

O DIREITO PENAL NA CONSTITUIÇÃO (1988-1998)

ÁLVARO MAYRINK DA COSTA

Doutorado pela UERJ. Presidente do Fórum da Execução Penal da EMERJ.

Desembargador do TJ/RJ.

1 - O presente desafio das democracias ocidentais situa-se, nos limites de nossa ótica, na busca primária e contínua de conciliar o **exercício da liberdade** imprescindível à dignidade da pessoa humana, com os reais reclamos, cada vez mais presentes, da coexistência **de políticas e linhas de ação de segurança pública** no contexto das macrossociedades.

2 - O problema do Estado de Direito, na atualidade, consiste em acomodar esta velha expressão, que teve o mérito de concretizar-se numa série de vantagens positivas para o indivíduo à realidade sócio-política.

Basta observar que sofrem mutilações irreversíveis as liberdades individuais dentro de uma sociedade em crise, submetida à contínuas mudanças e a gravíssimos desníveis sociais e econômicos. As liberdades de pensamento, de imprensa, de reunião e a de inviolabilidade de domicílio de nada servem pragmaticamente, ao trabalhador sem trabalho. O sistema de recursos estabelecido por um regime deve atender às necessidades básicas da massa social.

A crise do Estado liberal foi motivada por diversos fatores, sociológicos, ideológicos e econômicos.

Será que os direitos e as liberdades da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão poderiam ficar à mercê do legislador ordinário? São princípios que formam uma legitimidade supra constitucional, enraizados na consciência política dos povos.

O Estado liberal, mercê de seu individualismo e neutralidade ante às transformações sociais ficou longe de realizar a justiça social.

Cada liberdade dentro do Estado de Direito é uma liberdade responsável de seus fins e está plenamente justificada pela verdadeira sociedade justa. Quanto mais se torna independente a liberdade de suas bases econômicas, na medida em que se vai espiritualizando, harmoniza-se melhor com a justa

sociedade. O problema do Estado de Direito consiste em criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana e o respeito ao ordenamento jurídico.

3 - Estamos ainda assistindo ao crescimento desmesurado da administração com a tendência de se subestimar a segurança jurídica na busca de remediar problemas sociais, cada vez mais cruciantes.

O descrédito da normatividade jurídica suscita desconfiança na opinião pública a respeito da continuidade e permanência da política legislativa do Estado. Com efeito, determinados grupos de pressão podem obter medidas favoráveis de duração transitória, pois sua vigência depende do tempo que tais grupos sejam capazes de manter uma forte influência. Se a política social de um Estado não cuida de cobrir seus atos com o manto da legitimidade-legalidade, não poderá apoiar-se no ordenamento jurídico, incidindo no abuso de poder.

Não há propriamente revolução na simples imposição da ordem material fora do Direito. Quando se alteram os fundamentos do Direito público e se conservam as bases tornadas obsoletas do Direito privado, de forma a impedir que a sociedade marche, sem desvios nem desordens, o que está se processando é o retrocesso histórico.

As transformações sociais através do Direito, exigidas pelas mutações históricas, são o único caminho da ordem.

A simples imposição da força torna impossível a identificação e o reconhecimento das necessidades e crises que indicam o desajuste entre uma sociedade e o seu tempo histórico.

O autoritarismo é diferente da autoridade. Aquele é a concentração desmesurada do poder nas mãos de um homem ou de um grupo. Esta é a investidura humana do poder pelo Direito. O autoritarismo tende, invariavelmente, a minimizar a segurança social em nome da segurança do Estado.

Aos poucos as opções desaparecem debaixo de fórmulas vazias; as opiniões cedem ante às paixões e o medo; o interesse geral fica esquecido ante os apetites e negociações grupais; o ceticismo desencoraja a colaboração desinteressada; as incertezas se avolumam entre classes profissionais e institucionais; e aumenta o risco de que a separação entre ordem e força, entre Sociedade e Estado, conduza a grandes dificuldades para o deslindamento dos impasses e encontros de soluções duradouras.

A união social será o resultado de decisões políticas e atos jurídicos. Política e Direito foram, nos momentos decisivos, os instrumentos do êxito.

As garantias constitucionais são, na realidade, tão importantes quanto os direitos declarados; sem elas, estes se tornariam letra morta. Protegem as liberdades individuais contra o arbítrio do poder.

