescrevem aos membros da sociedade o que devem pensar e como devem pensar, o que devem e como devem valorizar, o que devem e como devem sentir, o que devem e como devem fazer. Ela é portanto, um corpo explicativo (representações) e prático (normas, regras e preceitos) de caráter prescritivo, normativo, regulador, cuja função é dar aos membros de uma sociedade dividida em classes uma explicação racional para as diferenças sociais, políticas e culturais, sem jamais atribuir tais diferenças à divisão da sociedade em classes, a partir das divisões na esfera de produção. Pelo contrário, a função da ideologia é a de apagar as diferenças, como de classes, e de fornecer aos membros da sociedade o sentimento da identidade social, encontrando certos referenciais identificadores de todos e para todos, como por exemplo, a Humanidade, a Liberdade, a Igualdade, a Nação ou o Estado.

Neste sentido negativo preocupa-nos as interferências da ideologia na formulação do Direito. As técnicas de valorização de falsos conceitos e aspirações inculcadas no meio social pelas expressões mais variadas e pelas formas mais diversas, além dos mecanismos de formatação da opinião pública, tudo isso, enfim, concorre para elaboração de leis marcadamente protetoras de valores ou bens que não são necessariamente representativos de uma aspiração social majoritária. Ou ainda para fixação de sanções inadequadas à falta desde que o meio de repressão seja aceito por essa parcela dominante como o mais útil aos fins. No Direito Penal, por exemplo, da eleição do bem a ser tutelado à redução dada ao tipo legal que o faz, do balizamento abstrato aos mecanismos de execução da pena, da própria escolha da sanção à atuação do Poder Judiciário, das garantias conferidas pela Constituição às normas processuais, tudo isso encontra, não uma resposta, mas uma orientação no sistema da ideologia dominante.

Parece que, criticamente, a neutralidade normativa pressuposta por uma Ciência Pura do Direito não resiste mais à sua ideologização. Isso não significa,

estabeleça um programa político, nem se adstrinja a uma das múltiplas ideologias de cada época, responde a uma concepção valorativa da vida social e vem instaurar um marco básico de princípios que conformam a convivência. Neste sentido, a Constituição vai mais adiante das regulações concretas que contêm e determina algumas linhas diretrizes que devem ser respeitadas por todo o ordenamento, inclusive naqueles aspectos não tratados pelas normas constitucionais.⁶⁰

A Constituição, seja escrita ou não escrita, é um documento. Se escrita funda-se o documento nos valores expressos em seu texto;

em absoluto, que a estrutura de tal “purismo” não mais sirva para compreensão dos fenômenos jurídicos contemporâneos. Apenas se quer revelar que essa ciência representa uma forma de visualização do sistema do Direito, uma de suas óticas, como quem se põe a ver um quadro e abstrai a figura desenhada, retendo sua atenção às tonalidades e aos possíveis instrumentos utilizados em sua confecção. O que se censura é a ausência de movimento, no sentido de compreender-se e superar, a Ciência do Direito, sua própria contradição, deixando de tornar-se, diante disso, ideologia da ocultação.

Toda estrutura jurídica reproduz o jogo de forças sociais e políticas, bem como os valores morais e culturais de uma dada organização social. O Direito, como fenômeno ou fato social, não é o produto da vontade do legislador e muito menos de entidades ou divindades. Não é uma criação do espírito humano ou a projeção de uma idéia eterna que exista fora da realidade concreta. A norma jurídica não é, também, a emanção de uma norma existente fora do sistema legal ou de princípios eternos e sagrados. O Direito é um fenômeno social, histórico e concreto que somente pode ser entendido questionando-se a realidade social e o processo histórico em que ele se manifesta.

O sistema jurídico, como conjunto de normas, de práticas, de costumes e de valores, é eminentemente estatal. Todo sistema jurídico está umbilicalmente ligado a um tipo de Estado - feudal, socialista, democrático-burguês. Ele exprime, em normas jurídicas, as idéias, os objetivos, as necessidades, os conceitos das classes existentes. Porém dominam no sistema jurídico, em cada Estado e em cada momento, as idéias, as relações sociais, os conceitos da classe dominante na sociedade. A hegemonia da classe dominante é exercida através do aparelho de Estado.

60. Sobre o sistema de valores constitucionais veja-se Luis Lopez Guerra e outros, *Derecho constitucional*, Valencia, Tirant lo blanch, 1994, pp. 31-34; Luciano Parejo Alfonso, *Constitución y valores del ordenamento*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1990; G. Peces Barba, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984.

se não escrita, no conjunto dos valores culturais tradicionalmente aceitos pelos que dela são destinatários. Como documento cabe à Constituição fundar uma ordem e um sistema estatal. Considerar-se-á Constituição o documento que estabeleça ao menos uma declaração de direitos do cidadão frente ao Estado e uma disciplina para a separação de poderes.⁶¹

Ao fundar a ordem estatal define o perfil básico de representação e exercício do poder dentro do Estado. Se exercido segundo as regras republicanas ou monárquicas; se republicano, se sob a modalidade presidencialista ou parlamentarista. Define, ainda, algumas regras fundamentais sobre o sistema econômico implementado pelo Estado, se de orientação capitalista ou socialista; se liberal ou intervencionista; enfim, estabelece o conjunto primário de decisões políticas a serem tomadas no curso da vida estatal.

O nível qualitativo dessas decisões⁶² confere ao Estado algumas particularidades de sua semântica político-constitucional. Formam-se por meio desses procedimentos alguns Estados que apenas podem ser classificados como *Estados de legalidade formal*, caracterizados pela autovinculação do Estado através de leis gerais e abstratas, elaboradas e publicadas de acordo com determinados procedimentos previamente fixados.

Também assim se obtém, ao contrário, os *Estados de direito material*, onde a preocupação reside na garantia de justiça material, de segurança da liberdade e da sociedade através de princípios

61. Desde a Declaração dos Direitos e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, declarada pela Assembléia Nacional francesa que ficou estabelecido e aceito pela doutrina que “uma sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” (art. 16). Com isso concordam expressamente, dentre outros, Canotilho e Carl Schmitt ao identificarem essas necessidades ao “conceito ideal de Constituição”.

62. Sobre o decisionismo constitucional veja-se a obra de Carl Schmitt, *Teoria da Constituição*, de 1928, que retoma a idéia de Constituição como decisão da parte dos homens naquilo que concerne à maneira de ser e à forma de sua própria existência política e que se afirma a partir do Iluminismo. Veja-se também a análise da obra de Schmitt por Pasquale Pasquino, in *Dicionário das obras políticas*, *op. cit.*, pp. 1088-1095.

jurídico-formais: vinculação do legislador aos direitos fundamentais; vinculação das intervenções estatais ao princípio da proporcionalidade; imposição de tarefas de conteúdo social; obtenção do direito através da interpretação das leis segundo os princípios fundamentais da justiça; condicionamento da existência da legalidade às exigências da legitimidade.

Na linha evolutiva desse processo de decisão constitucional vem a fixação do chamado *Estado de justiça*, garantidor do controle judicial da aplicação dos princípios materiais e formais do Estado de Direito; estabelecimento de princípios de procedimento e processo, tais como o princípio da audição, do juiz legal e da presunção de inocência do arguido, de *nullum crimen sine lege*

Ainda no desenvolvimento dessas etapas de desenvolvimento lógico do Estado, registra Canotilho⁶³ o aparecimento do *Estado constitucional com divisão de poderes*, onde existe a garantia institucional da independência e segurança pessoal do juiz; separação institucional entre legislativo e executivo; princípio da reserva da lei matéria de liberdades e propriedade; sistema de balanço recíproco de poderes com o fim de cooperação e controle (*Checks and balances*); controle judicial do legislador através de uma jurisdição constitucional.

Por fim, surge o *Estado constitucional parlamentar*, onde há as prerrogativas do parlamento, que derivam do voto regular e periodicamente renovado e que se traduzem, principalmente, no direito orçamental e na escolha e fiscalização do governo.

Um de nossos objetivos reside na demonstração que desse processo de decisão política formadora de um determinado perfil do Estado decorre a construção racional de um correspondente modelo de Direito de Penal único em suas virtudes e implicações sobre a vida dos nacionais, sujeitando-os a consequências diretamente proporcionais àquelas ditas pela escolha do perfil estatal.

63. Op. cit., p. 62.

CONSTANTES CONSTITUCIONAIS E DETERMINAÇÃO DO NÚCLEO RÍGIDO DO SISTEMA PENAL

2.1. As constantes constitucionais. Conceito e classificação — 2.2. Constantes constitucionais de núcleo rígido e o sistema penal; 2.2.1 O princípio da legalidade; 2.2.2 O princípio da taxatividade; 2.2.3 Os princípios da insignificância, da proporcionalidade e outros.

2.1 As constantes constitucionais. Conceito e classificação

Desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, já referida inúmeras vezes no capítulo inaugural, ficou assentado que o sociedade que não tem separação de poderes nem estabelecida uma declaração de direitos não tem Constituição (art. 16). Historicamente, portanto, essas duas ordens de conteúdo material obrigatório formaram as primeiras orientações constitucionais determinantes de valores reproduzíveis no processo constituinte.

Na verdade, sequer a Declaração francesa foi revolucionária na definição desse núcleo, posto que tais valores foram hauridos na experiência das declarações inglesas precedentes e, mais recentemente, nas norte-americanas, inclusive sua Constituição de 1787. Aqui deve-se mais valor à Declaração francesa por seu caráter ecumênico, visto que a Europa e, mais centradamente a França que, à época, era o grande centro propagador das idéias reformistas, embora concretamente seu processo interno de ajustamento político-

revolucionário tenha tardado mais do que o norte-americano, de inspiração nitidamente iluminista.

De qualquer modo, o que se pretende registrar nesse passo é que as embrionárias manifestações escritas — para limitá-las no tempo, a partir dos pactistas medievais¹ — capazes de serem tomadas, na acepção histórica, como realizações constituintes adotaram um modelo sintético, concentrado na disposição de suas normas.

Na Espanha, particularmente, o sentimento constitucional desenvolve-se a partir dos *fueros* sob a forma jurídica de pactos, convênios ou contratos, sempre escritos, mas baseados no direito consuetudinário. O desenvolvimento da legislação foral inicia-se, segundo os autores, por volta do século X com a união dos reinos de Castilla e León.

Registra Viamonte² que o primeiro foro espanhol escrito que apresenta as características de um ordenamento de natureza constituinte é o de León, de 1188, outorgado pelas Cortes convocadas para esse efeito pelo Rei Afonso IX e que tem a forma de pacto político civil entre o Reino e Don Afonso IX. Outros dois foros de grande importância, mas em momento bem posterior, devem ainda ser mencionados: o de Castela, em 1520, e o de Viscaya, em 1526.

Uma das características desses textos reside na concentração dos privilégios conferidos em linhas breves até mesmo para permitir uma interpretação em favor da Coroa, que os editava muito mais preocupada com a constância de uma frágil aliança política, visando a unificação do poder político e a defesa do Estado.³

São também rigorosamente sintéticos os documentos constitucionais ingleses,⁴ ainda que considerados englobadamente, posto

1. Veja-se a respeito, Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, *Poder constituinte reformador*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 26-40.

2. *El poder constituyente*, Buenos Aires, Biblioteca Gráfica Argentina, 1957, p. 62.

3. Antonio Truyol y Serra, *Historia de la filosofía del derecho y del estado*, t. I, Madrid, Alianza Universidad Textos, 1981, p. 74.

4. Assim, a *Carta Magna*, tem sessenta e três parágrafos curtos; a *Petição de Direitos*, de 1628, com apenas oito artigos; o *Habeas Corpus Act*, de 1679, em nada mais extenso do que o documento anterior; A *Declaração de Direitos*,

que a Carta Magna de 1215 está muito distante de alcançar a significação institucional de um ato constituinte único, integral ou completo, capaz de dar sua fisionomia a todo o sistema institucional da Inglaterra. É somente um primeiro pacto, convênio ou acordo de forças políticas atuantes em sua época e serve como ponto de partida a uma lenta evolução ulterior, que vai cedendo lugar a novos atos constituintes sucessivos e complementares, com os quais se estrutura o equilíbrio das forças políticas atuantes, que resta finalmente estabelecido com o triunfo da burguesia e a preponderância de sua representação parlamentar na Câmara dos Comuns.⁵

Também sintética, a esse tempo, a Constituição dos Estados Unidos, de 1787, com apenas sete artigos e, mesmo depois de incrementada com vinte e seis aditamentos continua a ser o mais breve documento em vigor.

Podem ainda ser indicados como exemplos de Constituições sintéticas, mais recentes (mas nem todas mais em vigor) a da França, de 1946 (embora a de 1958 tenha em sua parte fixa apenas oitenta e nove artigos), as do Chile de 1833 e 1925 e da República Dominicana, de 1947.

As Constituições sintéticas (também chamadas na doutrina de concisas, breves, sumárias, sucintas ou básicas)⁶ abrangem apenas princípios gerais ou enuncia regras básicas de organização e funcionamento do sistema jurídico estatal, deixando a parte de pormenorização à legislação complementar ou orgânica. Via de regra esses textos contém apenas, de modo sucinto, o que é *matéria* constitucional, em sentido estrito.

de 1689, que em pouco supera uma dezena de disposições; o *Ato de estabelecimento*, de 1701, com apenas quatro artigos; a Lei sobre o Parlamento, de 1911, com apenas quatro artigos; o *Estatuto de Westminster*, de 1931 e a Lei sobre o Parlamento, de 1949, também em poucos artigos. (recolhidos na obra de Jorge Miranda, *Constituições de diversos países*, vol. I, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1979, pp. 333-351.

5. Veja-se a respeito, Hood Phillips, *Reform on the constitution*, London, Chatto & Windus, Charles Knight, 1970.

6. Paulo Bonavides, *Direito constitucional*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 70.

As Constituições sintéticas, por suposto, resultam numa maior estabilidade do arcabouço constitucional, bem como numa flexibilidade que permite adaptar a Constituição a situações novas e imprevistas do desenvolvimento institucional de um povo, a suas variações mais sentidas de ordem política, econômica e financeira, a necessidades sobretudo de improvisar soluções que poderiam, contudo, esbarrar na rigidez dos obstáculos constitucionais.⁷

Nada obstante estas características comuns, uma análise mais percuciente do Texto Constitucional revela-nos que os preceitos dele constantes voltam-se para duas finalidades ou propósitos bem distintos — e que marcam, precisamente, a passagem histórica para um novo significado de Constituição.⁸ Identificam-se aquelas normas cuja razão de ser exaure-se em atribuir competências, ou, se se preferir, a alocar direitos, repartindo-os basicamente entre o Estado e o indivíduo, isolado ou grupalmente considerado. Nessa categoria alojam-se todas as normas definidoras de poderes ou deveres. Têm, sem dúvida, um cunho organizacional, porque no mais das vezes faz-se necessário criar o órgão a que se comete a faculdade ou competência. Inicialmente, as Constituições compunham-se exclusivamente de normas dessa espécie. Com o andar dos tempos, sobretudo em pleno século XX, é que aqueles documentos deixam de ser meros *instrumentos de governo para adquirirem uma nova dimensão*.⁹

Num primeiro momento — muito embora haja autores que ainda hoje referendem a crítica em moldes iguais — essa mudança da

7. Ressalte-se aqui que a mesma Constituição norte-americana justificou a existência de um Estado escravocrata no passado; permitiu a intervenção do Estado à época do *new deal*; justificou a política de ingerência em assuntos estrangeiros; e do ponto de vista penal gera as diversidades de aceitação nos Estados-membros da pena de morte e da criminalização do aborto, dentre outras.

8. Ainda que se dê razão a Ives Gandra da Silva Martins, *Comentários à constituição do Brasil*, vol. 1, São Paulo, Saraiva, p. 44, quando afirmou que o vocábulo para constituição representava mais aos gregos do que a mesma palavra constituição representa atualmente e abrangia menos do que a palavra universalizada de hoje abrange.

9. Celso Ribeiro Bastos, *Curso de direito constitucional*, 12.^a ed., São Paulo, Saraiva, 1990, p. 119.

sistemática de apresentação da Constituição representa, assumidamente, o emprego de uma política (ou técnica) incorporadora dos novos valores sociais, culturais, ideológicos, políticos e econômicos na expressão do regulamento fundamental do Estado. Tal procedimento é fruto das revoluções sociais e econômicas desencadeadas a partir do século XIX e muitas vezes consolidadas no neste século.

Aqui vale a citação do pensamento de Paulo Bonavides,¹⁰ que seguramente sintetiza a descoberta e a avaliação mais difundida sobre esse ponto. Afirma que as Constituições prolixas (ou analíticas), cada vez mais numerosas, são em geral aquelas que trazem matéria por sua natureza alheia ao direito constitucional propriamente dito. Trata-se ora de minúcias de regulamentação, que melhor caberiam em leis complementares, ora de regras ou preceitos até então reputados pertencentes ao campo da legislação ordinária e não do direito constitucional, em cujo campo entram apenas formalmente, por arbítrio do legislador constituinte, para auferir garantias que só a Constituição proporciona em toda a amplitude.

Pode ainda ocorrer um alargamento das Constituições, quando estas entram a conter não somente referência rápida a matéria nova, mas toda uma minudente e copiosa regulamentação de princípios relativos a matéria recém-inclusa, dantes tida como de caráter meramente ordinário, mas agora reconhecia e proclamada de natureza constitucional pela importância básica que a consciência política e social de um povo lhe imprimiu.

As Constituições se fizeram desenvolvidas, volumosas em consequência principalmente das seguintes causas: a preocupação de dotar certos institutos de proteção eficaz, o sentimento de que a rigidez constitucional é anteparo ao exercício discricionário da autoridade, o anseio de conferir estabilidade ao direito legislado sobre determinadas matérias e, enfim, a conveniência de atribuir ao Estado, através do mais alto instrumento jurídico que é a Constituição, os encargos indispensáveis à manutenção da paz social.

Da contraposição dos conceitos de Constituição sintética e analítica pode-se, agora, retornar-se à especificação das *constantes*

10. Op. cit., p. 71.

constitucionais. Estas compõem-se de um *núcleo estrutural, histórico e fundamental, associado ao sentido material de Constituição*, às quais denominaremos, ainda que impropriamente, *constantes constitucionais de núcleo rígido*, indispensáveis e confirmadas pela experiência das Constituições sintéticas e que pode ser resumida na lapidar e clássica definição de Kelsen¹¹ quando imputa à Constituição *o conjunto de regras concernentes à forma do Estado, à forma do governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação*.

Diz-se esse *núcleo estrutural* porque inspirado nas linhas mestras de construção do modelo estatal contendo as principais decisões políticas, soberanamente adotadas no processo constituinte; *histórico* porque vinculado às razões iniciais do próprio constitucionalismo; *fundamental* porque representativo da essência constitucional do Estado e por isso mesmo relacionado ao *sentido material de Constituição*.

Esse núcleo, contudo, não é a única vertente das *constantes constitucionais*, em face da existência, no estágio da civilização contemporânea, de Constituições analíticas, cuja estrutura normativa se apresenta mais abundante e os valores não são uniformemente confirmados nos diversos sistemas jurídicos. Há uma aparente perda do sentido unitário de Constituição, não mais representada por visualização monolítica, mas inspirada numa doutrina menos conservadora ou preservacionista e mais prospectiva. Aqui encontramos o *núcleo normativo, contemporâneo, complementar e associado à experiência constitucional*, ou simplesmente, na exata contraposição àquela outra e mais abreviadamente, *constantes constitucionais de núcleo flexível*.

Este outro é *normativo* porque derivado do processo de elaboração das Constituições escritas que tomam a forma codificada¹² e, portanto,

11. *Apud*, Manuel Gonçalves Ferreira Filho, op. cit., p. 10.

12. A Constituição codificada compreende, em boa técnica, segundo Xifra Heras (*Curso de derecho constitucional*, 2.^a ed., Barcelona, Bosch, 1957, p. 72), as seguintes partes: preâmbulo (onde o legislador constituinte faz sumária profissão de fé nos altos princípios delineados pelo corpo da Constituição), a parte introdutória (que insere normalmente disposições preliminares que

normativa; *contemporâneo* porque herança dos câmbios constitucionais determinados a partir do final da primeira metade do século XIX e, sobretudo, pelos movimentos políticos e sociais do século XX; *complementar* porque não integrantes do cerne obrigatório das Constituições; e *associado à experiência constitucional* porque sujeitos à influência tanto de movimentos nacionais (internos) de constantes câmbios e re-acomodações constitucionais, quanto sujeito às influências do constitucionalismo contemporâneo.¹³

2.2 Constantes constitucionais de núcleo rígido e o sistema penal

2.2.1 O princípio da legalidade

Diante dessa premissa temos que tanto o princípio da legalidade em matéria penal quanto todos os demais — quer sejam expressos, quer sejam implícitos — inscritos no sistema constitucional estão a exigir uma visão renovada de seus efeitos, buscando-se tanto uma nova dimensão sintática, quanto semântica e pragmática de suas implicações nos sistemas normativos e reais de sua interpretação e aplicação.

Por ser hoje uma garantia indispensável à conservação dos valores democráticos do Estado, sua eleição atingiu foros de unanimidade constitucional, indistinta em relação ao homem, não limitada no tempo e no espaço e de conteúdo garantidor inequi-

definem o regime político, a forma de governo, a organização fundamental do Estado e a separação de poderes), a parte orgânica (onde ocorre a disciplina concreta das estruturas fundamentais do Estado), a parte dogmática (onde se patenteia o caráter individualista ou social da Constituição através da declaração de direitos e garantias dos cidadãos), e uma parte de disposições gerais ou finais, acrescida, não raro, de algumas disposições transitórias.

13. No caso específico da experiência constitucional brasileira esses dois fatores podem facilmente apresentados pela rápida sucessão de Constituições em nossa história (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969, 1988), bem como, limitando-se o exemplo à última delas, sua clara inspiração nas Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978). O mesmo fenômeno pode também ser observado na história constitucional francesa e de diversos Estados europeus, em flagrante confirmação da tese.

vocamente primordial em relação às colocações mais subjetivistas sobre sua incidência.

No fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por outra via que não seja a da lei.

Mas não é só, no ingresso ao Estado de direito material, o princípio da legalidade ganha foros de irradiador de vários outros que dele, conquanto decorrência, ao se emanciparem adjetivam o sistema penal realçando seu caráter compromissório com os valores democráticos.

O Direito Penal ganha foros de legitimidade extraordinária apenas nessa etapa da evolução do Estado. É aí que exsurgem como positivos os valores sociais do Direito e da Justiça. Corolário disso é relação entre essa nova visão do princípio e o conceito material de crime. Tal desdobramento somente é possível na constatação da vida que se desenvolve em Estado de direito material.

Sem dúvida alguma é muito salutar, a um Estado de Direito, a positivação constitucional do princípio da reserva legal. Embora dependa em muito da interpretação que os juizes venham dar às leis ordinárias e constitucionais, a simples figuração da garantia constitui fator inibitório ao arbítrio. Mais ainda, a legalidade geral, historicamente, é remanescente dos direitos consagrados pela *Magna Charta Libertatum*, de 1215, cuja primeira manifestação legalista deu-se no âmbito punitivo, alargando-se depois a abrangência do conceito. O princípio da legalidade penal é fonte de inspiração de modernas doutrinas de cunho democrático na análise do crime.

Importa também na análise do princípio da legalidade formal, presente em todas as Constituições liberal-democráticas dos países de *civil law*, a extração de seus corolários, pois, nos diversos ordenamentos a serem considerados futuramente, varia não apenas a roupagem exterior normativa que o princípio assume na Constituição, mas, por igual, a expressão que se revela em cada ordem jurídica, pois nestas o princípio se apresenta com diferentes graus de sensibilidade na análise e na obediência.

Para além disso, o tema ganha relevância, mormente em suas implicações constitucionais ao se enfrentar a questão relativa ao princípio da legalidade como mera referência ao crime do ponto de vista formal, ou também sob a análise material.

É preciso erguer como premissa na análise da questão para extração de seus contornos mais avançados a idéia de sistema de direito e da análise da Constituição posta como núcleo fundante dessa idéia de sistema, representando a Constituição uma referência permanente na análise integradora e interpretativa das regras finais do sistema.

O Direito Penal ergueu-se sob o postulado da defesa da liberdade do homem, como meio constritor às ações do Estado que faziam incidir sobre a liberdade, a vida e o corpo humano um sem-número de sacrifícios segundo o talante do déspota plantonista na ocasião. Os castigos eram impostos sem observância de um procedimento formal de defesa e as noções de igualdade e proporcionalidade da sanção não eram sequer cogitadas à época, fatos por si só bastante justificadores da eleição de um sistema novo onde se viesse a privilegiar alguns valores fundamentais do homem, representando a idéia de Direito Penal não mais a da extinção de algum *status* do cidadão, mas uma mera e determinada — no tempo e nos efeitos — suspensão de algum (ou alguns) desses estados, dentro de uma idéia de observância à lei. É o que se deve, fundamentalmente, a Beccaria.

Por outro lado, como registram Cernichiaro e Costa Jr.,¹⁴ o conceito de infração penal vem desafiando a argúcia dos escritores, alternando-se posições diversas. Uma linha comum nas sucessivas teorias, contudo, divisa-se: a preocupação com a justiça material, principalmente nas mais modernas. Basta uma indicação para dar respaldo a asserção: Escola Clássica (crime é ente jurídico); Escola Positiva (crime é fato humano e social); orientação tecno-jurídica (o fato jurídico deve ser interpretado pelo Direito sem interferência de dados filosóficos, sociológicos ou outros que lhes sejam estranhos); teoria finalista (importância do aspecto psicológico na chamada conduta final); concepção teleológica (preocupação cons-

14. Op. cit., p. 14.

tante com o fim da norma); teoria social da ação (o crime não pode ser visto alheio da realidade social).

Em sendo assim, a resposta definitiva da extensão do princípio da reserva legal, quanto à estrutura do crime depende da integração com o princípio da personalidade da pena (art. 5º, XLV), cujo conceito moderno fornece o roteiro seguro para a constatação.

Um Direito Penal que se pretenda moderno e que viceje no interior de um espírito típico de um Estado Democrático de Direito não se contenta com uma garantia da legalidade que se limite ao plano formal, qual fosse o princípio, na verdade e na essência, uma reles projeção da anterioridade da lei penal. Impõe-se a descrição de condutas marcadas de um sentido de rigidez definidora dos padrões de conduta eleitos com a carga da ilicitude.

A fixação dos parâmetros na conceituação dessa *rigidez definidora de padrões de conduta* é o núcleo do estudo que nos propusemos fazer.

Vale ainda referir a opinião de Luisi,¹⁵ que também procura distinguir a legalidade formal da legalidade substancial. Esta seria anterior, e poderia ser mesmo contra a lei, tendo como fonte uma espécie de Direito Natural, a ser pesquisado na natureza das coisas. É evidente que a chamada legalidade substancial implica na negação prática da reserva legal, posto que só no formal da lei é que se pode explicitar o princípio em análise.

2.2.2 O princípio da taxatividade

Reflete-se também sobre o sistema penal desenvolvido à luz do Estado de direito material um sentido renovado para o princípio da legalidade exprimido pelas dimensões alcançadas pelo princípio da taxatividade que dele se emancipa. Este jamais seria alcançado fora das condições de justiça e equidade geradas pelo Estado de direito material.

15. *Os princípios constitucionais penais*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris editor, 1991, p. 17.

O últimos dos desdobramentos do princípio da legalidade refere-se à proibição de incriminações vagas e imprecisas — *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*. A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos.

O princípio da taxatividade, ou da determinação, ou taxatividade-determinação (como parece preferir Palazzo) ou da certeza, ou ainda do mandato de certeza é daquelas criações mais recentes do Direito Penal e seus limites ainda não foram devidamente compreendidos pela doutrina, tampouco reconhecidos satisfatoriamente pela jurisprudência. Inobstante isso, face aos laços indissolúveis que os une a algumas das projeções contemporâneas do princípio da legalidade, não podemos nos furtar a examiná-lo mesmo que perfunctoriamente.

A eficácia da função garantidora do tipo penal fica na dependência da descrição das normas incriminadoras e dos bens jurídicos valorados. Disso resulta que, como bem aponta Márcia Dometila de Carvalho,¹⁶ através da técnica legislativa de formalização dos tipos, seja pela utilização de cláusulas genéricas, seja pela utilização de sanções punitivas totalmente indeterminadas no tempo, o princípio da legalidade pode vir a ser fraudado.

Como registra Rodrigues Mourullo,¹⁷ a pedra de toque para comprovar-se, no plano formal, se se respeitam ou não as exigências do Estado de Direito não é o formal reconhecimento e consagração — inclusive em nível constitucional — do princípio da legalidade, mas sim se as concretas disposições penais respondem, ao enunciar tanto o pressuposto como a consequência penal, ao postulado de uma precisa determinação, que constitui a insubstituível garantia de segurança política para os direitos fundamentais da pessoa cuja fruição representa para um Estado de Direito uma verdadeira exigência ética.

16. *Fundamentação constitucional do direito penal*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris editor, 1992, p. 54.

17. *Principio de legalidad*, in *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1971, p. 14, p. 888.

O princípio da legalidade, desde os estudos recentemente formulados por Claus Roxin e trazidos até nos por Silva Franco,¹⁸ Fragoso¹⁹ e Batista,²⁰ alcançou nova dimensão, a do chamado “mandato de certeza”. Para que o crime e a pena a ele cominada possam ser considerados, não basta uma lei que lhe seja temporalmente anterior e inaplicável às hipótese assemelhadas. É mister que a lei *defina* o fato criminoso, ou melhor, enuncie com clareza os atributos essenciais da conduta humana de forma a torná-la inconfundível com outra, e lhe comine pena balizada dentro de limites não exagerados.

Na terminologia tedesca, berço da construção dessa idéia, também desenvolvida por Palazzo,²¹ o princípio recebe a denominação de *taxatividade-determinação do tipo penal* e funciona como garantia diante do poder punitivo-judiciário, incumbido de assegurar a *específica eticidade do Direito*, constituída da *certeza jurídica*.

Hoje é indubitável a vinculação que se estabelece entre o princípio da legalidade e o processo de tipificação. A eficácia da reserva legal está condicionada à qualidade da lei, ou à técnica empregada para descrição de condutas proibidas ou ordenadas.

Como sugere Batista,²² escorando-se em Toledo,²³ formular tipos penais genéricos ou vazios, valendo-se de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados ou ambíguos, equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e politicamente muito mais nefasto e perigoso..

É certo que a imaginação do delinqüente sempre suplantou a do legislador obrigado à casuística hipotética. Isso, inobstante, não o autoriza à formulação de tipos penais incriminadores absolutamente genéricos e passíveis de abarcarem condutas lícitas e ilícitas. Tem sido tendência da doutrina permite-se relativa flexibilidade na

18. *Temas de direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1986, pp. 1 e ss.

19. *Lições de direito penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1990, pp. 96 e ss.

20. *Op. cit.*, pp. 78 e ss.

21. *Valores*, *op. cit.*, pp. 49 e ss. Veja-se, ainda, especialmente, *Il principio di determinatezza*, Padova, CEDAM, 1979.

22. *Op. cit.*, p. 78.

23. *Princípios básicos de direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 29.

elaboração da lei penal — embora, ressalte-se, apontemos uma grande inconveniência de política criminal nesse procedimento — como se dá, *e.g.*, com o crime de estelionato ao prever *qualquer outro meio fraudulento*, após enumerar exemplificativamente outras condutas como forma se obter a indevida vantagem econômica. Mas, de qualquer modo, jamais se permitiria, dentro da esfera da estrita legalidade, se redigisse o delito de estelionato como “obter vantagem econômica enganando alguém”, pois tal estrutura típica anularia a função garantidora do tipo.

A técnica legislativa de formar tipos utilizando-se de cláusulas gerais é de todo incompatível com o Estado de Direito. O princípio da legalidade implica que o fato constitutivo do delito se mostre descrito de modo diferenciado, isto é, exige que a lei enuncie, mediante a indicação dos diversos caracteres da conduta delitiva, a matéria de proibição a fim de que os limites entre o lícito e o ilícito não fiquem á mercê da decisão judicial.

Lamenta Palazzo,²⁴ ao examinar a jurisprudência italiana, a excessivamente escassa sensibilidade mostrada quanto à exigência de determinação das figuras típicas. Arremata afirmando que na base dessa insensibilidade encontrem-se as contrapostas exigências *sozialstaatlich*, advertido, sempre, o legislador a propósito de uma tutela que não pode eficazmente estender-se, nos tempos modernos, às novas fronteiras do Estado social, sem renunciar ao ideal iluminístico de leis rigorosamente determinadas.

A garantia formal da legalidade não é suficiente para a elaboração de um Direito Penal democrático. É imprescindível que na descrição dos tipos legais de ilicitude haja um rigoroso controle a respeito daqueles mecanismos que a doutrina acertadamente denomina, na expressão de Mourullo “técnicas de elusión del principio de legalidadd”.²⁵

As exorbitações do Direito Penal preventivo, as idéias totalitárias, a chamada defesa social, os elementos valorativos do tipo, as cláusulas gerais, os tipos penais abertos ou flexíveis, as leis

24. *Valores*, op. cit., p. 51.

25. *Derecho Penal*, op. cit., v. 1, p. 61.

penais indeterminadas ou em branco, a incriminação de puros desígnios subjetivos, o uso e abuso de elementos subjetivos do tipo são inimigos naturais do princípio da legalidade, mediante utilização de refinada técnica jurídica pelo Estado moderno em seu desiderato de exigir cada vez mais poder em detrimento das garantias jurídicas formais e substanciais dos direitos individuais da pessoa humana.²⁶

O princípio de legalidade, para ser realmente eficaz, deve ser conexionado com o princípio da taxatividade. Enquanto o primado da anterioridade se vincula às fontes do Direito Penal, o princípio da taxatividade deve presidir a formulação técnica da lei penal. Indica o dever imposto ao legislador de proceder, quando elabora a norma, de maneira precisa na determinação dos tipos legais de ilicitude, a fim de se saber, de modo taxativo, o que é penalmente ilícito ou proibido.

O grau de determinação que se recomenda não alude só e especificamente ao preceito primário, mas também à cominação da sanção que, embora não necessite ser determinada (nem se o recomenda, até mesmo pela existência de outro princípio constitucional), ao menos deve ser determinável dentro das chamadas *margens penais*, ou seja, um parâmetro dentro qual o juiz, verificando as condições próprias do delito, tem possibilidade de graduar a pena ou mesmo de escolher seu regime ou forma de cumprimento. O preceito secundário deve abranger não só a espécie de pena aplicável, como também seus limites e regras de seu cumprimento.

Mas não parece ainda o bastante, a proibição de indeterminação da sanção resulta igualmente lesionada quando se estabelece a espécie de pena, mas sua medida se fixa de tal modo que o marco, formado pelo máximo e mínimo da pena, tem uma amplitude exagerada.²⁷

26. Cobo del Rosal, "Princípio de legalid y ministerio fiscal", in *Cuaderno de política criminal*, Madrid, 1977, p. 25.

27. Nesse sentido veja-se em nossa legislação de tóxico (Lei n.º 6.368, de 21.10.76) a pena cominada para o crime previsto no art. 12 limites oscilam entre 3 e 15 anos de reclusão. Ou seja, o máximo da pena corresponde ao quádruplo de seu mínimo.

Não pode caber ao juiz, na individualização da pena, um poder discricionário e ilimitado. A determinação da pena deverá, portanto, ser sempre um compromisso entre a fixação legal (exigência de segurança jurídica) e a determinação judicial (justiça do caso particular), e este compromisso desaparece quando o juiz através de margens penais dilatadas absorve tarefas próprias do legislador, com significação de arbítrio incontrolável e de ofensa aos princípios da legalidade e da separação dos poderes, que são pressupostos fundamentais do Estado de Direito.²⁸

Repudia-se, igualmente, o sistema do Código Penal Alemão, de 1871, que prevê aos delitos apenas um máximo de pena privativa de liberdade que pode ser imposta pelo juiz. Tal sistema, de um única margem penal, pode permitir a violação de outra garantia constitucional genérica, esta a da isonomia, dando margem a sem número de reclamações pela pena imposta, comparando-se-a àquela aplicada a outros condenados. Ademais há forte tradição jurisprudencial nos Estados da *civil law* no sentido de que a pena máxima é apenas aplicada por exceção, remanescendo como garantia abstrata para casos de extremo rigor na reprovação. Isso torna ainda mais instável e insegura a situação jurídica daqueles submetidos a tal espécie de ordenamento.

Apenas para demonstração de que tal princípio é fruto de universal reivindicação, cabe citar Herrera y Lasso, do Instituto Nacional de Ciencias Penales do México que se referiu à garantia fixando que “la exigencia de *exactitud* rige a los tres conjuntos de la posible aplicación: ley, hecho y sujeto. Si no hay precisión en el tipo y sus elementos, determinación del hecho y sus circunstancias, e identificación plena del sujeto en cuanto autor responsable, la aplicación exacta será imposible.”²⁹

2.2.3 Os princípios da insignificância, da proporcionalidade e outros

O último desdobramento do princípio da taxatividade introduziu referência à pena como parte também incidente de tratamento

28. Franco, op. cit., p. 9.

29. *Garantias constitucionales en materia penal*, México, INCP, 1979, p. 21.

diferenciado no Estado de direito material. Ademais, desde Canotilho que está esculpido que essa modalidade de Estado guarda vinculação da intervenção estatal ao princípio da proporcionalidade.

A doutrina moderna tem entendido, como função primordial do Direito Penal, a proteção dos denominados bens jurídicos. Partindo-se da premissa de que a Lei Maior — Estatuto último do Estado de direito material — traz em si os princípios máximos da justiça, que se quer impor, qualquer ofensa a bem jurídico protegido penalmente terá que ser cotejado com os princípios constitucionais.³⁰

Ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. Todavia, não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves.³¹

Para realizar o controle da normatividade abstrata, concretando-a à situação real e amalgamando-a à lesão material efetivamente derivada da ação ou omissão típica, como mecanismo frenador do poder de atuação do estado ante a incidência da pena criminal, vem a lume o princípio da insignificância.³²

30. Carvalho, op. cit., p. 33.

31. Zipf, Heinz, *Introducción a la política criminal*, Madrid, Ed. de Derecho reunidas, 1979, p. 102, *apud* Mañas, Carlos Vico, *Princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 56.

32. Conquanto não haja uniformidade na doutrina nacional e estrangeira que por vezes se utilizam indistintamente dos termos princípio da intervenção mínima e princípio da insignificância, filiamo-nos a corrente de pensamento interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e que os distingue em função do caráter da subsidiariedade e da fragmentariedade que abarcam o primeiro e do apego às regras da chamada tipicidade material que abarcam o segundo. Na intervenção mínima existe uma regra de cunho abstrato que impede a incidência de norma penal incriminadora porque se veda, antes que venha a se aplicada, a sua construção. Na insignificância, ao contrário, há criação do tipo penal que, contudo, não pode ser concretamente aplicado pela ausência de tipicidade material (Zaffaroni, é verdade, fala em antijuridicidade material, *Tratado*, op. cit., t. 3, p. 553) em face da conduta humana efetivamente caracterizada. Não consideramos, pois correto, confundirem-se os dois institutos ou aproveitar-se a estrutura de um para caracterização do outro.

Como caracteriza Vico Mañas, o princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de político-criminal de expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.³³

É nesse contexto que deve ser entendido o princípio da insignificância. É ele um instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.³⁴

Deixa, assim, a ofensa aos citados bens de ter relevância penal, se os princípios constitucionais não restarem por ela arranhados. Mas não apenas na hipótese de não ter sido alcançada a lesão relevante interfere o princípio. Tiedemann, citado por Zaffaroni,³⁵ enxerga além disso, correlacionando-o ao princípio da proporcionalidade que deve reger a mediação entre o delito como causa e a gravidade da intervenção estatal como consequência.

Como afirma Carvalho³⁶ o bem jurídico protegido pela norma penal deve sofrer um processo de avaliação diante dos valores constitucionais de âmbito e relevância maiores, sendo certo que o Direito Penal, como parte do sistema global tutelado pela norma maior, dela não poderá afastar-se.

Expressão do princípio da proporcionalidade é também o da individualização da pena. A graduação da sanção penal se faz tendo como parâmetro a relevância do bem jurídico tutelado e a gravidade da ofensa contra ele dirigida e deve ser fixada, pois, tanto na espécie e no quantitativo que lhe sejam proporcionais.

33. Op. cit., p. 56.

34. Mañas, op. cit., p. 58.

35. Op. cit., p. 554.

36. Op. cit., p. 34.

Além destes até aqui elencados e perfunctoriamente analisados, o Estado de direito material é responsável pelo reconhecimento ainda de outros princípios dentro do sistema penal moderno.

A procura de princípios básicos do Direito Penal exprime o esforço para, a um só tempo, caracterizá-lo e delimitá-lo. Existem efetivamente alguns princípios básicos que, por sua ampla recepção na maioria dos ordenamentos jurídico-penais positivos da família romano-germânica, pela significação política de seu aparecimento histórico ou de sua função social, e pela reconhecida importância de sua situação jurídica — condicionadora de derivações e efeitos relevantes — constituem um patamar indeclinável, com ilimitada valência na compreensão de todas as normas positivas.

Tais princípios básicos, embora reconhecidos ou assimilados pelo Direito Penal, seja através de norma expressa, seja pelo conteúdo de muitas normas a eles adequadas, não deixam de ter um sentido programático, e aspiram ser a plataforma mínima sobre a qual possa elaborar-se o Direito Penal de um Estado de direito democrático.³⁷

O certo é que apenas sob o fundamento de um Estado democrático de direito se pode pensar na reconstrução de um sistema penal mais harmonizado com o sentido garantidor da liberdade que tanto se busca como forma de redução das potencialidades interventivas do Estado sob a esfera de direitos mais caros da sociedade e do indivíduo. Sob essa ótica cada autor procura centrar seu estudo sobre os princípios demarcatórios da reedificação democrática do Direito Penal.

Cada um desses princípios foi ou será, nesta ou em outra obra da série, objeto de análise para (re)avaliação de sua capacidade básica de interferir no sistema para permitir uma operacionalização democrática. Assim, para concluir este item, e apenas citando os autores mais comprometidos com a nossa realidade normativa e social, podemos apontar os seguintes princípios como roteiro base para um Direito Penal de um Estado de direito material.

37. Batista, op. cit., pp. 61-62.

Para Nilo Batista³⁸ são cinco os princípios básicos do Direito Penal: legalidade (ou reserva legal, ou intervenção legalizada); intervenção mínima, lesividade; humanidade e culpabilidade.

Para Luiz Luisi³⁹ apresentam-se com esse poder os princípios da legalidade dos delitos e das penas, da intervenção mínima, da humanidade e os da pessoalidade e da individualização da pena.

René Ariel Dotti,⁴⁰ em elenco mais volumoso, correlacionado os princípios às bases constitucionais do Direito Penal, destaca os seguintes: intervenção mínima; intervenção legalizada; legalidade dos ilícitos e das sanções; irretroatividade da lei mais grave e retroatividade da lei mais benigna; personalidade e individualização das sanções; responsabilidade em função da culpa; retribuição proporcionada; reações penais como processo de diálogo (finalidade da pena) e humanidade das sanções.

Márcia Dometila Lima de Carvalho,⁴¹ também sob a ótica do Direito Constitucional, vislumbra com maior relevância, conquanto se refira a outros incidentalmente, aos princípios legalidade e da culpabilidade.

De nossa parte reconhecemos pertinentes ao Estado de direito material os seguintes princípios do Direito Penal quanto ao preceito primário: legalidade,⁴² intervenção mínima, insignificância, taxatividade, lesividade, culpabilidade e humanidade. Quanto ao preceito secundário enumeramos os princípios da proporcionalidade, individualização e finalidade da pena.

Esses princípios não excluem três outras categorias igualmente relevantes. A primeira decorrente de um conjunto de regras constitucionais conformadoras do sistema político estatal que molda

38. Op. cit., pp. 64-105.

39. Op. cit., pp. 13-40.

40. "Bases constitucionais do direito penal democrático", In *Reforma Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1988, pp. 330-358.

41. Op. cit. pp. 53-74.

42. O princípio da legalidade penal pode ser ainda desdobrado nos seguintes princípios decorrentes: anterioridade da lei penal, irretroatividade, retroatividade penal benéfica, exigibilidade de lei escrita, proibição da analogia, taxatividade, legalidade da pena e legalidade das contravenções penais.

os aspectos tanto ideológicos quanto pragmáticos do Direito Penal; a segunda derivada das técnicas de interpretação e extração da semântica constitucional pela doutrina que realiza a aproximação dos valores materiais integrativos da Constituição com a semântica penal; a terceira categoria é formada por um conjunto de regras auxiliares definidoras de estratégia concreta de atuação penal quer sob a forma de estabelecimento de normas quanto à execução das penas, por exemplo, quanto aquelas que indicam as orientações constitucionais criminalizadoras, descriminalizadoras e incidência criminalizadora proibida.

Nesta obra, doravante, analisaremos com exclusividade os princípios penais que podem ser extraídos do conjunto de regras constitucionais conformadoras do sistema político estatal que, conforme apregoamos, molda os aspectos ideológicos e pragmáticos do Direito Penal.

Cabe insistir na premissa eterna firmada na idéia que a única razão de se estudar o Direito Penal sob o enfoque de seus princípios fundamentais esta guardada pela circunstância de se vivê-lo dentro de um Estado democrático de direito material.

CATEGORIAS CONSTITUCIONAIS E DIREITO PENAL

3.1 Introdução — 3.2 Categorias constitucionais — 3.3 Normas e princípios constitucionais — 3.4. Princípios constitucionais; 3.4.1 Princípios jurídicos fundamentais; 3.4.2 Princípios políticos constitucionalmente conformadores — 3.5 Normas constitucionais — 3.6 Direitos fundamentais — 3.7 Garantias individuais — 3.8 Remédios constitucionais — 3.9 Relações entre as categorias constitucionais e Direito Penal.

3.1 Introdução

A Constituição, a exemplo da lei penal, representa um conjunto de garantias que são reconhecidas em favor dos indivíduos ante o poder do Estado, no caso do Direito Penal, do *jus puniendi*. A fonte primária do Direito Penal é a lei, precipuamente a Constituição, de tal forma que espelha e reproduz em seus dispositivos as principais garantias fixadas no texto maior. Há, porém, reflexos da Constituição sobre a lei penal que não estão expressos no Direito positivo, mas que constituem a base sobre a qual o mesmo é erigido. São os princípios informativos gerais do Direito e do Estado. Interessa-nos exclusivamente, dentre esses, aqueles que tenham projeção não expressa, mas imediata, sobre o Direito Penal. Em virtude disso referir-nos-emos a eles como sendo *princípios constitucionais gerais em matéria penal*, expressão de uma espécie correspondente ao gênero princípios políticos constitucionalmente conformadores.

Para definirmos a amplitude do conceito de princípios constitucionais não podemos prescindir de análise individualizadora pelo método comparativo com as demais categorias¹ jurídicas a eles semelhantes até mesmo porque categorias constituem neste trabalho um processo de conhecimento relativamente a priori, não obstante pressuporem dados objetivos e empíricos (experiências constitucionais, problemas concretos da vida política, conflitos sociais, etc.). Como não existem categorias ontológicas eternas e como também não é possível um mero conhecimento apriorístico das categorias e, muito menos, fixação de uma tabela completa de categoria, o sentido utilizado no texto, aproxima-se, portanto, de um conceito operacional, de um instrumento do compreender *ad hoc* (categorias em função). É uma idéia que se aproxima das pontuações de que fala Orlando de Carvalho (Critério e estrutura, p. 869), na medida em que são heurísticamente fecundas para a compreensão de constituição e não aspiram a ser mais do que indicadores e pontos de apoio baseados em certa experiência (política, jurídica, teórica).

3.2 Categorias constitucionais²

Há bastante tempo que a doutrina brasileira tem carecido de uma exame, ainda que mínimo, para correção de algumas imprecisões de

1. Como faz Canotilho (*Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Coimbra editora, 1994, pp. 130-131), conquanto estejamos a abordar outras espécies de categorias jurídicas, advirta-se que o termo categoria será aqui utilizado num sentido propedêutico de conhecimento não hermético e, por isso, desvinculado das concepções filosóficas fundamentais quanto a este problema: a lógica-ontológica (desde Aristóteles) e a transcendental-lógica (sobretudo a partir de Kant). Se se quiser, pode dizer-se que as este se apresenta como um dos temas mais tormentosos para a doutrina constitucional moderna.

2. Muito embora não tenhamos incluído no âmbito desta análise sobre as categorias constitucionais as noções de valores e liberdades, ressaltamos-as em função das lições de Miguel Reale (*Teoria tridimensional do direito*, São Paulo, Saraiva, 1968) e de José Afonso da Silva, (*Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 1993). Exprime Miguel Reale que onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente; um valor, que confere determinada significação a este fato; e finalmente, uma regra ou norma que representa a relação ou medida que

terminologia constitucional. O corrente debate que se trava em torno das expressões e das figuras constitucionais revela que a jurisprudência e muitos autores não têm se valido de conceitos dotados de um grau satisfatório de precisão na análise dos institutos. Sem nenhuma outra pretensão acadêmica, senão a de inaugurar um processo de revalorização da amplitude de algumas figuras (valores ou categorias) constitucionais básicas, levamos adiante este pequeno esforço.

O ponto de partida escolhido normalmente para a missão reside no art. 5.º da Constituição brasileira que resguarda em seus vários incisos alguns *princípios, direitos, normas, garantias e remédios constitucionais*. Não nos cabe nesta fase, ainda incipiente de contato com o tema, fechar em números *clausus* o rol de cada categoria, elencando os respectivos incisos, até porque a matéria é complexa e sujeita a flutuações. O objetivo não é o de definir, mas o de traçar os contornos de precisão regular para compreensão do tema.

À ciência do Direito Constitucional pertence compreender as normas (aqui genericamente falando) jurídicas com relevância constitucional, desenvolvendo os instrumentos hermenêuticos adequados ao processo de obtenção e concretização do direito.

A perspectiva que nos vai permitir compreender a ordem constitucional no seu conjunto liga-se à idéia ou pensamento de sistema interno. Em termos sintéticos, significa isso a compreensão da Constituição como um conjunto de princípios de sentido, reciprocamente relacionados, independentes e complementares, apontando global e tendencialmente para a unidade axiológico-normativa do sistema constitucional.³

integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor. Francesco Palazzo, como visto, também se utiliza da idéia de valor constitucional como categoria. Ao analisar os direitos e deveres individuais e coletivos - sendo que deveres aqui é expressão fora de propósito, de cunho demagógico e não científico, representando apenas a idéia de limitação opositiva ao exercício do direito - refere-se em diversas passagens ao que poderíamos chamar de direito, como sendo liberdades, espécie daquele gênero. Também outros o fazem como Manuel Gonçalves Ferreira Filho, Ada Pellegrini Grinover e Anna Cândida Cunha Ferraz, ao classificarem alguns direitos como liberdades públicas. Fá-lo, igualmente, José Cretella Jr.

3. Canotilho, *Direito constitucional*, op. cit., p. 117.

Para isso se faz necessária a interligação entre as categorias constitucionais afetas à natureza primária de sua estrutura positiva.⁴

Os termos *princípios, normas, direitos, garantias e remédios constitucionais* são equívocos no plano jurídico. A confusão terminológica tem levado autores às mais diversas definições de cada uma das expressões e assim gerado, senão certa contradição, ao menos imprecisões largamente disseminadas na doutrina de tal forma que, hoje, impossível pacificá-la em torno de adequadas delimitações conceituais.⁵

Várias das disposições expressas em incisos do art. 5.º da Constituição brasileira são diferentemente classificadas pela doutrina e, em face disso, efeitos também divergentes podem ser operados de acordo com a natureza que se empreste a cada cláusula.

Como forma de se demonstrar as possibilidades desses efeitos basta atentar ao disposto no parágrafo 1.º do referido art. 5.º. Apenas as normas definidoras dos *direitos e garantias fundamentais* têm aplicação imediata, sendo perfeitamente lógico intuir-se que as normas de outra natureza, que não estão apontadas, traduzam propósito de conteúdo meramente programático, ou de concretização futura e incerta.

Podemos identificar como *categorias* constitucionais a seguinte escala de valores, dispostos em ordem meramente alfabética: *direitos, garantias, normas, princípios e remédios*.

Desses, os últimos são de índole exclusivamente processual e podem ser traduzidos pelas chamadas, segundo Silva Pacheco,⁶ *ações constitucionais típicas*.

4. Com isso marcamos a diferença entre a nossa concepção de categoria para o âmbito deste trabalho e a de Canotilho (*Constituição dirigente*, op cit., pp. 130 e ss.) onde aquelas são empregadas na definição de uma teoria da Constituição.

5. Não satisfeito com a já suficiente polêmica, Lauria Tucci (in verbete na *Enciclopédia Saraiva de Direito*) vislumbra ainda uma outra possível classificação quando aborda a assistência judiciária, chamando-a de benefício, categoria que poderia englobar ainda outros dispositivos do art. 5.º da Constituição Federal, tais como a gratuidade prevista nos incisos LXXVI e LXXVII.

6. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

Carece esclarecer, desde logo, que as *categorias* não são mutuamente excludentes entre si, nada impedindo que uma determinada possa cumular naturezas, conquanto uma delas possa ter primazia sobre a outra ou as demais. No caso dos *remédios*, é natural que sejam também considerados como *direitos*, ao menos na via de *direito de ação*, ou também como *garantia* constitucional. As especializações das *categorias* atendem a interesses evolutivos do Direito Constitucional, sobretudo no aspecto do estudo da aplicabilidade e da efetividade da Constituição.

Embora anteriormente já tenhamos nos referido a esses termos sem fixar precisamente seu entendimento, como o estudo do moderno Direito Constitucional torna necessário o uso dessas expressões cada vez com maior intensidade no conteúdo que se quer precisar, urge delimitar o significado de cada um dos temas, ainda que isso, hodiernamente, possa ser considerado como excesso, em vista da quase completa vulgarização das expressões.

Conquanto a utilização vulgar das expressões possa dar a idéia de que conduz a um quadro irremediavelmente grave e caótico, convém acenar com gestos otimistas aos que procurarem ingressar no âmago da questão, pois de acordo com a aguda percepção de Sampaio Dória,⁷ nesse tema, “os homens dissentem mais em virtude da equivocidade da linguagem que usam, do que pelas concepções que têm das realidades em si.”

3.3 Normas e princípios constitucionais

Se mesmo ainda hoje não é pacífica a distinção entre normas e princípios constitucionais, como aponta Canotilho,⁸ nem por isso se pode deixar de reconhecer que essas categorias apresentam-se mais próximas, na maior parte das vezes, ensejando maior grau de dificuldades quanto à identificação do que as demais.

Diversos critérios têm sido utilizados ao longo do tempo pela mais variada doutrina para buscar o estabelecimento de distinções

7. *Curso de Direito Constitucional*, v. 1, 1946, prefácio.

8. *Direito constitucional*, op. cit., p. 119.

definitivas. O primeiro desse critérios funda-se na eleição do *grau de abstração* das categorias. Apontam que nestes evita-se acentuar as diferenças qualitativas entre as categorias, insistindo-se, ao invés, no reconhecimento de um grau tendencialmente mais abstrato dos princípios em relação às normas.

Tal método, basicamente empírico, encontra facilidades quanto à identificação dos princípios não expressos, decorrentes do regime político adotado ou dos princípios expressos (e, portanto, normatizados) constantes da Constituição, mas conduz a equívocos quanto aos princípios positivados.

Outro critério anotado por Canotilho é o do *grau de determinabilidade de aplicação* que conduza à idéia de necessidade de concretização dos princípios em comparação com a possibilidade de aplicação direta das normas.

Esse critério também não é absolutamente seguro pois os princípios são dotados de graus diferentes de aplicabilidade (a exemplo das normas constitucionais), há princípios de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral e, por outra banda, normas de eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral, como faz crer José Afonso da Silva.⁹

Também se utiliza o critério do *conteúdo de informação* que conduz a separar os princípios *abertos* ou *informativos*, sem densidade de aplicação concreta, e as normas, com disciplina jurídica imediata para determinados tipos ou pressupostos de fato.

Repetem-se os problemas quanto ao critério do *grau de determinabilidade de aplicação*, com o risco adicional de maior abstração nesta nova técnica que, de saída, apresenta-se útil apenas quanto a uma parcela dos princípios, precisamente aqueles *abertos* ou *informativos*, talvez até em maior parte num sistema constitucional de interpretação evoluída, mas de intenso subjetivismo em ambas as pontas do tema.

Há, por fim o critério mais extremo denominado de *separação radical* que aponta para rigorosa distinção qualitativa quer quanto a estrutura lógica quer quanto à intencionalidade normativa.

9. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, pp. 67-75.

Embora hipoteticamente ideal esse critério, nem por isso deixa de apresentar seus inconvenientes posto que a distinção qualitativa quanto à estrutura, a exemplo do *critério do grau de abstração* implica dificuldades na extensão aos princípios positivados visto que a estrutura lógica não é necessariamente unívoca, sendo indispensável compor-se, simultaneamente a técnica de identificação da *intenção normativa*, que além de conter doses casuísticas de subjetivismo, faz ingressar no perigoso terreno da *psicologia legislativa*, agravada ainda mais em se tratando de *psicologia constitucional* onde as fobias ou manias do intérprete tendem a contaminar uma análise que, de início, já não seria ideologicamente neutra ou a fazer com que estas espelhem, ficticiamente, um defeito da intencionalidade normativa ou principiológica que, efetivamente, pode não ter ocorrido.

Em conclusão, apresentamos o pensamento que apenas as combinações dos critérios, sem exclusão, aliado ao emprego de duas técnicas apontadas por Canotilho, são teoricamente eficazes para distinguir normas de princípios. São as técnicas: o conhecimento de que os princípios beneficiam-se de uma *objetividade* e *presencialidade normativa* que os dispensa de estarem consagrados expressamente em qualquer preceito particular; o fato de os princípios carecerem de uma *mediação semântica* mais intensa, dado a sua idoneidade normativa irradiante ser, em geral, acompanhada por menor densidade concretizadora.¹⁰

A articulação de princípios e normas, de diferentes tipos e características, iluminará a compreensão da Constituição como um sistema interno assente em princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, assentam em subprincípios e normas constitucionais concretizadores desses mesmo princípios. Quer dizer: a Constituição é formada por normas e princípios de diferentes graus de concretização.¹¹

Existem, em primeiro lugar, certos princípios que se designam por princípios estruturantes, constitutivos e indicativos das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. São, por assim dizer, as constantes jurídico-constitucionais do estatuto político. São, por

10. *Direito constitucional*, op. cit., p. 119.

11. Canotilho, *Direito constitucional*, op. cit., p. 129.

exemplo, o princípio do Estado de Direito, o princípio democrático e o princípio republicano.

Estes princípios ganham concretização através de outros princípios que densificam os princípios estruturantes, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno.

Estes princípios gerais fundamentais podem, por sua vez, densificar-se ou concretizar-se ainda mais através de outros princípios constitucionais especiais.

É evidente que os princípios estruturantes não são apenas densificados por princípios constitucionais gerais ou especiais. A sua concretização assenta também nas várias normas constitucionais, qualquer que seja a sua natureza.

3.4 Princípios constitucionais

A palavra *princípio* é equívoca. Aparece com sentidos diversos, podendo significar *começo* ou *início*. Assim, fala-se em *norma de princípio* (ou disposição de princípio) para expressar que uma norma contém o início ou esquema de um órgão, entidade ou de programa, como são as normas de *princípio institutivo* e as de *princípio programático*.

Não é nesse sentido que se se acha a palavra *princípios* da expressão *princípios fundamentais* do Título I da Constituição. *Princípio* aí exprime a noção de “mandamento nuclear de um sistema”.

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele; disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere à tônica e lhe dá sentido harmônico.

Violar um princípio é muito mais grave do transgredir uma norma. A desatenção ao princípios implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todos o sistema de comandos. É a mais

grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.¹²

Valendo-se da teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale, pontifica Luís Roberto Barroso que princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores principais da ordem jurídica. A Constituição é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A idéia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que *costuram* suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.¹³

Os *princípios* são ordenações que se irradiam e imitam os sistemas de normas, são — como observam Canotilho e Vital Moreira — “núcleos de condensações nos quais confluem *valores e bens* constitucionais”. Os princípios que começam por ser a base de normas jurídicas podem estar positivamente incorporados, transformando-se em *normas-princípio* e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.

A utilidade dos princípios reside na sua capacidade conformadora do raciocínio interpretativo da Constituição como forma de se manter a coerência e unidade das interações normativas fundamentais, quer no âmbito interno, quer no espectro externo à própria Constituição.

Aos princípios costuma-se emprestar um conjunto variado de funções. Em primeiro lugar, sobretudo nos momentos revolucionários, resulta saliente a função ordenadora dos princípios. As revoluções, no mais das vezes, são feitas em nome de poucos princípios, a partir dos quais, ao depois, extrair-se-ão os preceitos que mais direta e concretamente refletirão a sociedade e o Estado.

12. Mello, Celso Antonio Bandeira de, *Elementos de Direito Administrativo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 230.

13. “Princípios constitucionais brasileiros”, *In Estudos*, suplemento à 2.^a edição de *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, Rio de Janeiro, Renovar, 1993, p. 285.

Outras vezes os princípios exercem uma ação imediata na medida em que tenham condições para serem auto-executáveis. Exercem, ainda, uma ação tanto em um plano integrativo e construtivo como em um plano essencialmente prospectivo.

No primeiro caso, os princípios ficam à mercê de uma legislação integradora que lhes dê eficácia. No segundo caso, na sua função prospectiva, os princípios procuram ganhar uma aplicabilidade cada vez maior, destilando o seu conteúdo por diversos setores da vida social. Exemplo deste último seria o princípio democrático cuja maior conformação da vida social pode ir sendo adquirida na medida em que se for fazendo dele aplicação.

Jorge Miranda ressalta a função ordenadora dos princípios fundamentais, bem como sua ação imediata, enquanto diretamente aplicáveis ou diretamente capazes de conformarem as relações político-constitucionais, aditando, ainda, que a ação imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critério de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema.

O Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O Direito é ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultante de vigência simultânea; é *coerência* ou, talvez, mais rigorosamente, *consistência*; é unidade de sentido, é valor incorporado em regra. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor projeta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos.¹⁴

O ponto central da grande transformação por que passam os princípios reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta, inconcussamente proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salta dos Códigos, onde os princípios eram fontes de mero teor supletório, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais.

14. Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, Tomo II, p. 197.

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, tornam-se, doravante as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas.

A Constituição faz transparecer com os princípios uma “supra-legalidade material” e se torna, simultaneamente, fonte primária do ordenamento e ao mesmo tempo fonte subordinada do mesmo: ao obter este sua primária expressão reflexa, declara-se derivado e subordinado à ordem dos valores socialmente professados.

A Constituição também aparece como gérmen principal do ordenamento, e é o elemento que faltava para a explicação acabada e satisfatória da teoria das fontes.

Enfim, a Constituição ao mesmo tempo que é fonte primária em sua consideração formal, é fonte material ou de conteúdo, porquanto, não só assinala o *ubi jus*, senão que indica também o *unde jus*, ou seja, onde o Direito se localiza e donde o Direito procede.

Tudo isso faz extremamente claro desde que a Constituição, sendo com é, na mais prestigiosa doutrina constitucional, uma expressão do consenso social sobre os valores básicos, torna-se fonte completa da ordem jurídica, fazendo de seus princípios estampados naqueles valores, o critério mediante o qual se mensuram todos os conteúdos normativos do sistema, pelo fato de encontrarem consagração e formulação na lei constituinte.

Os princípios, como fonte material do Direito, carecem de autonomia formal; mas isso não implica que, por essa mesma razão, percam sua substantividade e especialidade normativa. Incorporados à Constituição, adquirem nela o mais alto grau normativo a serviço de sua função informadora do ordenamento, mas nem por isso ficam convertidos em lei formal, do mesmo modo que a versão escrita ao costume não o priva de seu peculiar caráter de norma consuetudinária.

A constitucionalização dos valores básicos e dos princípios deles derivados não somente coloca o juiz no marco necessário de uma jurisprudência de valores, senão que acolhe o fundamento básico e assinala o sentido inspirador nos quais deverá desenvolver-se o exercício do poder legislativo.

Afirmar que os princípios garantem unicamente a parte organizativa da Constituição, a estrutura e a competência dos órgãos constitucionais, seria privá-lo de eficácia juridicamente vinculante para a proteção e a garantia dos indivíduos e dos grupos sociais, comprometendo o valor e a funcionalidade de todo o sistema constitucional, cujas várias partes se ligam estreitamente.

Essa a razão pela qual se reputa tão significativo e salutar a fixação de princípios constitucionais em matéria penal, como meio e condição de resguardar um determinado conjunto de valores sociais, individuais, éticos e humanistas, postos a salvo das questões meramente circunstanciais e temporais, como forma de eleição de um modelo de sistema de proteção aos interesses humanos fundamentais na duas pontas de atuação do Direito Penal: a orientação criminalizadora e a orientação de salvaguarda da liberdade.

As Constituições fazem no século XX o que os Códigos fizeram no século XIX: uma espécie de positivação do Direito Natural, não pela via racionalizadora da lei, enquanto expressão da vontade geral, mas por meio dos princípios gerais, incorporados na ordem jurídica constitucional, onde logram valoração normativa suprema, ou seja, adquirem a qualidade de instância primária, sede toda a legitimidade do poder. Isto, por ser tal instância a mais consensual de todas as intermediações doutrinárias entre o Estado e a Sociedade.

Os princípios baixaram primeiro das alturas montanhosas e metafísicas de suas formulações filosóficas para a planície normativa do Direito Civil. Transitando daí para as Constituições, noutro passo largo, subiram ao degrau mais alto da hierarquia normativa.

Ocupam doravante, no Direito Positivo contemporâneo, um espaço tão vasto que já se admite até falar em Estado *principal*, nova fase caracterizadora das transformações por que passa o Estado de Direito.

A teoria dos princípios, porfiando contra o arbítrio, em verdade busca fazer com que eles se compadeçam com a normatividade e o

exercício do poder, de conformidade com as mais arraigadas exigências da natureza humana, com fundamento na Constituição.

Em verdade, os princípios gerais, elevados à categoria de princípios constitucionais, desatam, por inteiro, o nó problemático da eficácia dos chamados princípios supraleais, terminologia que tende a cair em desuso, arcaísmo vocabular de teor ambíguo, enfim, locução desprovida já de sentido, salvo na linguagem jusnaturalista.

Fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição.

Essa posição de supremacia se concretizou com a jurisprudência dos princípios, que outra coisa não é a mesma jurisprudência dos valores, tão em voga nos tribunais constitucionais de nossa época. As sentenças dessas Cortes marcam e balizam a trajetória de juridicização cada vez mais fecunda, inovadora e fundamental dos princípios.

Quanto às relações que travam entre si os princípios como categoria constitucional, objetivando já avançar o tema em direção à classificação quanto à tipologia dos princípios, cabe ressaltar que há princípios que se traduzem em normas da Constituição, enquanto há outros que pairam abstratamente sobre o ideal constitucional conferindo-lhe tonalidade mas sem redução normativa. Exercem função ordenadora sobre a vida jurídico-política do país e se inferem da Constituição. Esta deve ser compreendida como um *sistema interno*, onde existe uma conexão de princípios imanentes (expressos ou implícitos, revelados ou não em normas constitucionais), constitutivos de uma certa ordem e unidade.¹⁵

Fala-se assim no *princípio da unidade da constituição*, ou no *princípio da máxima efetividade*, ou do *princípio da harmonização*, ou ainda do *princípio da interpretação conforme a constituição*, todos citados por Canotilho¹⁶ e que implicam comandos basilares do

15. Canotilho, *Direito constitucional*, op. cit., op. cit., pp. 161-165.

16. Op. cit., pp. 120 e segs.

sistema constitucional que informa a teoria constitucional emergente daquela situação jurídica dominante num determinado Estado, vinculando seus poderes e estendendo seus domínios.

Mas há também os princípios normatizados que servem de norma-orientação ao legislador a quem cabe observá-los e garantir-lhes eficácia na formulação e integração do Direito. Fala-se assim no *princípio da legalidade*, com diversas expressões constitucionais (legalidade geral, legalidade penal, legalidade tributária etc.), no *princípio da anterioridade da lei*, *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*, entre outros.

As classificações dos *princípios constitucionais* não obedecem a rigoroso critério uniforme de tal modo que cada doutrinador não se exime de apresentar a sua própria. Variam na exata medida em que se modificam as aspirações quanto ao alcance e conteúdo dos valores constitucionais que permeiam a super-estrutura das disposições constitucionais positivas. Preferimos a classificação oferecida por Canotilho pelas circunstâncias de ser bastante atual e de introduzir uma categoria especial de princípios de grande relevância ao nosso estudo.

Segundo a classificação de Canotilho são quatro as espécies de princípios constitucionais. Há aqueles que se consideram princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. São os chamados *princípios jurídicos fundamentais*.

Há os *princípios políticos constitucionalmente conformadores* que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Aqui situam-se os princípios definidores da forma do Estado, princípios caracterizadores da forma de governo e princípios estruturantes do regime político.

Nos *princípios constitucionais impositivos* subsumem-se todos os princípios que no âmbito da Constituição dirigente impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas.

Há, por fim, os *princípios-garantia* que visam instituir direta ou indiretamente uma *garantia* aos cidadãos. É-lhes atribuída a densi-

dade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa. Cita como exemplos o *nullum crimen sine lege*, o princípio do juiz natural, os princípios *non bis in idem* e *in dubio pro reo*. Como se disse, esses princípios traduzem-se no estabelecimento direto de garantias para os cidadãos e em virtude disso muitos se referem a eles como *princípios em forma de norma jurídica*.

Destes ora elencados, os dois primeiros por se tratarem de princípios estruturantes, constitutivos e indicativos das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional, merecerão neste trabalho destaque particularizado, sobretudo o segundo deles — princípios políticos constitucionalmente conformadores — objeto central de todo o raciocínio finalista da pesquisa, cuja introdução é apresentada em item na seqüência e o desenvolvimento particularizado objeto dos capítulos futuros.

3.4.1 Princípios jurídicos fundamentais

Consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional.¹⁷

Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo. Apresentam-se sob duas grandes formas, ou de maneira mais consistente, com duas grandes funções: uma negativa e outra positiva.

A função negativa dos princípios jurídicos fundamentais os torna particularmente relevante nas situações limite ante os conflitos do Estado de Direito X o Estado de não-direito ou a democracia X a ditadura. Aponta Canotilho ainda que esses princípios, sob a função negativa, é ainda importante noutros casos em que não está em causa a negação do Estado de Direito e da liberdade democrática.

Exemplifica com o princípio expresso da *proibição do excesso*, constante da Constituição portuguesa em diversas passagens, mas que

17. Canotilho, *Direito constitucional*, op. cit., p. 120.

pode ser enfeixado sob o manto central da norma prevista no art. 18, item 2, cuja rubrica superior revela-nos o sentido de *força jurídica*. Dispõe o citado diploma que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

A esse princípio não é atribuída uma natureza essencialmente política, embora seja natural que fundado numa concepção ideológica de poder e de Estado, considere-se sobretudo um princípio jurídico-constitucional e sua força normativa decorre precisamente dessa característica que lhe dá aplicabilidade imediata e força vinculante.

Os princípios jurídicos fundamentais têm também uma *função positiva*, informando materialmente os atos dos poderes públicos.¹⁸

Não é difícil perceber que no campo do Direito Penal que emerge do *telos* constitucional se pode facilmente observar a importância desses princípios. Há uns que são puramente de Direito Penal (legalidade dos delitos e das penas) e que se apresentam simultaneamente vestidos com as funções positivas e negativas. O princípio da legalidade dos delitos e das penas não apenas exige o *como fazer*, mas impõe também o *é proibido fazer de outra modo*.

Também o *princípio-norma constitucional de reserva* (art. 5.º, § 2.º da Constituição brasileira) insere-se nesse programa identificador dos princípios jurídicos fundamentais de relevância penal pela via indireta.

O princípio garantidor da intranscendibilidade da pena (art. 5.º, XLV) é outro de caráter simultaneamente positivo e negativo e tematicamente correlato surge. logo em seguida, o princípio da individualização da pena com caráter gêmeo.

Em virtude dessa dimensão determinante (positiva e negativa) dos princípios, reconhece-se hoje que, mesmo não sendo possível

18. Exemplifica Canotilho que a eficácia material positiva se reconhece ao já citado princípio da proibição do excesso. Proibir o excesso não é só proibir o arbítrio; é impor, positivamente, a exigibilidade, adequação e proporcionalidade dos atos dos poderes públicos em relação aos fins que eles perseguem. Trata-se, pois de um princípio jurídico-material de justa medida. (*Direito constitucional*, op. cit., p. 120.)

fundamentar autonomamente, a partir deles, recursos de direito público (o que é discutível), eles fornecem sempre diretivas materiais de interpretação das normas constitucionais. Mais do que isso: vinculam o legislador no momento legiferante, de modo a poder dizer-se ser a liberdade de conformação legislativa positiva e negativamente vinculada pelos princípios jurídicos gerais.¹⁹

Quando muito, a liberdade de conformação legislativa no preenchimento das permissões constitucionais derivas do uso de expressões abertas, estará negativamente determinada e, em menor medida, heterônoma-positivamente conformada pelo princípio regente. Daí que a escala de vinculação se situe também entre a competência de qualificação legislativa positivamente vinculada e a competência de qualificação legislativa com proibição de arbítrio.²⁰

3.4.2 *Princípios políticos constitucionalmente conformadores*

Os chamados princípios políticos constitucionalmente conformadores, ou simplesmente princípios político-constitucionais, também designados por decisões fundamentais,²¹ princípios estruturantes ou normas de estrutura do Estado, constituem um dos campos em que é mais flagrante a oposição entre defensores da constitucionalização da política e os adeptos da liberdade da política, entre juridificação dos problemas constitucionais e politicização da luta jurídico-constitucional.²²

Designam-se por princípios políticos constitucionalmente conformadores os princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Nestes princípios se condensam as opções políticas nucleares e se reflete a ideologia inspiradora da Constituição. Expressando as concepções políticas triunfantes ou dominantes numa assembléia constituinte, os princípios políticos-constitucionais são o cerne político de uma Constitui-

19. Canotilho, *Direito constitucional*, op. cit., p. 121.

20. Canotilho, *Constituição dirigente*, op. cit., p. 285.

21. Canotilho, *Constituição dirigente*, op. cit., p. 285.

22. Veja o decisionismo na obra de Carl Schmitt, já citada.

ção política, não admirando que: sejam reconhecidos como limites do poder de revisão; se revelem os princípios mais discretamente visados no caso de alteração profunda do regime político.²³

Nesta sede situar-se-ão os *princípios definidores da forma de Estado*, os *princípios definidores da estrutura do Estado*, os *princípios estruturantes do regime político* e os *princípios caracterizadores da forma de governo* e da organização política em geral.

Tal como acontece com os princípios jurídicos gerais, os princípios políticos constitucionalmente conformadores são princípios normativos, retrizes e operantes, que todos os órgãos encarregados da aplicação do direito devem ter em conta, seja em atividades interpretativas, seja em atos inequivocamente conformadores.²⁴

Optamos, desde o início de nossa proposição, por valorizar agudamente a influência dos princípios políticos constitucionalmente conformadores na edificação de um determinado sistema modelar de Direito Penal.

Convencidos que somos de, a exemplo da própria Constituição de cada Estado, representar o Código Penal ou a somatória da legislação penal incriminadora avulsa de um Estado uma característica única, identificadora e individualizadora de cada qual, como pudessem ser expressão da própria personalidade político-ideológica de cada um, impossível justificar as alternativas penais adotadas pelo Estado senão a partir do exame de seus princípios políticos reitores.

Como estamos a fazer Direito e não meramente Sociologia, claro que esses princípios políticos não podem deixar de ser captados senão a partir do documento institucional que define o perfil de atuação estatal, qual seja, a Constituição.

Nos capítulos que se seguem há o registro de como atuam esses princípios na definição do Direito Penal, registrando desde já que nem todos eles são expressos normativamente, formando, desse modo um leque de princípios abertos.

Apenas encerramos aqui com a citação, sempre, de Canotilho ao ponderar sobre a força determinante desses princípios. Assevera que

23. Canotilho, *Direito constitucional*, op. cit., p. 121.

24. Canotilho, *Direito constitucional*, op. cit., p. 122.

o problema da força vinculante dos princípios políticos constitucionalmente conformadores não se soluciona a partir da dicotomia entre princípios abertos e princípios normativos. Hoje, parece líquida a questão relativamente à sua natureza de conceitos em branco ou de normas meramente programáticas: os princípios político-constitucionais, sendo pevalentemente programáticos, constituem, contudo, direito imediatamente vigente. Diferente e mais complexa se afigura a questão da sua densidade normativa. A posição que aqui se sustenta, de acordo com o esquema de vinculação proposto, é a de que não tem sentido acantonar as soluções em dois campos opostos: o da discricionariedade legislativa, onde os atos de legislação se considerariam vinculados heteronomamente por estes princípios, e o da liberdade de conformação, em que não é possível falar de heteronomia positivamente vinculante. Seguro nos parece que, a estar correta a demonstração do sentido da discricionariedade legislativa, não se pode falar em princípios político-constitucionalmente conformadores como impositivos de uma margem de discricionariedade legislativa, antes se deve falar aqui de uma liberdade de conformação legislativa entre os limites da competência de qualificação positivamente vinculada e da competência de qualificação com exclusão do arbítrio.²⁵

3.5 Normas constitucionais

Se já não é pacífica, de forma geral, a distinção que se pode fazer entre *normas e princípios constitucionais*, não é menos certo temer-se que se agiganta a confusão quando ainda se procura distinguir entre estas o entendimento do que sejam as chamadas *garantias* e, como é curial, há de se tornar ainda mais intensa a dificuldade quando, na esteira do ilustre Canotilho, passamos a identificar aqueles chamados *princípios-garantia* cuja manifestação ocorre invariavelmente na forma de *norma constitucional*.

Sem precisar adentrar ao extenso campo das classificações das normas constitucionais,²⁶ cuja abundância também tem servido para

25. Canotilho, *Constituição dirigente*, op. cit., p. 285.

26. Ao contrário do que fizemos ao tratar dos princípios constitucionais, onde analisamos, perfunctoriamente, é verdade, a tipologia mais moderna dos

dificultar a interpretação, cabe verificar que existem *normas reconhecedoras de direitos fundamentais*, cuja importância deriva do fato de, direta ou indiretamente, assegurarem um *status jurídico-material* aos cidadãos, ainda que se entenda que as normas de direitos fundamentais cristalizam princípios objetivos informadores de toda a ordem jurídica reconhecida e adotada nos limites de um Estado de Direito.

Designam-se por *normas de direitos fundamentais* todos os preceitos constitucionais que se dirigem ao reconhecimento, garantia ou conformação constitutiva de direitos fundamentais, seja consagrando direitos e liberdades com a conseqüente proibição de agressão á esfera jurídico-constitucional dos cidadãos, seja sob a forma de direitos, liberdades e garantias do cidadão visto sob a ótica de sua condição de trabalhador, seja ainda sob a forma de reconhecimento de direitos a prestações do Estado.

As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de se submeterem às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.²⁷

O aparente conflito que se estabelece entre o que se entende por *normas* e o que se tem por *princípios* resolve-se pela articulação que existe entre eles, ambos de diferentes tipos e características, que ilumina a compreensão da Constituição como sistema interno assente

princípios constitucionais, que de resto é instrumento obrigatório para o atingimento da finalidade deste trabalho, escusamo-nos quanto à omissão da apresentação da tipologia das normas, por refugir ao cerne selecionado. De qualquer sorte, apenas para ilustração, Canotilho (*Direito constitucional*, op. cit., pp. 123-129) apresenta sua tipologia normativa, assim a estabelecendo: normas constitucionais organizatórias e normas constitucionais materiais; normas jurídico organizatórias (subdivididas em normas de competência, normas de criação de órgãos e normas de processo); normas jurídico-materiais (subdivididas em normas de direitos fundamentais, normas de garantias institucionais, normas determinadoras de fins e tarefas do Estado e normas constitucionais impositivas).

27. Silva, José Afonso da, *Curso*, op. cit., pp. 81-82.

em princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, se assentam em *subprincípios* e *normas constitucionais* concretizadores desses mesmos princípios.²⁸

A relação que se estabelece entre *normas* e Constituição adquire singular importância pois, em sentido absoluto Constituição pode significar um regulação legal fundamental, é dizer, um *sistema de normas* supremas e últimas.²⁹

3.6 Direitos fundamentais

A ampliação e transformação dos *direitos fundamentais do homem* (expressão preferida pela maioria dos autores) no desenvolvimento histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem diversas expressões para designá-lo tais como: *direitos naturais*, *diretos humanos*, *direitos do homem*, *direitos individuais*, *direitos públicos subjetivos*, *liberdades fundamentais*, *liberdades públicas e direitos fundamentais do homem*, dentre várias outras largamente disseminadas.

Neste passo há confusão terminológica dentro da própria Constituição brasileira que se vale em oportunidades diferentes de expressos diversas para dizer, ao que tudo indica, a mesma coisa, pelo que é possível extrair de seu espírito.

Assim, logo no preâmbulo há referência aos *direitos sociais e individuais*; no art. 4.º, inc. II consta a expressão *direitos humanos*; a denominação do Título III é *dos direitos e garantias fundamentais*; o capítulo I desse Título, que engloba o art. 5.º da Constituição, rol maior dos direitos, recebeu a epígrafe *dos direitos e deveres individuais e coletivos*; internamente ao art. 5.º há referência a *direitos e liberdades fundamentais* (inc. XLI); *direitos e garantias fundamentais* (§ 1.º); *direitos e garantias* (§ 2.º), como se houvessem outros que não aqueles fundamentais expressos no § 1.º do art. 5.º; *direitos sociais*, que na verdade são direitos trabalhistas e previden-

28. Canotilho, *Direito constitucional*, op. cit., p. 129.

29. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982, p.

ciários; *direitos e garantias individuais*, na expressão do art. 60, § 4.º, inc. IV e também nos arts. 193 e segs. da Constituição Federal.

De qualquer sorte, em que pese não haver estilo e uniformidade da nomenclatura constitucional, dela podemos extrair cinco categorias básicas de direitos: *direitos individuais* (art. 5.º); *direitos coletivos* (art. 5.º); *direitos sociais* (arts. 6.º e 193 e segs.); *direitos à nacionalidade* (art. 12) e *direitos políticos* (arts. 14 a 17). Claro que essa classificação não esgota o tema, havendo quem pretenda vislumbrar ainda uma categoria de direitos econômicos e que decorreriam da conformação constitucional da ordem econômica e financeira.

Um dos pontos basilares para compreensão das categorias constitucionais reside na separação das noções de *princípios constitucionais* de *direitos fundamentais*. O que muitas vezes chamamos de *princípios constitucionais* não passam de um conjunto de normas contidas, em regra, no capítulo da *declaração de direitos* da Constituição. Estas, por sua vez, enfileiram extenso rol de *direitos fundamentais* (cujas acepções clássicas já enunciaremos) e que por vezes são confundidos com os referidos *princípios constitucionais*. Urge, pois, estabelecer com certa exatidão o conceito de *direitos fundamentais* (expressão que preferimos) e diferenciá-lo dos *princípios*.

A fonte primária do reconhecimento dos *direitos fundamentais*, as declarações de direitos primitivas, buscaram no pensamento cristão e na concepção dos direitos naturais sua inspiração. Hoje, são reconhecidos como situações jurídicas (objetivas ou subjetivas), definidas no Direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana. São *direitos constitucionais*, na medida em que se inserem no texto de uma Constituição ou mesmo constem de simples declaração solenemente estabelecida pelo poder constituinte.³⁰

A tendência verificada, no plano do Direito interno, nos países de quase todas as órbitas políticas, é a da positivação constitucional dos *direitos fundamentais*, o que os erige à categoria já comentada de *normas constitucionais*. Trata-se inobstante, de mera tendência, o que não quer significar que não existam outros *direitos fundamentais* senão aqueles expressamente previstos no texto base.

30. Silva, José Afonso, *Curso*, op. cit., pp. 160-161.

Quando se fala de direitos fundamentais numa perspectiva jurídico-constitucional refere-se, umas vezes, o *conjunto dos preceitos normativos* que definem, pelo lado positivo, o estatuto fundamental dos indivíduos e cidadãos na sociedade política; outras vezes, tem-se em mente designar as *posições jurídicas subjetivas* atribuídas ou reconhecidas aos indivíduos e cidadãos por esses mesmos preceitos normativos.³¹

O âmbito dos *direitos fundamentais* não se restringe pura e simplesmente ao catálogo positivo das declarações de direitos inseridas nos textos constitucionais. Quase não existe Constituição moderna, que a exemplo dos textos luso e nacional *e.g.*, não estatua que os *direitos fundamentais* consagrados pela Constituição não excluem o reconhecimento de outros compatíveis com o sistema adotado ou decorrentes dos princípios que a informam.

Nas Constituições ocidentais dos Estados de orientação capitalista são verificáveis, em regra que se extrai dos experimentos do Direito Constitucional Comparado, o seguinte rol de direitos passíveis de inviolabilidade, salvo diante das limitações já invocadas: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

Da adoção, ainda que não expressa, desse rol surge nova dificuldade na diferenciação entre os institutos presentemente estudados. Os direitos que têm por objeto imediato a *segurança* parecem incluir-se na categoria de *garantias individuais*. Convém, no entanto, não perder de vista que apenas ante o surgimento de *direito à segurança* e de seu reconhecimento poderiam ser exigíveis mecanismos de tutela desses mesmos direitos, estes as chamadas *garantias constitucionais*.

3.7 Garantias individuais

É insuficiente que se afirme determinado direito fundamental do homem. Trata-se de expressão inócua quanto à efetividade de seu *status* constitucional. Afirmção ou reconhecimento jamais quis

31. Andrade, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1983, p. 76.

significar obediência permanente e intangibilidade. Situações históricas, e tristemente cotidianas também, há em que os direitos serão discutidos e violados e seu abstrato reconhecimento não terá servido senão como consolo de que outrora houvera-o no âmbito legal.

Há brilhante passagem de Ruy Barbosa, citado por José Afonso da Silva³² na qual o estadista distinguia *direitos garantias*, pois deveria se separar “no texto da lei fundamental, as disposições *meramente declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*; estas as *garantias*: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração o direito”.

A distinção, contudo, não é tão fácil. Não existe precisão terminológica dentro da própria Constituição. Nesta, aliás, duas espécies de garantias são descortinadas pela doutrina: garantias gerais e *garantias constitucionais*. Estas últimas podem ser gerais ou especiais, conforme decorram do mecanismo de freios e contrapesos dos poderes e visem a impedir o arbítrio ou constituam prescrições constitucionais que conferem aos titulares de direitos fundamentais o instrumental necessário a imposição de respeito e exigibilidade desses direitos.

Por seu turno, as garantias constitucionais especiais, positivadas na Constituição, tendo em vista a natureza do direito garantido, em individuais, coletivas, sociais e políticas, ou seja, classificação idêntica à dos direitos, tendo em conta que a estes devem corresponder uma correlata garantia.

Interessa-nos o estudo das *garantias individuais* a qual utilizaremos para exprimir os meios, instrumentos, procedimentos e instituições destinados a assegurar o respeito, a efetividade do gozo e a exigibilidade dos direitos individuais.

Entre nós, José Afonso da Silva³³ foi quem mais se destacou no exame das *garantias individuais* por seu estudo detalhado e sistemá-

32. *Curso*, op. cit., p. 165

33. *Op. cit.*, pp. 354 e segs.

tico. Em sua obra, agrupou-as em função de seu objeto as garantias individuais em *legalidade* (princípio da legalidade), *proteção judiciária*, *estabilidade dos direitos subjetivos*, *segurança jurídica e remédios constitucionais*.

Independentemente de qualquer outra consideração cabe notar que o *princípio da legalidade* foi registrado como *garantia individual*. Mas afinal, qual a sua natureza jurídico-constitucional, seria a *legalidade* um *princípio*, uma *norma*, um *direito* ou uma *garantia*? A resposta conclusiva, que apenas evidencia ainda mais a imprecisão terminológica é apresentada no tópico seguinte.

3.8 Remédios constitucionais

A expressão *remédios constitucionais* guarda como significado os meios postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a ação do Estado através do Poder Judiciário para sanar, corrigir, reparar, ilegalidades ou abusos de poder em prejuízo de direitos ou interesses individuais, ou cessar ou fazer que cesse qualquer constrangimento a direito fundamental amparado por via de alguma ação de guarida constitucional.