É evidente que o Direito penal de um Estado totalitário jamais poderá almejar se igualar a de um Estado democrático; enquanto naquele se tenderão a impor padrões de conduta mesmo a nível ideológico e moral, neste, haverá como diretriz o máximo de pluralismo e tolerância compatíveis com a preservação das condições de convivência macrossocial e de desenvolvimento digno da pessoa humana. Num Estado de Direito formal, o Direito penal deverá proteger penalmente uma liberdade e uma igualdade meramente formais. Enquanto nos Estados de direito material há a preocupação em dar conteúdo material a estes valores (trabalho, saúde pública, economia, educação e cultura). Repetindo Roxin, num Estado moderno é sua **função** assegurar, se necessário, através da tutela penal, prestações públicas, no domínio da assistência social. Cumpre citar Vives Antón - O Direito, num Estado de direito democrático, é visto como uma ordem de coexistência de liberdades.

4 - As normas sociais são extremamente diversas e penetrantes, constituem característica peculiar à sociedade humana, sendo parte essencial do que chamamos ordem social. Surgiram como característica da adaptação social. O indivíduo adquire-as através de um processo de doutrinação. Absorve algumas delas, que passam a fazer parte integrante de sua personalidade e respeita outras por força das conseqüências que podem trazer. Indiferentemente ao fato de poder obedecer completamente ou não às normas, elas influenciam seu comportamento e seu modo de pensar. É sobretudo por meio delas que sua conduta é regulada e integrada à conduta dos seus semelhantes, por seu intermédio a sociedade adquire uma estrutura coerente e age de forma a aplicá-las à vida do grupo.

Quando compreendemos o sistema normativo de uma sociedade, ao conhecermos os respectivos usos, costumes, leis e instituições, conhecemos, também, uma parte considerável dessa sociedade. Conseqüentemente, o estudo das normas sociais representa um dos objetivos fundamentais da sociologia humana.

Entretanto, em qualquer tribo, comunidade ou nação, é tamanho o número de normas específicas que tornaria interminável a sua simples catalogação. Não é isso, porém, o que os sociólogos desejam, mas sim uma compreensão do sistema de normas. Desejam conhecer as regras mais

fundamentais, compreender as relações existentes entre elas e traçar sua ligação com os demais aspectos da existência do grupo. Desejam compreender sua força e divisão básicas, os conflitos entre as normas e os meios empregados para superá-los.

A essência de qualquer situação social reside nas expectativas mútuas dos seus participantes e tais expectativas repousam, em grande parte, nas normas aplicáveis à situação. Todas as culturas desenvolvem usos e costumes adequados às situações típicas, fornecendo um padrão para as expectativas mútuas das partes interativas. Cada participante alimenta certa concepção acerca do que espera dos demais e acredita-se conhecedor de algo que dele se espera e do que esperam que ele próprio espere dos demais.

Uma posição, quer se trate de **status** ou de cargo propriamente dito, define um mínimo de comportamento obrigatório para o ocupante, embora não possa garantir que este último venha a comportar-se de forma absolutamente perfeita.

Não há conduta ajurídica, toda conduta tem significado para o Direito. O Direito disciplina comportamentos, tendo Cossio definido em termos de “conduta em interferência intersubjetiva”, o que Stammler chamou “querer vinculatário, autárquico e inviolável”.

A expressão formal do Direito como disciplina de condutas é a norma jurídica, sendo que cada norma ocupa posição intersistemática e seu conjunto denomina-se ordenamento jurídico.

A normatividade é opositiva à causalidade. A diferença entre o mundo do ser e do dever-ser é marcante, visto que o mundo do ser é objeto do conhecimento, ao passo que o do dever-ser é objeto da ação, o mundo do dever-ser caracteriza-se por ser o reino da liberdade, admirando o homem em suas potencialidades de ser que tende a superar-se a todo instante. O direito só pode exprimir-se como um dever-ser, como uma potencialidade. Existir implica coexistir, limitação da liberdade recíproca.

Escreve Luijpen que “a ordem jurídica é normativa porque participa e é encarnação do mínimo do ter-que-ser-para-o-outro, que vem a ser a existência”.

O direito se constitui de fato, valor e norma. Já proclamava Paulo: **non ut ex regula lus summatu sede ex jure quod est, regula fiat**, a regra nasce do Direito.

O fato constitui a matéria do Direito (**ex facto oritur jus**), do qual a norma é a forma.

Norma jurídica é a norma de direito, do qual constitui a expressão formal, que, como norma geral e abstrata, forma o conteúdo do direito positivo e se destina a dirimir e regular as ações da vida social.