A Constituição inclui entre os *remédios*, também chamados por alguns de *garantias constitucionais*, o direito de petição, de certidão, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas data* e a ação popular. Como se vê, nem todos os *remédios* tomam necessariamente a fórmula de *ação constitucional*, sendo estas apenas uma modalidade destes, posto que o direito de certidão e o de petição não são exercidos diretamente por via de provocação de atividade jurisdicional.

Parece-nos mais correto enfeixar os *remédios constitucionais* dentro da categoria de *garantias constitucionais*, conquanto essa tendência esteja sofrendo um forte processo de recrudescimento com a autonomia da classificação das chamadas *ações constitucionais típicas*. Estas seriam *remédios processuais* distinguindo-as do direitos de petição e de certidão.

3.9 Relações entre as categorias constitucionais e Direito Penal

Após se proceder ao exame das principais categorias constitucionais, procurando dar-lhes um tónus diferenciador uma das outras, caberia-nos concluir de forma cabal, à feição de um quadro conjugando-se as expressões constitucionais que se pretende examinar adiante com as categorias expostas. Sim caberia, mas isso não é perfeitamente possível.

As possíveis interpretações decorrentes das conseqüências de se definir uma proposição constitucional como *princípio*, ou como *direito*, ou *norma*, recomendam muita cautela na atividade classificatória. Se chamarmos um *princípio* de *direito* o estaremos amesquinhando em sua amplitude abstrata que poderia ser invocada como regra de interpretação, instrumento de conhecimento do sentido do próprio *direito* que se quer definir com a expressão utilizada.

Ao contrário, quando chamamos de *princípio* o que é apenas uma *norma*, desvalorizamos o sentimento da efetividade da Constituição. Passa-se à insinceridade constitucional, ao despreço pelas disposições de conteúdo imediato e identificáveis desde logo, postergando-a a momento futuro e incerto de incidência.

Talvez esse seja um dos fatores de mais aguda relevância para uma constante dissintonia entre a própria doutrina na delimitação precisa desses contornos conceituais.

É provável que tenha sido essa mesma razão a que determinou a denominação de recente obra de Francesco Palazzo, *Valori Costituzionali e Diritto Penale*, onde a preferência pela expressão *valores* em relação a *princípios* traz inequívocas vantagens.

Acentuando a dificuldade, mas não a justificando, exemplificamos com o que se passa com o valor constitucional *legalidade*.

Para uma mesma situação em exame, a natureza constitucional da legalidade, ocorrem múltiplas fontes que lhe preenchem o significado, todas com igual correção e substância, mas nenhuma, isoladamente, em seu alcance a completa e lhe confere integral abrangência.

A *legalidade* é a nota essencial do Estado de Direito, é basilar ao Estado Democrático. Assim, antes de ser princípio constitucional do Direito Penal, é princípio fundamental da condição democrática do Estado de Direito que se institui. É nesse sentido que deve ser interpretado, entre nós, o texto do art. 5.º, inc. II, da Constituição ao estatuir que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Esse é o *princípio geral da legalidade*, segundo o qual toda obrigação de conduta ativa ou omissiva, apenas poderá advir de lei. Sendo mandamento nuclear básico informativo das regras do sistema constitucional será, por definição, *princípio*.

A expressão “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” contida no art. 5.º inc. XXXIX da Constituição é corolário do *princípio geral da legalidade*. Se não houvesse lei estatuinte que ninguém poderia matar outrem sob pena de uma respectiva sanção, quem o fizesse poderia invocar em sua defesa para escapar à sujeição do Estado que resolvesse puni-lo o *princípio geral da legalidade*.

Dessa forma, a *legalidade penal*, também por seus pressupostos históricos, é um *princípio constitucional* informativo do Direito Penal, sendo, portanto, um *princípio constitucional do Direito Penal*. Mais ainda, por sua veia histórica já referida, não se há lhe negar constitua um *direito fundamental*, assim como o *due process of law*, do qual se originou.

Mas não é só, a par disso, subsiste-lhe, enquanto preceito constitucional positivo, o caráter de *norma constitucional*, qualquer que seja a classificação que se lhe queira atribuir. Mas não se trata de norma singular, tampouco de norma meramente declaratória de direito, mas autêntica norma-garantia.

Dessa forma, procurando concluir, no que diz respeito à *legalidade penal* (mas não apenas quanto a ela pois se verá que a regra é extensiva a outros valores fundamentais, pode-se inferir que aquela enfeixa simultaneamente as lanças do *princípio constitucional*, do *direito fundamental*, da *norma* e da *garantia constitucional*.

Assim, podemos falar no *princípio da legalidade penal* quando queremos nos referir ao princípio contido no texto constitucional que

proíbe a ação do Estado no sentido de limitar a liberdade individual instituindo, sem prévia previsão legal, pena relativa a conduta à qual se exige a mesma atenção do legislador.

Fala-se em *legalidade penal* enquanto *direito fundamental* porque foi historicamente reconhecido o direito do homem de apenas responder por condutas que ensejam aqueles efeitos quando estas estiverem previstas, o direito à *legalidade penal* decorre do próprio *direito à liberdade* do homem.

Aduz-se da *legalidade penal* enquanto *norma constitucional* quando se quer referir ao texto inscrito no art. 5.º, XXXIX da Constituição que reproduz o brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

E por fim, aduz-se à *legalidade penal* como *garantia constitucional* quando se a eleva como instrumento oponível ao poder do Estado para defesa do *direito fundamental de liberdade* quando o homem se sentir ameaçado nesse direito por intervenção do Estado que pretende puni-lo sem obediência ao império da lei.

Poder-se-á dizer que são *normas constitucionais*, afirmar-se que são normas materialmente constitucionais embora não o sejam formalmente, mas jamais se dirá que são *princípios constitucionais* ou *garantias individuais*, ao contrário.

Há *normas constitucionais* que estabelecem *princípios* em matéria de aplicação e execução de pena. Algumas dessas são consideradas como reconhecedoras de *direitos fundamentais* do homem e de ampla demonstração histórica (art. 5.º, inc. XLVII), mas em que nenhum momento poderão ser tidas como *garantias individuais*, cabendo estas a outras disposições da Constituição para efetivação desses direitos (*e.g.* o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o acesso à Justiça, a assistência judiciária etc.).

Em suma, nem todos os princípios constitucionais do Direito Penal correspondem exatamente ao quadro que se vislumbra da harmonização de todas as características apontadas. Há várias disposições na Constituição referentes ao Direito Penal que embora sejam normas constitucionais, não ingressam no limite mais estreito dos princípios, e sequer chegam a constituir direitos subjetivos. A

eleição do racismo como crime inafiançável e imprescritível (art. 5.º, inc. XLII), o mesmo ocorrendo com o tráfico de entorpecentes, o terrorismo e os chamados crimes hediondos (inc. XLIII), ou ainda ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inc. XLIV), à evidência que em nenhum momento deveriam ter constado do capítulo que declara os direitos fundamentais da pessoa humana. É sem dúvida difícil vislumbrar-se aqui uma medida de defesa dos direitos humanos.

RELAÇÕES ENTRE O DIREITO PENAL E O DIREITO CONSTITUCIONAL

4.1 Introdução — 4.2 Antecedentes históricos — 4.3 O devido processo legal e o Direito Penal — 4.4 As declarações modernas — 4.5 As múltiplas relações entre o Direito Penal e o Direito Constitucional; 4.5.1 A constituição como fonte; 4.5.2 A constituição como redutor; 4.5.3 A constituição como filtro; 4.5.4 A constituição como fator de evolução; 4.5.5 A correlação entre a reforma constitucional e a reforma penal — 4.6 Natureza das normas constitucionais em matéria penal; 4.6.1 Classificação proposta por Nuvo-lone; 4.6.2 Classificação das normas constitucionais quanto à consequência; 4.6.3 Classificação proposta por Palazzo; 4.6.4 Classificação segundo a divisão tricotômica de José Afonso da Silva; 4.6.5 Classificação segundo o conteúdo; 4.6.6 Classificação segundo o destinatário.

4.1 Introdução

A função punitiva é encontrada nos mais remotos momentos da vida associativa. Na sociedade humana onde há um ordenamento jurídico, e sempre o há, ainda que de forma embrionária, (*ubi societas, ubi jus*) suas primeiras manifestações ocorrem no campo do Direito Penal pela função punitiva e face à necessidade de assegurar a unidade, a coesão e a organização do grupo. O Direito existiu primeiro enquanto sanção, para depois, em constantes e inacabadas evoluções servir como sistema de disciplina das complexas relações que se estabelecem entre os homens, entre homens e as coisas, entre os homens e o Estado e entre Estados.¹

1. Costa, Álvaro Mayrink da, *Direito penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1988, pp. 49-50.

Mesmo entre as sociedades historicamente antecedentes à formação do Estado como a família patriarcal, o clã e a tribo, a *gens romana*, a frátria grega, a gentilidade ibérica, o senhorio feudal, todos, à sua forma, exercitavam algumas funções punitivas.

O primeiro instituto histórico do Direito Penal, como não poderia deixar de ser, foi a *pena*. Sem desconsiderar a importância de qualquer outra feição, ressalta-nos a pena enquanto reação da coletividade pela violação de uma norma de convivência. Independentemente do grau de desenvolvimento do grupo é certo que cada um deles dispunha de regras de tolerância recíprocas que conferiam aos seus membros um sistema mais ou menos evoluído de *direitos e deveres*. A ofensa a um direito de outro membro do grupo ensejava a *pena* de alguma forma. E talvez não fosse um sistema retributivo, do mal causado por outro mal, muito diferente daqueles que hoje conhecemos e por vezes tentamos abdicar.

Mais do que traçar detalhado perfil evolutivo do primitivo Direito Penal ao sistema que hoje conhecemos, importa constatar que desde o início todos os grupos sociais conferiram a alguém o poder de punir. O exercício do *jus puniendi*, tanto quanto as *normas do sistema*, apresentavam graus de evolução os mais díspares em função da natureza do grupo. Sempre a alguém se reconheceu autoridade para o exercício da atribuição punitiva. E quando não fora reconhecido por formas modernamente tidas como justas ou pelo menos aceitáveis, a supremacia da força ensejava intangível reconhecimento.

Se ainda na atualidade luta-se pela humanização das penas não é difícil imaginar os horrores que marcaram os primórdios do Direito Penal. Isto sem se esquecer que a simples transferência da vingança privada, arquiprimitiva forma do exercício do *jus puniendi* para a incipiente publicização dos castigos já significou avanço pela possibilidade do controle social, claro que com os frágeis mecanismos de então.²

2. Dentre outros, Zaffaroni (*Tratado de derecho penal*, Tomo I p. 33) aduz não ser concebível um Direito Penal "subjetivo" entendido como um "direito a incriminar" exercido por um sujeito cujo titular seria o Estado. Não há dúvida que o Direito Penal é a forma de controle social mais grave institucionalizada pelo Estado, mas disso não se pode concluir que o Estado

Dos primeiros grupos às sociedades políticas foram grandes os percalços, mas a união mais ou menos estável de grupos, num determinado espaço terrestre, motivada pelas intenções de preservação e felicidade deram novo alento à criação de novas estruturas sociais com regras de convivência mais harmônicas, e, principalmente, com aprimoramento na outorga ou no reconhecimento dos poderes daquele, ou daqueles, incumbidos do dever de cuidado das intenções sociais.

A experiência deixou claro que o exercício do poder, seja através de delegação do grupo ou advindo de outra forma, sempre exigiu limitação mais ou menos rígida para que as intenções sociais pudessem ser alcançadas.

Dentre as atribuições do poder sempre esteve colocado o *jus puniendi*, expressão que hoje já não tem apenas o ligeiro alcance de então, pois na esteira da crítica mais moderna não mais se fala tão-somente em *direito de punir* do Estado, qual pudesse fazê-lo discricionariamente, mas no indeclinável *dever de punir*, obrigatoriedade que incide sobre todos os agentes do Estado e em contornos mais amplos, exigindo-se, via de consequência, aprimoramento também dos mecanismos de controle da atividade estatal referente a aplicação do Direito Penal.

4.2 Antecedentes históricos

A demonstração das relações existentes entre o Direito Penal e o Direito Constitucional é matéria de quase todos quanto se ocuparam do estudo do primeiro deles. Inegável seu caráter de ramo do direito público e enquanto tal indissociável sua apreciação à luz do Direito Constitucional. É verdade que entre o estudo das relações que se

“goze” de um direito subjetivo a incriminar condutas dos habitantes da Nação e de apená-las. O Estado não tem “direito” a incriminar nem a apenar, mas unicamente o “dever” de fazê-lo, porque é um dever que surge de sua própria função, vale dizer, de sua própria razão de existir. O Estado existe porque é necessário para possibilitar a coexistência e para esta função resulta imprescindível incriminar e apenar, pois de outro modo não se pode tutelar adequadamente certos bens jurídicos contra determinados ataques.

estabelecem entre esses ramos do conhecimento jurídico e a fixação de princípios constitucionais do Direito Penal há uma distância raramente superada pela doutrina. São raros os autores que ingressaram no âmbito da questão, muito embora seja certo que quase todos o tenham, pelo menos, tangenciado. A história dos princípios orientadores do Direito Penal, em certo sentido, coincide com a história do Direito Constitucional.³

Pode-se dizer, de modo geral, que o constitucionalismo teve seu início no ano de 1215 quando os nobres da Inglaterra, fartos dos desmandos governamentais, obrigaram o Rei João Sem Terra a assinar a *Magna Charta Libertatum*, fazendo-o jurar obedecê-la e aceitar as limitações impostas aos seus poderes.

Ainda hoje persiste um certo debate em torno da natureza política da Carta, alguns defendem-na como representante dos mais antigos sistemas de defesa de garantia e de direitos individuais, outros classificando-a apenas como um “acordo de vontade entre o monarca e os súditos revoltados”.⁴

Em que pese a polêmica, de somenos importância, pois a maior parte dos textos constitucionais modernos resultou menos de rupturas radicais (ou revoluções) da ordem interna e mais de acordos ou pactos nacionais, é inquestionável a importância histórica e jurídica da declaração inglesa. Afinal, pela primeira vez foi colocado ao monarca “o princípio da supremacia de uma lei que se impõe ao próprio governante, antecipando a idéia fundamental do constitucionalismo do século XVIII”.⁵

3. Sérgio Garcia Ramirez, “Los derechos humanos y el derecho penal”, Revista Estudios Penales, Ciudad do México, 1977, embora sem trazer textos à colação, afirma que o Direito espanhol é fecundo na consagração constitucional de princípios e regras em matéria penal, citando que o Privilegio concedido por Alfonso I a Tudela e outros trinta povos, em 1122, e o Privilegio de 1287 do Reino de Aragão que continha declaração de liberdades pessoais em favor dos “ricos omes, mesnaderos, caballejos, infanzones, procuradores e universitat de la dita ciudad de Zaragoza, así clérigos como legos, presentes e aveniros”. Também o Privilegio General de Aragão, de 1348 e o Fuero de Vizcaya, de 1527, contemplaram garantias em matéria penal.

4. Grinover, Ada Pellegrini, *As garantias constitucionais do direito de ação*, p. 23.

5. Grinover, op. cit., p. 23/24.

Claro que não se pode dizer que as normas da Magna Carta constituam uma afirmação de caráter universal, de direitos inerentes à pessoa humana e oponíveis a qualquer governo e em qualquer tempo. Todas as declarações de direitos são expressões de necessidade do reconhecimento de situações que podem ser gerais, mas que também podem ser particularizadas historicamente. Na *Magna Charta Libertatum* são várias as garantias concedidas ao livre exercício do comércio, como forma de proteção da atividade que notabilizaria a Inglaterra nos séculos subsequentes. Claro também que no bojo destas algumas conquistas populares sempre são obtidas. Mas não se pode esquecer que muitas garantias em matéria penal, sobretudo no que tange à limitação e proporcionalidade da pena, vieram em apêndice à proteção dada ao comércio.⁶

A redação conferida ao art. 20 da *Magna Charta Libertatum* teve seu significado ampliado posteriormente para abranger alguns princípios básicos para cominação de penas aos delitos. Note-se, aliás, que não só as penas pecuniárias foram resgatadas pela regra, mas também as penas privativas de liberdade deveriam estar sujeitas ao princípio da proporcionalidade da sanção. Tal premissa constava também do ideário de Beccaria, séculos depois, e hoje consta do rol de garantias previstas em várias Constituições.

A *Magna Charta* tornou-se, assim, a declaração de direitos que primeiro estabeleceu paradigmas daquilo que viria a ser chamado modernamente de *princípios constitucionais do Direito Penal*. Entre nós, lamentavelmente, até agora conferiu-se ao instituto apenas relevância no estudo de princípios delineadores de regras processuais, olvidando-se por completo o elenco de diretrizes orientadoras do Direito Penal.⁷

6. "A multa a pagar por um homem livre, pela prática de um pequeno delito, será proporcionada à gravidade do delito; e pela prática de um crime será proporcionada ao horror deste, sem prejuízo do necessário à subsistência e posição do infrator; a mesma regra valerá para as multas a aplicar a um comerciante e um vilão, ressaltando-se para aquele a sua mercadoria e para este a sua lavoura ...", (*Magna Charta Libertatum*, art. 20).

7. Sobre o tema, duas obras de Ada Pellegrini Grinover analisam o princípio do *due process of law* contido no artigo 39 da *Magna Charta Libertatum*, assim como a interpretação da cláusula no direito norte-americano,

É certo que a primeira elencação de princípios constitucionais do Direito Penal deu-se exclusivamente quanto à aplicação da pena e não quanto à fixação de regras orientadoras da elaboração das figuras penais como viriam a ser os princípios da estrita legalidade e da anterioridade da lei penal, entre outros. Contudo, a circunstância é facilmente justificável. Assistiam os homens daquele tempo cotidianas sessões de horrores baseadas na pena-suplício que oscilavam desde o esquartejamento até os açoites, passando pela mutilação e a tortura. Isso além da maneira de execução das penas, outra espécie de “vergonha suplementar”, cuja desproporção em relação à falta era deveras angustiante.⁸

Não teria sido outra a razão pela qual Beccaria, em seu clássico opúsculo, *Dos delitos e das penas*, clamava não só pela adoção de estritos princípios de elaboração penal, como também pela necessidade de regras para fixação da pena e de desenvolvimento da relação processual. Tanto é verdade que ao concluir seus escritos sentenciava no último período 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 referidas, proporcional ao delito e determinada pela lei”.⁹

O costume inglês de fazer com que cada sucessor do trono jurasse obediência a uma carta limitativa de seus poderes fez com que Henrique III, em 11 de fevereiro de 1225, desse e assegurasse de *livre e espontânea vontade, aos arcebispos, abades, priores, condes, barões, e a todos de nosso reino, as liberdades especificadas, para serem perpetuamente gozadas* Tratava-se da Grande Carta de Henrique III, na qual se repetia a mesma garantia contida na *Magna Charta Libertatum* em matéria penal.

As *Garantias constitucionais do direito de ação* (cit.) e *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil* (cit.).

8. Michel Foucault (*Vigiar e punir*) traz nas páginas iniciais fartos exemplos da crueldade na imposição das penas e a curiosa lição de que, paradoxalmente, a Inglaterra foi um dos países mais reacionários ao cancelamento dos suplícios, talvez por causa da função de modelo que a instituição do júri, o processo público e o respeito ao *habeas-corpus* haviam dado à sua justiça criminal.

9. Beccaria, *Dos delitos e das penas*, p. 97.

Na *Petição de Direitos*, de 7 de junho de 1628, houve significativo avanço no Direito inglês no que se refere à fixação de princípios penais mais rígidos, com a garantia da legalidade das penas, prevista no artigo VII do *Bill of Rights* ao estatuir que "... ninguém pode ser condenado à morte senão em virtude de leis estabelecidas neste vosso reino ou de costumes do mesmo reino ou de atos do Parlamento; e que nenhum transgressor seja qual for a sua classe, pode subtrair-se aos processos normais e às penas infligidas pelas leis e provisões desse vosso reino ..."

A *Declaração de Direitos de Orange*, de 13 de fevereiro de 1689, considerou indispensável "para sustentar e defender os seus antigos direitos e liberdades", em seu artigo 10.º, que "... não devem ser exigidas cauções demasiado elevadas, não devem ser aplicadas multas excessivas, nem infligidas penas cruéis e fora do comum."

Embora a Inglaterra tenha dado o impulso inicial, e não obstante localizar-se na França o mais ativo centro de irradiação de idéias, foi na América, na ainda colônia de Virgínia, que surgiu a primeira Declaração de Direitos. Antes mesmo de se declararem independentes, as colônias inglesas da América se reuniram num Congresso Continental, em 1774, tendo o Congresso recomendado àquelas que formassem governos independentes. Os primeiros passos para isso foram dados pela Virgínia. Em matéria penal, semelhante princípio àquele da *Declaração de Direitos de Orange* foi então consagrado através do artigo IX do texto da *Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia*, de 12 de junho de 1776.¹⁰ Aliás, essa declaração, no artigo precedente, adota redação ao princípio do *due process of law* que o aproxima ainda mais da noção de que este e o da estrita legalidade em matéria penal são complementares, ao fixar que o acusado pela prática de um delito "tem o direito de saber a causa e a natureza da acusação".

A matéria penal foi abundantemente contemplada pela maioria dos numerosos anteprojetos de que se valeu a Assembléia Nacional de 1789, após a Revolução Francesa. Entre seus integrantes havia extrema preocupação com o opressivo regime punitivo e processual que se instaurara anteriormente.

10. O texto da Declaração está assim redigido: "não serão exigidas fianças ou multas excessivas, nem infligir-se-ão castigos ou inusitados".

A *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 26 de agosto de 1789, delineou com clareza os princípios da legalidade penal, da anterioridade da lei incriminadora, da limitação e da indispensabilidade da pena, sendo a primeira declaração de direitos a distinguir o *due process of law* do princípio da estrita legalidade, e acrescentando várias outras recomendações provenientes do estudo de Beccaria, concluído anos antes.¹¹

A Declaração francesa aprovada pela Assembléia Nacional teve, inegavelmente, desde logo muito maior repercussão do que as precedentes. Isto se deveu, em parte, à sua condição de antigo centro cultural, mas deveu-se, sobretudo, ao caráter universal da Declaração francesa conferido por seu cunho teórico ou racional.¹²

4.3 O devido processo legal e o Direito Penal

Referimo-nos no capítulo introdutório à distinção que enxergamos entre os efeitos da cláusula do *due process of law* na esfera civil e na esfera penal. A conclusão que ali fizemos inserir, de que o princípio tem alcance distinto num e noutro ramo jurídico, é agora apresentada em seu desdobramento mais amplo.

Como é cediço, os princípios constitucionais do processo sempre foram estudados prioritariamente aos do Direito Penal o que apenas corrobora outra conclusão, qual seja, a de que a discussão das questões formais têm preponderado em relação às discussões que versem sobre questões materiais.

Diz-se que, originariamente, a garantia do *due process of law* destinava-se a agir exclusivamente no processo penal.¹³ Sua extensão

11. Dispõe o artigo 8.º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão que "a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

12. É clara a associação entre a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* e a obra de Rousseau *Do Contrato Social* que lhe deu a formulação definitiva. Segundo Celso Bastos, (*Curso de direito constitucional*, p. 154), "é muito freqüente fazer-se uma analogia do art. 1.º da Declaração com a frase que abre o Contrato Social. Ambas afirmam: 'Os homens nascem livres'.

13. Grinover, Ada Pellegrini, *As garantias constitucionais do direito de ação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973, p. 39.

ao processo civil foi obra de engenhosa analogia que além de bastante razoável nunca foi proibida, ao menos entre nós, face à existência da cláusula de reserva para adoção de outros princípios constitucionais relativos aos direitos e garantias individuais, além dos já consagrados, desde que não conflitassem com outra norma constitucional e se originassem de interpretação sistemática da Constituição.

Inserido no sistema do devido processo legal, desde sua fonte primária na *Magna Charta Libertatum*, de 1215, na Inglaterra, verificou-se que as regras tradicionalmente respeitadas diziam respeito, é verdade, na sua maioria, a questões de índole meramente processual e de forma marcante às relativas ao exercício do direito de defesa. Assim, ninguém poderia ser obrigado a testemunhar contra si mesmo; o réu tinha o direito de ouvir e ser acareado com as testemunhas de acusação; ninguém poderia ser processado duas vezes pelo mesmo crime; a instrução criminal seria processada perante o Júri; o Poder Legislativo não poderia sancionar *bills of attainder* nem leis retroativas.¹⁴

À evidência que a última das regras tradicionais do *due process of law*, citada por Ada Pellegrini, não é garantia da órbita processual, mas sim da material. É autêntico princípio norteador do Direito Penal. Corolário da proibição ao Poder Legislativo de editar leis retroativas é a obrigatoriedade da edição de lei em matéria penal. Com efeito, se a lei não fosse necessária porque seria proibido editá-la para que tivesse vigência em data pretérita? Extraí-se pois que a própria legalidade penal decorre do *due process of law*.

Também Celso Bastos aponta para interpretação de doutrinadores que vêm no *due process of law* mais do que uma garantia unicamente de direito processual.¹⁵

Um dos pilares do devido processo legal encontra-se no artigo 39 da *Magna Charta Libertatum*, cujo texto bem poderia ser assim traduzido: "nenhum homem será preso ou detido em prisão, ou privado de suas terras, ou posto fora da lei, ou banido, ou de qualquer maneira molestado; não procederemos criminalmente contra ele, nem

14. Id. *ibid*.

15. *Comentários à constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1989, v. 2.º, p. 211.

o condenaremos senão por um julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra".¹⁶

O exame minucioso do termo *law of the land*, cuja tradução literal consta como "lei da terra", e o estudo dos antecedentes históricos da *Magna Charta* levaram a doutrina mais recente a interpretar a expressão como necessidade de observância das "leis do país" para validade do julgamento. Posteriormente, no Estatuto de 1354, de Eduardo III, a expressão *law of the land* foi substituída por *due process of law* e até hoje são empregadas como sinônimas.

Vassali afirma com justeza que deve ser reconhecida a esta disposição um alcance maior que o de simples significado processual, no sentido de que ninguém pode ser julgado senão pelo juízo natural de seus pares, porque é imanente nela a exigência de que os poderes do rei em matéria penal sejam claramente circunscritos a fim de que a lei e não o arbítrio soberano possa ser respeitada como decisiva.¹⁷

Mas se o processo é aparelho que serve à finalidade precípua do direito material e dos fins maiores do Estado, no dizer sempre acertado de Dinamarco,¹⁸ "instrumento de que dispõe o Estado para o exercício de uma função específica e soberana que é a jurisdição", como entendê-lo enquanto subordinado à *law of the land* sem que o direito material também o esteja?

Nada impede que ambos derivem da *common law*, mas pretendemos esclarecer que alguns aproveitaram-se de um instituto da *common law* trazendo-o para o sistema da *civil law*, mas analisando-o apenas sob o estrito prisma processual, olvidando, assim, outras decorrências naturais.

Se o elemento norteador da utilidade do princípio é a tutela do direito de defesa, como pretendem os processualistas, mormente no campo das interferências do Estado em direção à liberdade individual do acusado,

16. No original: "No free man shall be taken, or imprisoned, or disseided, or outlawed, or exiled, or in any way destroyed, nor will we go upon him, nor will we send upon him, except by the legal judgement of his peers or by the law of the land".

17. *Apud* Bettiol, Giuseppe, *Direito penal*, v. 1, p. 134.

18. Dinamarco, Cândido Rangel, *Fundamentos do processo civil moderno*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, p. 57.

quer nos parecer que muito mais justificável se torna a necessidade da garantia se a mesma for anterior à perseguição iniciada pelo Estado.

A exigência da *law of the land* tinha desde sua primeira investidura essa dupla conotação. Determinou a fixação de um sistema mínimo de garantias ao exercício do direito de defesa dos acusados. Vislumbrou que a concreta efetivação desse princípio exigia ação mais larga do que a exigência ao soberano de respeito a direitos relativos à forma de se processar e julgar os acusados. Ainda que sem compreender integralmente o alcance e o significado de vários pedidos de reconhecimento de direitos, percebeu-se que para positivação da *ampla defesa* exigia-se, além das garantias formais e derivadas, outras de cunho material e primárias.

O direito de defesa não se manifestava apenas no curso do processo, mas ainda num momento anterior ao cometimento do ilícito, o do prévio conhecimento dele. Daí a indispensabilidade dos princípios da estrita legalidade e da anterioridade em matéria penal.

A *law of the land* não fazia distinção entre o que fosse Direito Penal e Direito Processual. Quer nos parecer, mais uma vez, que a noção de processo é razoavelmente moderna e embora seja inteiramente correto afirmar-se que o *due process of law* constitua paradigma do Direito Processual, não há nenhuma incorreção afirmar-se que também constitui princípio basilar do Direito Penal.

4.4 As declarações modernas

O que confere marca característica às declarações modernas é o caráter internacional das mesmas posto que provenientes de órgãos supra-estatais. O Direito Internacional Público mais antigo considerava sujeitos de suas deliberações apenas os Estados. Os indivíduos eram considerados unicamente sob a ótica de súditos de uma potência. Progressivamente o Direito Internacional iniciou a regulamentação direta dos direitos individuais.

Após os conflitos bélicos deste século, o problema dos direitos fundamentais da pessoa humana foi posto novamente em debate. Com a aprovação da Carta das Nações, em 26 de junho de 1945, cujo objetivo

precípua era a busca de mecanismos jurídicos para conservação da paz entre os Estados, deu-se o primeiro passo para o relançamento das declarações de direitos tão comuns nos séculos XVII e XVIII.

Se por um lado o século XIX foi marcado pelas primeiras experiências constitucionais no sentido próximo daquele que temos hoje, a primeira metade do século XX, se serviu para a confirmação e difusão de tal ideário, também foi útil para demonstrar que as declarações de direitos, agora de índole universais e não mais circunscritas, também se faziam necessárias.

No ano seguinte à instalação da Organização das Nações Unidas foi dado início ao trabalho de elaboração de um documento que contivesse de forma explícita e capaz de ser adotado e respeitado por todos os seus membros que positivasse um rol mínimo de direitos fundamentais da pessoa humana.

Na terceira sessão ordinária da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, foi aprovado o texto atual e retificado por quase todas os Estados, da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem constitui interpretação autêntica dos compromissos e obrigações a que se referem os arts. 55 e 56 da Carta das Nações Unidas. Com os anos integrou-se ao direito consuetudinário internacional.

Contendo trinta artigos, a Declaração é precedida de um preâmbulo onde se diz que a Assembléia Geral das Nações Unidas *proclama* os direitos fundamentais da pessoa humana. O termo empregado é bastante expressivo e de uso estritamente correto, pois torna evidente que não há concessão ou reconhecimento dos direitos, mas proclamação deles, significando assim que sua existência independe de qualquer vontade ou formalidade e impondo naturais dificuldades para desacolhimento destes pelos Estados.

Reconhecidos que são como direitos inerentes à natureza humana, nenhum indivíduo ou entidade, nem governos, Estados ou a própria Organização das Nações Unidas, têm legitimidade para retirá-los de qualquer indivíduo.¹⁹

19. Dallari, Dalmo de Abreu, *Elementos de teoria geral do estado*, São Paulo, Saraiva, 1987, p. 187

Inobstante, o valor preceptivo dos textos internacionais tem sido matéria de abundantes debates. Como resultado destes, em que pesem alguns casos isolados de aplicação imediata da Declaração Universal, tem se verificado com maior intensidade a conclusão de que tanto esta, quanto a Americana, ambas de 1948, carecem de poder imperativo, restando apenas como documento programático dotado de força moral.²⁰

Em matéria de consagração de garantias individuais face ao Direito Penal podem ser destacados os seguintes artigos da Declaração:

Art. V. *Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.*

O conferimento de tal garantia visa impedir não apenas o emprego de tortura na fase de instrução do processo, mas também como forma de pena, banindo também as de natureza cruel, que signifiquem exagerada ou desproporcional punição em face do delito. Busca-se igualmente impedir a aplicação de penas degradantes, cuja utilidade correcional é absolutamente desconhecida e que apenas serve para redução moral do condenado.

Há garantias de cunho processual referendando o tradicional sistema do *due process of law*, e que podem ser citada nos artigos IX, X e XI, primeira parte.

Há, ainda, a garantia da legalidade e da anterioridade dos delitos e das penas, contida na segunda parte daquele último dispositivo e assim expresso:

Art. XI. *... Ninguém será condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não tenham, sido delituosos segundo o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta penalidade mais grave do que a aplicável no momento em que foi cometido o delito.*

Inobstante a importância histórica, acha-se definitivamente ultrapassada a fase das declarações de direitos e liberdades fundamentais. Constitui hoje preocupação universal a criação de um sistema

20. Ramirez, Sérgio Garcia. op. cit., p. 248.

jurídico que assegure a observância dos direitos e a garantia de tais liberdades.

Entre as convenções e pactos que se referem a direitos humanos que guardam relação com o Direito Penal em seus princípios básicos, podemos citar a Convenção para repressão ao tráfico de seres humanos e a exploração da prostituição alheia, aprovada pela Assembléia Geral, em 2 de dezembro de 1949; a Convenção Suplementar à abolição da escravatura, do tráfico de escravos e das instituições e práticas análogas à escravidão, de 7 de setembro de 1956; a Convenção sobre a abolição de trabalho forçado, de 25 de junho de 1957; a Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e contra a humanidade, de 26 de novembro de 1968.

Há também os Pactos Internacionais relativos aos direitos civis e políticos, com o Protocolo Facultativo de 16 de dezembro de 1966. Contempla, o Pacto, o direito à vida (art. 6.º); a exclusão da tortura e das penas cruéis, desumanas ou degradantes (art. 7.º); garante o direito à liberdade e à segurança das pessoas contra a detenção arbitrária; impõe o respeito aos presos (art. 10), referindo-se pormenorizadamente a todos os demais direitos civis e políticos mencionados na Declaração Universal, inclusive o princípio da reserva legal e da anterioridade da lei penal.²¹

4.5 As múltiplas relações entre o Direito Penal e o Direito Constitucional

No paralelismo existente entre o Direito Penal e o Direito Constitucional, ramos do Direito Público, são inúmeras as relações decorrentes. Dentro de um sistema positivista, erigido conforme o modelo proposto por Kelsen, a característica preponderante em todas as possíveis relações existentes reside na hierarquia que vigora no sistema e pelo qual a norma constitucional, centro de fundação do Direito, constitui o padrão de validade das normas penais.²²

21. Fragoso, Heleno Claudio, *Direito penal e direitos humanos*, p. 124.

22. Segundo Kelsen (*Teoria pura do direito*, pp. 274/275) se por Constituição de uma comunidade se entende a norma ou as normas que

As Constituições dos Estados Democráticos de Direito positivam certos valores e princípios eleitos como de máxima importância à construção de um sistema penal harmonizado com os pressupostos dessa espécie de Estado.

O grau de confirmação dessa intenção não é aferível simplesmente pela verificação de ocorrência dos princípios básicos de Direito Penal que tomam foro constitucional, como o princípio da legalidade, mas pelo exame de princípios estruturais de conteúdo ideológico e filosófico, como os da dignidade da pessoa humana, da prevalência dos direitos humanos e aqueles construtivos de um determinado modelo social finalista (relacionados à busca do bem comum).

Claro que essa eleição possui a sua base filosófica, fornecendo uma certa visão de mundo, formando uma concepção do homem e da sociedade, a ser moldada pelos princípios e valores nela cristalizados.²³

determinam como, isto é, por que órgãos e através de que processos — através de uma criação consciente do Direito, especialmente o processo legislativo, ou através do costume — devem ser produzidas as normas gerais da ordem jurídica que constitui a comunidade, a norma fundamental é aquela norma que é pressuposta quando o acto constituinte (produtor da Constituição) posto conscientemente por determinados indivíduos são objetivamente interpretados como factos produtores de normas; quando — no último caso — o indivíduo ou a assembleia de indivíduos que instituíram a Constituição sobre a qual a ordem jurídica assenta são considerados como autoridade legislativa. Neste sentido, a norma fundamental é a instauração do facto fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo de criação do Direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo acto de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior. Se se pergunta pelo fundamento de validade de uma norma pertencente a uma determinada ordem jurídica, a resposta apenas pode consistir na recondução à norma fundamental desta ordem jurídica, quer dizer: na afirmação de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental.

23. Carvalho, Márcia Dometila Lima de, *op. cit.*, p. 41.

Há particulares maneiras de enxergar a expressão dessas relações, cada qual revelada por um dos autores de estudos sobre o tema. Olham desde o aspecto inicial da elaboração legislativa ordinária, até os processos de mudança conseqüentes de reformas constitucionais. Apresentamos, pois, algumas das relações observadas pela doutrina penal mais recente.

4.5.1 A constituição como fonte

O problema das *fontes* não apresenta no campo do Direito Penal, nem poderia apresentar, modalidades essencialmente diferentes daquelas que são oferecidas em qualquer outro ramo do direito. Não é possível excluir, *a priori*, a importância de nenhuma das tradicionais *fontes* do direito: lei, costumes, jurisprudência e doutrina. Mas é de se advertir que a lei assume, em matéria penal — ao menos nos ordenamentos penais humanitários, democráticos — um significado maior do que em qualquer outro ramo jurídico em razão da poderosa vigência que, no âmbito dos delitos e das penas, cobra a exigência expressada, no dizer de Aftalión, “pelos *standards axiológico-constitucionais de legalidade*”.²⁴

Com a expressão *fontes do direito* compreende-se o sujeito do qual emanam as normas jurídicas.²⁵ Em tal sentido, fala-se com extrema correção em *fontes de produção*. Em matéria penal, está fora de questão neste momento histórico, a única fonte de produção do Direito Penal é o Estado. A verdadeira norma penal, isto é, aquela dotada de validade no plano constitucional é sempre e exclusiva manifestação do poder soberano do Estado. Os meios de racionalização, operacionalização e limitação dos poderes do Estado, e a norma penal que se adequa à natureza desses meios, estão todos

24. *Tratado de derecho penal especial*, p. 58.

25. Na história constitucional romana havia a expressão *constitutiones principum* (*edicta, decreta, rescripta, mandata, adnotationes, pragmaticae sanctiones*) e era utilizada para indicar os atos normativos do imperador que passaram a ter valor de lei. As constituições imperiais não tinham, pois, o sentido de Constituição de um Estado; eram, sim, fonte escrita de direito com valor de lei. (Canotilho, *Direito constitucional*, op. cit., p. 55).

dispostos no texto ou nos princípios constitucionais adotados pelo Estado.

O Direito Constitucional, enquanto disciplina jurídica do supremo poder do Estado e de sua atividade, imprime a este sua direção. Reflete-se, em consequência, na legislação o perfil constitucional do Estado, no dizer de Santoro a Constituição confere *"lo stampo nel quale si forma e sviluppa ogni altro ramo del diritto; esso stabilisce le condizioni ed il limite di validità della legge e, per quel che ci interessa, della legge penale"*.²⁶

O Direito Penal funda-se na Constituição, no sentido de que as normas que o constituem, ou são elas próprias normas formalmente constitucionais, ou são autorizadas ou delegadas por outras normas constitucionais. A Constituição não contém normas penais completas, isto é, não prevê condutas nem as censura através de penas ou medidas de segurança, mas contém disposições de Direito Penal que determinam em parte o conteúdo de normas penais. Muito embora recentes textos constitucionais, como o brasileiro, sem estabelecer em todos os seus limites a conduta humana sujeita à incidência de norma penal, indica-a, em termos amplos, como de obrigatória especificação pelo legislador, por exemplo, *racismo, tráfico de entorpecentes*, entre outros.²⁷

4.5.2 A Constituição como redutor

A Constituição atua, concretamente, como um redutor do Direito Penal e de duas espécies são as limitações impostas pela Carta Magna: As de natureza material, que impedem que da lei penal constem disposições contrárias aos princípios ou às garantias delineadas no texto máximo (se dispõe a Constituição que o direito à vida é inviolável, não pode tangi-lo o legislador penal fixando a pena de morte como sanção pela prática de delito); As limitações de

26. *Manuale di Diritto Penale*, p. 55.

27. Diversas outras Constituições, principalmente dos países da Europa Oriental também estabelecem genericamente condutas que obrigatoriamente constituirão delitos, estas, quase sempre, relacionadas com a prática de atos que atentem contra os princípios políticos do Estado.

natureza formal consubstanciam-se no impedimento à edição de normas em desacordo com as regras fixadas pela Constituição para elaboração de lei penal (a anterioridade da lei penal em relação ao fato quanto à sua vigência, garantia quase universal, a necessidade de codificação do Direito Penal, dentre outras configuram as limitações formais). Trata-se, não da previsão expressa, mas do reconhecimento, a partir dos princípios postos pela Constituição, de um *processo legislativo* com características peculiares.²⁸

As limitações materiais são decorrentes, quase que invariavelmente, de disposições acerca dos direitos e garantias individuais consagrados na Constituição, enquanto que as limitações formais ora se encontram nesse capítulo, ora previstas na seção atinente ao Poder Legislativo, ora no capítulo do Poder Executivo ou até mesmo no do Poder Judiciário.²⁹

4.5.3 A Constituição como filtro

Ainda no dizer de Santoro, *“in sostanza, il diritto costituzionale è non soltanto lo stampo, ma altresì il filtro attraverso cui devono passare le leggi penali, ai fini della loro applicabilità”*.³⁰

A *purificação* do Direito Penal, que antes de ganhar autonomia há de conformar-se com o *espírito da Constituição*, muito embora não estivesse na primeira linha de desdobramento de seus primeiros teóricos, tem servido como fundamentação aos minimalistas penais

28. V. *infra* princípios atinentes ao processo legislativo.

29. É curioso observar que algumas Constituições de Estados tidos como dos mais democráticos, à luz da comparação com as Constituições latino-americanas (para reforçar o contraste) sofrem de relativa falta de sistematização da matéria, espalhando nos capítulos que disciplinam a forma de exercício das funções dos Poderes vasto elenco de garantias que melhor teriam sido enfeixadas na declaração de direitos individuais constantes das mesmas Constituições. Podemos exemplificar com o texto máximo da República Federal da Alemanha que inaugura a Carta com a declaração dos direitos fundamentais, mas apenas expressa o regra da reserva legal no capítulo destinado ao Poder Judiciário. (art. 103).

30. Op. cit., p. 56.

que pretendem restringir a interferência do Direito Penal aos casos absolutamente imprescindíveis. A Constituição, segundo tal corrente de pensamento, serviria como filtro das possíveis condutas humanas que seriam canceladas com a pena na exata medida em que corresponderem a uma grave violação de valores também tutelados pela Constituição.

4.5.4 A Constituição como fator de evolução

O Direito Penal tem caráter complementar e sancionador, assim, fixando a Constituição as condições existenciais e funcionais dos poderes políticos e a própria personalidade social do indivíduo, nas suas inviolabilidades construtivas — no texto da atual Constituição a vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade — determina o sentido que deve seguir o legislador penal no qualificar as ações delituosas e estabelecer as penas respectivas, bem como as normas acerca do procedimento.

Daí porque, segundo a conclusão de Galdino Siqueira, a evolução do Direito Penal depende da evolução mesma dos princípios constitucionais do país.³¹

No Direito Penal, que tem por objeto e por efeito trazer restrições ao exercício da liberdade dos indivíduos, a determinação das ações proibidas e consideradas como delituosas depende muito mais da evolução dos princípios constitucionais do que do estado da moral social.

É assim que o respeito à liberdade individual, às liberdades de consciência, de pensamento, de palavra, de imprensa, de associação, fez e deve fazer desaparecer um grande número de incriminações e substituiu e deve substituir o regime da proibição pelo da tolerância e da liberdade.

É ao progresso do Direito Constitucional e político e não ao da moral social que se deve o desaparecimento dos crimes antigos de heresia, de ateísmo, de blasfêmia, de sacrilégio, de lesa-majestade.

31. *Tratado de direito penal*, p. 27.

4.5.5 A correlação entre a reforma constitucional e a reforma penal

A influência das mudanças políticas nas leis punitivas é bastante sensível modernamente. Basta a verificação dos novos princípios constitucionais contidos no texto máximo brasileiro para se aferir tal assertiva. Jimenez de Asúa, ao comparar as datas de mudança da ordem constitucional da Espanha com a das mudanças da legislação penal espanhola concluiu que toda nova Constituição requer um novo Código Penal.³²

Tal posição, contudo, sofre oposição de Palazzo que contesta a influência da ordem político-constitucional de um Estado em seu sistema penal classificando-a de “menos necessariamente condicionante do que, talvez, se possa pensar”. Argumenta com base na Constituição italiana de 1948 que não ocasionou, ainda, a reforma geral do Código que nasceu sob a égide do regime fascista e também com apoio no Código da República Federal da Alemanha, modificado em 1975, malgrado ter sido a Constituição elaborada em 1949.³³

Entre nós quem faz coro à opinião do mestre de Firenze é Márcia Dometila que, ao fazer um detido apanhado do histórico das constituições brasileiras e cotejá-las com a legislação penal vigente a cada momento e nos subsequentes à edição de cada manifestação do Poder Constituinte, conclui pela “inexistência de uma íntima e necessária relação entre as tradições e transições constitucionais e a legislação penal”.

Entende Márcia Dometila que “este descompasso ocorreu, porque as influências eram buscadas alhures, inexistindo um forte compromisso com a realidade brasileira. Graças a isso foi possível a convivência de um Direito Penal, predominantemente liberal, com uma Carta de caráter autoritário, como a de 1937. Por outro lado, em plena vigência da ditadura militar, operou-se uma discutida e ampla reforma da Parte Geral do Código Penal, e da Execução Penal, conferindo-se, ao regime, leis penais típicas de um país desenvolvido e sob Estado de Direito”.³⁴

32. *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Losada, 1964, t. I, p. 195

33. Op. cit., pp. 18 e segs.

34. Op. cit., pp. 17-22.

Apesar do apoio histórico que embasa a idéia de Palazzo, assim não nos parece porque vários Estados preferem esperar pela consolidação dos valores constitucionais antes de iniciar a reforma da legislação codificada que demanda sempre maior elastério temporal. O fulcro da argumentação de Palazzo reside no reconhecimento das chamadas *constantes penalísticas*, vale dizer, “de um núcleo central do direito criminal, invariável em todos os tempos e em todas as latitudes” e que transcendem a capacidade do sistema existente às transformações político-institucionais, resistindo a estas e acarretando perda de vitalidade da incidência das forças que deveriam ativar a transformação. Cita o *princípio da legalidade* como categoria penal mais representativa de sua tese.

Inevitável que se confirme modernamente o princípio da legalidade como *constante penalística* nas constituições. Ocorre que nem sempre foi assim no plano da história do Direito Penal, e ainda hoje, basta verificar-se a forma como está previsto em alguns textos de Estados de orientação socialista, ou em recentes Estados africanos.

Mais ainda, as constituições têm servido ao Direito Penal e este àquela em *feed-back* para consagração no texto máximo, quando se trata de reforma deste, de novas estruturas do Direito Criminal (principalmente quanto às penas) e, por outra via, toda reforma constitucional tem servido também para aprimoramento dos princípios de Direito Penal. Corporificam-se na constituição os avanços da legislação ordinária e se inspira esta, através daquela, para que divise novas conquistas.

Se não se verifica com extrema velocidade a mudança da legislação penal codificada logo em seguida ao advento de uma nova ordem constitucional, duas explicações justificam a inércia: a primeira já referida, da natural lentidão do processo legislativo, mormente em questões de natureza penal, com a possibilidade ainda de edição de legislação esparsa, se necessário.

A segunda razão decorre da constatação de que as transformações pelas quais têm passado os Estados modernos, ainda que não se divise por completo o resultado das alterações políticas ocorridas no leste europeu a partir de 1985, têm sido menos intensas e profundas do que as ocorridas nos primórdios do constitucionalismo, vale dizer,

muito mais do que ruptura, há adaptação da ordem constitucional aos novos valores sociais que decorrem mais de evoluções do que de revoluções, ou daquelas feitas com mais derramamento de tinta do que de sangue.

Não se pode jamais olvidar que, na atualidade, certamente, uma das mais importantes missões do Direito Penal é a proteção da organização política do Estado, na qual influi consideravelmente a sua legislação. Como consequência desta função protetora, em todas as partes, a transformação das leis penais vem estritamente unida às mudanças da organização política do Estado. A substituição das antigas formas de governo pelas constituições políticas democráticas introduziu grandes inovações abolindo certos delitos, criando outros, e dando nascimento à legislação penal de tipo liberal e individualista.

Como lembra Cuello Calón, o espírito do moderno Direito Penal, legalista e garantidor dos direitos individuais, provém em grande parte de um importante acontecimento político, a revolução francesa e o movimento constitucional que se originou a partir de então.³⁵

Igualmente, a implantação de regimes autoritários também motivou a formação de um Direito Penal de novas e peculiares características políticas, por outra parte, o desaparecimento daqueles regimes em alguns países e a revalorização do espírito democrático no último pós-guerra originou mudanças na legislação penal e a inclusão de normas penais fundamentais na maioria das recentes constituições políticas.

Se a reforma constitucional significar alteração na correlação de forças internas ou dos fatores reais de poder, tanto maior será a necessidade de reforma penal quanto mais radical se mostrar a alteração da estrutura do poder.

É através do Direito Penal que o Estado exerce sua mais rigorosa forma de *censura* às atividades que julga perniciosas à vida social. Mas não há Direito Penal que deixe de tutelar também o próprio poder do Estado contra a ação social. Os crimes contra o indivíduo convivem na legislação repressiva ao lado dos crimes contra o Estado

35. *Derecho penal*, p. 17.

(ou contra a Administração Pública, ou contra a Segurança Nacional, etc.).

Se uma nova Constituição significa uma nova feição para o Estado, decorra de manifestação do Poder Constituinte originário ou derivado, seja fruto de revolução ou de pacto, provenha de forma democrática ou autoritária, é conseqüente que no exercício da atividade estatal surjam novos interesses de punir, daí a verificação de que a mudança constitucional há de significar, quase que invariavelmente, a mudança da legislação penal. E essa reordenação varia na proporção direta das transformações políticas.

4.6 Natureza das normas constitucionais em matéria penal

São várias as identificações e as classificações correspondentes sobre a natureza das normas constitucionais em matéria penal que podemos formular, trata-se apenas de estabelecer o critério para catalogação daquelas. De todas as possíveis classificações, seis delas parecem-nos adequadas ao estudo das normas constitucionais em matéria penal. A primeira, proposta por Nuvolone tem importância por ser a primeira formulada por um penalista, isto em 1975.

A segunda, trazida também na obra de Nuvolone, trata da concepção primária e impessoal do exame das normas constitucionais sob a ótica do Direito Penal.

A terceira é extraída do recente trabalho de Palazzo e busca distinguir, internamente à Constituição, o valor das normas relativas ao Direito Penal. Outra delas, talvez a mais rica, embora não seja propriamente uma classificação das normas constitucionais em matéria penal, mas mero aproveitamento da tradicional classificação elaborada por José Afonso da Silva, encarrega-se de estudar as normas penais constitucionais sob o prisma da eficácia e da aplicabilidade.

Restam ainda as classificações das normas penais segundo o conteúdo e o destinatário, cujos objetivos visam delimitar com exatidão os limites de nosso tema, reconhecendo que no texto constitucional há muito mais do que meros princípios de formulação do Direito Penal.

4.6.1 *Classificação proposta por Nuvolone*

Uma primeira classificação, ofertada por Nuvolone,³⁶ e que se baseia no texto constitucional italiano, o qual considera *estrutura fundante do sistema penal*, e que de resto no plano estrutural guarda relação de similitude ao texto magno brasileiro, distingue quatro espécies de normas, quais sejam: as normas da Constituição que dizem respeito à formulação do preceito primário do ponto de vista objetivo e subjetivo; as normas que dizem respeito à formulação do preceito secundário e, portanto, à matéria de sanções; as normas que dizem respeito ao conteúdo do preceito e aos limites discriminantes; as normas que dizem respeito ao momento aplicativo e, portanto, aos poderes do juiz em particular.

A primeira classe das normas, segundo a classificação de Nuvolone, relaciona-se com os chamados princípios fundamentais de caráter penal, assim entendidos os princípios da reserva legal, da anterioridade, da irretroatividade entre outros que serão estudados pormenorizadamente.

A segunda classe de normas faz referência aos princípios gerais sobre a pena, quer limitando sua aplicação, quer banindo as reprimendas corporais ou cruéis, quer fixando formas de cumprimento das mesmas.

As normas relativas ao conteúdo do preceito e aos limites discriminantes estatuem as matérias que poderão ser ou não objeto de repressão penal e as circunstâncias da tutela. Por fim, há as normas dirigidas ao magistrado, porque atinentes ao momento aplicativo de outras normas e que encontram seu parâmetro de validade no texto constitucional.

4.6.2 *Classificação das normas constitucionais quanto à consequência*

Outra classificação possível da natureza das normas constitucionais diz respeito às consequências que delas podem ser tiradas no tocante à lei ordinária.

36. *O sistema do direito penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 39.

Desse ponto de vista existem as normas constitucionais postas no mesmo plano de abstração das normas penais: sempre que houver incompatibilidade com uma norma da lei penal, esta deve ser considerada tacitamente revogada.

Se nosso texto constitucional dispõe em seu art. 5.º, inc. XLVII que não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, mesmo que normas do Código Penal ou de legislação penal extravagante em vigência estatuissem pena de morte para alguma espécie de crime, ainda que não houvesse expressa ab-rogação por lei ordinária, em face do texto constitucional ter-se-ia revogada aquela disposição.

Em segundo lugar temos as normas da Constituição colocadas num plano de maior abstração em relação às do Código Penal: trata-se, na realidade, de princípios informativos do sistema, que podem estar em conflito com lei penais que, num plano mais sólido, ditam regras para o caso concreto.

Neste caso, não se pode falar em revogação tácita, mas em vício de inconstitucionalidade. Nuvoletti exemplifica a incompatibilidade aludida confrontando os arts. 402 e segs. do Código Penal italiano com os princípios constitucionais da igualdade e da liberdade religiosa.³⁷

Entre nós, poderia figurar como ilustração a vigência, antes da reforma penal de 1984, da medida de segurança por presunção normativa de periculosidade (art. 78 do Código Penal) com a garantia constitucional da ampla defesa.

Finalmente, existem normas constitucionais que contemplam determinados direitos de liberdade que, não sendo incompatíveis em sentido absoluto com a lei penal, entram parcialmente em conflito com algumas possíveis aplicações de uma ou mais normas penais. Nesse caso, deve-se concluir que a própria conduta pode ser considerada justificada pelo limite discriminante do exercício do direito.

À guisa de ilustração cabe lembrar todos os direitos relativos à liberdade de imprensa e de manifestação do pensamento e os crimes contra a honra com as regras fixadas tanto pelo Código Penal, quanto pela Lei n.º 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 (Lei de Imprensa).

37. Op. cit., pp. 39-40.

4.6.3 Classificação proposta por Palazzo

Francesco Palazzo³⁸ propõe que se estabeleça uma distinção entre os *princípios de Direito Penal Constitucional* e os *princípios (ou valores) constitucionais pertinentes à matéria penal*. Os primeiros apresentam um conteúdo típico e propriamente penalístico (legalidade do crime e da pena, individualização da responsabilidade, etc.) e, sem dúvida, delineiam a “feição constitucional” de um determinado sistema penal, a prescindir, eventualmente do reconhecimento formal num texto constitucional. Tais princípios, que fazem parte diretamente do sistema penal em razão do próprio conteúdo, têm características substancialmente constitucionais, enquanto se circunscrevem dentro dos limites do poder punitivo que situam a posição da pessoa humana no âmago do sistema penal.

Os *princípios (ou valores) pertinentes à matéria penal* se atêm à específica matéria constitucionalmente relevante (economia, administração pública, matrimônio, família), da qual traçam freqüentemente, os grandes rumos disciplinadores. Embora sejam princípios de condição obviamente constitucional, seu conteúdo se revela heterogêneo e, por isso, não exatamente característico do Direito Penal; impõem-se tanto ao legislador civil, ou administrativo, como ao penal que intervier na respectiva matéria.

Na verdade, a classificação proposta por Palazzo apresenta os tradicionais vícios da dicotomia, mormente porque não distingue entre as normas constitucionais referentes ao Direito Penal e que dele tratam diretamente, e não por via transversa como os *princípios (ou valores) constitucionais pertinentes à matéria penal*, as que tem incidência sobre a formulação do Direito Penal comum e as que consagram, segundo sua própria expressão, o *Direito Penal Constitucional*.

Muito embora a Constituição italiana, ao prever os chamados *crimes de responsabilidade*, estes sim entidade do chamado *Direito Penal Constitucional*, tenha sido muito mais tímida do que o nosso texto magno, ainda assim se divisa nos artigos 90 e 96 a existência daqueles delitos. Qual seria a natureza de tais normas segundo a classificação de Palazzo?

38. Op. cit., pp. 22 e segs.

A lacuna que se abre ante a indagação formulada obriga-nos ao reconhecimento de que tal classificação é incompleta e não pode ser abrigada sem prejuízo do sistema que se quer demonstrar.

Reconhecemos, ao menos em tese, que os crimes de responsabilidade dos Chefes de Estado ou de Governo e de seus Ministros compõem o sistema do chamado *Direito Penal Constitucional* que guarda com o Direito Penal comum relação de semelhança, mas também de independência, porquanto em muitas oportunidades, no direito comparado, oferecem as Constituições o rol dos fatos típicos, das penas e de algumas regras procedimentais, remetendo á lei ordinária a atribuição para formulação das regras complementares.

4.6.4 Classificação segundo a divisão tricotômica de José Afonso da Silva

Abstraído-se o caráter específico que pretendemos revelar em algumas normas constitucionais e observando-se-as apenas sob o prisma de *normas constitucionais*, também é possível a classificação destas na esteira das conclusões de José Afonso da Silva em sua clássica monografia³⁹ dividindo-se-as entre normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata; normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrições; normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que, por seu turno, compreendem dois grupos: normas de eficácia limitada definidoras de princípio institutivo e normas constitucionais de eficácia limitada definidoras de princípio programático.

As normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata são aquelas que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata. Situam-se predominantemente entre os elementos orgânicos da Constituição.

Em nosso estudo, inauguram o sistema penal-constitucional com as regras básicas da elaboração penal, por isso também orgânicas do Direito Penal. Não necessitam de providência normativa ulterior para

39. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.

sua aplicação. Criam situações subjetivas de vínculo desde logo exigíveis. Podemos citar as normas definidoras do princípio da reserva legal e da anterioridade (art. 5.º, inc. XXXIX), o princípio da irretroatividade da lei penal (art. 5.º, inc. LV) e os princípios limitativos da pena (art. 5.º, inc. XLVII).

A segunda das normas no pensamento de José Afonso da Silva são aquelas de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrições. São normas que prevêm meios normativos não destinados a desenvolver sua aplicabilidade mas, ao contrário, permitindo limitações à sua eficácia e aplicação. Seu reconhecimento, como afirma o próprio autor, por vezes escapa à compreensão do mais dotado constitucionalista.

Por referirem-se, frequentemente, a uma legislação futura, confundem-na os tratadistas com as normas de eficácia limitada. Para diferenciá-las, conceitua as normas de aplicabilidade contida como sendo aquelas de natureza imperativa, quer positivas ou negativas, limitadoras do poder público, valendo dizer, consagradoras, em regra, de direitos subjetivos dos indivíduos. São normas que solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a legislação futura; mas o apelo ao legislador visa a restringir-lhes a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos. Enquanto o legislador ordinário não expedir a norma restritiva, sua eficácia será plena.

Dentre as normas constitucionais referentes ao Direito Penal, podemos citar duas que se adaptam a tal classificação já consagrada: a do art. 5.º, inc. XLV ao estatuir que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens, ser, *nos termos da lei*, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do patrimônio transferido”. Vale dizer, existe o direito subjetivo à individualização e intransmissibilidade da pena, princípio antigo entre nós e no direito comparado. Mas há a inovação constitucional da reparação do dano ou perdimento dos bens, limitados ao valor do patrimônio transferido, e que poderá ter seu pedido exercido contra os sucessores do condenado, *nos termos da lei*.

Significa dizer que a individualização da pena estatuída no preceito em sua disposição inicial tem eficácia plena e aplicabilidade

imediate, mas essa eficácia poderá vir a ser *contida*, mediante lei, em relação aos sucessores que puderem arcar com a reparação do dano causado pelo delito. Sem a publicação de lei que regulamente a disposição, qualquer extensão da pena nos limites indicados pelo texto seria inconstitucional.

Outro dispositivo que pode ser invocado como exemplo encontra-se no art. 5.º, inc. LI da Constituição ao estabelecer que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime de comum, praticado antes da naturalização ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, *na forma da lei*”. Isto equivale a dizer-se que até a vigência da *lei* referida no texto constitucional, não apenas os brasileiros não poderão ser extraditados, mas nem mesmo aqueles naturalizados o poderão.

Por fim, há as normas constitucionais de eficácia limitada definidoras de princípio institutivo, que são aquelas que prevêm esquemas genéricos de instituição de um órgão ou entidade, cuja estruturação definitiva o legislador constituinte deixou para a legislação ordinária. Em matéria penal enquadram-se na definição aquelas normas que instituem classes de delitos, como os *crimes inafiançáveis e imprescritíveis* (art. 5.º, incs. XLII e XLIV), *crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia* (art. 5.º, inc. XLIII), *crimes hediondos*.

As normas constitucionais de eficácia limitada definidora de princípio programático, que são aquelas que traçam esquemas de fins sociais, que devem ser cumpridos pelo Estado, mediante uma providência normativa ou mesmo administrativa, referentes à matéria penal, encontráveis na Constituição, estão dispostas no art. 5.º, incs. XLVI (individualização da pena), XLVIII (cumprimento de pena em locais distintos) e L (local de cumprimento de pena da mãe-presidiária em fase de amamentação).

4.6.5 Classificação segundo o conteúdo

Retomando a introdução tivemos oportunidade de afirmar que “os liames que podem ser estabelecidos entre o Direito Penal e a Constituição, em nosso ver, permitem o estudo do tema sob três grandes óticas: a dos princípios constitucionais do Direito Penal, a

influência da Constituição na elaboração do Direito Penal e a teoria dos delitos constitucionais”

Claro que tudo quanto existe na Constituição em matéria penal influência a formulação de toda legislação ordinária repressiva. Todas as normas constitucionais em matéria penal podem ser interpretadas em sentido amplo enquanto princípios constitucionais de formulação do Direito Penal, ou em sentido estrito, alargando o rol da natureza das normas.

Os *princípios constitucionais do Direito Penal*, em sua acepção estrita, compreendem as normas formuladoras de regras a serem obedecidas originariamente pelo legislador penal ordinário. São de duas espécies os princípios, e que correspondem ao exato binômio formador da estrutura penal. Há os princípios constitucionais referentes ao *crime* e aqueles outros que se dirigem à *pena*. Dividem-se, pois, entre aqueles que disciplinam e organizam o preceito primário da lei penal (descrição do fato típico), ainda que interfiram diretamente na elaboração de regras do preceito secundário (sanção penal), como são os princípios da legalidade, anterioridade e irretroatividade da lei penal; e aqueles outros que dizem respeito exclusivo à organização das regras referentes ao preceito secundário, como são os princípios referentes à limitação, aplicação e execução das penas.

Há normas que se destinam ao legislador ordinário orientando-o a elaborar leis incriminadoras de matérias específicas, mas fixando, *a priori*, limites à sua atuação, ao consagrar cláusulas, de natureza penal ou processual, impeditivas ou restritivas de direitos ou benefícios em regra reconhecidos ou concedidos pela mesma legislação infra-constitucional, como por exemplo a vedação do direito à fiança, o reconhecimento da imprescritibilidade de alguns delitos, a impossibilidade de concessão de graça ou anistia. Essas normas (previstas nos incisos XLII, XLIII, XLIV do art. 5.º da Constituição Federal) podem ser catalogadas como *normas constitucionais restritivas de direitos individuais em matéria penal*, isto porque a própria Constituição regula o direito à fiança (art. 5.º, inc. LXVI), dispõe sobre a anistia (art. 21, inc. XVII), e o instituto da prescrição decorre de princípios por ela adotados.

Finalmente, há no texto magno normas relativas ao *Direito Penal Constitucional* que estabelecem, abstratamente, as condutas enseja-

doras dos chamados *crimes de responsabilidade* (arts. 85 e 86 da Constituição), assim como os princípios dos chamados *crimes contra a ordem constitucional e o Estado Democrático* (art. 5.º, inc. XLIV).

4.6.6 Classificação segundo o destinatário

Outra classificação possível das normas constitucionais em matéria penal diz respeito ao destinatário do comando normativo. De todas as categorias de normas, talvez seja a de verificação mais imediata. Se a postergamos até agora não foi, contudo, sem razão. Um dos princípios constitucionais de maior relevância por sua atualidade e inicial desenvolvimento é o relativo à *individualização da pena*. Não por coincidência, mas por herança do Direito Constitucional que estabeleceu a separação dos poderes, e sendo o *ius puniendi*, no sistema tradicional, um das expressões do poder do Estado, natural que a separação de funções para melhor exercício do poder no aspecto político tenha repercutido nesta seara do Direito Penal. Assim como tríplice é a divisão dos poderes do Estado na maioria das Constituições, tríplice também a forma de exercício do direito-dever de punir, este na acepção moderna, do Estado.

Assim, há normas constitucionais em matéria penal que são dirigidas ao legislador do Estado, como por exemplo a que exige a existência de lei anterior ao fato para que o mesmo possa ser tido como delituoso. Há normas dirigidas aos membros do Poder Judiciário, estas principalmente as de cunho adjetivo, embora já nos tenhamos manifestado sobre o tema, mas também há normas que decorrem da adoção do princípio da estrita legalidade, impedindo assim a criação jurisprudencial em prejuízo ao acusado, através de raciocínio analógico *in pejus*. Há ainda normas dirigidas aos administradores representantes do Poder Executivo, ao exigir destes a verificação de pressupostos mínimos para a execução material das penas cominadas, principalmente em se tratando de penas privativas de liberdade.

Assim, a cada um dos poderes do Estado corresponde um rol mais ou menos extenso de normas constitucionais em matéria penal dirigidas aos seus agentes.

RELAÇÕES ENTRE O DIREITO PENAL E A POLÍTICA

5.1 Introdução — 5.2 Direito Penal e ideologia — 5.3 Direito Penal e política — 5.4 Direito Penal e política criminal — 5.5 Limitações das influências políticas no Direito Penal — 5.6 Direito Penal e orientações políticas; 5.6.1 O Direito Penal e o liberalismo; 5.6.2 O Direito Penal na órbita da *common law*; 5.6.3 O Direito Penal e o socialismo; 5.6.4 O totalitarismo penal; 5.6.5 O Direito Penal e a democracia; 5.6.6 Estado de Direito, Estado Social e Direito Penal.

5.1 Introdução

Na órbita dos sistemas jurídicos modernos, como o conhecemos ao menos no mundo ocidental, o Direito Penal consubstanciou-se numa das principais feições de demonstração e exercício do poder do Estado. Existe uma intrínseca e específica politicidade do Direito Penal que deriva simultaneamente da absoluta falta de qualquer espaço para a autonomia privada em matéria do exercício do *ius puniendi*, cerceando-se a esta, na maioria das vezes, até mesmo a faculdade de iniciar a persecução penal, cuja nota característica é dada pela oficialidade e obrigatoriedade dos agentes públicos especialmente investidos, e também decorre da variada escolha dos bens que o Direito Penal busca tutelar com o aguçado instrumento da pena criminal.

Indisputável a afirmação que entre o Direito Penal, enquanto forma de exercício do poder estatal, e o conjunto de regras formuladoras de mecanismos perenes e socialmente adequados de

organização e intervenção dos poderes, que é dada pela Constituição, erigem-se a uni-los a política e a ideologia.

Inequívocas as influências dos chamados *valores constitucionais* no sistema penal, cujo exercício se dá no campo das relações entre o Direito Penal e a política, relações, que no dizer de Palazzo, são a um só tempo estreitíssimas e, potencialmente, conflituosas.¹

Objeto deste capítulo é o estudo das recíprocas influências que podem ser notadas entre o Direito Penal e a Constituição, esta enquanto carta política e ideologizada. Não mais nos interessa o estudo abstrato do Direito Constitucional, mas sua operacionalização e seu real sistema de construção em nossa época, por isso indispensável o estudo do Direito Penal sob à ótica política. Buscar-se-á estudar o sistema de escolha dos fatos mais graves no meio social que mereçam intervenção do Direito Penal em sua bilateral manifestação: proibição da conduta prevista e cominação de pena específica.

Funcionam as relações do Direito Penal com a Constituição como última introdução ao estudo propriamente dito dos princípios constitucionais de Direito Penal, que não estão desligados das considerações de ordem política e ideológica que doravante serão sumariamente expostas, ao contrário, estas imprimem ao direito punitivo sentido, direção e velocidade em sua marcha na defesa dos valores essenciais da pessoa representados no texto constitucional pelo espírito informativo que advém da sociedade.

Claro que não se trata de estudo contaminado pelo purismo científico que, inobstante seus méritos, tem conduzido o Direito Penal e suas respostas a limites distantes dos almejados pela coletividade, quer quando esta exige de forma mais freqüente e rigorosa sua intervenção, quer quando, ao contrário, deseja-se maior distanciamento das normas aflitivas.

Uma e outra concepção de necessidade de intervenção do Direito Penal, segundo a ótica social, estão condicionadas a reflexos de valores, alguns inconscientes, que se encontram espalhados na base de informação do direito punitivo e que provém, primordialmente, de elementos e aspectos da ideologia dominante, entendida esta

1. Op. cit., p. 16.

como conjunto de valores multidisciplinares (éticos, morais, religiosos, políticos, econômicos, sociais, etc.) que orienta as aspirações dos membros de determinado grupo, ainda que em detrimento de interesses outros e maiores pertencentes a outros grupos e que, circunstancialmente, encontram-se em situação de desvantagem quanto à aceitação de seu programa.

5.2 Direito Penal e ideologia

A origem da expressão *ideologia* vem de uma função lingüística extraída da raiz grega *eidos* (idéias) como *logos* (estudo, conhecimento). Em seu sentido atual, a ideologia foi criada pelo filósofo francês Destutt de Tracy (1754-1826) durante a Revolução Francesa e sua significação original era Ciência das Idéias, ou seja, o estudo das origens, evolução e natureza das idéias. A Ciência das Idéias seria o verdadeiro fundamento para todas as demais ciências, devendo investigar e descrever a forma pela qual nossos pensamentos se constituem.²

Tanto na linguagem política prática, como na linguagem filosófica, sociológica o político-científica, não existe talvez nenhuma outra palavra que possa ser comparada a ideologia pela freqüência com a qual é empregada e, sobretudo, pela gama de significados diferentes que lhe são atribuídos.

Hodiernamente, dos múltiplos usos do termo ideologia é possível, simplificando, delinear dois tipos gerais de significado. O primeiro deles pode ser visto como *significado positivo de ideologia*, pelo qual esta é compreendida como um sistema de atitudes integradas de um grupo social — ideologia enquanto sistema de idéias relacionadas com ação — ideologia como um conjunto de idéias, valores, maneiras de sentir, pensar das pessoas ou grupos — ideologia como ordenação de crenças, ou na colocação de Bagolini³ “que são elaboradas e integradas entre si, de maneira

2. Crespigny, Anthony de, *Ideologias políticas*, p. 6.

3. *Apud* Wolkmer, Antonio Carlos, *Ideologia, estado e direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, p. 73.

mais ou menos coerente, de modo a poder funcionar como guia de ações e de comportamentos, como critérios idôneos para justificar o exercício do poder, explicar e julgar os acontecimentos históricos, explicar as conexões entre atividades políticas e outras formas de atividade.”

Este conceito de ideologia, chamado por Bobbio de significado *fraco*, tem predominância na ciência e na sociologia política liberal burguesa, tanto em sua aceção geral quanto na particular.

A primeira aceção se acha nas tentativas mais acreditadas de teoria geral, tradicionais e inovadoras. Acha-se também na interpretação dos vários sistemas políticos e na análise comparada dos diversos sistemas. Encontra-se ainda na investigação empírica dirigida à averiguação dos sistemas de crenças políticas como se apresentam nos estratos politizados ou na massa dos cidadãos. Na aceção particular, aquilo que é *ideológico* é normalmente contraposto, de modo explícito ou implícito, ao que é *pragmático*.

Neste passo o caráter de *ideologia* é atribuído a uma crença, a uma ação ou a um estilo político pela presença neles, de certos elementos típicos, como o doutrinarismo, o dogmatismo, um forte componente passional, etc., que foram diversamente definidos e organizados no estudo de suas influências sobre o sistema político estatal e, também em particular, sobre o sistema político penal do Estado.

Em sentido contrário, fala-se em um *significado negativo de ideologia*, entendida esta, agora, como falsa consciência das relações de domínio entre as classes — ideologia como ilusão, mistificação, distorção e oposição ao conhecimento verdadeiro. Seria, ao contrário, o que Bobbio chamaria de significado *forte*, de larga aceitação na atualidade.⁴

Pode ser vista, num sentido mais explícito, como conjunto lógico, sistemático e coerente de representações (valores e idéias) e de normas ou regras (de conduta) que indicam e prescrevem aos membros da sociedade o que devem pensar e como devem pensar, o que devem valorizar e como devem valorizar, o que devem sentir

4. Wolkmer, Antonio Carlos, op. cit., p. 75.

e como devem sentir, o que devem fazer e como devem fazer. Ela é portanto, um corpo explicativo (representações) e prático (normas, regras e preceitos) de caráter prescritivo, normativo, regulador, cuja função é dar aos membros de uma sociedade dividida em classes uma explicação racional para as diferenças sociais, políticas e culturais, sem jamais atribuir tais diferenças à divisão da sociedade em classes, a partir das divisões na esfera de produção. Pelo contrário, a função da ideologia é a de apagar as diferenças como de classes e de fornecer aos membros da sociedade o sentimento da identidade social, encontrando certos referenciais identificadores de todos e para todos, como por exemplo, a Humanidade, a Liberdade, a Igualdade, a Nação ou o Estado.⁵

O significado forte de ideologia sofreu ao longo da história singular evolução. Em Marx, ideologia denotava idéias e teorias que são socialmente determinadas pelas relações de dominação entre as classes e que determinam tais relações, dando-lhes uma falsa consciência.

Na evolução sucessiva do significado da palavra, perdeu-se geralmente, salvo na linguagem polêmica da política prática, a conexão entre ideologia e poder. Quanto ao mais, o destino deste significado de ideologia foi centrado nas relações entre dois elementos constitutivos da formulação originária: o caráter de falsidade da ideologia e a sua determinação social.

Giovanni Sartori⁶ escreve que as discussões sobre ideologia caem geralmente em dois grandes setores: a ideologia no conhecimento e/ou a ideologia na política. No que se refere à primeira área de indagação, o problema se o conhecimento do homem é condicionado ou distorcido ideologicamente e em que grau o pode ser. Quanto à segunda área de indagação, o problema é se a ideologia é um aspecto essencial da política e, uma vez concluído que o seja, o que é que ela é e como pode ser explicada. No primeiro

5. Chauí, Marilena, *O que é ideologia*, São Paulo, Brasiliense, 1981, p. 113-114.

6. *Apud* Stoppino, Mario, Ideologia, In *Dicionário de Política*, por Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Brasília, Edunb, 1993, v. 1, p. 586.

caso a ideologia é contraposta à verdade, à ciência e ao conhecimento válido, em geral. No segundo caso, o que importa não é o valor da verdade, mas, por assim dizer, o valor funcional da ideologia.

A objeção que se pode apresentar contra essa posição é que, na interpretação originária do conceito, ou seja, na interpretação de Marx, a falsidade e a função social da ideologia não são reciprocamente independentes e sim estreitamente ligadas entre si. De uma parte, a falsa consciência, velando ou mascarando os aspectos mais duros e antagonísticos do domínio, tende a facilitar a aceitação da situação de poder e a integração política e social. De outra parte, porque falsa consciência, a crença ideológica não é uma base independente do poder e a sua eficácia e sua estabilidade dependem, em última análise, das bases efetivas da situação de domínio. Ora, se a estas proposições se pode conferir um significado descritivo e empírico, mais do que polêmico-descritivo e empírico, o conceito forte de ideologia torna-se, por isso mesmo, um conceito importante para o estudo científico do poder e portanto para o estudo científico da política. A averiguação do caráter ideológico de uma crença política permitiria, na verdade, tirar conclusões significativas sobre a relação de poder a que a crença se refere: por exemplo, sobre sua potencial conflitualidade e sobre sua estabilidade.⁷

Por essas razões, quanto aos sentidos negativo e positivo, preocupam-nos as interferências da ideologia na formulação do Direito Penal. As técnicas de valorização de falsos conceitos e aspirações incutidas no meio social pelas expressões mais variadas e pelas formas mais diversas, além dos mecanismos de formação da opinião pública, tudo isso, enfim, concorre para elaboração de leis penais marcadamente protetoras de valores ou bens que não são necessariamente representativos de uma aspiração social majoritária.

É certo que serve ainda para fixação de sanções inadequadas ao crime desde que o meio de repressão seja aceito por essa parcela dominante como o mais útil aos fins. Aliás, a própria definição da finalidade da pena (prevenção, repressão, reeducação, etc.) é expressão do domínio ideológico.

7. Id. Ibid.

Enfim, tudo em Direito Penal, da eleição do bem a ser tutelado à redução dada ao tipo legal que o faz, do balizamento abstrato aos mecanismos de execução da pena, da própria escolha da sanção à atuação do Poder Judiciário, das garantias conferidas pela Constituição às normas processuais, tudo isso encontra, não uma resposta, mas uma orientação no sistema da ideologia dominante.

Parece que, criticamente, a neutralidade normativa pressuposta por uma Ciência Pura do Direito não resiste mais à sua ideologização. Isso não significa, em absoluto, que a estrutura de tal "purismo" não mais sirva para compreensão dos fenômenos jurídicos contemporâneos. Apenas se quer revelar que essa ciência representa uma forma de visualização do sistema do Direito, uma de suas óticas, como quem se põe a ver um quadro e abstrai a figura desenhada, retendo sua atenção às tonalidades e aos possíveis instrumentos utilizados em sua confecção.

O que se censura é a ausência de movimento no sentido de compreender-se a superar a Ciência do Direito sua própria contradição, deixando de tornar-se, diante disso, ideologia da ocultação.

Toda estrutura jurídica reproduz o jogo de forças sociais e políticas, bem como os valores morais e culturais de uma dada organização social. O Direito, como fenômeno ou fato social, não é o produto da vontade do legislador e muito menos de entidades ou divindades. Não é uma criação do espírito humano ou a projeção de uma idéia eterna que exista fora da realidade concreta. A norma jurídica não é, também, a emanção de uma norma existente fora do sistema legal ou de princípios eternos e sagrados. O Direito é um fenômeno social, histórico e concreto que somente pode ser entendido questionando-se a realidade social e o processo histórico em que ele se manifesta.

O sistema jurídico, como conjunto de normas, de práticas, de costumes e de valores, é eminentemente estatal. Todo sistema jurídico está umbilicalmente ligado a um tipo de Estado — feudal, socialista, democrático-burguês, etc. Ele exprime, em normas jurídicas, as idéias, os objetivos, as necessidades, os conceitos das classes existentes. Porém dominam no sistema jurídico, em cada Estado e em cada momento, as idéias, as relações sociais, os

conceitos da classe dominante na sociedade. A hegemonia da classe dominante é exercida através do aparelho de Estado.⁸

No plano do Direito Penal ideologizado constituem o aparelho de Estado os tribunais, a polícia, as universidades, a direção que a mídia imprime às questões de segurança e violência, dentre outros.

Representando o Direito Penal, como já visto insistentemente, forte aparato de controle social face aos mecanismos repressivos postos à sua disposição, inegável se torna a conclusão de que sobre ele se manifesta com intenso vigor, em todas as suas aptidões e manifestações concretas, a linha mestra da ideologia dominante pela sobreposição dos valores desta classe em detrimento dos demais valores.

De nenhuma outra forma senão esta explicar-se-ia, no plano da legislação penal brasileira, a absurda inversão dos valores penais dos interesses patrimoniais em relação à integridade física, por exemplo.

Na legislação brasileira, materializando a discussão, o furto (subtração sem violência à pessoa) de um rádio-portátil, através de uma janela que foi quebrada é tão severamente punido quanto uma agressão dolosa a alguém e que resulte à vítima a perda, por exemplo, do sentido da visão, ou seja, pena de reclusão de 2 a 8 anos. Outros exemplos são facilmente localizáveis, até mesmo pelo pesquisador mais desatento, no texto do Código Penal e das leis especiais.

O que pode parecer um mero equívoco do legislador vai além, para ser viva representação dos valores dominantes em parcela da sociedade capaz de catalisar os meios de influência e informar com tais premissas a legislação penal.

Não pretendemos, após essas considerações, concluir afirmando que todo o Direito encontra-se contaminado pelos aspectos ideológicos, crítica que segue logo adiante, mas apenas contrapor argumentos àqueles que o vêem em seu purismo tecnicista.

O que nos interessa em grande parte é o estudo da ideologia subjacente à pretendida defesa dos bens jurídicos escolhidos, ou

8. Campos, Benedito A., *A questão da constituinte*, pp. 114-115.

dito de outro modo função real que se oculta atrás da função ideológica de proteção dos bens jurídicos.

Não podemos deixar de reputar que a maior via de penetração dos valores ideológicos no campo do Direito Penal faz-se precisamente pelas técnicas do processo de eleição dos bens jurídicos a serem especialmente tutelados pelas leis penais, quer em seu aspecto quantitativo, quer qualitativo, mormente no que tange à cominação dos resultados à apontada lesividade dos bens — a pena criminal.

Não se pode deixar de ver, como aponta Terradillos Basoco,⁹ citando Hormazábal, as fórmulas ideológicas podem também manifestar-se nos bens jurídicos, encobrendo a verdadeira natureza das relações sociais concretas que se protegem pelo Direito Penal, com o que o objetivo protegido corresponderá, ainda que em forma encoberta, com os interesses dos grupos hegemônicos e isso trará como consequência que uma determinada e particular concepção de mundo se terá objetivado através de uma norma penal que fará fixar, em conformidade a ela, pautas de conduta social.

5.3 Direito penal e política

Introduzimos há pouco, na esteira de Palazzo, a afirmação de que as relações do Direito Penal com a Constituição travadas no campo da política são, a um mesmo tempo, estreitas e conflituosas.

Não há como se negar que o Direito Penal é, por natureza, instrumento privilegiado de política e utilidade social, nosso estudo anterior quanto aos antecedentes históricos do Direito Penal procurou demonstrar a idéia, tornando-se, em função disso, tema político por excelência. Entre os homens e o Direito Penal não se estabelece relação diferente daquela existente no conflito entre o indivíduo e a autoridade estatal representativa da comunidade. No Direito Penal, assim como no Direito Administrativo ou Tributário ou outro ramo do Direito Público, a relação de sujeição do indivíduo

9. "Funcion simbólica y objeto de protección del derecho penal", In *Pena y estado*, Revista Hispanolatinoamericana, Barcelona, PPU, n. 1, 1991, p. 13.

à autoridade do Estado decorre primordialmente de uma escolha política formulada pelo Estado e disciplinada pela Constituição.

Mas o Direito Penal não é apenas um sistema abstrato de proibição de condutas, é também um sistema concreto de imposição de penas, cuja principal continuação é a limitação do direito à liberdade do infrator, por isso a sanção criminal constitui, no dizer de Palazzo, a mais aguda e penetrante intervenção do Estado na esfera individual e que deve corresponder ao mais grave ataque desferido pelo indivíduo aos bens sociais máximos tutelados pelo Estado.

O potencial conflito entre o Direito Penal e a política trava-se no plano da cominação e da execução da pena. Dificilmente pode-se adequar à idéia de que o valor originário e supremo do homem possa, por acaso, ser reduzido a uma pena terrena, expressão de um sistema de justiça e de uma ordem de valores tidos como absolutos só porque impostos pelo Estado (a punição *quia peccatum est*), ou ainda, a expressão de uma filosofia utilitarista que não hesita em instrumentalizar o homem para evitar o cometimento de novos ilícitos (a punição *ne peccetur*).

O Direito, como instrumento de mudança social, já constitui objeto de análise e debate de vários juristas, politicamente preocupados. A adoção da idéia de Estado Constitucional, o Estado de Direito, não impediu o debate em torno do Estado. Frente à idéia tradicional de Estado de Direito, centrada no princípio da legalidade, surgiram preocupações acerca da existência de um mecanismo de legitimação substancial do Estado. Não se permite mais que a dogmática tradicional mascare o estudo do problema das relações entre direito e política. Hoje, ao lado da idéia do papel do Direito como obstáculo para mudança social ou como manifestação ideológica da dominação de classes.¹⁰

Nesta perspectiva, o Direito não pode mais ser considerado como uma totalidade orgânica de regras postas, acabadas, mas passa a mostrar-se como um conjunto de princípios e normas de ação, em contínua mudança.

10. Carvalho, Márcia Dometila Lima de, op. cit., pp. 28-29.

Em face dessas novas idéias, o Direito Penal ressentir-se, por continuar arraigado a uma dogmática fechada, sem se arejar através de uma nova ótica interpretativa, baseada nos princípios constitucionais e nos valores sociais e políticos postos, e com a finalidade de promover uma maior justiça. O atual histórico inadmitte deixar de lado os aspectos funcionais do Direito na vida social.

A vitalidade de novos valores sociais e políticos, que tende a imprimir um modelo de reforma constitucional como consequência, se comprovará através dos seus reflexos transformadores nos vários ramos do Direito, entre eles o Direito Penal, ao qual não será permitido enclausurar-se no seu reducionismo dogmático, alheando-se aos fins próprios do Direito na nova sociedade e ao momento presente, que reclama maior justiça.

À vista dos obstáculos a superar, o aferramento dogmático, embora preservando-se a segurança, deve ser deixado de lado. É preciso assegurar novas bases e ponto de partida para a recuperação do sentido de justiça. As questões não resolvidas, se ultrapassarem certos limites críticos, acionarão as forças sociais que irão impor uma renovação necessária, afirmam os sociólogos.

Esta necessidade de abandono da rigidez dogmática não deve implicar, contudo, no descrédito das sanções negativas e na absoluta preferência pelas sanções positivas ou premiais. Tal atitude implicaria, em última análise, em um atentado à própria ordem constitucional vigente e aos princípios e valores que ela erige como fundamentais.

O perigo encontra-se denunciado por José Eduardo Faria, ao mostrar a perversão inerente às técnicas de estímulo e encorajamento. Seria a violência simbólica dissimulando a força ou agregando a sua força simbólica às relações de força, por meio de imposição, como legítimos, de significados e cometimentos.¹¹

Neste mesmo diapasão, Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos analisou a problemática do poder da violência simbólica e da imposição de significações como legítimas, dissimuladoras das

11. *Eficácia jurídica e violência simbólica - O direito como instrumento de transformação social*, tese de concurso para titular da FADUSP, 1984.

relações de força, logrando demonstrar ser a dogmática o veículo por meio do qual passariam a se manifestar as ideologias da não violência, da violência legítima, da violência controlada, da violências do razoável.

Segundo a autora, “através da dogmática, que mostra a decisão como um procedimento no qual a violência está *domesticada*, não se elimina a violência, mas se enfraquece sua força. Ela traz a violência para *dentro* do sistema jurídico, mostrando, às vezes, que a violência não é um limite do Direito, mas que está dentro dele com toda a sua ambigüidade; ou seja, que o comportamento violento não é um limite, mas sua qualificação resulta de uma diferenciação interna do próprio sistema jurídico. E a dogmática, ao *conceptualizar* o sistema jurídico é uma peça importante nesta diferenciação. Afinal, ela permite uma congruência estável entre normas, instituições e valores, fazendo com que a violência não entre no Direito como norma, nem como instituição, nem como valor, mas suponha a correlação dos três. Isto faz com que se possa contrapor a violência institucionalizada à violência legal, e esta à violência legítima num jogo cujo resultado é tanto o balanceamento da violência no sistema jurídico, quanto a possibilidade de se distinguir entre o abuso da violência e a violência *razoável*”.¹²

Diante do exposto, queremos concluir que o Direito Penal, desde que conservados os seus princípios de eticidade, fragmentariedade, *ultima ratio* adequação social, culpabilidade, etc, mostra-se mais seguro como auxílio à intervenção estatal com vistas a uma transformação da sociedade, do que as apregoadas sanções premiais, cuja teoria foi desenvolvida por Norberto Bobbio, quando analisou a função promocional do Direito.¹³

É que, enquanto a ameaça que se encontra implícita em toda sanção penal pressupõe a culpabilidade do destinatário, as sanções premiais, ou técnicas de estímulo, condicionam a sua eficácia à conquista da adesão dos destinatários, o que, em tese, só se torna

12. *Poder jurídico e violência simbólica*, São Paulo, Cultural Paulista, 1985, p. 209-210.