Na qualidade de norma ética, a norma jurídica afirma, não é o que é, mas o que deve ser, o que envolve o não ser, o que equivale dizer que a observância da norma implica sua eventual inobservância. Caracteriza-se a norma ética pela possibilidade de violação, sendo tal possibilidade o traço de diferença da norma jurídica. A lei penal é a denominação tradicional para designar o direito penal objetivo.

5 - Por que o homem viola a norma ética?

Para realizar-se, não se detém diante de qualquer coisa que possa violar, mesmo do inviolável; aspira a atingir o absoluto.

Diz Villoro Toranzo que “norma jurídica es la formulación técnica de um esquema construído conforme a una valoración de justicia dada por el legislador a um problema histórico concreto”.

A norma representa o resultado de uma valorização e a característica principal do valor é a polaridade, ou seja, sua afirmação pelo confronto com o antivalor. Os valores são polivalentes (o verdadeiro, o falso, o possível, o indeterminado etc).

O conteúdo da norma constitui uma relação de justiça - *hominis ad hominem proportio*.

As normas jurídicas são normas “de delimitação de interesses, fixando o limite entre o direito e o não direito”.

Numa visão do Direito como sistema de limites, a norma demarca, separa e estrema. A Lei é um sistema fechado de hipóteses.

O **princípio da legalidade** pressupõe o Estado de Direito. É através da Constituição que se processa o controle formal da legalidade.

Todavia a lei não se impõe **per se**. Carl Schmidt mostra como Hitler se serviu da legalidade como arma mais poderosa na constituição do totalitarismo, anotando divergência antiética entre a legalidade e a legitimidade.

O problema da licitude tem sido colocado com maior insistência, nos últimos tempos, diante do intervencionismo do Estado contemporâneo, através dos fenômenos correlatos da socialização e publicação do Direito. Nunca o Estado foi tão onipresente e tão onipotente.

A Constituição Federativa de 1988 diz em seu artigo 5º., inciso II: **“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”**.

Porém, vincular a licitude à existência de lei é estabelecer confusão entre pólos, distintos, entre os conceitos de legal e ilícito. Lembra Gropalli citando Bierling: “enquanto o passeio regular dos prisioneiros no pátio da prisão se poderia considerar como permitido, os passeios individuais dos cidadãos pelas vias públicas seriam, pelo contrário, não permitidos, embora não proibidos...”

6 - É certo que o Direito penal é um conjunto de normas pertencentes ao ordenamento público interno, de caráter autônomo, pessoal e imperativo, que disciplina a conduta dos indivíduos, tutelando interesses sociais fundamentais, mediante a imposição de mecanismos sancionadores de caráter retributivo e preventivo.

Na atualidade, o Direito penal é quase exclusivamente o direito interno do Estado, como diz Jescheck, normas pessoais supraestatais que estavam em estado de gestação, reconhecendo-se os movimentos transformadores penais de muitos países buscando soluções comuns e similares, a partir da mesma base internacional. Por esse diapasão a missão do Direito penal é de proteger valores elementares da vida comunitária. O direito não tem o escopo de obter a todo o custo uma atitude moral e jamais poderia pretender alcançar recorrendo a preceitos jurídicos.

7 - Do ponto de vista do fim social de proteção, o Direito penal pode ser individualista e social-democrata.

O Direito penal é individualista se o sentido preponderante de sua proteção é o resguardo dos interesses das pessoas como tais e como membros da sociedade. O valor supremo é a segurança da pessoa e seus direitos individuais e sociais, que são os interesses vitais ou bens jurídicos, objeto de proteção penal.

A finalidade do Direito penal é social-democrata. Os efeitos de sua proteção, o valor supremo, está representado pelos interesses da coletividade. São estes os interesses que determinam a classe de bens e de pessoas que merecem a proteção. A missão do Direito penal consiste em importante instrumento para a defesa do Estado e da ordem jurídica frente às ações delitivas.

Do ponto de vista político, o Direito penal pode ter uma finalidade liberal ou autoritária, mas cujo caminho da modernidade é dado pela social-democracia.

O Direito penal liberal não tem um objetivo ético e supõe a vigência do *nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenah*. É a única fonte do

Direito penal que é a lei prévia ao fato cometido correspondente e cumpre uma função de garantia.

O Direito penal é autoritário se o objeto da proteção penal não é o interesse dos indivíduos, mas os deveres com o Estado. Prescinde do **Princípio da Reserva Legal** e a lei não é sua única fonte, podendo deduzir-se por analogia. Surgem como valores supremos delitos contra-revolucionários ou contra a segurança do Estado ou da economia, assinalando a repressão como um fim ético.