13. *Contribución a la teoria del derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1980, caps. XVII e XVIII.

possível no caso de estreita sintonia entre o sistema legal e o sistema social. Sobre o fenômeno, observa José Eduardo Faria que, com a crescente satisfação dos métodos coletivos e com o aperfeiçoamento dos instrumentos de comunicação de massas, a autonomia dos destinatários das sanções premiais termina sendo escamoteada pelo uso dos sistemas simbólicos e recursos retóricos que terminariam por permitir o desenvolvimento de formas de controle bem mais ampla do que as permitidas pela ordem constitucional.¹⁴

5.4 Direito penal e política criminal

No espectro formado pelas relações entre o Direito Penal a política impõe-se o esclarecimento sobre o sentido equívoco da expressão política criminal.

Na ordem contemporânea fala-se em política criminal em dois sentidos diferentes: para uns, como Nuvolone,¹⁵ a política criminal é uma disciplina de observação que determina quais são os objetivos dos sistemas penais e em que medidas são alcançados na realidade, estes a concebem como a arte de legislar ou aplicar a lei com o fim de obter os melhores resultados na luta contra os delitos.

Para outros, como Zaffaroni,¹⁶ política criminal é a política referente ao fenômeno delitivo e como tal não é mais do que um capítulo da política geral do Estado. Neste sentido, não pode estar em oposição ao Direito Penal, porque este é uma materialização daquela. A política penal seria o aspecto mais importante da política criminal.

Parece-nos mais correta a posição de Zaffaroni que dedica à política criminal o papel de dirigir o Direito Penal para seu fim adequado, cumprindo assim corretamente sua tarefa de proteção social. Neste sentido não é possível negar-se à política criminal o cumprimento de uma função crítica, tanto dos valores jurídicos como

14. Op. cit., cap. IV.

15. "Problemas de política criminal e reformas dos códigos", Revista do Ministério Público do Paraná, n.º 6, Curitiba, 1976, p.17

16. *Tratado*, op. cit., vol. I, p. 150.

da realização social desses valores. A política penal não pode estar separada das distintas posições políticas gerais que a informam.

Por outra parte, não se deve confundir a política criminal com a ciência da legislação, entendida como pura questão de técnica legislativa.

A política penal constitui uma das fontes da legislação penal, é seu anteparo imediato lógico e cronológico porque a lei penal, como toda legislação do Estado, deriva de fatores que concorrem à decisão política. Claro que a política penal não se esgota na legislação penal como sua expressão. Ao contrário disso, será sempre um passo prévio, crítico e decisivo a qualquer alteração da legislação penal.

Enquanto aspecto da política global do Estado, a política penal não pode ser individualizada em grau tal que torne desconexa com os outros aspectos da política. Por outra parte, a política penal bem pode reduzir-se a crítica, sem alcançar sua materialização na lei, mas, invariavelmente, a lei penal é formalização de uma decisão política prévia.

Essa relação necessária da política com o Direito não é, logicamente, uma questão limitada ao campo penal, mas um problema geral do Direito. Uma norma jurídica pressupõe uma decisão política temporal e logicamente anterior à edição da lei.

Não se deve, contudo, perder de vista que a norma jurídica forma parte de uma ordem jurídica e que a decisão política, conquanto possa ensejar criação ou modificação direta de uma norma jurídica concreta, deve harmonizar-se ao todo jurídico já existente ou a ser transformado. Essa harmonização mantém a coerência do sistema e no âmbito penal é através dela que podemos compreender o alcance das proibições, das causas justificativas, da culpabilidade, da punibilidade e da própria pena.

Assim, apenas com um Código Penal nas mãos não podemos conhecer o Direito Penal de um país, prescindindo do restante da do ordenamento jurídico, porque as decisões políticas traduzem-se em todas as normas jurídicas que se complementam, recortam ou limitam umas às outras como consequência da inadmissibilidade de contradição ética do Direito. As decisões políticas podem ser

contraditórias, e de fato muitas vezes o são, mas o ordenamento jurídico há de estar imune e tal contradição, harmonizando-se dentro do sistema legal.

Outra visão que pode ser projetada pelo estudo das implicações entre o Direito Penal e a política criminal decorre do especial papel desempenhado também pelas Constituições como conjunto de princípios ou valores pertinentes à matéria penal e se estes se atêm à específica matéria constitucionalmente relevante (economia, administração pública, matrimônio e família), da qual traçam frequentemente, os grandes rumos disciplinadores.

Embora sejam princípios de condição obviamente constitucional, seu conteúdo se revela heterogêneo e, por isso, não exatamente característico do Direito Penal; impõem-se tanto ao legislador civil, ou administrativo, como ao penal que intervier — não raro de forma necessária — na respectiva matéria.

O fenômeno de sua influência no Direito Penal Moderno pressupõe o caráter sancionatório, em certo sentido, do Direito Penal em si, enquanto diferentemente dos princípios do chamado Direito Penal Constitucional — condicionam, com prevalência, o conteúdo, a matéria penalmente disciplinada, e não a forma penal da tutela, o modo de disciplina penalística.

Não se pode olvidar, no entanto, um fenômeno particularmente significativo. Na atualidade, o maior interesse dos estudiosos (e não apenas deles) parece conectado à influências exercida, ou exercitável, pelos valores constitucionais sobre o conteúdo do Direito Penal, como se a influência dos princípios garantidores do Direito Penal Constitucional fosse, enfim, se não exaurida, pelo menos largamente adquirida.

Ora, não resta dúvida de que, enquanto esses últimos assinallaram, praticamente, a própria origem do Direito Penal Moderno, uma completa fundamentação constitucional do nosso ramo do Direito não pode, hoje, eximir-se de buscar na Lei fundamental uma caracterização, ainda que conteudística, do Direito Penal.

Esse fenômeno, que se insinua, de modo particularmente prepotente, nas relações entre a política criminal e Direito Penal, com toda desvantagem para a primeira, é encontradíssima em todos os ordenamentos examinados, embora não na mesma medida: é mais

acentuada na Espanha, onde já são significativas certas afirmações constitucionais e as conseqüentes elaborações doutrinárias, mas também na Itália, onde, há anos se desenvolvem os debates em torno da improvável reforma da parte especial sem que se proceda à adequação aos valores constitucionais; muito mais esmaecida se achava Alemanha, porque a conformação do conteúdo do Direito Penal à Constituição aparece trabalhada pela mediação de generalíssimos princípios de fundo, a permitirem amplo espaço à avaliação mais abertamente política no rol das várias reformas setoriais.

Ora, por ser fenômeno acima assinalado verossimilmente reconduzível a uma meridiana linha de evolução histórica (em sentido oposto à crescente radicação constitucional do Direito Penal) pode, utilmente, ser considerado como resultante da diversidade de influência e, de modo intrínseco, talvez identificado com os respectivos princípios do Direito Penal Constitucional e, ainda, com os princípios constitucionais influentes em matéria penal.

E, na verdade, entre a influência dos primeiros, há, quando muito, um caráter difuso, no sentido de que são destinados a vincular, eles próprios, numerosos institutos e normas do sistema, ainda que não estreitamente afins, justificando, dessa maneira a impressão segundo a qual, apesar dessa influência, relativamente contínua, mas gradativa e pouco visível, os princípios conteudísticos exercem — ou, pelo menos, exerceram até agora, tanto na Itália quanto na Alemanha, — uma influência episódica e, apesar disso, suficientemente clara. Malograda, de fato, a força política de uma reforma global da parte especial, inspirada nos princípios constitucionais, passaram estes a constituir um modelo de referência — episódico, é de acentuar-se, — para as leis de reforma, sobretudo na Alemanha, nas quais, de quando em quando, se revela exaurida a carga inovadora de valor constitucional relativo à específica matéria disciplinada.

Um fenômeno parcialmente análogo se verifica ainda quando a atuação do princípio constitucional material se realiza por meio da manifestação interpretativa da Corte constitucional que, por sinal, é ainda, singularmente escassa, no particular.¹⁷

17. Palazzo, op. cit., pp. 23-25.

5.5 Limitações das influências políticas no Direito Penal

É precipitada e incorreta a conclusão de freqüente sentido radical de que todo Direito é exclusivamente materialização de uma ideologia e que não existe um único instituto ou instrumento firme e que não esteja submetido necessariamente à ideologia ou à estrutura ideológica, em forma tal que todo o Direito, seu conteúdo, e até sua forma, dependam exclusivamente de uma formulação ideológica. Procuraremos demonstrar, sem esbarrar num jusnaturalismo idealista, que alguns mecanismos podem estar mais ou menos firmes e que não são apenas formais como muitos pretendem.

Com esses esclarecimentos, podemos afirmar que a decisão política dá origem à norma. Inobstante, isso não quer dizer que a norma deva permanecer totalmente submetida a uma decisão política. Na expressão de Zaffaroni¹⁸ "*la norma es hija de la decisión política y, como tal, lleva su carga genética*", mas ainda assim existe um momento de ruptura entre a norma e sua decisão geradora. Num sistema jurídico como o nosso, tal corte é promovido pelo princípio da legalidade.¹⁹

A principal fonte normativa, enquanto tradução dos princípios políticos penais é o estatuto jurídico do Estado ou seja, a própria Constituição. Nos sistemas em que a política penal se decide pelo princípio da legalidade, esta estará a conferir ao Direito Penal a função de tutela sob o primado da segurança jurídica, do qual deve partir

18. *Tratado*, op. cit., p. 154

19. É bastante ilustrativo o desenvolvimento da idéia na obra de Zaffaroni ao ponderar nos seguintes termos: "*La principal carga genética de norma se halla en el bien jurídico que tutela Este es el componente teleológico (el "para qué") de la norma, que la mantiene vinculada a la decisión política. Pero si este componente teleológico — que le da sentido a la norma — ha sido mal traducido en la formulación legal, este defecto ya no podrá suplirse acudiendo libremente a la decisión política, sino que la labor supletoria tendrá limitaciones que dependen de cada sistema, pero siempre hallará límites. La decisión política seguirá siendo siempre orientadora y esclarecedora del alcance de la tutela normativa y, por consiguiente, del ámbito de lo prohibido, pero siempre dentro del marco de los límites que se imponga la legalidad.*" (*Tratado*, op. cit., p. 154).

toda política penal do Estado. A função de "luta contra o crime" e "combate à violência" será necessariamente subordinada à segurança jurídica. Por outro lado, quando a política penal tem por função exclusiva a luta (prevenção, erradicação, combate, eliminação, etc.) contra o delito, necessariamente deverá eliminar o princípio da legalidade e por conseqüência, destruir a noção de segurança jurídica.

No campo das relações entre a política e Direito Penal as modernas Constituições liberal-democráticas, que se contrapõem àquelas que reduzem significativamente a importância do primado da legalidade, exercem uma recíproca influência racionalizadora proporcionando, em conseqüência, formas jurídicas que surgem, não raro, dissimuladas nas indistintas roupagens do "Direito Natural".

As Constituições, orientadas aqui também por razões políticas, levam em conta o perigo de uma instrumentalização política do Direito Penal, reforçando, de fato, os numerosos e crescentes, na linguagem de Palazzo, constitucionais garantidores.²⁰

Tais limites, tanto no plano formal quanto no material, são orientados segundo o grau de utilização da sanção penal. Para isso, diversos princípios acerca da finalidade da pena e mesmo outros éticos como o da intangibilidade da dignidade humana atuam solidária e supletivamente ao princípio da legalidade.²¹

20. Op. cit., p. 18.

21. Palazzo assim se expressa sobre o tema. "Substancialmente, o elenco das Constituições reforça o vínculo - por assim dizer - entre política e Direito Penal, desdramatizando as relações problemáticas. Para tanto, leva em conta, em primeiro lugar, o perigo de uma instrumentalização política do Direito Penal, reforçando, de fato, os numerosos e crescentes limites constitucionais garantidores, tanto no plano formal como no substancial, da utilização da sanção criminal, para isso, considera, em segundo lugar, a satisfação da assinalada exigência de eticidade, o que se dá por meio das várias afirmações constitucionais a propósito da intangibilidade da dignidade humana, bem como, de igual forma, os eternos problemas do fundamento e da finalidade do jus puniendi que podem encontrar uma solução parcial, quer quando seja possível reconduzir a ordem dos bens penalmente tutelados àquele vasto consenso democrático que serve de fundamento para a ordem dos valores constitucionais, quer, ademais quando possibilite a valorização constitucional do Direito Penal, não somente como limite à liberdade, mas, também, como instrumento de liberdade individual contra as agressões provenientes do Estado ou de particulares."

Atuação supletiva porque a primeira barreira que se antepõe ao fato humano que busca punir é a necessidade de previsão legal com requisitos formais clássicos (anterioridade, publicidade e literalidade), que se erige no princípio da legalidade.

Atuação solidária porque vencido o reconhecimento da legalidade, nem assim a pena surge como corolário obrigatório face à conjugação de outros princípios seletivos da gravidade penal e atinentes ao sistema de punição e execução da pena imposta.

Como consequência dessa situação surge a idéia de que cada conceito político-criminal, como tal influente sobre marcantes traços dos vários institutos jurídico-penais, seja sempre colocado no âmbito de referência de uma determinada situação estatal, especialmente no quadro de ordem da Constituição.

5.6 Direito Penal e orientações políticas

A formulação do Direito Penal está diretamente relacionada tanto com a formulação da totalidade do ordenamento jurídico, posto que há normas de outras codificações que completam, por vezes, o sentido e às razões últimas e primeiras que ensejaram a criação de tal sistema de Direito. Primeiras, posto que toda formulação jurídica se sustenta na própria filosofia que a ampara; últimas, porque das considerações filosóficas á edição do texto legal, a realidade histórica e suas formas de acomodação, notadamente a política, interferem sobremaneira na atividade legislativa.

Se a filosofia do Direito Penal, com os valores a que está ligada, é a matriz do Direito Penal Positivo, e se a filosofia é também uma interpretação racional de determinada situação histórica, nenhum Direito Penal pode ser abordado abstraído da situação histórica em que vem à luz e atinge a maturidade.²²

O Direito Penal encontra-se em direta relação e estreitos laços com os momentos mais salientes da vida de um povo. Fala-se, no plano histórico, de um *Direito Penal romano* de um *Direito Penal*

22. Bettiol, Giuseppe, *Instituições de direito e processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1974, p. 55.

germânico, que apresentam, ao lado de elementos comuns, notas particulares muito específicas. Fala-se de um *Direito Penal democrático* e de um *autocrático* consoante a tônica propenda para a liberdade do cidadão ou à autoridade do Estado. Tudo isso significa que o estudo do Direito Penal se torna um enigma quando se pretende isolar o dado jurídico de todo o complexo ideológico que caracteriza a época histórica em que esse Direito veio à luz.

Há zonas do ordenamento jurídico que sentem menos a influência das origens ideológico-político-culturais (e.g. o Direito Cambiário e o Direito das Obrigações). Ao Direito Penal todavia, é através do sistema de valores dominantes na ordem social num determinando momento histórico (as chamadas *normas de civilização*, na expressão de Max Ernst Mayer) que se lhe chega o oxigênio vital. Tudo isso arrasta para dificuldades quem pretenda comparar legislações penais.

Não se trata só de comparar os momentos convergentes ou divergentes, mas de explicar a convergência ou divergência em função dos diversos tipos de civilização. A momentos formais idênticos podem corresponder razões de ordem substancial heterogêneas, ligadas às diferentes ideologias de que os códigos em análise são portadores. Não é com recursos a instrumentos de lógica formal que a comparação deve ser conduzida e explicada, mas de lógica teleológica, isto é, de lógica atenta às finalidades ou escopos determinantes de um tipo de legislação.²³

5.6.1 O Direito Penal e o liberalismo

O Liberalismo²⁴ surgiu como uma nova visão global do mundo, constituída pelos valores, crenças e interesses de uma classe social

23. Bettiol, *Instituições*, op. cit., pp. 56-57.

24. De acordo com Nicola Matteucci ("Liberalismo", In *Dicionário de Política*, por Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Brasília, Edunb, 1993, v. 2, pp. 686-687), a definição de liberalismo como fenômeno histórico oferece dificuldades específicas, a menos que queiramos cair numa história paralela dos diversos Liberalismos ou descobrir um Liberalismo ecumênico.

emergente (a burguesia) na sua luta histórica contra a dominação do feudalismo aristocrático fundiário, entre os séculos XVII e XVIII, no continente europeu. Assim, o Liberalismo tornou-se a expressão de uma ética individualista voltada basicamente para noção de liberdade total que está presente em todos os aspectos da realidade, desde o filosófico até o social, o econômico, o político, o religioso, etc.

Em seus primórdios o Liberalismo constituiu-se na bandeira revolucionária que a burguesia capitalista (apoiada pelos camponeses e pelas camadas sociais exploradas) utilizou contra o Antigo Regime Absolutista. Acontece que, no início, o Liberalismo assumiu uma forma revolucionária marcada pela "liberdade, igualdade, fraternidade", em que favorecia tantos os interesses individuais da burguesia enriquecida quanto o de seus aliados economicamente menos favorecidos. Mais tarde, contudo, quando o capitalismo ingressou na fase industrial, a burguesia, assumindo o poder político e consolidando seu controle econômico, começou a aplicar na prática somente os aspectos da teoria liberal que mais lhe interessavam, denegando a distribuição social da riqueza e excluindo o povo do acesso ao governo.²⁵

Na esteira da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, vieram à luz importantes legislações européias. Há o Código Penal de Napoleão, de 1810, talvez a legislação penal de maior longevidade já registrada, e por certo o mais representativo do período. Característica fundamental do Código, todo voltado para a garantia da liberdade individual, é a aplicação coerente do princípio da estrita legalidade quer no que concerne ao crime, quer no que respeita à pena,²⁶ embora à custa da criação de tipos excessivamente rígidos de crimes e de penas fixas e drásticas como era postulado pelo critério da prevenção geral.

Trata-se o Código Penal de Napoleão de legislação que hoje reputamos particularmente severa, mas que, no momento histórico em que surgiu, representou uma transformação na legislação penal

25. Lonzoni, Augusto, *Iniciação às ideologias políticas*, p.19

26. Garantia que vem inserida na própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 8.º.

porque se inseria no novo clima reinante do *Estado de Direito* que o liberalismo tinha instaurado na Europa, após os arbítrios dos séculos anteriores.

O liberalismo inspirou ainda a edição do Código Penal bávaro de 1813, este cunhado pela inteligência do notável jurista Feuerbach. Também inspirado na legislação francesa, procurou o Código bávaro fixar nitidamente os tipos de crime, limitando ao máximo a participação do juiz na aplicação da pena.

Semelhante orientação foi conferida ao Código Penal prussiano de 1815 e juntamente com o de Feuerbach serviram de base para o Código do Reich de 1871.

De igual modo o Código Penal italiano de 1889, este o primeiro Código Penal unificado da Itália, se assenta nessa plataforma política européia comum.

Nas legislações penais de inspiração liberal a preocupação de sacrificar aos ideais de um Estado de Direito sobreleva qualquer outra exigência. A descrição da ação punível, isto é, do crime deve ser feita em termos de demarcação nítida. A pena pode ser variável entre um mínimo e um máximo, mas deve ser sempre determinada, porquanto se exige proporção entre a gravidade do crime e a gravidade da pena em concreto, irrevogavelmente fixada pelo juiz no uso de poderes limitados da discricionariedade.

A finalidade da pena está sobretudo na prevenção geral, que visa, através da cominação e execução, infirmar, com um contra-estímulo, o estímulo ao crime. Trata-se em síntese de uma legislação penal individualista, de um individualismo formal e abstrato que se aspirava a construir uma base sólida para um Direito Penal ao serviço da liberdade do homem.²⁷

5.6.2 O Direito Penal na órbita jurídica da *common law*

Há um grupo de Estados regidos por um sistema jurídico determinado pelo empirismo utilitarista próprio de uma concepção filosófica já tradicional e refratária à solução codificadora por

27. Bettiol, *Instituições*, op. cit., p. 61.

considerarem-na reflexo de uma "mentalidade abstrata e racionalista que liga o que a experiência e a conveniência dizem não poder unir-se em sistema harmônico".²⁸

Nenhum país de expressão anglo-saxônica (Inglaterra, *Commonwealth*, Estados Unidos da América) conhece um código no sentido europeu continental da palavra.²⁹ Sobre o tema, podemos alinhar três grandes tendências entre os Estados: os latinos, ardorosos entusiastas da codificação; os anglo-saxônicos, absolutamente hostis à idéia; e os grupos germânico e eslavos que, depois de um primeiro período de hostilidade, acabou por adotar também o sistema codificativo. O fenômeno da codificação é o resultado inevitável e natural do método de pensar do civilista, que consiste num raciocínio desenvolvido em forma sistemática e na sua aplicação ao campo do Direito.

A característica mais notável da *common law* reside no fato dela considerar o Direito como produto necessário e espontâneo da sociedade em que surge, e não como obra do Estado. O sistema parte da premissa de que o Direito é anterior ao Estado e de que é de tal ordenamento que o soberano recebe os seus poderes, estes serão válidos tão-só enquanto reconhecidos pela *law of the land* e apenas nos limites por esta traçados.

Em tal sistema é larga a esfera de atuação jurisdicional porquanto o juiz não se limita a encontrar e aplicar a lei ao caso concreto, mas sua atividade denota mesmo caráter criador do Direito em relação aos casos futuros. O juiz deve ater-se a certos princípios fundamentais de razão e de justiça, isto é, de Direito Natural, mas correlativamente deve ter o poder e a tarefa de os moldar, na base da experiência e das exigências históricas, às situações particulares que se lhes apresentam a reclamar uma justiça concreta.

Pode parecer que a ausência de codificação significa, em matéria penal, a absoluta insegurança quanto à tutela do princípio da

28. Bettiol, op. cit., p. 65.

29. Exceção feita para alguns Estados norte-americanos, como a Louisiana, de forte tradição francesa que tem seu código penal e de alguns outros que também os têm, ou ao menos um de execução penal.

legalidade, e.g., o que efetivamente não ocorre, pois subsiste uma íntima racionalidade também no Direito inglês. Postulam-se princípios ou regras que presidem à determinação dos fundamentais critérios de orientação do sistema, a exemplo do acontece nos Estados de Direito codificado.

Nestes confere-se ao Poder Legislativo, através da lei, a possibilidade de criar ou modificar o Direito e ao Poder Judiciário a tarefa de integrá-lo e aplicá-lo, aqui admite-se o costume como fonte de Direito, desde que não corresponda à disposição em contrário de texto legal; naqueles outros Estados da *common law*, confere-se ao Poder Judiciário o papel de interpretação e integração do costume (lei), permitindo-se que as decisões judiciais sirvam como limites para os casos futuros, mas impedindo-as de contrariar o costume. Subsiste assim o princípio da legalidade em matéria penal, apenas ressalva-se que as decisões judiciais devem se prender ao respeito à legalidade decorrente do costume, de resto também fonte normativa.

Segundo Hall, também citado por Bettiol³⁰ esclarecendo a questão, "*the principles of criminal law consist of seven ultimate notions expressing: 1) mens rea, 2) act (effort), 3) the concurrence (fusion) of mens rea and act, 4) harm, 5) causation, 6) punishment, 7) legality*"

Significa que o Direito Penal anglo-saxônico baliza-se pelas noções de exigibilidade de elemento subjetivo do crime (a *mens rea*), que impulsiona a conduta humana (*act*), mantendo com esta a idéia de culpabilidade, baseada na vinculação entre o elemento subjetivo e a conduta (*cocurrence of mens rea and act*), produção de dano (*harm*), sendo este causado pela conduta humana culpável (*causation*), pressupondo-se ainda a punibilidade do agente (*punishment*), tudo sob a égide de determinações legais (*legality*), qualquer que seja sua fonte.³¹

30. Bettiol, *Instituições*, op. cit., p. 68.

31. Também sobre o tema consulte-se Heleno Fragoso "Notas sobre o Direito Penal anglo-americano", in *Direito Penal e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, pp. 83 e segs.

5.6.3 O Direito Penal e o socialismo

Muito embora recentes transformações políticas e econômicas tenham atingido vários Estados da Europa Oriental, o movimento é ainda razoavelmente recente para se infirmar a existência de um Direito Penal socialista, até mesmo porque tanto naquele continente quanto na própria América Latina e Ásia há forte resistência de outros Estados mais refratários às modificações estruturadas ou em curso no velho continente.

Há um grupo de nações, no domínio penalístico, orientado por princípios emergentes de uma interpretação marxista-leninista da história e da vida. Trata-se de um radical Direito Penal em contraposição àquele que conhecemos no mundo ocidental. Apesar de formalmente ter notáveis semelhanças com o Direito Penal praticado pela maior parte das legislações ocidentais, no aspecto material aproximam-se muito mais os sistemas da *civil law* e da *common law*, de extensa diferença conceitual, do que qualquer um destes com o sistema oriental.

A contraposição surge acerca de diferentes concepções da essência e da função do Direito Penal. Talvez a primeira consideração que se deva fazer sobre o tema resida na maneira de se elaborar e de se interpretar os conceitos jurídicos. Enquanto no mundo ocidental aponta-se para os cânones de uma lógica tradicional, cartesiana, freqüentemente pronta e completa, a lógica posta à disposição do universo penalístico marxista é substancialmente uma dialética em que cada conceito singular contém em si a sua própria contradição.

O Direito passa a ser formulado com utilização de vasta série de expressões que permitem larga utilização e poderes decorrentes da mera interpretação, que de resto é o fulcro da própria sistemática de Direito Penal marxista.

Expressões como *perigosidade da ação*, *utilidade social*, *ordem socialista* e outras conferem ao intérprete vastas possibilidades de adequação das situações fáticas ao objetivo de progresso social e econômico da classe dominante.

Há evidente detrimento de tradicionais princípios consagrados na esfera jurídica não apenas ocidental, mas sobretudo humanitária, para que não se perca de vista o interesse, reputado maior, de

garantia social da ordem socialista. Os princípios tradicionais podem continuar a ter validade contingencial em tal sistema, mas serão continuamente superados por uma interpretação criadora.

Bettiol o grande estudioso do tema, anotou que o art. 26 do Código Penal soviético de 1926 estabelecia que “se uma conduta socialmente perigosa, não vem expressamente prevista no presente código, os fundamentos e os limites da responsabilidade que tal ação comporta são determinados segundo os artigos do código que prevêem os crimes cuja natureza lhe é mais afim”. Exemplo claro de reconhecimento de analogia *in malam partem* e ocaso da regra do *nullum crimen sine lege*.³²

Na órbita socialista há uma forte sobreposição do coletivo sobre o indivíduo. A legalidade, além de não limitar de qualquer forma o poder estatal, é um instrumento para a realização dos fins da ditadura do proletariado e corresponde aos interesses das classes dominantes. O indivíduo está dissolvido dialeticamente no grupo. Assim, o Direito Penal marxista assume uma intenção de classe na medida em que é instrumento de força para a defesa das posições conquistadas pelos trabalhadores através da revolução.

O crime consiste na lesão potencial de um interesse de classe, e não nas formas ou modalidades da empírica manifestação da conduta humana. Pune-se não porque se é culpado segundo os critérios morais que a nossa civilização põe na base do juízo da culpabilidade, mas porque prevalece a noção de perigosidade social da conduta independentemente de outro valor a ser considerado, pois esta é a noção basilar.

5.6.4 O totalitarismo penal

Cabe também aduzir, se bem que apenas historicamente apresenta relevo, um curto período de tempo na Europa e durante o qual sofreu o Direito Penal profunda transformação sob a influência de concepções políticas totalitárias, como o foi a ideologia que presidiu o nacional-socialismo na Alemanha de 1933 a 1945.

32. *Instituições*, op. cit., pp. 70-71.

A concepção do nacional-socialismo buscava uma estruturação orgânica das relações entre o povo e o Estado e entre o povo e o indivíduo, no sentido de que toda referência a uma esfera de liberdade natural da pessoa humana em face do todo era tida como uma contradição ontológica com a essência não só jurídica, mas também e sobretudo naturalística da sociedade humana. Os vínculos de sangue que ligam entre si os membros de uma comunidade estabelecida num território fazem com que os indivíduos se identifiquem uns com os outros e todo singular se dissolva na única realidade que conta: a comunidade nacional racialmente pura.

Trata-se de um sistema racial onde o Estado perde a sua estruturação autônoma lógico-jurídica que, especialmente na Alemanha, o liberalismo conservador tinha pacientemente elaborado sob a influência de um hegelianismo de direita. Ele não passa de um instrumento ao serviço da plena realização da comunidade racial do povo, interpretada pela vontade de um chefe (Führer) a que o destino confiou a condução do povo.

O Direito Penal está subordinado ao princípio autoritário e serve à defesa dos interesses da comunidade popular e nunca à tutela de posições individuais de autonomia. A lei penal é apenas um dos critérios diretivos para o juiz, que poderá recorrer aos princípios da consciência da comunidade para aplicar analogicamente uma norma penal incriminadora de um caso expressamente regulado a um caso omissivo. Só é Estado de Direito o que serve aos interesses da comunidade racial sem qualquer preocupação pelas liberdades do indivíduo.

O crime não é a lesão típica de um bem juridicamente protegido, cuja noção deva ser elaborada dentro dos estritos limites de legalidade formal, mas é um ato de *infidelidade*, uma rebelião individual contra a orientação política, independentemente da lesão efetiva de um interesse, que poderá quando muito agravar, mas nunca constituir o crime.

5.6.5 O Direito Penal e a democracia

Numa concepção democrática de Direito Penal, o ponto de partida é dado pelo conceito de *pessoa*. Não se trata de revalorizar o ideal atomístico-individualista do homem, como no quadro do

contratualismo francês de Rousseau. Ocorre que numa sociedade autenticamente democrática a pessoa surge em primeiro plano por força de uma regra ético jurídica, antes de mais nada de Direito Natural, que a eleva acima de qualquer outra realidade ou exigência, pelo que se torna o valor absoluto e determinado de toda a decisão, de modo que não ser degradada a um mero meio em vista de um fim a realizar. Cabe ao Direito assegurar ao indivíduo a *inviolabilidade da sua esfera de autonomia*, face a toda intromissão de terceiros, ou de toda intervenção arbitrária do próprio Estado.

Destas premissas ressaltam importantes conclusões para o Direito Penal de fundo democrático: o crime não pode ser um acontecimento puramente interno do mundo psíquico do agente; exige-se a indicação do bem jurídico que o crime desrespeita e para completa garantia da esfera de liberdade individual importa que a lesão do bem jurídico seja uma *lesão típica*, no sentido de que nem toda ação lesiva de um interesse alheio é crime, mas só a que, como tal, é descrita pela lei; quanto à pena, deve assentar-se num conceito retributivo, individualizado e humanizado.

Por se tratar, na essência, do sistema a ser utilizado como regra de comparação no exame dos princípios constitucionais em matéria penal na análise dos principais textos máximos de diversos Estados, outras considerações, embora de máxima pertinência, serão abdicadas de tratamento nesta fase para elucidação no capítulo próprio que se segue.

Sob o ponto de vista de uma análise fundada nos valores constitucionais postos em voga pelo sistema nacional podemos concluir que a Constituição positivou certos valores e princípios que o constituído Estado Democrático de Direito elegeu como de máxima importância, centrando, neles, a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III), a prevalência dos direitos humanos (art. 4.º, II), visando, com isto à construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A propósito, leia-se o preâmbulo da Constituição de 1988 onde se inscreve que: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte *para instituir um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e compro-*

metida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”

Claro que essa eleição de valores possui a sua base filosófica e ideológica, como já apontamos alhures, fornecendo uma certa visão do mundo, formando uma concepção do homem e da sociedade, a ser moldada pelos princípios e valores nela cristalizados. essa concepção resulta, sobretudo, da evolução das idéias políticas que grassaram quando da formação do novo texto constitucional, representando, pois, as teses defendidas no momento e reprodutoras das aspirações populares.

O padrão democrático abstratamente previsto nas Constituições ou nos textos clássicos declaratórios dos princípios de formação e realização dos Estados, em matéria penal, tem verificada a sua concretização através do exame da legislação relativa ao todo sistema criminal, englobando-se as leis de repressão, de prevenção, processuais, de execução penal e os estatutos dos agentes públicos encarregados da realização das missões penais propostas pelo Estado (Polícias, Ministério Público e Poder Judiciário).

Declarando ser a República Federativa um estado Democrático de Direito, que aponta, entre os seus fundamentos, os valores sociais do trabalho (art. 1.º. IV); reconhecendo, ao lado dos direitos individuais e coletivos, no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, os direitos sociais (Título II, Capítulos I e II); apregoando que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social; entranhando, entre os seus princípios, a função social da propriedade e a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, III e VII); indicando como objetivo da ordem social, o bem estar e a justiça social (art. 193), não há dúvida que, pela nova ordem constitucional, o nosso Estado classifica-se entre aqueles que admitem o intervencionismo, como forma de realização de uma maior justiça social.³³

Afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho “o mundo hoje é unanimemente democrático. Todos se declararam pela democracia

33. Márcia Dometila, op. cit., pp. 41-42

e não raro se entreveraram pela democracia.” Nesta linha de raciocínio, acrescenta o aludido constitucionalista, que há democracias liberais, democracias marxistas, etc. O nosso Estado, contudo, como se depreende do tratamento dado à liberdade e à igualdade, cercadas de direitos sociais, ao lado dos direitos individuais, optou pela democracia providencialista ou democracia econômica e social. Nela, ainda buscando os esclarecimentos do citado professor, predomina o valor liberdade, já que respeitada a autonomia individual, mas se reconhece que a liberdade de todos só pode ser obtida pela intervenção estatal, à minguia da qual a liberdade seria mera aparência. isto porque a liberdade humana é acionada pelo meio econômico e social e, portanto, tem de ser precedida por iguais oportunidades que visem a garantir, a todos, as condições mínimas de vida e de expansão da personalidade.³⁴

No Estado Democrático de Direito encontra-se embutido o Estado Social que, diferentemente do Estado Liberal de Direito, pretende garantir a subsistência e, portanto, tem de ser um estado de prestações e redistribuição de riquezas. Suas funções são funções de serviço, que se ordenam para a consecução de uma existência digna para cada cidadão. O que se há de evitar é a instrumentalização das funções sociais, com fins de dominação, situação típica dos regimes totalitários.³⁵

Como já afirmara George Burdeau, os direitos sociais, postos e todas as Constituições modernas, implica na rejeição da concepção liberal do Estado e acrescentam, ao conteúdo político da democracia, um conteúdo social em face do qual há apenas uma alternativa: assimilá-lo ou desaparecer.³⁶

Acrescentem-se, aqui, a relatividade e os limites dos direitos econômicos. Relativos, por existirem em função da estrutura que o Estado dá à vida econômica. Limitados, por serem eles concebidos

34. *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1985, pp. 93-93.

35. Forsthoff, Ernest, “Problemas constitucionales del estado social”, in *O estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

36. *Les libertés publiques*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1972, p. 371.

segundo o proveito que a ordem social deve retirar de seu exercício, não podendo ser postos em uso senão no interesse geral. Não são prerrogativas a serviço do indivíduo, mas instrumentos de que se utilizam os representantes da nação, para promover o estabelecimento de uma certa ordem na vida jurídica, econômica e social.³⁷

Diante de um Estado que se diz preocupado com a justiça social, intervindo, para dar à propriedade uma função social e reduzir as desigualdades regionais e sociais existentes no país, com o intuito de assegurar a todos uma existência digna; diante de um Estado que se propõe fazer a fazer reforma agrária, desapropriando por interesse social, estabelecendo uma política agrícola e fundiária, a fim de promover, cada vez mais, bem estar e justiça; diante de um Estado que se propõe a intervir, sem se utilizar do autoritarismo, pois se impõe os limites certos de um Estado de Direito a serviço do cidadão, respeitando-lhe a dignidade de pessoa humana, que concluir? São as angústias de Márcia Dometila.³⁸

Mir Puig afirma que, enquanto social e democrático, tal espécie de Estado deverá criar condições sociais reais que favoreçam a vida do indivíduo, sem perder seu caráter de democrático, sem dúvida vinculado à síntese do Estado Social e de Direito e expressar, tanto a necessidade de liberdade *real* (opondo-se a que o Estado Social dirija sua intervenção em benefício de determinados grupos), como *formal* (fechando-se à possibilidade de um estado de Direito não controlado pelo povo e para o cidadão).³⁹

Das exigências fundamentais inseridas na Constituição, inferem-se os limites traçados, por ela, para o Direito Penal. Não se pode olvidar que este, mormente em um Estado promocional, e, por natureza, um dos seus instrumentos mais eficazes.

Constituindo, o delito, o mais grave ataque desfechado contra bens jurídicos que o estado quis proteger, a sanção social, como reação estatal, representa a sua pronta e forte intervenção no domínio da individualidade do infrator.

37. Forsthoff, op. cit., pp. 404-405.

38. Op. cit., p. 44.

39. *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 16.

Existe, todavia, nisto, todo um perigo de tentação de abuso político, de autoritarismo, além do necessário, a ser evitado pelos próprios limites constitucionais, traçados para o Direito Penal, e pela sua própria exigência de eticidade.

A dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, é o valor expresso no princípio da humanidade do Direito Penal, que não pode deixar de ser considerado quando da criminalização de qualquer fato, etiquetado como socialmente agressivo, ou quando da cogitação de qualquer sanção criminal.

5.6.6 *Estado de Direito, Estado Social e Direito Penal*

Analizando as relações entre Direito Penal e democracia em suas espécies, aponta Palazzo que uma distinção a ser lembrada é a existente entre o princípio do Estado de Direito e o princípio do Estado Social. A influência desses princípios generalíssimos sobre o Direito Penal se, em certo sentido, se pode dizer mediata, enquanto tendem a incidir sobre a fisionomia do sistema, revelam os princípios de Direito Penal Constitucional ou os valores constitucionais influentes em matéria penal, os quais, com efeito, são os primeiros a se ressentirem de uma acepção, ora em sentido jurídico, ora em sentido social.

Ademais, deve-se recordar que não existe — como poderia parecer à primeira vista — uma coincidência perfeita entre o superior Estado de Direito e os princípios de Direito Penal Constitucional de um lado, e o Estado Social e os valores constitucionais influentes, de outro. Existe, tão-só, uma prevalência de influência, respectivamente, do primeiro sobre os princípios de Direito Penal Constitucional, e do segundo sobre os demais. E, inequivocamente, faz-se cristalina a prevalente matriz liberal-garantidora de princípios como o da legalidade ou da culpabilidade,⁴⁰ tanto quanto é evidente que

40. A propósito, propõe Márcia Dometila, op. cit., p. 45, que “princípios como o da legalidade, o da culpabilidade, juntamente com outros, de cunho processual, herdados do estado Liberal, bem como o desenvolvimento dogmático desses princípios, dentro do Direito Penal e Processual penal, dão uma certa segurança jurídica contra o arbítrio estatal. Não se pode negar, ao princípio da culpabilidade, um sentido humanístico-garantidor.”

o Estado Social faz sentir os seus efeitos sobretudo quanto ao conteúdo do Direito Penal.

Mais esclarecedoramente: podemos assinalar a existência de uma espécie de bipolarismo, a propiciar, não infreqüentemente, tensões entre a exigência jurídica, de um lado, e, de outro, a exigência social, no âmbito de cada qual dos setores de influência, constitutivos dos princípios de Direito Penal Constitucional e dos princípios que, em razão do conteúdo, estão diretamente conectados à matéria penal propriamente dita. Assim, por exemplo, enquanto o princípio da legalidade passou, recentemente, a sugerir um confronto como cera instância do Estado social, a indicação conteudística relativa à temática do bem jurídico, ou a propósito da despenalização, suprime, de certa forma, o caráter prevalentemente liberal-garantidor.

De modo muito particular, com o Estado Social, cuja influência começou a fazer-se sentir apenas recentemente sobre a política criminal, por volta da metade deste século, o que se pôde notar — em síntese — foi exatamente, que tendia a colmar um certo fenômeno de “administrativização” do Direito Penal. E não só no campo da inflição, determinação e, sobretudo, da execução da pena, mas a representar, também, um endereçamento que, nos ordenamentos considerados, a cláusula da sociabilidade parecer revigorar, por meios e modos diversos, quando objetiva a reforma do sistema sancionatório e da execução penitenciária, visando, como meta, a ressocialização do sentenciado.

Isso inclusive no terreno das novas incriminações, quer favorecendo o uso do Direito Penal como instrumento para auxiliar ou assegurar as mudanças sociais desejadas, quer entregando ao magistrado, freqüentemente, o conhecimento de formulações técnicas em torno de tipos “abertos” ou dotados de “elementos normativos”, e hipóteses valorativas de intervenção e composição dos interesses sociais.⁴¹

41. Palazzo, p. cit., pp. 25-26.

PRINCÍPIOS DEFINIDORES DA FORMA DE ESTADO E O DIREITO PENAL

6.1 Introdução — 6.2 Sentido material de forma de estado — 6.3. Princípios definidores da forma de estado e sua relação com o direito penal; 6.3.1 Princípio da soberania; 6.3.2 Princípio da dignidade da pessoa humana; 6.3.3 Princípio do pluralismo político; 6.3.4 Princípios construtivos do modelo social.

6.1 Introdução

A noção do que seja forma de Estado é outro tema razoavelmente tormentoso que contemporaneamente tem assolado a doutrina constitucional. Associando-se às questões relativas ao desenvolvimento econômico, a maior parte dos autores a estes aspectos traçam o diapasão da abrangência. Ao contrário de Canotilho,¹ não o faremos dessa modo.

Não se vislumbre nesse proceder a ausência de confirmação da validade da decisão econômica do estado para a formulação de um

1. Canotilho (*Direito constitucional*, op. cit., p. 121) relaciona os princípios definidores da forma de Estado aos princípios de organização econômica-social, como por exemplo, o princípio da subordinação do poder econômico ao poder político democrático, o princípio da coexistência dos diversos setores da propriedade — público, privado e cooperativo; o princípio da apropriação coletiva dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais.

determinado modelo de Direito Penal. Não resta dúvida que a opção por um sistema econômico não deixa de influenciar a perspectiva do tratamento penal sob os mais diversos prismas, todos condicionantes das opções criminais reveladas, tais como: elenco de bens jurídicos e rotulação de sua importância (aspectos qualitativos e quantitativos dos crimes e das penas); especial afetação de bens e situações jurídicas diretamente envolvidas (meio ambiente, consumidor, defesa da concorrência) dentre outros.

Luis Sá² registra que as noções e a terminologia adotadas sobre as formas de Estado, formas de governo, estrutura de Estado e os regimes políticos não são comuns a todos os autores.

Assim, por exemplo, há quem identifique o conceito de forma do Estado apenas com uma das suas componentes, a estrutura do Estado;³ chame formas políticas aos regimes políticos, tratando a este propósito não só o problema dos métodos de exercício do poder mas também os problemas da distinção entre monarquia e república, os critérios da designação dos órgãos do Estado e as relações entre esses órgãos (a que chamam sistemas de governo. Haveria também um conceito de regime político dentro do conceito mais geral de formas política, definido em função de um elemento ideológico, que se confunde afinal com os métodos de exercício do poder.⁴

De resto, são os próprios autores burgueses que, do mesmo modo que eludem o problema da essência do Estado e do seus tipos — ou os definem apenas pelas aparências jurídico-formais — se revelam incapazes de um mínimo de entendimento sobre as próprias noções de forma de Estado e suas componentes que permita revelar e apreender a sua diversidade a partir de conceitos com um mínimo de operacionalidade e clareza. Os teóricos burgueses do Estado só têm facilidade em concordar com um aspecto: em que a terminologia não se encontra fixada, forjando cada qual os seus próprios conceitos que, freqüentemente escondem e confundem em vez de iluminarem realidades.

2. *Introdução à teoria do estado*, Lisboa, Caminho, 1986, p. 98.

3. Caetano, Marcello, *Manual de ciência política e direito constitucional*, Coimbra, Coimbra editora, 1972, t. I, p. 122.

4. Sá, Luis, op. cit., p. 99.

O estudo das diferentes formas de Estado abrange a composição e métodos da designação dos seus órgãos principais, e a repartição de poderes entre eles (formas de governo), a sua eventual divisão em parcelas territoriais e o estatuto e poderes dessas parcelas (estrutura do Estado) e os métodos pelos quais são exercidos o domínio de classe e as outras tarefas do Estado (regimes políticos).⁵

Face à impossibilidade de se definir satisfatoriamente a partir da doutrina existente a delimitação do objeto e a amplitude do significado não apenas de forma de Estado, mas igualmente quanto a estrutura do Estado, regime político e forma de governo, guiando-nos tanto por critérios quantitativos da doutrina, quanto por uma proposição de cunho meramente pedagógico-didático, ousamos apresentar menos um conceito e mais uma identificação dos signos dessas expressões — na verdade princípios — para exposição sobre as influências exercidas sobre o Direito Penal.

6.2 Sentido material de forma de estado

Os princípios políticos constitucionalmente conformadores, como vimos, são princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. São os princípios decididos pelo titular do poder constituinte — a nação. Representam o momento máximo de definição do perfil estatal em suas funções e estrutura essencial, que o destacam e qualificam em relação ao universo de Estados que com ele competem na ordem internacional.

Desses, há princípios que conferem o cerne político do Estado, que independentemente da exteriorização formal do Estado, por quaisquer que sejam as opções quanto à forma de governo ou sistema político, estão a demarcar uma premissa filosófica ou ideológica que serve como constante ético-material do Estado. É conjunto de compromissos e pactos, expressos ou implícitos, que estabelecem uma determinada maneira de agir em função de objetivos e procedimentos reputados socialmente adequados e úteis ao cumprimento da finalidade estatal.

5. Sá, Luiz, op. cit., p. 97.

A única forma de superar a equivocidade da expressão forma de Estado como informadora do conteúdo de um princípio é buscar o seu alcance material.

É ainda de Luis Sá⁶ a lição de que as formas de Estado não determinam a sua essência e o seu tipo mas influenciam o seu conteúdo concreto. A luta contra determinadas formas de Estado ou por reivindicações para a sua alteração tem muitas vezes um papel político importantíssimo. Basta recordar a importância histórica, por exemplo, da luta pelas liberdades e contra formas terroristas de dominação como o fascismo; pela república democrática contra a monarquia constitucional ou pela monarquia constitucional contra a monarquia absolutista; por reivindicações regionalistas ou pela autonomia dos municípios, comunas ou conselhos, contra a descentralização do poder; ou pela centralização do poder contra os privilégios e os arbítrios dos senhores feudais.

Daí que o estudo das formas do Estado e a formulação concreta das posições políticas sobre essa questão, que sirvam o desenvolvimento da luta popular numa certa situação, sejam uma parte importantíssima da teoria do Estado e uma tarefa das forças políticas que intervêm nessa luta.

Princípios definidores da forma de Estado serão, pois, aqueles caracterizadores de uma decisão política que, invariavelmente às circunstâncias fáticas ou materiais de apresentação do Estado residem como cláusula de reserva do cumprimento de preceitos relativos aos aspectos essenciais da superestrutura ou das finalidades do Estado.

No caso concreto da Constituição brasileira, quando da realização do plebiscito delimitado pelo art. 2.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no qual ao eleitorado (e, portanto a nação — titular do poder constituinte) era permitido optar pela mudança quanto à forma de governo (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (presidencialismo ou parlamentarismo), decidiu-se consentir sobre a decisão de questões relevantíssimas para o futuro do Estado brasileiro e que, como veremos, implicariam em alterações do sistema penal.

6. Sá, Luiz, op. cit., pp. 97-98.

Ocorre, entretanto, que em nenhum momento se permitiu, ou sequer mesmo se cogitou, da supressão ou alteração de alguns outros princípios (como aqueles estabelecidos no Título I) que, fosse o país uma república presidencialista ou parlamentarista ou uma monarquia constitucional (evidentemente parlamentarista), obrigatoriamente estariam a salvo do câmbio determinado, procedendo-se apenas aos ajustes necessários para compatibilizar o texto à decisão, mas preservados os princípios quanto à forma de Estado.

Assim, se nos pautarmos pelo texto do art. 1.º da Constituição brasileira teremos que o fato de ser o Brasil uma República Federativa, conquanto um princípio, não é atinente à forma de Estado, pois autorizado o seu câmbio. Quanto, porém, à indissolubilidade de seus elementos componentes (Estados, Municípios e Distrito Federal) tem-se um princípio quanto à forma, posto que republicana ou monárquica a forma de governo, a descentralização política e administrativa é uma exigência. Igualmente o fato de ser o Brasil constituído em Estado Democrático de Direito.⁷

6.3 Princípios definidores da forma de estado e sua relação com o direito penal

Nosso objetivo não se prende à análise abstrata dos princípios definidores da forma de Estado, mas como estes interferem na criação de um determinado modelo de Direito Penal, assim, cabe-nos relacionar alguns desses princípios às regras e efeitos para o sistema repressivo do Estado, auxiliando a compreensão do problema e redimensionando o nível de cumprimento das expectativas constitucionais em face da legislação e do sistema vigentes.

Duas premissas fazem-se necessárias neste passo para firmamento dos objetivos do trabalho. Inicialmente, apenas os princípios definidores da forma de Estado que guardem relações mais intensas com o sistema penal serão analisados. Isso não significa, em

7. E neste ponto retornamos aos conflitos de nomenclatura na doutrina, posto que Canotilho (*Direito constitucional*, op. cit., p. 121) chama esses princípios de estruturantes do regime político.

absoluto, que não existam outros princípios dessa natureza e nem mesmo que outros, existindo, não se connexionem ao Direito Penal. Trata-se de uma abordagem profundamente pessoal neste ponto.

A outra premissa reside na fixação da Constituição brasileira como ponto de partida para elenco desses princípios, relativizando o âmbito de abrangência da pesquisa.

6.3.1 Princípio da soberania

Na Constituição brasileira a idéia de soberania aparece em diversas passagens do texto. Assim, surge no art. 1.º, inc. I como princípio fundamental do Estado. É de tal magnitude a defesa da soberania que a falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício das prerrogativas a ela inerentes permite a concessão de mandado de injunção (art. 5.º, inc. LXXI). Tem, inequivocamente, resguardada sua titularidade à idéia de nação posto que a soberania é popular e será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (art. 14). Acha-se confirmada em sua titularidade pela disciplina conferida por princípios gerais da atividade econômica posto que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e que tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, deve observar o princípio da soberania nacional (art. 170, I).

Considerável número de publicistas compreende no presente a soberania como um conceito histórico e relativo. Histórico porque surge depois do aparecimento do estado Moderno, sem que nada assegure sua continuidade no futuro e, por isso mesmo, relativo. Hoje as ideologias pesam mais nas relações entre Estados do que o sentimento nacional de soberania — em declínio — além da própria necessidade de criação de uma nova ordem internacional, vindo esta a ter primado sobre a nacional. A soberania em seu sentido clássico tem se restringido à validade do comando interno do Estado.⁸

8. Lopes, Mauricio Antonio Ribeiro, *Poder constituinte reformador*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 78.

No campo teórico, a soberania pode ser estudada como uma das faces do poder monárquico e quem forneceu as premissas filosóficas sob as quais se deu a sua aparição foi Jean Bodin. Este autor via no poder monárquico uma faculdade incontestável de mando. A essa característica passou-se a conferir o nome de soberania. Soberano é, pois, todo o poder que não encontra limites, que na ordem interna, quer na externa. Traduz-se na possibilidade de impor unilateralmente deveres aos cidadãos e conferir competências ao Estado, sendo certo ainda que estas competências podem ser redefinidas a qualquer tempo.⁹

Com a passagem histórica da titularidade da soberania do monarca ao povo — ou melhor conceituando, à nação — a capacidade de impor o seu processo de decisão deslocou-se também nesse eixo, de modo a hoje ser possível falar-se em soberania democrática. Esse, aliás o sentido da Constituição brasileira ao enfeixar o princípio da soberania como submetido ao “super-princípio” democrático.¹⁰

Representará isso que a nação tudo pode querer dentro da ordem do Estado por ser soberana? Temos para nós que absolutamente não. Há uma reserva de decisões que escapam das possibilidades de modificação popular.

Tomemos como exemplo a seguinte situação concreta: fundada na premissa constitucional positiva que a soberania no Estado brasileiro é reserva popular e que uma das expressões desta afirmação consiste, a teor do inc. I do art. 14 da Constituição Federal, no poder de decisão popular pela via plebiscitária, poder-se-ia impor modificação ao art. 5.º, inc. XLVII, letra *a*, suprimindo-se a proibição de imposição de pena de morte?

A questão traz na consequência de sua resposta regras a serem determinadas quanto ao procedimento das possibilidade de exercício da soberania popular na construção do modelo penal.

Não se pode esquecer que estamos a tratar, e não incidentalmente, do tema do Poder Constituinte, sua amplitude e seus limites.

9. Id. *ibid*.

10. Topograficamente analisando, o princípio da soberania é inc. do princípio do Estado Democrático de Direito, definido no art. 1.º, *caput*.

Se repensarmos os conceitos de Poder Constituinte idealizados pela maior parte da doutrina tenderíamos a afirmar, sem maiores indagações, o seu caráter ilimitado e absoluto. Claro que para isso teríamos de excetuar os conceitos de mote jusnaturalista, que acreditam estar o Poder Constituinte conformado aos limites traçados abstratamente pelo Direito Natural, e também as correntes marxistas, e tomando, ainda, como verdadeiro sentido de Poder Constituinte o originário, posto que até agora o único analisado.

Poderíamos sintetizar a posição clássica da doutrina constitucional, em matéria de limites do Poder Constituinte, afirmando que no caso da via originária há uma total ilimitação tanto formal quanto substancial — é dizer, de procedimento e de conteúdo.¹¹

Ainda que não se pretenda avançar muito nessa discussão já tradicional e de resultados praticamente consolidados, de qualquer sorte, cabe trazer à luz, pela atualidade da idéia e utilidade prática do instituto, algumas referências limitadoras — mesmo no campo dos positivistas — ao exercício do Poder Constituinte.

Ocorre entretanto algo sumamente relevante e surpreendente na reprodução do pensamento daqueles que fizeram pela primeira vez a afirmação da ilimitabilidade do Poder Constituinte, como se verá logo adiante.

Para ser mais completo na fidelidade reprodutiva das teses tradicionais, dever-se-ia agregar, com relação ao Poder Constituinte originário, que este pode estruturar o Estado à sua maneira, sem restrições, livres de tudo o que diga respeito à organização pretérita e com uma ampla e discricionária potestade para eleger o regime político que considere o mais adequado e para reger a organização e o funcionamento do governo, assim como as relações entre este e os habitantes, na expressão de Linares Quintana.¹²

Claro que isso representa apenas uma ilimitação puramente positiva, ou seja, consiste no não-reconhecimento de limites provenientes do Direito positivo, mas nada está a impedir — e no

11. Vanossi, Jorge Reinaldo, *Teoría constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1975, t. I, p. 175.

12. *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, p. 448.

pensamento da doutrina clássica nada realmente impediu — reconhecer-se a existência de outros tipos de limites que atuam sobre o constituinte originário e que, obviamente devem ser considerados limites extrajurídicos.

Há limites de fato ao exercício do Poder Constituinte — e portanto à soberania — observados por Bastid que decorrem de uma verificação concreta de algumas Constituições que ficaram letra morta sem jamais ganhar a magnitude exigível de um texto fundamental — o que Lassale chamava de *a Constituição da folha de papel*. Dentre vários exemplos, talvez o mais relevante seja o da Constituição francesa de 1793, a chamada Constituição jacobina, fruto de uma entressafra revolucionária na França — era das guerras de conquista consolidadoras da Revolução segundo Hobsbawn¹³ — votada em meio a um grande entusiasmo, os constituintes que a estabeleceram acreditaram estar diante de uma obra imortal e de grande relevância. Mas apesar disso tudo essa Constituição não resistiu ao Terror, pouco tendo sido aplicada.

Isso demonstra a existência de certos limites de fato ao Poder Constituinte. Uma Constituição não pode entrar em rota de colisão com os valores fundamentais pressupostos pela base social que sustenta o exercício do Poder Constituinte. Segundo Bastid, não pode chocar-se frontalmente com as concepções mais arraigadas — cosmovisão — da comunidade. Na expressão de Lassale, não pode contrariar os fatores reais de poder — a força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade.

A doutrina, sobretudo estrangeira, tem procurado ao longo do tempo fechar um círculo mais ou menos estreito acerca desses limites extrajurídicos do Poder Constituinte, em tarefa que contem, certamente, algumas utilidades. A primeira é frear o avanço dos ideais totalitaristas ou autoritários de movimentos que se auto-intitulem expressão de um Poder Constituinte originário, se não para impedir na prática a edição da Constituição que melhor lhes aprouver (os discursos, desafortunadamente não representam fatores reais de poder), ao menos para fazer incidir uma censura política

13. *A era das revoluções: Europa, 1789-1848*, São, Paulo, Paz e Terra, 1989, p. 65.

(quicá econômica, muito mais eficaz) da ordem internacional. Há uma sentimento inequívoco de internacionalização dos Estados e de seus conflitos, sendo, hoje, de utilidade econômica e militar uma certa preservação de valores democráticos como forma de se incrementar o desenvolvimento e se manter a paz no planeta.

Linares Quintana¹⁴ referiu-se de modo claro aos condicionamentos extrajurídicos que operam sobre o Poder Constituinte ao dizer que eles se manifestam em favor do reconhecimento e acatamento, por este, de certos valores absolutos. Não se expressou pormenorizadamente sobre eles, mas é possível inferi-los do contexto de sua obra e em nada desacompanhariam as conclusões que já extraímos.

Juan Francisco Linares,¹⁵ que tem uma classificação tripartite do Poder Constituinte, remonta à própria formação dele como já pré-condicionada a limites que não serão superpostos em tempo futuro, mas conascente. Diz que há uma *teoria ontológica* do Poder Constituinte que se funda num dado iniludível de assentimento comunitário consistente na participação popular como consenso, estruturada por um mínimo normativo — que é a norma de efetividade — e com um mínimo de sentido axiológico — que consiste no respeito de certas valorações que considera essenciais à comunidade que a recebe — e que deve observar a nova Constituição para receber acatamento e consentimento por essa comunidade.

As concepções marxistas apontam para dois limites extrajurídicos do Poder Constituinte: um ideológico, que opera ao nível da superestrutura do poder como forma de consciência social; outra estrutural, que conforma o âmbito da base social subjacente ao Poder Constituinte que o informa de valores e necessidades, pois segundo essa doutrina o Direito surge como um sistema de relações sociais.¹⁶

14. Op. cit., p. 449.

15. "El pueblo como constituyente originário", *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, ano XII, p. 97.

16. Kelsen, *Teoría comunista del derecho y del estado*, Buenos Aires, Emece, 1957, p. 97.

Em sua obra, Canotilho¹⁷ aponta para diversos limites de fato ao Poder Constituinte, cuja lembrança parece bem oportuna. Baseando-se em conclusões de Montesquieu afirma que o ato constituinte não é um estampido isolado no tempo, nem uma criação do Direito a partir do nada. As leis — e portanto as Constituições — estão condicionadas por dados naturais, econômicos e culturais. Esses seriam limites reais e naturais.

Registra ainda esse autor a existência de limites de fato fundamentados em dados antropológicos, pois os *padrões de comportamento*, culturalmente condicionados, têm influência na determinação da reserva de Constituição e na densificação intrínseca das normas constitucionais.

Refere-se ainda aos dados institucionais sociologicamente enraizados, mas transportadores de idéias regulativas de relações sociais (família, propriedade, autonomia local, etc.); aos *fins supremos da comunidade*; ao *sentimento jurídico difuso ou expresso* e à dimensão constitutiva da experiência de valores.

Linares Quintana¹⁸ aceita a tese da ilimitação do Poder Constituinte originário, uma vez que o povo tem amplo e irrestrito poder para adotar a forma de organização política que queira e para alterá-la quando julgue necessário. Mas, nem por isso deixa de reconhecer a existência de valores naturais e absolutos acima da ordem jurídico-positiva e que vinculam a atuação do Poder Constituinte com força, quiçá, mais exigente e mais condicionante do que a do próprio direito positivo.

Como vimos, é cediço que o Direito positivo pré-existente não pode operar limitações ao exercício do Poder Constituinte. Paul Bastid faz referência em seus estudos a um limite de Direito ao Poder Constituinte — e não se trata aqui de Direito Natural — mas de Direito Internacional.

Registre-se ainda a tese de Duguit da irrevogabilidade da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que vincularia todos os futuros constituintes, os quais são obrigados a

17. *Direito constitucional*, op. cit., pp. 119 e ss.

18. *Tratado de ciência del derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, Alfa, 1953, tomo II, pp. 134-135.

respeitá-la. Para esse autor, três categorias de leis em ordem hierárquica existem na França: as declarações de direitos, as leis constitucionais e as leis ordinárias. Seu argumento de fundo reside na idéia de que aquela Declaração representa uma limitação dos poderes do Estado, conforme a doutrina individualista.

A intensificação da vida internacional, fundamentada sobre um dos mais emocionantes processos culturais da atualidade — a aglutinação cultural do mundo —, oferece à ação do Poder Constituinte de hoje um aumento de alcance ao qual não obstante corresponde uma série de dificuldades positivas. Com efeito, a vida constitucional se achando cada vez mais mergulhada na dimensão internacional das nações, dá-se o que se pode chamar com Mirkine-Guetzévitch, a *internacionalização do Poder Constituinte*.

Por certo que uma ligação jurídica da vida nacional com a internacional constitui uma aventura ímpar e singularmente tentadora para a história cultural do Direito; mas esta contingência, conquanto possa ser um alargamento das possibilidades, apresenta uma limitação ao Poder Constituinte: este, ao atuar, terá de levar em conta uma grande monta de conveniências jurídico-internacionais: respeito a tratados e pactos, a princípios do direito das gentes, etc.

A existência de limites para o Poder Constituinte, tratando-se de limites inclusive *jurídicos*, postula, aliás, a consideração do dito poder como poder em certo sentido constituído, poder que, ao perpassar através das cartas constitucionais que cria, vai-se condicionando pela legalidade contínua por elas colocada, condicionando-se por esta ordem enquanto apareça como poder instituído. Considerar a todo poder de criar Constituição como poder ilimitado seria omitir-lhe todo o caráter jurídico.

É um objetivo ideal a subordinação do Direito interno às regras fundamentais do Direito Internacional — que de há muito vem reivindicando para sua órbita os direitos verdadeiramente fundamentais que pertençam ao homem. Mas segundo a concepção que ainda prevalece, o Direito Internacional não subordina o Poder Constituinte às suas normas. É certo que o Direito Internacional tem a pretensão de fazê-lo, e essa pretensão cada vez mais se afirma, por exemplo pela Declaração Universal dos Direitos do Homem,

promulgada em 1948 e da Organização dos Estados Americanos, do mesmo ano, porque ela não teria sentido se não significasse uma tentativa de limitar o poder dos Estados, em benefício dos cidadãos nacionais.

A realidade dos fatos, porém, desmente a superioridade do Direito Internacional reduzindo seus limites de influência sobre o Poder Constituinte à mesma situação dos direitos naturais. Somente se atingirá o estágio ideal de proteção — e conseqüente limitação dos Poderes Constituintes internos dos Estados — quando houver órgãos como Côrtes de Justiça Internacionais com competência para decidir sobre infrações cometidas contra os direitos humanos e com eficácia de sanções.

O Poder Constituinte, quando assume, já vem imbuído de uma idéia de Direito, sendo muito difícil, impossível mesmo, alguém tomar o poder pelo poder. Nunca o poder vem em nome de si mesmo para depois, então, em um segundo momento, constitucionalizar-se e editar o texto e dizer a que veio.

É de se ponderar a atualidade dessa exagerada ênfase que se dá à noção de um Poder Constituinte desapegado completamente do Direito pois o seu exercício não se faz descompromissadamente com uma motivação anterior para constituir o Estado de uma forma que já se sabe, ao menos em linhas gerais, o seu contorno antes da produção final da Carta ou documento constitucional.

O órgão constituinte que nasce, seja ele autoritário ou democrático, vem carregado também de uma pressão jurídica à qual ele vai dar simplesmente uma externalização, uma formulação. Exemplifica-se com a Constituição brasileira de 1891. O Decreto n.º 1, de 1889, já havia implantado no Brasil a Federação e a República. Assim, o Poder Constituinte, ou a Assembléia, cujos trabalhos terminaram em 1891, poderia elaborar uma Constituição que não fosse republicana e federativa? Parece-nos óbvio que não, posto que ela foi instaurada exatamente para cumprir esse papel. Assim, ainda que seja corrente a não juridicidade do Poder Constituinte, há de se por alguns limites à sua intervenção.

É inegável que os antecedentes dos movimentos constitucionais — e porque não dizer mesmo que as primeiras manifestações

que, posteriormente, seriam recebidas como autênticos atos constituintes — estiveram, quase todas elas, fortemente relacionadas com a produção de Cartas ou Declarações reconhecedoras de alguns direitos individuais e que impunham, por outro lado, limitações ao poder soberano do monarca.

Foi assim com a *Carta Magna*, o *Bill of Rights*, o *Habeas Corpus Act* e dezenas de outros documentos ingleses que até hoje compõem o cerne de seus diplomas constitucionais.¹⁹⁻²⁰

O reconhecimento e resguardo dos direitos individuais do homem é conquista recente dos povos, pois somente depois do pensamento iluminista do século XVIII e a derrubada do absolutismo é que, de fato, iniciou-se uma nova concepção estatal, em que os governantes passaram a buscar o conteúdo de validade de seu poder não mais na idéia teocrática, mas sim na de soberania popular. Esse período coincide com o do movimento constitucionalista desencadeado originariamente nos Estados Unidos e na França, e que mais tarde deitou raízes e espalhou-se pelo mundo influenciando outras Constituições que surgiram posteriormente.²¹

19. Viamonte (*El poder constituyente*, cap. IX, pp. 395-433), após analisar o desenvolvimento da história constitucional da Inglaterra e França e examinar as concepções contratualistas de Suarez, Hobbes, Spinoza, Rousseau, Kant e Sieyès, faz um criterioso estudo da vinculação do Poder Constituinte aos direitos individuais, concluindo que estes últimos são a fonte histórica, ideológica e política primacial da justificação da doutrina constituinte. Veja-se também Monroy Cabra ("Los derechos humanos y la reforma constitucional", *Rev. Col. Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, Bogotá, n.º 545, ene./mar. 1989, pp. 90-96).

20. Entre nós, dois autores merecem citação em abordagem sobre o tema: Leomar Barros Amorim de Souza ("Os direitos humanos como limitação ao poder constituinte", In *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 28, 119/77-86, jan./mar.-92) e Enrique Ricardo Lewandowski (*Proteção dos Direitos humanos na ordem interna e internacional*, Rio de Janeiro, Forense, 1984.), muito embora neste último as referências aos limites impostos ao exercício do Poder Constituinte sejam muito mais intuitivas do que expressas.

21. Bidart Campos (*Derecho político*, p. 510) observa que as Constituições que se desenvolveram a partir do final do século XVIII têm as seguintes características: (1) consistem numa lei de garantias para o indivíduo em face do Estado; (2) em sua maioria, correspondem ao tipo escrito e rígido; (3) fundamentam-se no princípio racionalista; (4) implicam numa rígida divisão

É interessante sublinhar que o objetivo que presidiu a elaboração das primeiras Constituições e que ainda permanece o mesmo para as atuais, consistiu, basicamente, na contensão do poder e na defesa dos direitos individuais. Nesse sentido é bastante reveladora a advertência do art. 16 da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação de poderes não tem Constituição.”

Dessa fase passou-se a uma seguinte, após o advento das duas grandes guerras deste século, marcada pela proclamação de Declarações de Direitos de índole internacional ou universal — muito embora a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão já pretendesse abarcar muito mais do que os cidadãos franceses. Nesse sentido, Bidart Campos²² acentua que as declarações emergentes do primitivo constitucionalismo francês e norte-americano tiveram a pretensão e a força de formular-se como catálogo de liberdades naturalmente ínsitas em todos os homens pelo único fato de serem pessoas. Embora tais declarações, como direito positivo, não pudessem ignorar circunscrever-se ao seu âmbito territorial de validade e vigência à jurisdição do próprio Estado que as acolhia, a formulação ideológica que as inspirava abrigava e exibia a intenção de assinalar que estes direitos, reconhecidos e garantidos no interior do Estado, eram, naturalmente, iguais aos que todos os demais homens, de todos os demais Estados, deveriam desfrutar em seus respectivos territórios.

A fase de internacionalização dos direitos humanos resultou de causas de ordem pragmáticas, ideológicas, históricas e políticas.

de poderes; (5) incorporam um catálogo de direitos individuais rígidos, eternos e imutáveis; (6) reputam o poder legislativo a autoridade suprema do Estado, vinculando-o à idéia de soberania popular; (7) consideram o Estado como uma entidade limitada por normas jurídicas, valorizando o império da legalidade como forma de contensão do arbítrio; (8) possuem como substrato ideológico a tese da convivência artificial homens, ou seja, o Estado é uma entidade que os seres humanos conceberam para viverem melhor; (9) apregoam uma atitude abstencionista e individualista do Estado; (10) elevam o cidadão à categoria de peça fundamental na dinâmica estatal; (11) adotam as teorias políticas precedentes à noção de povo como sujeito do governo, bem como os conceitos de soberania e de representação.

22. *Los derechos del hombre*, Buenos Aires, Ediar, 1973, pp. 202-204.

Essa fase, ainda segundo Bidart Campos,²³ após a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a preservação dos direitos e liberdades fundamentais do homem chega, assim, a construir um problema que preocupa a organização internacional dos Estados que se coloca ao lado da paz, da cooperação, da solidariedade e da ajuda internacionais na órbita de jurisdição internacional.

Nesse plano de discussão somente por força de expressão conceitual se pode chamar o poder criador de uma Constituição de incondicionado, livre de quaisquer limitações ou condicionamentos. Os limites existem, a começar da meta a alcançar, do fim colimado pela Assembléia que se agrupa para elaborar a Constituição. As conquistas sociais, os *direitos humanos*, a internacionalização dos direitos do homem, a experiência jurídica, a interpretação da Constituição são pontos de referência que se podem analisar como marcos a fincar lindes na atuação do Poder Constituinte.

Lembra Tércio Sampaio que há quem diga que os direitos humanos formam um corpo jurídico dito de Direito Natural, ínsito à natureza humana, e que portanto está acima da Constituição que é obra política, feita pelos homens.²⁴

Em escritos na Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán, em edição especial sobre o Poder Constituinte, publicada no ano de 1956, desfilam argumentos como os de Poviña²⁵ e Rayces,²⁶ segundo os quais o exercício de qualquer espécie de Poder Constituinte não pode ir adiante dos limites definidos quer no capítulo, quer na estrutura histórica da *declaração de direitos e garantias*.

Conquanto essa avaliação possa merecer todas as críticas de uma dogmática mais objetivista, ainda assim não se pode lhe negar uma precedência lógica a uma constante nas Constituições e no pensamento democrático: o de observação do limite de intangibilidade

23. *Los derechos del hombre*, op. cit., p. 166.

24. *Constituinte, assembléia, processo e poder*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 13.

25. Op. cit., pp. 200-201.

26. Op. cit., p. 267.

das cláusulas pétreas quanto à extinção de direitos ou garantias individuais.

É certo que Poviña fez aquela afirmação em contexto menos amplo do que o retratado — a sua expressão literal estava grafada em termos seguintes: “no puede ir más allá de los limites definidos en el capítulo de *declaraciones, derechos y garantías* con que se abre la Constitución nacional”, fazendo estrita referência, portanto, às manifestações do Poder Constituinte derivado — via de reforma — em que se manteria a salvo a estrutura do *capítulo*. Inobstante isso, suas idéias, se conjugadas com as de Rayces permitem acreditar que, se a limitação de inviolabilidade do capítulo das *declarações, direitos e garantias* valia para a reforma, a intangibilidade da estrutura histórica, do reconhecimento incorporado á cultura, tradições e valores nacionais valia até mesmo para a via revolucionária — Poder Constituinte originário.

Não se pode objetar ao Poder Constituinte revolucionário o Direito Positivo pretérito — recebido apenas por ato de vontade da Revolução — por não se poder opor uma folha de papel aos fatores de câmbio estrutural. Assim, não é o *capítulo das declarações de direitos e garantias* que limita o exercício do Poder Constituinte insurgente. A Revolução se faz também contra o *papel* se este justificou a estrutura estatal alterada e até mesmo esse *capítulo* pode estar aquém das necessidades atuais ou da herança histórica da nação — não se olvide o caráter libertador do sentido autêntico de Revolução. Como então contemplar esse limite? O fator de contenção desse Poder Constituinte não poderá ser, jamais, o Direito Positivo em nenhum aspecto sequer da Constituição de vigência extinta, mas apenas e tão-somente — e já é tanto — a estrutura histórica, cultural e social dos valores humanos incorporados pela nação.

Para os que se filiam a posições jusnaturalistas, que admitem a existência de certos direitos inalienáveis e imprescritíveis, intuídos da própria natureza humana e que precedem a existência do Estado, não resta nenhuma dificuldade na aceitação dos limites ao Poder Constituinte.

Os chamados *direitos humanos* constituem um patrimônio do homem haurido não sem raro sacrifício e luta no evolver da civilização. Esse trabalho lento e contínuo de conquistas é um

caminhar sem retornos ou voltas. Esclareça-se, porém, que a dicção *direitos humanos* encerra um conteúdo variável no tempo e no espaço e que hoje tem a pretensão de alcançar, além de declarações formais de direitos, a conquista e fruição afetiva desses direitos.

De qualquer forma, os direitos fundamentais conquistados no curso da evolução histórica da humanidade, consagrados na ordem jurídica de cada País, não podem ser restringidos, diminuídos ou suprimidos à invocação da ilimitação do poder fundante do Estado. A criação do Estado é uma maneira intermediária que os homens usam para ver garantidos e respeitados esses direitos fundamentais.

Está implícito que, na outorga dos poderes constituintes, os homens — a nação — não outorgam um mandato ilimitado a uma Assembléia, posto que tal proceder implicaria na possibilidade até de uso desses poderes em detrimento do próprio outorgante, o que seria inaceitável e sem validade alguma.

Ao receber outorga para criação do Estado, quer em processo revolucionário de ruptura da ordem vigente ou em revisão constitucional, não podem os executores constituintes, no exercício precário da soberania, fazer tábula rasa do capítulo dos direitos fundamentais do homem. Primeiro porque o mandato não contém tais poderes a serem exercidos em prejuízo do mandante; segundo, porque explícita ou implicitamente o povo jamais abdicaria de direitos adquiridos no desenvolvimento da civilização e que são verdadeiras cidadelas a pilotar a atuação do soberano em balizas bem determinadas.

Hoje não mais se admitiria ver o retorno aos tempos da escravidão, das penas degradantes, do extermínio do princípio da reserva legal. Mas o que aconteceria se uma Assembléia ou grupo, assenhorando-se do poder, e violando o princípio da soberania popular praticassem atos desse porte na edição de uma nova Constituição.

Do ponto de vista estritamente kelseniano, com certeza dir-se-ia que tal Constituição seria válida, que num processo de ruptura da ordem jurídica a ordem substituinte logo se juridiciza e se legaliza para tornar efetivo o conteúdo de sua decisão fundamental. Mas essa legalização da nova ordem não convalida o vício de origem da decisão fundamental, pois estando imanente no povo a titularidade da soberania e da decisão política fundamental, as ações

que maltratam esse princípio não têm como sustentar-se no plano da legitimidade entre as relações públicas do Estado com os indivíduos.

De nossa parte, a isso some-se a imprescindível necessidade de se construir uma tese do *abuso do Poder Constituinte*. Não é mais crível — ou moralmente contemporâneo — que o Poder Constituinte seja considerado como poder absoluto de fato. Nem é *absoluto*, nem é *absolutamente* de fato. Considerar a todo poder de criar Constituição como poder ilimitado seria omitir-lhe todo caráter jurídico.

Ora, se gera Direito é porque contém em si, de algum modo, também *Direito*. Transmite o que recebe, o que incorpora, o que na síntese, sendo, guarda.

Se hoje não mais habitamos ou toleramos conviver com premissas teocráticas do poder do Estado, porque nos confortaria uma concepção de tal quilate de Poder Constituinte? Sim, porque aceitá-lo com tal silhueta seria o mesmo que reconhecer a divindade ou o exoterismo de sua natureza.

As concepções democráticas estatais que hoje vivenciamos, que nos levam à conclusão visual de que os Estados não mais se formam, mas se transformam; que não há mais fundacionismo primário possível; que as potenciais atividades fundacionais secundárias estão sujeitas a um rigoroso processo de controle internacional — se não formal, com toda a certeza real —; que se faz categórico repensar-se as surradas fórmulas de imaginar-se a história e a geografia política, que redesenham seus cursos e mapas com avassaladora rapidez; se tudo isso está posto sobre o tapete de entrada dos umbrais do Direito, como ignorar?

Hoje, depois já superadas várias discussões sobre o controle da constitucionalidade das leis, quando surge o tema da *inconstitucionalidade por injustiça*, como ignorar o abuso ou o desvio do Poder Constituinte pelo desencontro entre a manifestação da Assembléia e a vontade geral da nação?

O Poder Constituinte originário deve guiar-se por critérios que extravasam o campo exclusivamente jurídico ou normativo. Um desses critérios é o que se manifesta no valor *justiça*. O Poder

Constituinte originário, como ensina Bidart Campos,²⁷ não pode transgredir os princípios elementares de justiça; há, aí, um limite não positivo de caráter negativo. O Poder Constituinte originário deve realizar o valor justiça na medida em que critérios de justiça são conhecidos e suscetíveis de realização; agora, há um limite não positivo de caráter afirmativo. O dever-ser ideal próprio do valor dá lugar a um dever-ser atual, quando o valor não está realizado, e a um dever-atuar quando é possível realizá-lo.

As ações estatais, com fulcro em tal ordem viciada, funcionam como atos espúrios, imorais, ilegítimos, que autorizam inclusive os destinatários a rebelar-se contra elas. Uma ordem que abriga em seu bojo a vulneração aos direitos concernentes à vida, à liberdade, sobre conter nódoa insanável de ilegitimidade, permite seguramente a desobediência civil.

Em tal hipótese, se o pacto social perde a utilidade, não preserva mais a vida, a liberdade e a segurança dos homens, não há por que mantê-lo. Volta-se à situação pré-estatal, anterior à sociedade política, com o retorno dos homens ao *estado de natureza* cujo exercício fora concedido em favor do soberano. Realiza-se o processo inverso ao que assiste na formação do Estado. Há uma *desconstituição*.

No sentido kelseniano, dirão os positivistas que essa limitação é política e não jurídica, mas é inegável que assim entendem porque só consideram jurídico o que é norma positivada, de emanção estatal; ou seja, para eles o Direito se resume à norma.

Sustentamos que essa limitação do Poder Constituinte pelos direitos humanos tem dimensão e natureza supra e extra-estatal (extra-sistêmico), pois está fora da própria contingência do Estado, daí não poder a ruptura da ordem atingir os fundamentos de validade desses direitos. A limitação não é contingente (intra-sistêmico), mas estável porquanto situa-se antes e acima da própria normatividade positiva do Estado.²⁸

27. *Filosofia del derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1969, p. 174.

28. Sobre o tema abordado neste tópico, veja-se também a recente obra de Rafael de Asís Roig (*Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Editorial Debate, 1992).

6.3.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

Para analisar o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana partimos de outro ponto: o elenco dos direitos fundamentais expostos no art. 5.º da Constituição Federal.

A Constituição Federal em seu art. 5.º, *caput* garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Houve significativo avanço em relação ao texto pretérito pela positivação da tutela à igualdade, que apenas decorria dos princípios constitucionais adotados anteriormente.

Mito embora a tutela dos direitos fundamentais do homem tenha sido expressa na Constituição, ao nosso ver, carece de maior amplitude e pormenorização os direitos preservados. Quando se fala na tutela da *vida*, por exemplo, pouco se vislumbra além da sanção a que deve corresponder ao homicídio. Quando se fala em *direito à vida* na ordem constitucional de um Estado Democrático não se está a tutelá-la em termos brancos. A vida a ser protegida pela Constituição não há de ser um mero direito à respiração ou à existência cotidiana em condições, por vezes, sub-humana. Ao contrário, o Estado verdadeiramente Democrático, ao amparar a *vida* como direito fundamental da pessoa humana, positiva-o dotando-lhe de plena e eficaz oponibilidade, no que se refere a terceiro, e de satisfação interior, no que se refere ao próprio homem.

Não se contenta o Estado Democrático em fornecer os meios legais e materiais para a proteção da *vida corpórea*, mas busca também imbuí-la de um *sentimento pessoal de satisfação pela própria vida* que deve lhe dedicar o homem ao contemplá-la e compreendê-la.

O Estado erigido nesses moldes, transcenderá os limites do Estado de Direito formal, aquele onde há previsão dos direitos e garantia individuais e ocasional respeito a esse rol que, inúmeras vezes será afrontado, servindo a previsão constitucional como consolo de um direito que houvera e que momentaneamente não pode ser resguardado ou amparado.

Portanto, quando aduzirmos à expressão *Estado Democrático* ou *Estado de Direito* estaremos sempre a caracterizá-los em suas

acepções *materiais*, onde os fins correspondam aos meios e aqueles sejam obrigatoriamente voltados ao bem comum. Trata-se da pressuposição, ou dos mecanismos de construção de um Estado finalisticamente orientado à felicidade de seu povo, com sacrifício e sucumbimento de todos os interesses contrários e minoritários.

O que se referiu como técnica do Estado de Direito material ao tratar do direito à *vida*, no qual há não apenas posituação constitucional, mas dotação de eficácia e oponibilidade absoluta e, além disso, de formas aptas ao reconhecimento de um "sentimento pessoal de satisfação" aplica-se analogamente a cada direito tutelado pelo art. 5.º da Constituição Federal. A questão que nos propomos a discutir relaciona-se com a natureza jurídico-constitucional exatamente desse *sentimento pessoal de satisfação*, ao qual chamaremos, singularmente, de *felicidade* e da qual não se dissocia a idéia de *dignidade*.

Existe, afinal, no espírito que dirige a Constituição brasileira, e a legislação infra-constitucional, um *direito subjetivo à felicidade ou à dignidade*, ainda que escassamente delimitada pelo conceito proposto?

No plano da idealização ou da ideologização popular da leitura constitucional tendente ao reconhecimento de um Estado de Direito material não restaria a menor dúvida. Mas o que procuraremos demonstrar, sem buscar os fins últimos e espíritos ocultos da Constituição, é que mesmo no plano da interpretação dogmática, tão conveniente ao conservadorismo vigorante no Brasil, é possível a ilação de resposta afirmativa à indagação formulada. O mesmo artifício teleológico, empregado para negar ao povo o acesso a direitos naturais, pode ser utilizado na direção contrária e trair seus inventores.

Sentimento pessoal de satisfação é a definição que propomos para a idéia de felicidade, cuja correspondência a um direito subjetivo investigamos agora.

É certo que reconhecemos o perigo da clássica noção que se extrai do termo *homem médio*, comumente utilizado como redutor político na incidência do Direito na vida humana, mas, embora insatisfatória na maioria das vezes pela observância de princípios democráticos, por vezes torna-se imperiosa sua aplicação à vida cotidiana.

Quando se fala em *sentimento pessoal de satisfação* não se quer dizer que a Constituição, ou a lei infra-constitucional, esteja

interessada na particularização de cada anseio individual. Trata-se, na essência, de estabelecer parâmetros de reconhecimento mais ou menos uniformes na sociedade para direcionamento da atividade estatal. Vale dizer, prefixação de valores subjetivos universalmente aceitos como condição necessária para auto-realização do homem.

Seria impossível a determinação dos valores subjetivos universalmente aceitos se se indagasse de cada homem sobre seus anseios e expectativas. Ao contrário, estes são pressupostos, propomos, pela Constituição. A nota do Estado Democrático centraliza-se também na escolha política dos índices desses valores para composição do *sentimento pessoal*. É pessoal, mas não individual. O homem foi livre aos escolhê-los em sua origem, em seu desenvolvimento. O trabalho de amadurecimento da escolha desses valores levou todos os milênios da história do Direito e da sociedade. Agora começam a precipitar no fértil solo constitucional e a ser reconhecidos nos Estados Modernos de Direito.

Diz-se ser a noção de felicidade um *sentimento*, porque não há nada no plano jurídico tradicional que a compreenda em expressão outra que não esta de cunho marcadamente subjetivo. Trata-se de uma *impressão*, de algo próximo à noção do *fumus boni juris*, a aparência de um bom direito mas complementado por idéias não suficientemente desenvolvidas à época do jusnaturalismo.

Qualquer um pode perceber que encoberto pelo *direito à vida* existe mais do que uma tutela meramente formal ao que afirmamos ser um direito ao uso de oxigênio atmosférico. Mas de vida em sua plenitude, de vida como forma de servir à auto-realização, de vida com os requisitos mínimos indispensáveis para que se alcance tal objetivo. A idéia de *felicidade*, como *sentimento*, num quadro assim, desenha-se como premissa subjetiva de acesso às condições materiais existentes na sociedade como forma de tutela de uma *vida* adjetivada pela expressão *feliz*.

Sentimento, porquanto embora não integrante do clássico sistema do rol dos direitos subjetivos, surge a *felicidade* como legítima aspiração decorrente de valores natos do homem e que foram abrandados durante séculos de colonização dos direitos pessoais.

Diz-se ser *pessoal* porque o *sentimento* está sujeito a flutuações de caráter extremamente realista no reconhecimento de que, ainda

que nasçam livres e iguais, os homens se desenvolvem de modo diferente. Assim como a idéia de *igualdade* obteve definição a partir do tratamento desigual aos que são (ou se tornaram) desiguais, proporcionalmente, e na medida de suas desigualdades, na clássica lição de Ruy Barbosa, assim também o conteúdo de *sentimento pessoal* deve ser extraído a partir idênticas relações de aproximação entre distintos. Não se trata de mera extração pela média, mas de amoldação objetiva às peculiaridades subjetivas, até como forma de respeito à individualidade do homem.

Por fim, fala-se em *satisfação* como núcleo do ideário *felicidade*. Por *satisfação* entenda-se ao menos a potencialidade do acesso à escolha, aos meios e objetivos de tudo quanto representar ao homem condição para sua plena auto-realização em determinado momento e sob certas circunstâncias. *Satisfação* não significa a obtenção daqueles elementos, que vão desde a liberdade de escolha do que ser, fazer ou estar, promovida pelo acesso aos meios de educação e cultura, até a ultimação da realização plena daquele objetivo, agora fruto de sua consciência. Não quer dizer a expressão *satisfação*, como se frisou, a concretização de um intento, pois o homem pode falhar, mas estar à disposição do homem, para exercício de suas habilidades, depois de devidamente educado, aculturado, conscientizado, os meios hábeis à produção de sua vontade.

A *satisfação* não pode ser caracterizada como resultado, embora se o desejasse nesse sentido, mas tem de ser vista, pelo menos, de forma obrigatória, como possibilidade total de realização das potencialidade do homem. Em linguagem menos retórica, a idéia de *satisfação* aproxima-se do ideal olímpico, onde a *participação* prefere ao resultado.

A idéia embutida na *felicidade* e que a juridifica, o *princípio da dignidade da pessoa humana*, é o grande centro nervoso e controlador do excesso de subjetivismo que pode se conter na compreensão da *felicidade*.

O *direito à felicidade* e sua correlata noção de dignidade, ergue-se também a partir da verificação de que há outros valores que podem compor as aspirações humanas e capazes de permitir a auto-realização do homem. O acesso à cultura em todas as suas dimensões; o incentivo ao desenvolvimento amplo das potenciali-

dades artísticas, humanistas, científicas e outras imanentes aos cidadãos; o acesso aos serviços públicos e a confiança sincera na sua prestação adequada; o acesso ao lazer, à plenitude da vida familiar e aos bens não apenas essenciais, mas necessários ao preenchimento daquele *sentimento pessoal de satisfação*, tudo, enfim a representar formas de tutela da *felicidade*.

O tema é útil para redefinição dos fins do Estado, pois o reconhecimento do *direito à felicidade* sobreleva o homem em relação ao papel que vinha desempenhando de mero sujeito de sua potestade.

Estudo corrente na teoria do Estado prende-se à sua finalidade. Da concepção de Kelsen segundo a qual o Estado é fim em si mesmo, à de Ataliba Nogueira, segundo a qual o Estado é meio e não fim, transitam os mais diversos autores desfilando suas convicções. Em todos os modernos, pelo menos, ressalta-se um determinado fim utilitarista do Estado, o do *bem comum como finalidade suprema do Estado*. É a esse que nos prendemos no desenvolvimento do trabalho.

O Estado não tem fins próprios posto que a idéia de finalidade relaciona-se com projeções subjetivas as quais são impossíveis de emanarem de um ente jurídico. Uma sociedade comercial, por si, não tem finalidade alguma, é objeto de seus sócios ou acionistas, estes são os possuidores de vontade que a dirigem rumo ao intento traçado. O Estado, como sociedade política, não conhece no sentido usual a noção de finalidade, erige-se apenas nos meios para que os indivíduos possam atingir seus respectivos fins particulares.