Como vimos, a missão do Direito penal é de assegurar a ordem de convivência social e sua função especial é a proteção de áreas particularmente importantes da convivência humana e os bens jurídicos (diferença da lei moral).

8 - O conceito de bem jurídico configura-se através do **conceito de bem** pertencente à teoria geral de valores. Os valores existenciais para o indivíduo e a coletividade, dentro de um conceito amplo, incluem valores materiais e imateriais, abrangendo coisas e direitos multidisciplinares. O ponto de partida da conceituação é que o bem jurídico possui natureza social e o Direito penal só deve intervir para prevenir danos sociais e não para salvar concepções ideológicas ou morais.

Assim, o Direito penal que se pretende ver modelado em um Estado Democrático de Direito não se restringe como **garantia da legalidade** ao plano formal, investe-se, como foi dito, da missão de todo o Direito: **regular a convivência humana, proteger os valores elementares da vida comunitária.**

Em verdade, configura-se também como instrumento de controle social, *ultima ratio*, isto é, como um mecanismo para se obter determinadas condutas individuais na vida da macrossociedade, não sendo imaginável um processo sem a imposição de normas de conduta, sem sanções para as hipóteses de inadimplência e sem a realização efetiva da norma e aplicação da sanção adequada.

A sanção penal é considerada a *extrema ratio* que o Estado utiliza no processo de controle social, após constatar esgotados todos os meios de um plano lógico-sistemático, objetivando através do emprego de normas não-penais, a segurança pública. Visa, pois, aumentar, reforçar ou completar a tutela prestada que se tornou ineficaz. Por tal prisma, o Direito penal assume seu caráter de pessoal, autônomo, sancionador, imperativo, aflitivo, preventivo, mas sempre assegurando as liberdades individuais.

Assegura-se, que as sanções penais se justificam quando **justas e necessárias** para a proteção macrossocial, garantistas da real vigência dos valores e atos emanados da consciência jurídica.

Ressalte-se, que o Direito penal de um Estado social justifica-se como um sistema de proteção macrossocial, devendo a **proteção do bem jurídico** ser requisito indispensável de qualquer limitação de direitos constitucionais. O **princípio do bem jurídico** se corresponde com o princípio *nullum crimen sine iniura* ou princípio da ofensividade. Cumpre rigor na sua seleção e hierarquização.

9 - Como instrumento de controle social, o Direito penal se caracteriza por dois aspectos básicos, por ser um instrumento de controle social **primário**, e por ser um instrumento de controle social **formalizado**.

A concreção do conceito de bem jurídico com função limitadora do poder punitivo, não pode ser indiferente à passagem de um Estado de Direito formal, mero garantidor das liberdades, não intervencionista, para um Estado de Direito que se almeja material, democrático e social. Desta forma, a nova concepção de Estado e as novas realidades sociais exercem pressão determinante na definição dos bens jurídicos a ser objeto da tutela pelo Direito penal. O pensamento jurídico-penal da atualidade, em sociedades democráticas, plurais e abertas, descortina o Direito penal como instrumento de “proteção dos bens fundamentais da comunidade. Há unanimidade na sustentação subsidiária de bens jurídicos **essenciais** à vida humana em comunidade. No dizer de Jescheck “bens vitais imprescindíveis a convivência humana em sociedade que são, por isso, merecedores de proteção através do poder coativo do Estado representado pela pena”.

Em síntese, como instrumento de controle social primário, caracteriza-se na busca de alcançar fins mediante a ameaça de sanções na realização de condutas ilícitas. Não é o único meio de **controle social**, nem o mais importante. Para citarmos outros mais lógicos e eficazes temos, como exemplo, a escolarização obrigatória, a religião, o sistema de trabalho, as organizações sindicais, os partidos políticos, a educação familiar, as mensagens emitidas pelos meios de comunicação social. De outra parte, o Direito penal como instrumento de **controle social formalizado** deve se identificar com a aplicação prática envolta de uma série de garantias em uma atividade regrada, portanto, **segura, previsível e controlada** em todas as suas etapas, perante o devido processo legal.

Como se observa, o Direito penal, com a carga de normas, regras e formalismos, oferece o marco adequado para suportar descarga da agressividade e dos sentimentos de vingança latentes em toda a macrossociedade; o controle que a comunidade exerce sobre seus partícipes deve ser realizado de forma legítima, racional e fiscalizável, observado o máximo respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Numa visão do Direito como sistema de limites, a norma demarca, separa e extrema, sendo a lei um sistema fechado de hipóteses.