A materialização do Estado enquanto meio disponível aos homens para consecução de seus fins não permite, no entanto, sua utilização nociva. O Estado é um meio de eficácia relativa. Será tão mais eficaz quanto mais reverter a sua utilização aos conceitos socialmente universalizados. Não é necessário que atendam a todos ou ao maior número de cidadãos naquele momento, mas é indispensável que não implique sacrifício de nenhum deles.

Não há manual que ao estabelecer parâmetros daquilo que se entenda por *bem comum* deixe de trazer à consideração a definição do Papa João XXIII, que o retratou como o conjunto de todas as

condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana. A feição do Estado que hoje todas as sociedades buscam reproduz necessariamente os elementos desse conceito de *bem comum*.

Superado o problema inicial, urge verificar se propalados fins do Estado constam ou não do texto constitucional.

Há uma crescente tendência nos Estado de *civil law* de fazer inserir positivamente, a cada reforma constitucional, os princípios, ainda que em normas de caráter programático ou institutivo, que devam nortear a direção a ser imprimida na condução do Estado. É tendência permitir-se cada vez menos ao titular da representação do poder, através de explicitação no texto constitucional de objetivos e limites do Estado, como forma de garantir concretamente a serena e permanente tutela de valores fundamentais do homem e da sociedade.

Logo no preâmbulo da Constituição Federal vigente consta que os representantes do povo, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, ali estavam com a finalidade de "instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias..."

O texto, quase na íntegra reproduzido, pode ser reduzido, com a licença poética de Gregório de Mattos, em parte, pois *o todo sem a parte não é todo; a parte sem o todo não é parte*. Pois a parte que queremos destacar, sem olvidar o todo, diz que a Constituição apresentada destina-se a "instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o bem-estar como valor supremo de uma sociedade fraterna, fundada na harmonia social..."

Descendo do preâmbulo ao texto articulado ali estão inseridos, em diversos dispositivos, normas de conteúdo finalístico. Do art. 1.º, que elenca os fundamentos do Estado de Direito Democrático, forma pela qual se manifesta a República Federativa do Brasil, em seu inc. III, afirma ser a *dignidade da pessoa humana* um desses valores.

Pouco adiante, no art. 3.º, que enumera os objetivos fundamentais da República, em seus incs. I, III e IV, elege: “a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza, da marginalização e redução das desigualdades sociais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou formas de discriminação.”

O art. 5.º, que arrola os principais direitos individuais e coletivos dos brasileiros e também dos estrangeiros residentes no País, e ao qual já nos referimos logo no início, dispõe que a Constituição garante “a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”.

A afirmação de que a *dignidade da pessoa humana* é fundamento do Estado Democrático de Direito exige compreensão além do sentido clássico da expressão. *Dignidade* não tem seu limite num mero conceito honorífico, como pudesse o absoluto miserável, abandonado pelo Estado, a habitar sob viadutos, alimentar-se de restos, vestir-se de trapos, ainda assim ter considerada sua *dignidade* no aspecto formal.

À evidência que a idéia de *dignidade da pessoa humana*, no sentido de um Estado Democrático de Direito, compreende *status* objetivo, material, consistente no pleno acesso às condições necessárias para promoção do *sentimento pessoal de satisfação*.

Se o *direito à igualdade* já foi reduzido para um *direito de igualdade formal*, pela simples isonomia diante da lei, é imperioso impedir que o mesmo venha a ocorrer com a *dignidade da pessoa humana*. Evitar que venha a tornar-se o miserável *formalmente digno* diante do abastado, conferindo-lhe apenas a titularidade de um *direito subjetivo à dignidade*. Não foi esse o espírito constitucional. Tanto é verdade que, pouco adiante, no § 1.º do art. 5.º, que trata dos direitos e garantias individuais e coletivos, está inscrito em termo lapidar que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

A aplicabilidade imediata não se limita à incidência temporal da norma, mas sem permissão de considerações outras que não a literalidade da norma.

Ora, os princípios fundamentais do Título I da Constituição representam a base do desenvolvimento da forma de Estado Demo-

crático de Direito que se instituiu no Brasil a partir de vigência do texto maior. Não se pode entender o art. 5.º senão consagrador de direitos e garantias individuais em face da peculiar maneira de ser do Estado brasileiro, qual seja, Democrático e de Direito. Todos os inc.s positivadores de tais garantias são decorrentes dos princípios fundamentais na natureza do Estado. Se são aplicáveis imediatamente tais princípios e garantias é porque, e somente porque, o Estado Democrático de Direito proposto no Título I já existe em seus valores fundamentais. Corolário disso é que a *dignidade da pessoa* não é um valor futuro, mas presente desde a vigência da Constituição. Todos têm acesso ao *direito de dignidade material*.

A Constituição, infelizmente, não cria riquezas, tão-somente determina princípios para sua distribuição e aplicação. Assim é que o art. 3.º diz serem objetivos fundamentais do Estado brasileiro a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, além da promoção do bem de todos.

O objetivo não é algo que se tem, mas que se busca, e por vezes são incompreensíveis os caminhos pelos quais se transita para consecução do fim, o que não impede, na órbita de um Estado Democrático de Direito, que se indague dos responsáveis pela condução do governo acerca da conduta imprimida em busca do fim, nem correção dos desvios pela via de acesso ao Poder próprio.

A erradicação da pobreza é um fim, não uma realidade, mas a adoção, por exemplo, de uma política econômica recessiva será capaz de promovê-la? Se a resposta for negativa haveria, é claro, uma traição dos fins do Estado. Aquele que se sentir prejudicado diante de tal política como poderia intervir para sua reforma? Entre nós, lamentavelmente, não existe outro meio senão o uso dos direitos políticos.

Inobstante, se os termos erradicação e redução, tal como empregados no inc. III do art. 3.º da Constituição, trazem à baila conteúdo eminentemente futuro no tempo, obra a ser realizada qual uma represa, que não serve para o fim enquanto não concluída sua construção, o mesmo não acontece com o disposto no mesmo art., inc. subsequente do texto. A promoção do bem comum, diferente dos termos anteriores, comporta realização parcial, diferida, em

prestações. Para que uma represa armazene água é indispensável que suas paredes estejam levantadas, senão a água se esvai; para que sirva a represa não é necessário que toda a água seja depositada de uma só vez para enchê-la, ainda que sem completude de seu nível, havendo suficiência poderá ser utilizada, mesmo que em atendimento precário. A promoção do bem comum é contemporânea ao processo de erradicação da pobreza, é mesmo uma forma de obtê-la; um fim que também é meio de outro fim.

Em conclusão, há princípios fundamentais erigidores da finalidade do Estado, comprometidos com a busca da felicidade do homem, que são de alcance futuro, mas dirigido, e outros que são de exigência concreta e presente, posto que oferecidos em prestações.

É hora de retomar o raciocínio inaugural e segundo o qual a inviolabilidade dos direitos concernentes à *vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade* não diz respeito a generalidades, mas a condições mais ou menos uniformes na sociedade de uma determinada qualidade daqueles direitos tutelados.

Trata-se da aplicação do valor *dignidade da pessoa humana* a cada um dos direitos protegidos. Assim, o *direito à vida* será o *direito à vida digna*, e assim sucessivamente com aplicação análoga a cada um dos outros direitos.

Há de significar o *direito à vida* viver de alguma forma, como se o verbo *viver* não fosse intransitivo e exigisse seus complementos. O complemento do bem jurídico *vida*, num Estado Democrático de Direito pautado pelo respeito à *dignidade da pessoa humana*, é o *direito à felicidade* nos moldes já definidos.

Viver com a sensação de que o Estado estará sempre pronto a atender todas as necessidades relacionadas com o acesso aos meios para preservação da saúde, desenvolvimento das aptidões pessoais já mencionadas, educação, segurança, cultura, lazer, etc. Aliás, em formas previstas no Título da Ordem Social.

Assim, o *direito à vida* é amparado pela *saúde*, também *direito de todos e dever do Estado* que deve empregar políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para

sua promoção, proteção e recuperação, conforme o disposto no art. 196 da Constituição Federal.

Igualmente, o *direito à vida* é também adjetivado pela previsão de assistência social que será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, nos termos do art. 203 da Constituição.

A *educação* é outro direito que complementa o sentido de uma existência feliz ao afirmar que se trata de outro direito de todos e dever do Estado e da família e que será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, nos moldes da disposição do art. 205 da Carta.

O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às formas da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. Essa é a disposição do texto do art. 215 da Constituição, assegurando a cultura como forma de adjetivação do próprio *direito à vida em felicidade*.

Há disposições também sobre a qualidade de vida no que se refere ao *meio-ambiente*, dispondo o art. 225 em termos seguintes: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Mesmo no aspecto familiar há disposição constitucional acerca do aludido *direito à felicidade* como a que se insere no art. 226, § 7.º, onde se lê que “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

Adiante, no art. 227, consta que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além

de colocá-los à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”.

As normas expostas há pouco são apenas exemplificativas, como integram adjetivamente os direitos fundamentais da pessoa humana, outras complementações, ainda que não expressamente previstas na Constituição, não estão excluídas do rol se decorrerem do regime e dos princípios adotados pela Carta, face à norma constitucional de reserva do § 2.º, do art. 5.º, da Constituição Federal. E, apesar da teimosia de alguns de interpretar a Carta exclusivamente em seu aspecto formal e não material, tais direitos decorrentes também tem caráter de aplicabilidade imediata. No campo do Direito Penal o princípio da dignidade da pessoa humana está representado e adjetivado por uma série de princípios decorrentes expressos e implícitos. São decorrências expressas: a punição às discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5.º, inc. XLI); a incriminação da prática de racismo (art. 5.º, inc. XLII); a inafiançabilidade e a insuscetibilidade de graça ou anistia dos crimes de tortura (art. 5.º, inc. XLIII); a intranscendência da pena (art. 5.º, inc. XLV); a individualização da pena (art. 5.º, inc. XLVI); a proibição das penas desumanas, cruéis e infamantes (art. 5.º, inc. XLVII); a individualização executiva da pena (art. 5.º, incs. XLVIII e L); a dignidade do arguido (art. 5.º, inc. XLIX).

Veja-se, inclusive, que a garantia de observância do princípio da dignidade da pessoa humana estende-se à pessoa da vítima em face de algumas limitações impostas aos acusados e condenados por crimes que mais gravemente submetam tal princípio a um sacrifício maior ou irrazoável.

Outros princípios expressos e não-expressos podem ser também apontados como natural decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana. Talvez o melhor ponto de partida para localização desses princípios decorrentes seja a própria obra de Beccaria — que dá um tom de direito natural ao desenvolvimento do tema — quando em sua conclusão deduz um teorema geral de muita utilidade sobre as penas: “Para não se num ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias referidas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.”

O corolário fundamental da dignidade da pessoa humana como pressuposto do Estado Democrático encontra retaguarda na preservação dos interesses individuais e sociais contra o arbítrio estatal, e por isso mesmo, uma intervenção que deve ser, antes de mais nada, legalizada.

A determinação legal deve fazer recair sobre o próprio Estado o dever de impô-la como forma de substituição do arbítrio privado, gerador de um forte sentimento de parcialidade e vingança. A pena estatal deve ser controlada pelas regras-princípios de imparcialidade e do devido processo legal, como método garantidor dessa imparcialidade.

A dignidade da pessoa humana exige que a punição esteja identificada temporalmente o mais próximo possível com o cometimento do delito para se evitar que a pena seja imposta a pessoa que já expiou pelo tempo, por sua mudança de temperamento, caráter ou pelo sentimento de culpa de que não se tenha libertado, sofrimento bastante para tornar improdutiva pena criminal que venha agora a ser imposta.

A punição temporalmente afastada do cometimento do delito capaz de impor riscos de se condenar alguém de personalidade substancialmente diferente daquela ostentada à época do delito, em nome do princípio da dignidade da pessoa humana, deveria permitir a aplicação do perdão judicial, tal como aquele previsto no art. 121, § 5.º do Código Penal brasileiro, onde “o juiz poderá deixar de aplicar a pena se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária”.

A desnecessidade da sanção penal pode decorrer não apenas dos efeitos pessoalmente sofridos pelo agente, mas também em virtude de inocuidade — pelos traços demonstrados da personalidade do agente — que faça com que a mesma perda as funções repressivas ou preventivas quanto ao crime (art. 59).

Isso levaria também a um processo de individualização material da pena, criando condições objetivas para sua não incidência em função de peculiaridades subjetivas do agente.

Penas insuscetíveis de cumprir as finalidades legais ou filosóficas de sua justificação não devem ser impostas por demarcarem

momento de retorno à valorização do arbítrio em detrimento das posturas mais lúcidas e esclarecidas do Estado diante do crime.

A intervenção penal deve ser mínima sob seus três fundamentos: somente as infrações mais graves da ordem social devem ser eleitas pelo Direito Penal como objeto de sua incidência; a pena deve representar concretamente a menor limitação possível na esfera de liberdade do agente; e as condições materiais de modificação da personalidade ou das condições propiciadoras da sanção criminal devem ser prontamente avaliadas para interrupção da pena criminal assim que possível.

Por fim, a retribuição penal deve ser proporcional à escala ético-legal de proteção dos bens jurídicos, de forma que o sistema de penas não contemple inversão desses valores que estão dispostos hierarquicamente no art. 5.º, *caput*, da Constituição Federal.

Palavras precisas são empregadas por Bacigalupo²⁹ ao afirmar que a exigência do respeito da dignidade da pessoa humana é consubstancial com a idéia de Estado democrático de direito e dela surgem os primeiros limites para o Direito Penal. Deste pressuposto derivam-se as conseqüências que trataremos a seguir.

Concretamente no Direito Penal o tratamento respeitoso da pessoa humana implica a exclusão de toda a degradação da pessoa a objeto do poder estatal. Particularmente resultará lesiva desta exigência qualquer utilização do autor do delito para fins de intimidação geral: por exemplo, não é legítimo aplicar ao que tenha delinqüido penas desumanas para conter a tendência delitiva geral.

A dignidade da pessoa humana exclui, assim, a utilização de penas que mereçam a classificação de *torturas* ou que impliquem, de modo semelhante, a uma lesão, do mínimo que seja, a qualquer bem jurídico daquele que cometeu o delito.

A determinação do significado desta premissa só pode levar-se a cabo com referência a casos concretos e não é possível em uma forma abstrata: por exemplo, uma pena que implique a submissão do autor do delito à escravidão ou formas de dominação similares e contrárias ao respeito à pessoa humana.

29. *Derecho penal*, parte general, Buenos Aires, Hammurabi, 1987, pp. 78-81.

Neste sentido, a pena de morte representa no estado atual da consciência ocidental uma verdadeira forma de tortura, ainda quando se aplique por meios não dolorosos, ou menos dolorosos que a cadeia elétrica, a guilhotina ou o fuzilamento.

Especial consideração merece dentro da sistemática a pena de privação perpétua de liberdade. A tendência mais recente só admite sua compatibilidade com exigências constitucionais sempre e quando seja possível, pelo menos, a possibilidade de uma suspensão da execução da pena uma vez cumprido um determinado tempo de privação de liberdade. Sem embargo, admitido que a pena de privação perpétua de liberdade, como a de morte, carece de um efeito preventivo mais intenso que possa provar-se empiricamente e que, pelo contrário, seus efeitos sobre a personalidade do condenado são verdadeiramente perturbadores, há sérias razões para por em dúvida sua validade que, no Brasil, tem inclusive sua constitucionalidade proscrita.

O mesmo ocorre com as penas que implicam trabalhos forçados. Penas que importem tais modalidades de execução são incompatíveis com a idéia de Estado democrático de direito por lesar a dignidade da pessoa humana.

Resumindo, é possível afirmar que no Estado Democrático de Direito o cometimento de um delito não determina a perda da dignidade da pessoa humana e, portanto, a reação do Direito Penal deve partir desse axioma.

Por tais razões tampouco podem ser desumanas ou degradantes as penas criminais. Basicamente são desumanas as penas que não guardam proporcionalidade com a gravidade do fato cometido e com a responsabilidade do autor. A desproporcionalidade, de todo modo, só ofende a legitimidade constitucional à pena quando seja desproporcional em prejuízo do autor. A que beneficia ao autor não está afetada em sua constitucionalidade. A questão depende, naturalmente, da concepção da pena de que se tenha partido. Se se adota uma concepção preventivo-especial da pena esta deverá proporcionar-se com a tendência do autor à reincidência. Isto é o que quer dizer as disposições legais que requerem adequação da pena à personalidade do autor; ou à periculosidade do mesmo, ou às peculiaridades do delinquente.

Se, pelo contrário, se adota um ponto de vista retribucionista, a proporcionalidade deverá dirigir-se à maior ou menos reprovabilidade do autor pelo fato concreto.

Em ambos os casos a importância da lesão do ordenamento jurídico (fundamentalmente a hierarquia do bem jurídico lesado) é codeterminante da gravidade do fato. Portanto, fatos que afetam bens jurídicos de pouco valor ou que importam lesões de pouca significância não poderão ser reprimidos com penas que se possam considerar desproporcionadas, qualquer que seja a tendência pessoal do autor à reincidência ou o grau de sua reprovabilidade. Resulta, portanto, de duvidosa compatibilidade com a idéia de Estado democrático de direito à reclusão por tempo indeterminado.

As penas do Direito Penal são degradantes quando por seu conteúdo ou por sua forma de execução implicam alguma forma de lesão da dignidade da pessoa. Fundamentalmente converter-se-á em degradante a pena privativa de liberdade executada em condições que impeçam a auto-reflexão e o recolhimento em um mínimo de intimidade. A superpopulação dos estabelecimentos penais, que caracteriza nosso tempo, priva, por geral, de legitimidade constitucional a pena privativa de liberdade.

6.3.3 Princípio do pluralismo político

O Direito Penal do Estado Democrático de Direito, vista a questão por outro lado, não deve ser moralizador nem utilizado para impor uma determinada ideologia. Isto quer dizer que não é suficiente a lesão de normas morais nem as inconseqüência ideológicas para justificar a punibilidade de um comportamento por parte do Estado. Requer-se, ademais, que haja um dano social, é dizer, uma repercussão danosa na esfera de interesse de outros sujeitos ou mesmo da sociedade. Isto é uma conseqüência, pelo que vimos, da hierarquia fundamental outorgada pelo pluralismo político, é dizer, ideológico.³⁰

Quando a Constituição brasileira, no seu art. 1.º inc, V, elege o pluralismo político como fundamento do Estado Democrático de

30. Bacigalupo, op. cit., p. 81.

Direito e adiante, no art. 5.º, incs. IV (onde garante a expressão de liberdade de expressão do pensamento), VI (inviolabilidade da liberdade de consciência), VIII (liberdade de convicção filosófica ou política), IX (liberdade de expressão de atividade intelectual) e X (inviolabilidade da intimidade e da vida privada) outorga-lhe uma série de positivações no plano da liberdade, faz com que fatos que não transcendam à esfera da intimidade pessoal que estão protegidos, não possam ser objeto de sanção penal.

Isso é razão suficientemente forte para banir-se a constitucionalidade dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (Título V da parte especial do Código Penal, arts. 208 a 212), de sedução (art. 217 do Código Penal), lenocínio (arts. 227 a 230 também do Código Penal), adultério (art. 240 do Código Penal), além dos tipos penais incriminadores de conduta relacionada ao uso pessoal de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica (art. 16 da Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976), dentre vários outros.

6.3.4 *Princípios construtivos do modelo social*

Em pelo menos duas passagens da Constituição Federal o legislador referiu-se aos princípios modelares de construção da sociedade. No preâmbulo esculpiu que o Estado brasileiro, democraticamente instituído, destina-se “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma *sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional com a solução pacífica das controvérsias*.”

Logo adiante, no art. 3.º, inc. I, estabelece como objetivo fundamental do Estado brasileiro a construção de uma *sociedade livre, justa e solidária*.

Essas referências básicas ditam um modelo de construção social com inúmeras repercussões no campo do Direito Penal, mormente se correlacionadas com os princípios já examinados.

A sociedade brasileira a ser construída há de ser fundamentalmente livre. O conceito aqui de liberdade, conquanto não se pretenda vê-lo suspeitamente abraçado ao de impunidade, há de revelar uma tendência ao estabelecimento de políticas criminais atenuadoras do cárcere através do incremento de modalidades alternativas e substitutivas para as penas segregacionistas e que conspiram contra a liberdade.

Não há no sentido de se proteger a liberdade a conotação de permissões irrestritas num regime de irresponsabilidade, por óbvio. Mas o fiel e integral cumprimento do modelo, por outra banda, não se faz satisfeito sem o questionamento de todas as formas de (re)valorização da liberdade individual — e as limitações de hipóteses e de tempo de encarceramento criminal inserem-se nessa orientação. O princípio leva à descaracterização do modelo penitenciário fechado e eliminação gradual dos processos de prisionização por um constante avanço de propostas e perspectivas deslegitimadoras e abolicionistas das penas de prisão.

Se por outro lado a sociedade deve ser caracterizada prioritariamente também pela *justiça* faz-se necessário recompor-se o modelo legalista para que seja garantidor apenas em sentido máximo quanto às hipóteses de intervenção estatal sobre a esfera de liberdade ou de outro bem jurídico sobre o qual recaia a intervenção estatal.

A lei é *um critério de justiça*, mas não é o *único critério de justiça*, de forma que pode e deve ser superada na interpretação judicial para garantia do sentido material de justiça, preservada a presunção absoluta garantidora do conteúdo ético mínimo que se contém em sua formulação. Vale dizer, a lei representa apenas um *máximo* que pauta a atividade judicial — substituidora da qualidade social — nada estando a impedir que seus limites possam ser rompidos em benefício do interesse de liberdade e justiça, ambos expressões da qualidade do modelo social proposto pela Constituição.

É, outrossim, critério para permissões legais intrinsecamente mais abrangentes, volatilizando, por exemplo, o sistema da pena determinada quanto ao seu grau mínimo, sugerindo-se ao legislador que adote a indeterminação relativa como parâmetro mais consentâneo às prescrições constitucionais.

Por outro lado, a presença do elemento *solidariedade* no modelo social constitucionalmente definido leva ao estabelecimento de regras de compreensão e aceitação das condutas humanas justificadoras do tratamento penal mais brando. Trata-se de sobrelevação de valor ético emanado da camada social mais diretamente atingida pelas consequências da infração penal que, ao invés de exigir a expiação, numa atitude de magnanimidade releva dimensão da ofensa contemporizando-a reduzindo o espectro de produção dos correspondentes efeitos ao patamar mínimo.

A lei serve como fator de estímulo a esses impulsos de solidariedade social, sendo relevantíssimo seu papel no que pertine às regras de operacionalização da execução penal, pois apenas através da inserção da sociedade nos limites da finalidade da pena poder-se-á obter seu efetivo alcance.

Idêntica projeção se obtém na regra da *fraternidade social* exposta no preâmbulo, revelando apenas a qualificação da espécie de solidariedade de índole cristã, sobretudo vislumbrada pela invocação da proteção de Deus para iluminar o Estado constitucionalmente definido.

O *pluralismo* social faz obrigatória a aceitação de todos *sem preconceitos*, abolindo-se os estigmas, mormente os derivados de condenações criminais e com reinserção social facilitada pelo concurso de todos esses princípios.

A previsão da *harmonia social* visa impedir o desequilíbrio porventura derivado dos processos abruptos de prisionização ou de outras técnicas, mais graves do que o necessário, de intervenção estatal com as penas criminais.

O comprometimento na ordem interna com a solução pacífica para as controvérsias reafirma o princípio da oficialidade da ação estatal repressora com a deslegitimação social interventiva, mas estando aquela pautada pelos pressupostos já firmados de *fraternidade, solidariedade, justiça e liberdade*.

PRINCÍPIOS DEFINIDORES DA ESTRUTURA DO ESTADO

7.1 Noção de estrutura do Estado — 7.2 Princípio federativo.

7.1 Noção de estrutura do Estado

Por estrutura do Estado ou forma da unidade estatal entende-se a divisão do Estado em parcelas territoriais, a situação dessas parcelas no conjunto do Estado e as suas relações com os órgãos superiores do Poder e com a administração central e os apêndices materiais do Estado como o exército, as polícias, etc.¹

À repartição de atribuições e competências e de funções entre os órgãos de soberania, administração central do Estado e outros órgãos que atuam em todo o território nacional, por um lado, e os estados federados, regiões, municípios, freguesias, que exercem as suas funções específicas exclusivamente numa parte do território do Estado, por outro lado, tem-se chamado também *repartição vertical de funções* ou *separação territorial de poder*.

O problema da estrutura do Estado ou da repartição territorial de poderes é uma questão a ser resolvida em cada país em função das suas realidades, tradições e situação histórica concreta.

1. Sá, Luis, op. cit., p. 119.

Pretendíamos estudar as relações entre as principais formas de estrutura do Estado — federação, unitarismo e descentralização — contudo frustrou-se essa expectativa no exame da matéria posto a afirmação da prevalência que deve ter sempre o princípio da unicidade da legislação penal. Inobstante isso, apresentamos nossas conclusões quanto ao princípio federativo face à realidade norte-americana e seu sistema legislativo penal.

7.2 Princípio federativo

O federalismo, forma encontrada pelas treze colônias inglesas na América do Norte tornadas Estados independentes e desejosas de adotar uma forma de poder político unificado sem sacrificar a independência, a individualidade, a liberdade e a soberania que tinham acabado de conquistar, tornou-se por excelência, com o passar do tempo, a forma de organização do Estado Democrático.

A descentralização do poder exigida pela adoção do princípio é instrumento fundamental para o exercício da democracia pela aproximação dos poderes do Estado daqueles que lhes estão sujeitos.

A Federação operacionaliza, por assim dizer, uma re-tripartição dos poderes, circunstanciando-os agora geograficamente a espaços menores com maior aptidão às rápidas soluções exigidas pelo ideal funcionamento do Estado moderno.

A separação de poderes é, por si só, um valioso princípio informador do Direito Penal. Resta agora saber se o princípio federativo atuando sobre a separação de poderes constitui também espécie de garantia constitucional em matéria penal, ou se, ao contrário, seu fracionamento não é recomendável.

Inicialmente deve-se ressaltar que à exceção dos Estados Unidos da América, todos os demais Estados federativos que tiveram suas Constituições e Códigos Penais pesquisados não admitem a existência de legislação penal local, subsistindo não apenas um Código Penal nacional, mas havendo também expressa proibição aos Estados-membros de se enfronharem nos limites da legislação penal.

Nos Estados Unidos convivem simultaneamente o *Model Penal Code*, que segundo a definição de Fragoso é “um projeto de Código Penal sem Ciência do Direito Penal”, e as legislações penais estaduais. Em 1970 foi apresentado ao Presidente da República um projeto de novo Código Penal federal, elaborado pela Comissão Nacional de Reforma das leis penais, que dirigia algumas regras para elaboração dos Códigos Penais estaduais.²

Surge pois a questão acerca da conveniência ou não da coexistência, num Estado federativo, de duas órbitas de legislação penal, uma do poder central e outra emanada pelo governo local.

No sistema americano de governo há relativa harmonia entre as legislações porque existe certa cumplicidade entre os poderes estaduais e o federal, dado o fundamento histórico embaixador do federalismo norte-americano que se formou da centralização espontânea de Estados independentes e não de descentralização consentida pelo poder central como forma de administrar melhor a totalidade do Estado. Surge também no sistema norte-americano a Suprema Corte de Justiça com reconhecida legitimidade apaziguadora dos conflitos porventura existentes entre a União e os Estados federados.

Estamos certos que em nenhum outro lugar do mundo funcionaria a contento o sistema jurídico norte-americano senão apenas entre eles mesmos pelo grau de peculiaridade que marca não apenas a legislação, mas o próprio *modus operandi* da Justiça americana.

Ademais, mesmo no plano teórico, as relações que se estabelecem entre o Direito Penal e o sistema federativo são mais superficiais do que se imagina. Tampouco poderia ser diferente. O Direito Penal, que excepciona a regra da liberdade como vimos há pouco, não deve intervir além dos estritos e necessários fatos cuja coibição é exigência da própria democracia.

Importa no Direito Penal de base democrática considerar também o princípio da intervenção mínima. Assim sendo, quer na órbita federal, quer na esfera local, os fatos a serem capitulados como delitos, justificando a aguda intervenção do Direito Penal na

2. Fragoso, *Direito penal e direitos humanos*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 89.

liberdade do homem, há de guardar relação de exata indispensabilidade, devendo mesmo, no plano ideal, existir completa coincidência entre as fórmulas.

A existência de crimes federais, previstos num Código Penal da União e de crimes estaduais, previstos em Códigos Penais dos Estados-membros levaria inexoravelmente a paradoxos de delitos que sendo puníveis numa determinada localidade não o seriam em outra, embora limítrofe. Ademais, serviria apenas para desmerecer o princípio da intervenção mínima, além de permitir num Estado com forte característica migratória, como o Brasil, se alegasse com vasta frequência o desconhecimento da lei local como circunstância dirimente (art. 21, segunda parte, do Código Penal, *e.g.*). Além de atentar ao princípio da publicidade que deve ser garantido à lei penal, pois resguarda-se-ia apenas o aspecto formal da publicidade, mas não o material.

Nada, enfim, aconselha a multiplicidade de Códigos Penais, devendo existir apenas um, geral, este sim podendo conter, a exemplo do nosso, capítulos ou tipos delituosos cuja competência para apuração pertença à Justiça Federal e outros, gerais, cuja competência seja atribuída à Justiça dos Estados-membros.

Sequer a inflação legislativa em matéria penal quando emanada de uma única fonte é recomendável, quanto mais a possibilidade de se inflá-la ainda mais com a inteferência do Poder Legislativo do Estado-membro deve ser tolerada.

Se por um lado verifica-se, no Brasil, a tendência, ou pelo menos movimentos reivindicatórios, de retorno ao sistema de Códigos de Processo Estaduais deve ficar patente que tal medida jamais deverá ter aplicação no que se refere à legislação penal.³

3. Na Constituição Federal de 1891 consagrou-se, a par da dualidade de Justiça — Justiça Federal e Justiças Estaduais — a dualidade de processos, com a divisão do poder de legislar sobre Direito Processual entre União Federal e os Estados. Apenas com a Constituição de 1934 concentrou-se novamente na União a competência para legislar em matéria de processo, mantendo-se a regra nas Constituições posteriores.

PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO REGIME POLÍTICO

8.1 Noção de regime político — 8.2 Princípios democráticos; 8.2.1 O papel dos poderes no estado democrático; 8.2.2 Princípio da maioria; 8.2.3 Princípio da liberdade; 8.2.4 Princípio da igualdade; 8.2.5 Princípio da publicidade; 8.2.6 Princípios atinentes ao processo legislativo.

8.1 Noção de regime político

Outro conceito importante para o estudo das formas de Estado é o de regime político, pelo qual se designa o conjunto de métodos como o poder de Estado é exercido, a forma de dominação do Estado, a maneira como manifesta a sua força.

Muitas vezes utiliza-se, sobretudo na linguagem corrente, a expressão regime político para designar não apenas os métodos de dominação estatal mas também a forma de Estado no seu conjunto, abrangendo portanto neste conceito as formas de governo (métodos de designação dos órgãos superiores do Estado, repartição de poderes entre eles, estrutura do Estado, ou forma de unidade estatal), e as formas de dominação política.¹

É possível combinar, no estudo de uma forma de Estado, a referência ao regime estatal com a referência às formas de governo

1. Duverger, Maurice, *Instituciones politicas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1962, p. 233.

e à estrutura do Estado. Referem-se assim, por exemplo, repúblicas democráticas, parlamentares e federadas, ou repúblicas autoritárias, presidencialistas e unitárias; monarquias democráticas ou autoritárias em Estados federados ou unitários: múltiplas combinações destes conceitos são possíveis, de modo a obter-se a aproximação a uma realidade estatal concreta.²

Classicamente distinguem-se dois grandes grupos de regimes políticos, existindo como sempre múltiplas situações intermediárias: os regimes e métodos de dominação liberais e os regimes autoritários.³

Como já havíamos fixado em nossa premissa, apenas sob o fundamento democrático nos dispomos a estudar as relações entre a Constituição e o Direito Penal, cingir-nos-emos, pois, à análise do método democrático.

8.2 Princípios democráticos

Não haveria razão em se estudar os *princípios constitucionais do Direito Penal* senão sob a ótica de uma Constituição que servisse a um Estado de Direito ou com vistas a elevação do Estado a essa condição. O que importa é buscar no texto, nos princípios e nas garantias constitucionais a base sobre a qual se erigirá uma moderna concepção de Direito Penal, livre do arbítrio e da tirania do passado e da excessiva liberalização de suas formas como se tem visto em diversos ordenamentos.

O Direito Penal é, por excelência, a ciência humana destinada a proteger os valores e os bens fundamentais do homem. A sua tutela envolve também a comunidade e o Estado como expressões coletivas da pessoa humana, em torno de quem gravitam os interesses de complexa e envolvente ordem. Em todos os trechos do funcionamento do Direito o homem deve ser a medida primeira e última das coisas, razão pela qual se proclama que, na categoria dos direitos humanos, o Direito Penal é o mais relevante, o de maior transcendência.⁴

2. Sá, Luis, op. cit., p. 148.

3. Id. *ibid.*

4. Dotti, René Ariel, op. cit., p. 332.

Os valores humanos que se engajam no Direito Penal são tão mais reconhecidos pela Constituição quanto maior for a base democrática do Estado, mais sólidos os alicerces nos quais se fundam as pilastras organizatórias do *Estado de Direito material* que visa, em último termo, a realização da justiça na vida comunitária de seus membros.⁵

O Direito Penal, permeável que é às influências políticas que o conformam, não se isola num puro tecnicismo acadêmico como ciência dogmática que abstrai o meio em que é produzida e o meio para o qual é dirigida. Aliás, não apenas o Direito Penal enfrenta essa dificuldade por carecer de um determinado isolamento que lhe confira isenção no momento de ser aplicado e respeitável poder de coerção como ameaça abstrata que deflui de sua finalidade preventiva.

O Direito Penal será reputado instrumento de um Estado mais ou menos democrático na exata medida em que buscar aliança com o sentimento e a aspiração social que inspire nele a necessária confiança da sociedade quanto à sua imparcialidade e certeza de sua intervenção justa. Isto representa, em sentido mais específico, que a lei penal desfruta, em termos de publicidade, de dupla conotação. Pela primeira, fixa a representação de que ela não faz distinções, ao estabelecer tipicamente os delitos e as penas, entre os possíveis destinatários das normas e que essa mesma distinção não se manifesta no aspecto concreto da intervenção da lei penal. Há, assim, imparcialidade abstrata e efetiva do Direito Penal. Pela segunda conotação, representa-se a noção de que, exatamente por existirem os pressupostos fixados pela premissa anterior, todos estão sujeitos à incidência da lei.

Mais ainda, um Direito Penal assim construído, isonômico no seu destino, há de o ser também quanto ao aspecto efetivo de sua intervenção constritoria, não intervindo além do indispensável para salvaguarda de interesses juridicamente tutelados na proporção de respeito merecedor desse interesse segundo as regras gerais estabelecidas no sistema legal.

5. Figueiredo Dias, Jorge, "Direito penal e estado de direito material", In *Revista de Direito Penal*, v. 31, p. 40.

Obter-se num Estado as condições almejadas pela ideação anterior pressupõe a existência de pelo menos duas condições sem as quais inviável qualquer esforço tendente à compreensão do esquema proposto.

8.2.1 O papel dos poderes no estado democrático

Exige-se, antes de mais nada, por parte do Poder Legislativo invencível vocação representativa dos interesses sociais totais. Aqui procura-se não o atendimento dos interesses corporativos ou o sucumbimento aos grupos de pressão, sobretudo quando se trata de elaboração de lei penal, mas o respeito às aspirações que emanam da sociedade globalmente considerada dentro da qual as pretensões corporativas e dos grupos de pressão constituem mera fatia, por vezes de impossível destacamento.

Assim, *e.g.*, quando da elaboração de uma lei de falências (que certamente deverá conter um capítulo tratando dos chamados crimes falimentares) deve o legislador atentar que a lei visa proteger o comércio e não o comerciante. No conceito de comércio cabe a figura do consumidor que deve ter atendido seu direito de participar de relações comerciais desenvolvidas com segurança e dignidade. Assim são passíveis de censura dentro do espírito equânime que regula o funcionamento do Direito os odiosos privilégios conferidos ao mau comerciante e contradições, por exemplo, na Lei de Falências que entre nós tem plena vigência.⁶

Além de um Poder Legislativo sempre atento a essas circunstâncias, cabe destacar o indispensável papel do Poder Judiciário na tutela, sob obediência dos mesmos princípios, daqueles interesses e direitos. Cabe ao Judiciário a efetivação da justiça que se contém na norma ou a correção da norma para efetivação da justiça.

6. V. Lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945, em especial o Título XI que trata dos crimes falimentares (art.186, usque 199). Não bastassem as penas cominadas, quase todas inferiores a de crimes contra o patrimônio cometidos sem violência à pessoa, há ainda o odioso sistema prescricional que se constitui em sério óbice pragmático à efetivação da justiça.

Não em outro sentido a lição de Oehler⁷ que analisando o papel do Poder Judiciário à luz da Constituição da República Federal da Alemanha aduz que “según el art. 97 de la Constitución, los jueces son independientes y sujetos unicamente a la ley. El Poder Judicial, sin embargo, está sometido a la ley y al derecho por el art. 20, III, de la misma ley fundamental. En consecuencia, el juez no debe someterse a la ley como un esclavo sin voluntad propia, en el sentido del positivismo, la ley es la ley, sino que debe examinarla en cuanto a su validez, basándose en los principios jurídicos irrenunciables, interpretándolos en el sentido de un orden justo. Por consiguiente, junto a la ley se encuentra el derecho del juez. Este tiene la facultad (atribución) de realizar también um perfeccionamiento el derecho”.

Ressalva em seu texto que tais poderes de aprimorar a lei, em matéria penal, esbarram na limitação do *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Não se pode esquecer que mesmo o Direito Penal pode ser criado pela jurisprudência, não só em razão de autorização legal, da imprevisão e da ilogicidade do legislador, tendendo à busca da exata proporção capaz de superar o conflito entre a forma e a realidade, entre a razão da autoridade e autoridade da razão. É necessária a criação judicial do Direito porque as leis que o juiz diariamente aplica contêm, inevitavelmente, o mínimo de injustiça, feitas que foram para a generalidade, não se ajustando, por inteiro, ao particular que o legislador sabe e desconta, ao redigi-la.⁸

Ao ser aplicada pelo magistrado no caso concreto, a lei é como reelaborada sob a égide dos fins sociais a que ela se destina e pelas exigências do bem comum. O ato de julgar não se reduz a uma atitude passiva diante dos textos legais, mas implica notável margem de poder criador.

O que se espera de uma sentença penal é que se atenha em determinados casos a estrita legalidade quando tiver de impor pena

7. Oehler, Dietrich, “La función del poder judicial el Estado Democrático”, in *Problemas actuales de las ciencias penales y la Filosofía del Derecho*, p. 44.

8. Andreucci, Ricardo Antunes, *Direito penal e criação judicial*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, pp. 62-63.

e que interprete o Direito Penal que se contém na lei, ainda que se tenha de tangir a legalidade, quando isso se mostrar mais justo em face do ideal democrático da lei e do Direito.

O que concluímos não é a relativização do princípio da reserva legal, mas sua flexibilização, sem contudo se admitir por um só instante que tolere tal flexibilização estendendo-a aos limites de uma interpretação mais rigorosa contra o indivíduo acusado.

Firmada a indispensabilidade dos Poderes Legislativo e Judiciário para sustentação de um Direito Penal firmado naquelas bases de respeito à pessoa humana, a qual tantos autores exaltam o conteúdo democrático, resta-nos, à luz do que se entende por *democracia* em matéria penal, concluir a afirmação de que apenas ao Estado Democrático de Direito interessa a fixação de princípios constitucionais básicos de Direito Penal.

Escreveu um dia Thomas Mann que quando duas pessoas dizem a palavra democracia, é logo, à partida, altamente provável que elas pensem coisas muito diferentes. Exatamente para não incorrer no subjetivismo que sempre contamina a definição de democracia, freqüentemente ultrajada com as mais impróprias adjetivações, limitar-nos-emos a noção de democracia enquanto processo de preservação e exigibilidade dos direitos fundamentais.

Democracia é um conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do envolver social, mantido sempre o princípios básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.⁹

A doutrina clássica afirma que a democracia repousa sobre três princípios básicos: *o princípio da maioria, o princípio da igualdade e o princípio da liberdade.*

9. Silva, José Afonso, *Curso*, op. cit., p. 111

Qualquer que seja a forma de exercício da democracia, seja direta, participativa ou representativa, não se intui seu conceito abstraindo-se a noção de respeito aos valores e interesses populares. Em Direito Penal importa a democracia enquanto processo de garantia dos direitos individuais fundamentais do homem. Importa a identificação daqueles três princípios básicos na forma e no desenvolvimento do sistema penal.

8.2.2 *Princípio da maioria*

Argumentam muitos com a falência do *princípio da maioria* aduzindo que maioria não é princípio, é simples técnica de que se serve a democracia para tomar decisões governamentais no interesse geral, não no interesse da maioria que é contingente. O interesse geral é que é permanente em conformidade com o momento histórico.¹⁰

Embora não faleça razão à crítica, pelo menos em um sentido deve-se entender o *princípio da maioria* como um dos que sustentam o ideal democrático. Esse sentido também não é aquele buscado por Canotilho ao afirmar que o princípio democrático não significa unanimismo decidente nem decisões por unanimidade; a inversa também não é necessariamente verdadeira. A relevância do princípio majoritário traduz-se no seguinte: a formação de uma vontade política deve ter método para chegar à decisão e, sob pena de imobilismo, a tomada de decisões não pode ficar bloqueada pela exigência de unanimidade. Isto não significa que a vontade da maioria seja como tal e por si materialmente mais justa; conta, todavia, a seu favor, com maior número de sufrágios e com possibilidade de as suas decisões serem aceites. Observa-se, porem, que a *legitimidade quantitativa* se converte em *princípio de unidade*, quando resulta de *compromisso* sobre questões fundamentais ... Além disso o princípio majoritário pressupõe a publicidade crítica e a possibilidade de diversas e alternantes relações com a maioria, assim como o princípio da proteção das minorias.¹¹

10. Silva, José Afonso da, *Curso*, op. cit., p. 115.

11. *Direito constitucional*, op. cit., p. 356.

A crítica também formulada no sentido de que a regra da maioria é um elemento reacionário no conceito de democracia mormente após a estruturação da democracia representativa, na qual o conceito de maioria ficaria diluído para abarcar apenas o conjunto de forças dominantes com exclusão da significativa *maioria popular* não deixa de ter igualmente a sua procedência. Isso, ao contrário, não invalida a importância do *princípio da maioria* no que se refere às suas influências no Direito Penal.

Todas as críticas apontadas contêm em seu bojo valor representativo de inteligente argumentação. Mas de todas sobressai a nítida impressão de que a essência da discórdia não residiria propriamente no *princípio da maioria*, mas na forma de do exercício do *direito da maioria*. O sentido no qual se busca a compreensão do *princípio* está, paradoxalmente, nos limites que devem ser impostos a ele. A alternância no poder e o princípio do respeito às minorias não são o bastante para o regulamento do jogo democrático, onde nem tudo se resolve numericamente ou à forma do *plebiscito* ou do *referendum*.

Se por um lado é inquestionável que a operacionalidade do sistema proposto pelo Estado depende muitas vezes do sacrifício de determinados interesses (que sempre deverão ser os minoritários, segundo o princípio em questão), não é menos certo que nem todos os problemas podem ser solucionados com aplicação cartesiana dessa regra como se fosse a única chave para o desvendamento dos insondáveis mistérios que cercam o exercício do poder e regulam a vida em sociedade. A dinâmica que rege as relações sociais e políticas na atualidade não pode se acostumar ao gosto fácil do *princípio da maioria*, como se bastassem contar os dedos ericados verticalmente para resolução dos dilemas modernos. Na verdade, o *princípio da maioria* tem a ver com o processo decisório que se deflagra nos mais diversos níveis da vida socio-política.

No que diz respeito às modalidades de decisão, a regra fundamental da democracia é a regra da maioria, ou seja, a regra à base da qual são consideradas decisões coletivas — e, portanto, vinculatórias para todo o grupo — as decisões aprovadas ao menos pela maioria daqueles a quem compete tomar a decisão. Se é válida uma decisão adotada por maioria, com maior razão ainda é válida a decisão

adotada por unanimidade. Mas a unanimidade é possível apenas num grupo restrito ou homogêneo, e pode ser exigida em dois casos extremos e contrapostos: ou no caso de decisões muito graves em que cada um dos participantes tem direito de veto, ou no caso de decisões de escassa importância em que se declara consciente quem não se opõe expressamente (é o caso do consentimento tácito).¹²

A explanação de Bobbio deixa entrever que há decisões que, em virtude de sua extrema importância, apenas podem ser tomadas à unanimidade. No contexto apresentado admite-se a unanimidade na esfera representativa da sociedade em tal forma de democracia. O que desejamos intuir é que o mandato conferido aos representantes contém limites irretratáveis e impossíveis de serem tangidos pela atuação dos mandatários. Há valores humanos historicamente consagrados e respeitados pela democracia que uma episódica e circunstancial *maioria* não tem o condão de revogar ainda que temporária ou excepcionalmente. Como algumas decisões apenas podem ser tomadas por unanimidade, em função de sua relevância, e não sendo possível fazê-lo numa sociedade com dezenas de milhões de potenciais *direitos de veto*, abdica-se de toda proposição que requisita, para aprovação, a unanimidade da base social.

Resta saber quais seriam essas proposições proscritas de decisão pela maioria. Fixamos nossa noção de democracia como o processo apto à preservação e exigibilidade dos direitos fundamentais. Assim, toda proposição que tivesse por mira extinguir, suspender, excepcionar, ou tornar inexigível direito fundamental que ainda não tenha sido objeto de prévia, justa e indispensável limitação por outros princípios que defluem do sistema democrático-constitucional, estaria excluída do rol das possibilidades jurídicas, apenas sendo alcançável pela via revolucionária que instituisse no Estado uma ordem tirânica.

Fala-se com vigorosa energia, laica e indisfarçável ignorância dos pressupostos da democracia, que a pena de morte poderia ser instituída entre nós sem que isso afrontasse ao princípio democrático ressalvado na Constituição Federal. Os mais afoitos, no afã de buscar a impossível legitimidade, aduzem que a pena de morte não

12. Bobbio, Norberto, *O futuro da democracia*, São Paulo, Paz e Terra, 1989, pp. 19-20.

seria obtida unicamente através de uma emenda constitucional, mas contaria com um *referendum*, ou mesmo um anterior *plebiscito popular*, como se a maioria obtida numa ou noutra situação pudesse transformar um instrumento tipicamente autoritário num instituto eminentemente democrático.

O acesso a estas zonas proibidas está cerrado a todos os detentores do poder, ao governo, ao parlamento, e dado que os direitos fundamentais são inalienáveis, também ao eleitorado.¹³

O *princípio da maioria* é excepcionado por cláusulas pétreas cuja fonte remota é o próprio Direito natural e o sacrifício de tantos idealistas que sofreram em permanentes lutas pelo reconhecimento da dignidade humana. Assim, em tema de Direito Penal, ficariam definitivamente banidas do sistema que se funda numa ordem democrática as penas de morte, cruéis, infamantes, perpétuas e a tortura dentre outras.

8.2.3 Princípio da liberdade

Um outro princípio clássico da democracia é o da liberdade.¹⁴ Entre todos os limites impostos ao poder do Estado considera-se que o mais eficaz é o reconhecimento jurídico de determinado âmbito de autodeterminação individual, dentro do qual o Estado não pode penetrar. Estas esferas privadas coincidem com o que se tem chamado, já há alguns séculos, pelo nome de *direitos do homem* ou *liberdades fundamentais*. Ainda que submetidas a variações interpretativas em decorrência dos diferentes ambientes onde estão em vigor, estas *liberdades*, ou então estas *garantias fundamentais* são o núcleo inviolável do sistema político da democracia constitucional.¹⁵

Claro que o sentido histórico de cada uma das formas tradicionais de expressão dessas liberdades sofreu mutação pelo desenvolvimento das ciências humanas, da tecnologia e de tantos outros

13. Loewenstein, Karl, op. cit., p. 390.

14. Veja-se o tratamento conferido aos princípios definidores da forma de Estado.

15. Loewenstein, Karl, op. cit., p. 390.

fatores que hoje se aliam à dinâmica moderna. Entretanto, jamais se pretendeu justificar o sacrifício puro e simples da regra de salvaguarda das liberdades em nome dessa evolução ou das necessidades mais prementes. Ao contrário, desde o início buscou-se a prefixação de circunstâncias para excepcionalização da regra.

De todas as possíveis extensões aplicáveis à idéia de liberdade, cabe considerar, em primeiro lugar, aquela que representa o que se pode chamar de *liberdade matriz* ou de *liberdade padrão* e que corresponde à noção de liberdade de ação em geral. Esta é a liberdade que vem unanimemente consagrada nas modernas Constituições e que se manifesta pela adoção do princípio da legalidade geral, que expressa que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

O que se extrai de conclusão, e o que importa ao Direito Penal no que se refere ao *princípio da liberdade* como outra externalização do regime democrático, é a afirmação de que o *princípio da legalidade*, base de todo o sistema penal democrático, decorre de ser a *liberdade* um valor fundamental da democracia.

8.2.4 Princípio da igualdade

Por fim, o último princípio a que aludimos e que também constituiria pilastra da democracia é o da *igualdade*, que não tem merecido tantos discursos quanto o da *liberdade*, embora nele também habite outro dos valores fundamentais da democracia.

O *princípio da igualdade* tem sido proposto pelas constituições apenas em seu sentido formal, que poderia ser reproduzido pela expressão “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Há o risco da *igualdade perante a lei* apenas confirmar a *desigualdade perante a vida*, em vista disso os textos mais recentes tem procurado complementar o *princípio da igualdade* adicionando-lhe formas concretas de efetivação, materializando-o, pois.¹⁶

O princípio da igualdade reflete-se no Direito Penal em três momentos distintos, um deles na fase cognitiva, outro na fase

16. E.g., Constituição brasileira de 1988, art. 7.º, incs. XXX e XXXI; Constituição portuguesa de 1976, art. 9.º, d, art. 74, 1.º e 2.º, art. 76, 1.º.

aplicatória e um terceiro quando do momento da execução da sanção penal.

No primeiro momento a isonomia formal, *igualdade perante a lei*, implicaria no juízo de tipicidade de condutas idênticas que preenchessem a descrição legal do fato, estando sujeitos à mesma sanção abstrata todos os autores de ação idêntica.

Esta igualdade pode ser interna ou externa ao fato. Será interna quando forem dois ou mais os agentes do crime, estando todos eles sujeitos, abstratamente, à mesma pena cominada ao delito. Será externa quando se tratar de fatos múltiplos, mas de igual natureza e, portanto, sujeitos também abstratamente às mesmas penas cominadas. Duas pessoas que concorram para a morte de uma terceira estarão sujeitas às mesmas penas cominadas para o crime de homicídio (art. 29, primeira parte, do Código Penal). Na segunda hipótese, dois crimes de homicídio estarão sujeitos, abstratamente, à mesma pena cominada ao delito (reclusão de 6 a 20 anos, art. 121, do Código Penal).

Vale dizer em síntese que, na fase cognitiva, seja para identificação da conduta (para a qual também terá vigência a regra da igualdade), seja para estabelecimento primário da sanção penal valerá uma regra típica que deve ser geral, impessoal, igualitária. É a manifestação da *isonomia formal*, de mera *igualdade perante a lei*.

Na fase subsequente, a de aplicação da lei penal, atividade de individualização judicial da pena, cabe ao magistrado suplantando os limites da *isonomia formal* e adequá-la, posto que prefixada dentro de margens mínima e máxima, à conduta individualmente considerada, atingindo assim grau de individualização da reprimenda que corresponda à real culpabilidade do agente (art. 29, segunda parte do Código Penal), recuperando assim o valor de *igualdade real* entre os acusados.

O mesmo se dá no terceiro instante, aquele relativo à fase de execução da pena quando novo momento individualizador tem oportunidade. Penas igualmente impostas podem ser desigualmente cumpridas como nova forma de garantia da *isonomia material* entre os sentenciados, conforme venham, de acordo com o *mérito*, demonstrar melhor receptividade às finalidades da pena.

8.2.5 *Princípio da publicidade*

A *democracia através da publicidade* converteu-se em jargão político-constitucional. Muitas considerações feitas a propósito da democratização e da participação pressupunham já a agudeza de um problema fundamental da democracia: maior *transparência* do Estado e da sociedade, exigência de uma permanente legitimação democrática mediante um processo ativo de *trocas* entre os órgãos do Estado e os cidadãos.¹⁷

Embora a doutrina clássica não classifique o princípio da publicidade como um dos fundamentos da democracia, alinhamo-lo como tal pela sua relevância no estudo da base democrática contida no Direito Penal.

A publicidade é requisito constitucional para vigência da lei. A lei penal, todavia, não se contenta com a mera publicidade formal, consiste na publicação de seu texto pelo Diário Oficial para que se considere em vigência. Tampouco, num sistema democrático se admite a redução do princípio da publicidade, do qual o conhecimento da lei é corolário, a fórmula que afirma ser “inescusável a ignorância da lei”. As normas que interferem na liberdade humana não se podem presumir conhecidas, mas o devem ser efetivamente. Não basta, pois, garantir formalmente a publicidade da lei, mas atribuir-lhe largo espectro de conhecimento e domínio público. E como se obtém tal resultado? Conjugando-se múltiplas fórmulas e princípios elementares atinentes ao processo legislativo, ao Direito Penal e à Teoria Geral do Direito.

Em primeiro lugar, garante-se a publicidade real ou material da lei penal através da popularização do acesso às fontes legislativas. Isso implica, dentre outros, pelo menos os seguintes mecanismos: redação clara do texto legal de forma a poder ser compreendida por qualquer cidadão e não apenas pelos técnicos; utilização da multi-mídia para veiculação das leis penais; utilização de período adequado para fixação da *vacatio legis*.

17. Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, op. cit., p. 378.

Como mecanismos próprios do Direito Penal para alcance da publicidade material deve-se considerar pelo menos a observância do princípio da intervenção mínima, da unicidade de fonte produtora da lei penal; do princípio da concentração das leis penais, também conhecido por princípio da codificação; excepcionalização da regra impeditiva da irrelevância penal do desconhecimento da lei em circunstâncias especiais.

8.2.6 *Princípios atinentes ao processo legislativo*

Ao longo deste capítulo temos feito referência a vários princípios relativos à formulação da lei penal que devem ser sistematicamente considerados nesta oportunidade.

Há princípios de Direito Penal cuja projeção se dá diretamente no conteúdo da norma, são os chamados princípios expressos. Por outro lado há outros princípios que estatuem normas para produção de normas penais, que eventualmente também podem ser expressos. E por último há os princípios típicos da forma de produção das normas penais, são os princípios específicos do processo legislativo em matéria penal.

O processo de elaboração da lei penal, pela própria natureza da norma resultante da atividade legislativa, deve estar sujeito, além das especificações constitucionais gerais, a outros requisitos de ordem especial com função precípua de garantir a essência do princípio da legalidade, a publicidade material da lei e a legitimidade de sua produção.

Para garantia do princípio da legalidade é mister que a definição de crimes e a cominação de penas provenham exclusivamente de lei, jamais de ato *com força de lei*. Assim torna-se claro que, em tese, apenas as leis complementares à Constituição, as leis ordinárias e as leis delegadas poderiam servir como fonte do Direito Penal.

Como não há o menor sentido em a Constituição adotar em seu texto a descrição de condutas típicas e de penas extrai-se, via de conclusão, a inoperância da emenda complementar para tal finalidade.

Entre nós, a lei complementar tem incidência típica unicamente aos casos previstos pela própria Constituição, diferenciando da lei ordinária apenas no que tange ao *quorum* para sua aprovação. Em nenhuma das hipóteses relacionadas pela Constituição há previsão de lei complementar em matéria penal, o que em absoluto quer dizer que no tratamento específico de determinada matéria sujeita à regulamentação por tal modalidade legislativa possa constar a previsão incidental de crime e pena. Nenhuma afronta ao sistema resultaria disso, até mesmo porque dispõe a lei complementar de mecanismo que deveria ser estendido a todas as leis penais, o do *quorum* qualificado para sua aprovação. Insistimos apenas na idéia de que embora possível pelos motivos já afirmados, nada recomendável seria tal procedimento tendo em conta que essas “caudas” penais contidas em diversas leis tem por vezes impedido o domínio público das normas penais.

Esta aliás, uma segunda exigência que se faz ao processo de elaboração da lei penal. Desde a Constituição do Império exige-se a organização de um Código Criminal “fundado nas sólidas bases da justiça e equidade”. (art. 179, n.º 18). A sistematização das leis penais em um único corpo serve para evitar o conflito de leis, por ser muito mais razoável alterar-se uma única legislação do que trazer seguidas edições de textos legais que vão, aos poucos, revogando parcialmente o Código Penal. Serve também, como já exposto, de melhor solução à inflação penal legislativa que se verifica modernamente, garantindo ademais melhor publicidade e conhecimento da lei.

A iniciativa da lei penal é concorrente, podendo tanto o Presidente da República quanto qualquer congressista apresentar projeto de lei nesse sentido. O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa. (art. 64, § 1.º). Conquanto não mais resulte a aprovação por decurso de prazo em tais hipóteses, como ocorria no sistema da Constituição anterior (art. 51, § 3.º), ainda hoje tal pedido de urgência acarreta sério comprometimento das discussões. (art. 64, § 2.º).

A fim de se evitar o cerceamento de discussão dos projetos de codificação, estes não estão sujeitos ao regime de urgência referido. (art. 64, § 4.º)

Tal regra deveria ser estendida a todos os projetos de conteúdo penal, porque na verdade deveria a matéria sob exame integrar o Código Penal e seu processo de reforma não é compatível com a tramitação sob regime de urgência. Entre nós a tese jamais foi levantada anteriormente.

O único texto constitucional em vigor que revela o acatamento expresso por alguns dos princípios atinentes ao processo legislativo aqui exposto é o da Espanha, aprovado em 31.10.78, ratificado pelo povo espanhol em *referendum* de 6.12.78 e sancionado por Sua Majestade o Rei ante as Cortes em 27.12.78.

De interesse particularíssimo são os arts. 53, inc. 1 e 81 da Constituição espanhola, nos quais é, à unanimidade, reclamada a reserva de lei orgânica em matéria penal. Sendo a lei orgânica um tipo particular de ato legislativo, para cuja aprovação é necessária a maioria absoluta do Congresso, é imprescindível uma votação final do projeto em seu conjunto (art. 81, inc. 2). É clara a pretensão constitucional de disciplinar com lei orgânica a matéria pertinente aos direitos fundamentais (e, por esse meio, a matéria penal), a revelar a preocupação substancialmente garantidora da estabilidade político-jurídica a propósito das possíveis transformações que se possam verificar ante as forças políticas de legislatura e também a aspiração, quanto à prolongação no tempo, de referência a tais matérias, do vasto consenso que se verificou no omento da Constituição de 1978.

PRINCÍPIOS CARACTERIZADORES DA FORMA DE GOVERNO

9.1 Noção de forma de governo — 9.2 Monarquia, república e direito penal — 9.3 Princípio da separação de poderes.

9.1 Noção de forma de governo

O estudo das formas de governo procura responder basicamente a duas ordens de questões: como são designados os órgãos superiores do Estado;¹ que órgãos superiores de Poder existem, como se relacionam entre si, qual é a repartição das tarefas do exercício do poder entre esses órgãos.

Canotilho² aponta como expressões princípios os atinentes à organização política geral do Estado (separação e interdependência de poderes, princípios eleitorais etc.).

Muito embora diversos autores classifiquem os sistemas monárquicos e republicanos sob a rubrica regime político, para nós (e para nosso legislador constituinte também, *ex vi* do art. 2.º, *caput* do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) tais aspectos do Estado

1. Aponta Luis Sá (op. cit., p. 100) que quanto ao primeiro aspecto, o dos métodos de designação dos órgãos do poder, é usual distinguir a eleição, a sucessão, a nomeação e a cooptação.

2. *Direito constitucional*, op. cit., pp. 121-122.

amoldam-se com maior perfeição à noção de forma de governo, razão pela qual o estudamos neste capítulo.

9.2 Monarquia, república e direito penal

A distinção usual entre monarquia e república assenta exclusivamente no critério dos métodos de designação de um dos órgãos do Estado, que historicamente era um órgão de topo mas que por vezes perdeu completamente ou quase os seus poderes.

Tradicionalmente, com efeito, a distinção era feita e, função da transmissão hereditária do Poder (monarquia); a república era definida por exclusão de partes. É esta ainda hoje a idéia corrente. Mas há autores que definem monarquia e república não só em função da hereditariedade ou eleição do órgão supremo; a república seria não só uma não-monarquia, mas caracterizar-se-ia também por ser uma forma de governo não pessoal.

Duverger³ define monarquia da forma clássica: a monarquia é um regime político no qual a autoridade suprema pertence a um indivíduo (rei, rainha, imperador, imperatriz) que ascende ao Poder por direito do nascimento. Logo diz, porém, que as monarquias constituem sobrevivências históricas. Ainda se encontra reis e rainhas em alguns países desenvolvidos, mas não são mais do que símbolos sem poderes, espécies de museus vivos. As verdadeiras monarquias, em que o rei exerce realmente a autoridade suprema, já não existem senão em alguns países semidesenvolvidos ou subdesenvolvidos.

Naturalmente que a república é uma forma de governo mais democrática e avançada. A burguesia na sua época revolucionária teve, em geral, uma orientação republicana. Em muitos países em que sobreviveu a monarquia, ou em que ela foi restaurada, tal ficou a dever-se, porém, a compromissos entre a aristocracia feudal e a burguesia em ascensão, em geral para enfrentarem em comum a entrada da classe operária na cena histórica.

A evolução da correlação de forças a favor da burguesia fez com que, mesmo quando se manteve formalmente a figura do rei

3. *Os grandes sistemas políticos*, Coimbra, Almedina, 1985, p. 333.

ou da rainha, ela fosse em geral esvaziada de funções. Hoje em dia, com exceções como a Arábia Saudita, as monarquias caracterizam-se por serem os poderes do monarcas mais ou menos limitados ou praticamente insignificantes.

Ao mesmo tempo, surgiram situações de poder pessoal quase ilimitado em Estados capitalistas, que levaram, como se referiu, embora se trata quase de um jogo de palavras, ao aparecimento das *monarquias republicanas* de que fala Duverger como forma contemporânea que apresenta a república nos países mais avançados economicamente e com mais tradições democráticas.

Se no passado a luta republica representou um aprofundamento da discussão no campo democrático, hoje, no limiar do terceiro milênio, a questão, salvo rincões isolados do planeta, tem um sabor quase meramente histórico, não se localizando referência importante para traçar diferenças entre o Direito Penal desenvolvido sob a forma republicana ou a monárquica.

Não se pode mais supor-se que um sistema penal de conteúdo democrático é mais facilmente desenvolvido num Estado republicano do que num monárquico.

Toda a relevância quanto à forma de governo e o Direito Penal externa-se hoje em função do sistema de separação de poderes adotado pelo Estado.

9.3 Princípio da separação de poderes

O princípio da separação de poderes é instituto dos mais remotos no Direito Constitucional. Muito antes que Montesquieu, com seu célebre “Do Espírito das Leis”, de 1748, propusesse-o nos contornos hoje conhecidos, Aristóteles o sugerira, assim como John Locke e Rousseau. Teve presença assídua nas Constituições das ex-colônias inglesas da América tornando-se definitivamente expresso na Constituição dos Estados Unidos, de 17 de setembro de 1787.

A Revolução Francesa elevou-o ao ápice de modo a fazer constar do texto da Declaração Dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, em seu art. 16 que a “sociedade

em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição". No vigor dessa expressão quer-se compreender que a separação de poderes constitui técnica de extrema relevância para a garantia dos direitos humanos.

A relevância da separação de poderes para o reconhecimento dos direitos individuais decorre da proposta formulada por Montesquieu ao constatar que são três os poderes do Estado definir o espectro de atuação de cada um deles. Ao Legislativo cabe "fazer as leis para algum tempo ou para sempre, e corrigir os ab-rogar as que são feitas". Ao Judiciário incumbiria "punir os crimes ou julgar as demandas dos particulares". Por último, ao Executivo seria pertinente "o restante do poder, exercer as demais funções do Estado; exercer a administração geral do Estado, constituindo-se por isso no executor das leis em geral".⁴

Discriminados assim os poderes nessa linha teórica de separação, segundo os fins a que se propõem, entra o publicista francês a conceituar a liberdade política, definindo-a como aquela tranqüilidade de espírito, decorrente do juízo de segurança que cada qual faça acerca de seu estado no plano da convivência social.

A liberdade estará sempre presente, segundo o notável filósofo, toda vez que haja um governo em face do qual os cidadãos não abriguem nenhum temor recíproco. A liberdade política exprimirá sempre o sentimento de segurança, de garantia e de certeza de que o ordenamento jurídico proporcione às relações de indivíduo para indivíduo, sob a égide da autoridade governativa.

Explica ainda que quando uma única pessoa, singular ou coletiva, detém o Poder Legislativo e o Poder Executivo, já deixou de haver liberdade, porquanto persiste o temor da elaboração de leis tirânicas, sujeitas a uma não menos tirânica aplicação. Se se trata do Poder Judiciário duas consequências derivam da nociva conjugação dos poderes numa só pessoa ou órgão. Ambas as consequências importam na destruição da liberdade política. O Poder Judiciário mais o Poder Legislativo representam na somatória

4. Montesquieu, *O Espírito da Leis*, introdução de Pedro Vieira Mota, São Paulo, Saraiva, 1987, p. 24.

o arbítrio, porque se faz do juiz legislador, emprestando-lhe poder arbitrário sobre a vida e a liberdade dos cidadãos.

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. O juiz deve limitar-se a ler a lei e aplicar-lhe fielmente o texto. A divisão dos poderes é garantia da liberdade individual.

A natureza política do princípio da legalidade é evidente, como pedra angular do pensamento liberal, que protege o cidadão perante o Estado, principalmente frente ao poder arbítrio dos juizes.

A lei deve ser prévia, clara, precisa, geral e abstrata, à qual se submete o juiz, o Estado e todos os cidadãos. Os juizes da Nação, diz Montesquieu, não mais são que “as bocas que pronunciam as palavras da lei”. E a liberdade política decorre da segurança a que cada qual tem de não temer o Estado e os demais cidadãos, o que consegue separando o poder de legislar do poder de julgar e da administração.⁵

Todo o prestígio que o princípio da separação de poderes auferiu na doutrina constitucional do liberalismo decorre da crença no seu emprego como garantia das liberdades individuais. Inaugura-se no moderno Estado de Direito como técnica predileta dos convergentes esforços de limitação do poder absoluto e onipotente de um executivo pessoal, que resumia até então a forma básica de Estado. Os edificadores do Estado constitucional aderem mais à doutrina do liberalismo — acentuando o princípio da liberdade individual — do que mesmo à doutrina da democracia, que firmava com maior ênfase o princípio da igualdade.⁶

Por mais que se queira rediscutir o papel do princípio da separação de poderes, que ante a dinâmica do Estado contemporâneo já adquiriu novas feições, é inegável que nenhuma alteração disso

5. Reale Jr., Miguel, *Parte geral do código penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 14.

6. Bonavides, Paulo, *Ciência Política*, Rio de Janeiro, Forense, 1988, p. 155.

resultaria nas influências e implicações da teoria clássica no que se refere à formulação e atuação do Direito Penal. Antes, a flexibilização que se verifica, através da interpenetração cooperativa dos poderes, em nenhum momento representou sucumbimento de qualquer princípio, ou direito ou garantia individual.

A essência da doutrina liberal ao propor a teoria da separação de poderes consistia em estabelecer um mecanismo de equilíbrio e recíproco controle a presidir o relacionamento entre os órgãos supremos do Estado. Não se quer fugir à responsabilidade de se afirmar que a separação de poderes não é senão a forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar respectivamente o exercício do poder político.⁷

A razão do controle proposto e necessário jamais deixou de ter fundamentação no reconhecimento de direitos do homem oponíveis à arbitrária atuação dos poderes do Estado que, em síntese, deve representar os interesses nacionais e dentre estes, a salvaguarda dos direitos fundamentais do homem.

7. Loewenstein, Karl, *Teoría de la constitución*, op. cit., p. 55

BIBLIOGRAFIA

- ACUÑA, Eduardo Rozo. *Introducción a las instituciones políticas*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1978.
- AFTALIÓN, Enrique. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 1963.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1983.
- ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Direito penal e criação judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- _____. *et alli. Penas e medidas de segurança no novo código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale de diritto penale*. Milano: Giuefré, 1969.
- ANTON ONECA, José. *Derecho penal*. Madrid: Akal, 1986.
- ANTUNES, Ruy da Costa. *Da analogia no direito penal*. Recife: UFPE, 1953.
- ARROYO ZAPATERO, Luis e GOMES DE LA TORRE, Ignácio Berdugo. *Manual de derecho penal, Parte general, I, Instrumentos y principios básicos del derecho penal*. Barcelona: Práxis, 1994.
- ASIS ROIG, Rafael de. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Madrid: Editorial Debate, 1992.
- ASÚA, Luis Gimenez. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1964, t. I.
- AZEVEDO, Noé. *As Garantias da liberdade em face das novas tendências penaes*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1936.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Coimbra: Atlântida, 1977.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal. parte general*. Buenos Aires: Hammurabi, 1987.
- _____. *Princípios de derecho penal, Parte general*. Madrid: Akal, 1994.
- BADIA, Juan Fernando. *Estudios de ciência política*. Madrid: Tecnos, 1976.

- BALMACEDA, Sebastian Eyzaguirre. *El poder en la teoria del Estado*. Santiago: Editorial Jurídico de Chile, 1967.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica y crítica del derecho penal*. México: Siglo XXI, 1986.
- BARBERO SANTOS, Marino. Pena capital y Estado democrático, in *El poder penal del Estado*. Biblioteca de Ciencias Penales, homenaje a Hilde Kaufmann. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 101-122.
- BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- BASTID, Paul. *Sieyès et sa pensée*. Paris: Hachette, 1970.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BAUMANN, Jurgén. *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema*. Buenos Aires, Depalma, 1973.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Hemmus, 1983.
- BELING, Ernst. Il significato del principio nulla poena sine lege poenali nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale, in *Giustizia penale. Parte prima*. Roma: 1931.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 1977.
- _____. Sulla consuetudine penal, in *Scritti giuridici*. Padova: CEDAM, t. II, 1966.
- _____. *Instituições de direito e processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.
- BERGALI, Roberto e BUSTOS, Juan. *El poder penal del Estado*, Biblioteca de Ciencias Penales, homenaje a Hilde Kaufmann. Buenos Aires: Depalma, 1985.
- BIDART CAMPOS, German José. *Los derechos del hombre*. Buenos Aires: Ediar, 1973.
- _____. *Derecho político*. Buenos Aires: Agillar, 1972.
- _____. *Filosofía del derecho constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1969.
- _____. *Manual de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Ediar, 1972.

- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. São Paulo: Paz e Terra, 1986.
- _____. *As ideologias e o poder em crise*. Brasília: Editora Universidade de Brasília e Polis, 1990.
- _____. *Dicionário de Política*. Brasília: Edunb, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- _____. *Contribución a la teoria del derecho*. Valencia: Fernando Torres, 1980.
- _____. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- BORJA Y BORJA, Ramiro. *Teoría general del derecho y del estado*. Buenos Aires: Depalma, 1977.
- BOSCARELLI, Marco. *Compendio di diritto penale*. Milano: Giuffré, 1980.
- BRASIL, Francisco de Souza. O poder - sua legitimidade, in *Revista de Ciência Política*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 7, n.º 3, set., 1973, p. 65-92.
- BRÍCOLA, Franco. Teoria generale del reato, in *Novissimo Digesto Italiano*, v. XIX, 1974, p. 7-13.
- BRINGTON, Crane. *Anatomia de la revolución*. México: Fondo de Cultura Económica, 1942.
- BRITO, Antonio de Souza. A lei penal na constituição, in *Estudos sobre a Constituição*. Lisboa: Petrony, v. 2, 1978.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BRYCE, James. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1952.
- BURDEAU, Georges. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence - LGDJ -, 1972.
- _____. *Traité de science politique*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence - LGDJ -, 1966.
- _____. *Les libertés publiques*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1972.
- BUSTOS, Juan e BERGALI, Roberto. Política criminal y dogmática, in *El poder penal del Estado*, Biblioteca de Ciencias Penales, homenaje a Hilde Kaufmann. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 123-134.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Bases críticas de um nuevo derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982.
- _____. *Introducción al derecho penal*. Bogotá: Temis, 1986.

- CABRAL, Luis C. - *Ubicación histotica del princípio nullum crimen nulla poena sine lege*. Buenos Aires: Abeledo, 1958.
- CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Coimbra: Coimbra editora, 1972.
- CAMARGO HERNANDEZ, Cesar. *Introducción al estudio del derecho penal. Investigación técnico-jurídica del concepto de derecho penal. Ensayo sobre metodología jurídico-penal. Estudio sobre las fuentes del derecho penal*. Barcelona: Editorial Universidad, 1964.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1989.
- _____. *Constituição direigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra editora, 1994.
- CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale*. Lucca: Canovetti, 1937.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Princípios constitucionais tributários e competência tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- CARRILLO FLOREZ, Fernando. *Hacia un humanismo constitucional*. Bogotá: Universitas ciências jurídicas y socioeconomicas Bogotá, n.º 80, jun., 1991, pp. 205-219.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1992.
- CASTILHO, Ela Wiecko. *Controle da legalidade na execução penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1988.
- CATTANEO, Mario A. *Anselm Feuerbach - filosofo e giurista liberale*. Milano: Comunità, 1970.
- CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español. Parte general*. Madrid: Tecnos, 1981.
- CERNICHIARO, Luiz Vicente e COSTA JR., Paulo José. *Dreito Penal na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribuanais, 1990.
- CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 1981.
- CHIERCHIA, Pietro Merola. *L'interpretazione sistematica della costituzione*. Padova: CEDAM, 1978.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito e poder*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- COBO DEL ROSAL, Juan. *Principio de legalidad y ministerio fiscal, in Cuaderno de política criminal*. Madrid: 1977.
- _____. e REIG, Javier Boix. *Garantias constitucionales del derecho snccionador, in Derecho Penal y Constitución*. Madrid: Ed. Derecho Reunidas, 1982.

- COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. 2.^a ed., reprodução fac-similar parcial da edição de 1909. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- COSTA JR., Paulo José e CERNICHIARO, Luiz Vicente. *Direito Penal na Constituição*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- COSTA E SILVA. *Código penal*. Rio de Janeiro: Nacional, 1943.
- CRESPIGNY, Anthony. *Ideologias políticas*. Brasília: UnB, 1981.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho penal*. Barcelona, Bosch, t. I, v. I, 1971.
- CUNHA, Rosa Maria Cardoso. *O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979.
- DAVID, René e HARZARD, John N. *El derecho soviético*. Buenos Aires: Depalma, 1964.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- DIAS, Jorge Figueiredo. Direito penal e estado de direito material, in *Revista de direito penal*. Rio de Janeiro, Forense, v. 31, 1982, p. 38-53.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- DORADO MONTERO, Pedro. *Bases para um nuevo derecho penal*. Buenos Aires, Depalma, 1973.
- DÓRIA, Sampaio. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1946.
- DOTTI, René Ariel. As bases constitucionais do direito penal democrático, in *Reforma penal brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 330-358.
- _____ et alli. *Penas e medidas de segurança no novo código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- _____ *Os limites democráticos do novo sistema de penas*. Curitiba: 1984.
- _____ Problemas atuais de execução penal, in *RT* 563/286.
- DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Barcelona: Ariel, 1962.
- _____. *Os grandes sistemas políticos*. Coimbra: Almedina, 1985.

- FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1978.
- _____. *Eficácia jurídica e violência simbólica - O direito como instrumento de transformação social*. Tese de concurso para titular da FADUSP. São Paulo, 1984.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha *et alli*. *Liberdades Públicas*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Antinomia, in *Enciclopédia Saraiva de Direito*, São Paulo, v. 7, p. 14.
- _____. *Constituinte, assembléia, processo e poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves *et alli*. *Liberdades Públicas*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- FORSTHOFF, Ernest. Problemas constitucionales del estado social, in *O estado social*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- _____. *Direito penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- FRANCO, Alberto Silva. *Temas de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- _____. A medida provisória e o princípio da legalidade, in *RT* 648/366.
- _____. A medida provisória e matéria penal e processual penal, in *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, n. 123, 1989.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. São Paulo: Max Limmonad, 1980, t. I.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1982.
- GARCIA VALDEZ, Carlos. *Comentarios a la legislación penitenciária*. Buenos Aires: Hammurabi, 1987.
- GOMES, Luiz Flávio. A lei formal como fonte única do direito penal incriminador, in *Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, n. 9, jan./mar. 1991, p. 15-28.
- GOMES DE LA TORRE, Ignacio Berdugo e ARROYO ZAPATERO, Luis. *Manual de derecho penal, Parte general, I. Instrumentos y principios básicos del derecho penal*. Barcelona: Práxis, 1994

- GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. *Liberdades públicas*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- _____. *Execução penal*. São Paulo: Max Limmonad, 1987.
- _____. *O Processo Constitucional em Marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limmonad, 1985.
- _____. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- GISPIGNI, Filippo. *Diritto penale italiano*. Milano: Giufre, 1950.
- HABERMAS, Jurgen - O conceito de poder de HANNA ARENDT, in *Habermas - Sociologia*. São Paulo: Editora Ática, 1980.
- HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona, Bosch, 1984.
- _____. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, in *Pena y Estado, Revista Hispanolatinoamericana*. sep./dic. 1991, p. 22-37.
- HARZARD, John N e DAVID, René. *El derecho soviético*. Buenos Aires: Depalma, 1964.
- HERRERA Y LASSO, Eduardo. *Garantias constitucionales en matéria penal*. México: INCP, 1979.
- HAURIOU, Maurice. *Derecho público y constitucinal*. Madrid: Ed. Reus, 1970.
- HOBSBAWM, Eric J. *A era das Revoluções: Europa 1789-1848*. São Paulo: Paz e Terra, 1989.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Política penal en el Estado democrático in *El poder penal del Estado*. Biblioteca de Ciencias Penales, homenaje a Hilde Kaufmann. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 155-172.
- HOOD, Phillips. *Reform on the constitution*. London: Chatto & Windus, Charles Knight, 1970.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. I, t. I.
- JESCHECK, Hans H., *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1981.
- JESUS, Damásio E. *Direito penal*. São Paulo, Saraiva, v. 1, 1986.
- KAUFMANN, Arthur. *Analogia e naturaleza de la cosa*. Santiago: Jurídica, 1976.
- KELSEN, Hans. *General theory of law and state*. New York: Russel and Russel, 1945. Utilizada também a edição mexicana: *Teoria general del derecho y del Estado*. México: Textos Universitários, 1969.

- _____. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armenio Amado, 1984.
- LEIRIA, Antonio José Fabrício. *Teoria e aplicação da lei penal*. São Paulo: Saraiva, 1981.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- LINARES, Juan Francisco. Ilimitación temporal de los decretos - leyes de la revolución, in *La Ley*. Buenos Aires: t. 89, p. 845 e ss. [s.d.]
- _____. El pueblo como constituyente originário, in *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, año XII, n.º 9, p. 97 e ss. [s.d.]
- LINARES QUINTANA. *Derecho constitucional y instituciones políticas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.
- _____. *Tratado de ciência del derecho constitucioonal argentino y comparado*. Buenos Aires: Alfa, 1953.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1970.
- LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal: projeções contemporâneas*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.
- _____. *Poder constituinte reformador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- LOPEZ GUERRA, Luis et alli. *Derecho constitucional*. Valencia: Tirant lo blanch, 1994.
- LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1991.
- LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- MAC IVER, Luis Cosiño. *Derecho penal chileno*. Santiago: Universidad Católica de Santiago, t. I, 1987.
- MADRID CONESA, Fulgencio. *La legalidad del delito*. Valencia: Universidad de Valencia, 1983.
- MAGGIORE, Giuseppe. *Diritto penale*. Bologna: Zanichelli, 1955.
- MAÑAS, Carlos Vico. *Princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale - parte generale*. Padova: CEDAM, 1979.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratatto di diritto penale italiano*. Torino: UTET, 1961.
- MARINI, Giuliano. Nullm crimen nulla poena sine lege, in *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffré, 1978.

- MARITAIN, Jacques. *Lógica menor*. Rio de Janeiro: Agir, 1972.
- MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1954, v. I.
- _____. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1961.
- _____. Da tipicidade penal, in *RT* 189/573.
- MARTINEZ PEREZ, Carlos. La inflación del derecho penal y del derecho administrativo, in *Estudios penales y criminológicos*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1983.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Ives Gandra da Silva Martins, *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1989.
- MATEUCCI, Nicola. *Diccionario de Política*. Brasília: Edunb, 1993.
- _____. *Organizzazione del potere e libertà — Storia del costituzionalismo moderno*. Torino: UTET, 1976.
- MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Ariel, 1962.
- MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Barcelona: Ariel, 1981.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- MELOSSI, Dario. Ideologia y derecho penal, in *Pena y Estado, Revista Hispanolatinoamericana*, sep./dic. 1991, p. 57-63.
- MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Madrid: RDP, t. I, 1946.
- MICELLI, Eros. *Principi di diritto costituzionale*. Milano: S.E.L., 1913.
- MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1979.
- _____. Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho, in *Política criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982.
- MIRABETE, Julio Fabrini. *Execução penal*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- MIRANDA, Jorge. *A constituição de 1976*. Lisboa: Livraria Petrony, 1978.
- _____. *Constituição de diversos países*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2 vols., 1979.
- MONROY CABRA, Marco Geraldo. Los derechos humanos y la reforma constitucional, in *Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*. Bogotá, ano 82, n.º 545, ene./mar., 1989, p. 90-96.
- MOORE JR., Barrington. *Injustiça: as bases sociais da obediência e da revolta*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

- MOTA, Pedro Vieira. *Montesquieu, O Espírito da Leis*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bloch, 1975.
- NAVARRETE, Miguel Polaino. *Derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. *Crítica y desmistificación del derecho*. Buenos Aires: Ediar, 1985.
- _____. Algunas reflexiones sobre el derecho de castigar del Estado, in *El poder penal del Estado*. Biblioteca de Ciencias Penales, homenaje a Hilde Kaufmann. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 185-204.
- NUÑES, Ricardo C. *La cuestión de los delitos y de las contravenciones y su base constitucional*. Córdoba: Marcos Erner editor, 1985.
- NUVOLONE, Pietro. *O sistema do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- _____. Problemas de política criminal e reformas dos códigos, in *Revista do Ministério Público do Paraná*, n.º 6, Curitiba, 1976.
- OEHLER, Dietrich, La función del poder judicial el Estado Democrático, in *Problemas actuales de las ciencias penales y la Filosofía del Derecho*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1984.
- PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- PAGLIARO, Antonio. Legge penale nel tempo, in *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffré, 1973.
- PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1989.
- _____. *Il principio di determinatezza nel diritto penale*. Padova: CEDAM, 1979.
- PALIERI, Giorgio Balladore. *A doutrina do estado*. Coimbra: Coimbra ed., 1969.
- PALMER, Robert R. *The age of democratic revolution*. Oxford: Allan Bullock ed., 1959.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. *Constitución y valores del ordenamento*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1990.
- PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Edunb, 1993.
- PAUPÉRIO, Arthur Machado. *Teoria democrática do estado*. Rio de Janeiro: Pallas, 1976.

- PECES BARBA, G. *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1984.
- PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de derecho penal, Parte general*. Lima: Grijley, 1994
- PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil, evolução histórica*. Bauru: Jalovi, 1980.
- PISAPIA, Gian Domenico. *Istituzioni di diritto penale*. Padova: CEDAM, 1970.
- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes et alli. *Penas e medidas de segurança no novo código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- POVIÑA, Jorge. El poder constituyente, los juices y la Constitución, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán*, n.º 13, 1956.
- PRÉLOT, Marcel. *Historia de las ideas políticas*. Buenos Aires: Fedye, 1971.
- PUIG PEÑA, Federico. *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Tecnos, t. I, 1969.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Curso de derecho penal*. Madrid: Civitas, t. I, 1963.
- RAMACCI, Fabrizio. *Istituzioni di diritto penale*. Torino: G. Ciappichelli Editore, 1992
- RAMIREZ, Sérgio Garcia. Los derechos humanos y el derecho penal, in *Estudios Penales*. México: ed. Universidad, 1977.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. *A inconstitucionalidade do direito penal do terror*. Curitiba: Juruá, 1991.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Resenha Universitária, 1977.
- RAYCES, Federico. Alrededor de la noción de poder constituyente, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán*. n.º 13, 1956.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- REALE JR., Miguel. *Parte geral do código penal (nova interpretação)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- _____. et alli. *Penas e medidas de segurança no novo código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- REIG, Javier Boix e COBO DEL ROSAL, Juan. *Garantias constitucionales del derecho penal sancionado*. Madrid: Ed. Reunidas de Derecho, 1982.

- RODRIGUES MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Civitas, t. I, 1977.
- _____. Princípio de legalidad, in *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Barcelona, v 14, 1971.
- ROSAL, Juan del. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Aguillar, 1976.
- ROXIN, Claus. *Iniciación al derecho penal de hoy*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1981.
- SÁ, Luis. *Introdução à teoria do estado*. Lisboa: Caminho, 1986.
- SANCHEZ TEJERINA, Isaías. *Derecho penal español*. Madrid: Tecnos, t. I, 1945.
- SANTORO, Arturo. *Manuale di diritto penale*. Torino: UTET, 1938.
- SANTOS, Jurez Cirino. *Direito penal — A nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. *Poder jurídico e violência simbólica*. São Paulo: Cultural Paulista, 1985.
- SCARMAN, Leslie. *O direito inglês: a nova dimensão*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1978.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1982.
- SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- SICHES, Luis Recaséns. *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Porrúa, 1959.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- _____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- SINISCALCO, Marco. *Irretroattività delle leggi in materia penale*. Milano: Giuffrè, 1965.
- SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*. Rio de Janeiro: Konfino, 1947.
- SOARES, Rogério. Constituição, in *Dicionário jurídico da administração pública*. Coimbra: Almedina, 1971, p. 77.
- SOUZA, Leomar Barros Amorim de. Os direitos humanos como limitação ao poder constituinte, in *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 28, n.º 110, abr./jun. 1991, p. 69-86.

- SOUZA PINTO, Bazílio Alberto. *Lições de direito criminal*. Recife: 1847.
- STOPPINO, Mario. Ideologia, *In Dicionário de Política*, por Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Brasília, Edunb, 1993.
- TEIXEIRA, Meirelles J. H. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan. Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal, *in Pena y Estado, Revista Hispanolatinoamericana* - sep./dic. 1991, p. 9-22.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- TROPER, Michel. Montesquieu, análise de "O espírito das leis", *in Dicionário de obras políticas*, coordenação de François Châtelet, Olivier Duhamel e Evelyne Pisier, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1993.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Historia de la filosofía del derecho y del estado*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1981.
- VANOSSE, Jorge Reinaldo. *Teoría constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1975. 2v.
- _____. *El misterio de la representación política*. Buenos Aires: América Actual, 1972.
- _____. Uma visão atualizada do poder constituinte. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, v.1, 1983, p. 11-25.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. Madrid: Tecnos, 1974.
- VIAMONTE, Carlos Sánchez. *El poder constituyente*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1957.
- _____. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires Editorial Kapeluz & Cia, 1945.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Santiago: Jurídica, 1970.
- WESSELS, Johannes. *Dereito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1976.
- WHEARE, Karl C. *Modern constitutions*. London: Oxford University Press, 1973.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- WORTMUTH, J. *The origins of modern constitutionalism*. New York: Harper, 1949.

- XIFRA HERAS, Jorge. *Curso de derecho constitucional*. Barcelona: Bosch, 1957.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 1987, t. II.
- . *Sistemas penales y derechos humanos en América latina*. Buenos Aires: Depalma, 1984.
- . *Manual de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 1986.
- ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Madrid: Ed. de Derecho reunidas, 1979.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. Lisboa: Fundação Calouste Gubelkian, 1984.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Produção e Diagramação

Método editoração eletrônica Ltda.

Rua Conselheiro Ramalho, 499/3

Fone: (011) 607-4568 — Fone/Fax: (011) 607-4567

01325-001 — Bela Vista — São Paulo, SP, Brasil