Hodiernamente, busca-se na Constituição, enquanto instrumento fundamental de uma ordem jurídica, **princípios** capazes de exercer essa função legitimadora-limitadora do âmbito de uma eventual criminalização, perspectiva que completa o seu sentido garantidor, fornecendo ainda a unidade de toda a ordem jurídica e a harmonia entre o universo valorativo penal e o constitucional.

Direitos, liberdade e garantias têm influência quanto ao conteúdo do Direito penal, como também, os direitos sociais, econômicos e culturais, na medida que expressam **valores fundamentais** da macrossociedade, valores que o Estado se comprometeu a respeitar, a fazer respeitar, a concretizar e a desenvolver. O Direito penal só está legitimado a intervir para proteger os **valores básicos** de uma comunidade, desde que inexistente outra forma mais eficaz. A Constituição é o parâmetro de legitimidade da intervenção penal, a nosso sentir, exigindo uma harmonia entre **valores penais e valores constitucionais** vedando condutas que não levem ou coloquem em perigo **valores constitucionais**. A Constituição deverá atuar, no pensar de Nuvoletone, como um parâmetro mais geral de legitimação da lei penal. A Alemanha tem conseguido maior harmonia entre a Constituição e o Direito penal.

10 - A Constituição Federativa, de 5 de outubro de 1988, seguindo a modernidade de contemplar a formal declaração de direitos e garantias individuais, como a Italiana de 1947 e a da República Federal da Alemanha de 1949, estabelece em seu Título II, o tópico pertinente **“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”**, iniciando-o com a Capítulo 1, **“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”**, incluindo em seu texto uma série de princípios especificamente penais, como: **o da legalidade, o da intervenção mínima, o da humanidade, o da pessoalidade da pena e o da individualização da pena.**

11 - O postulado da reserva penal está prescrito no artigo 5º, inciso XXXIX da Carta Republicana, e seu teor é o seguinte: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Nas Constituições da Alemanha, Itália e Espanha existem imposições expressas no **sentido da criminalização** como o fez a brasileira ao tutelar o meio ambiente em seu artigo 225, § 3º (“As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitam os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”). Como afirma **Palazzo**, da ordem constitucional emana a proteção penalística dos valores, mesmo não sendo entendido, de todo o modo, como parte integrante do que foi expressamente afirmado pelo constituinte. Faz-se, pois, uma ponderação do grau de importância relativa dos bens de coerência do Direito penal por referência a esta ordem valorativa constitucional.

A lei penal possui uma função decisiva na garantia da liberdade, expressada pela máxima *nullum crimen nulla poena sine lege*. Tanto o delito como a pena devem estar determinados na lei prévia. Assim, o **princípio da legalidade** adquire caráter fundamental no Direito penal como princípio constitucional e como princípio propriamente penal. Não se deve olvidar que estabelecer o grau que constitui o limite mínimo de vinculação com o texto legal em sua aplicação é uma questão valorativa. Cada caso é um caso individualmente.

Sobre o tema, em diversos de seus ângulos, Mantovani enfoca sobre uma tríplice perspectiva o “**princípio da legalidade**”: **a** - quanto às fontes das normas penais incriminadoras (princípio da reserva penal); **b** - quanto à enunciação dessas normas dentro de parâmetros satisfatórios de resguardo da segurança jurídica (**princípio da determinação taxativa ou do mandato de certeza**) e, **c** - quanto à validade das disposições penais no tempo (**princípio da irretroatividade**).

Destaca-se notar, que em sentido crítico, que o princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege* atua dentro de limitações da própria atividade legiferante, abrindo espaços voluntários ou não, à atuação criadora do juiz. No campo do cumprimento exaustivo do **princípio da legalidade** o legislador ainda quando utiliza de **elementos normativos**, que requerem valoração judicial, em parte a diferença dos descritos, espera que o juiz não aplique seus **valores pessoais**, mas sim **os valores gerais** da sociedade. A doutrina admite compatibilidade com o **princípio da legalidade** um certo grau de generalização do texto, evitando-se um **casuísmo puro** nos limites do momento em que a disposição legal é convertida em **regra geral**, permitindo a conhecer o que é proibido e o que está permitido.

12 - O princípio da legalidade constitui-se em exigência fundamental em todo o Estado de Direito e por razões de segurança jurídica. A **lei penal** é a **garantia de todo cidadão**, vinculando, em resumo, a quatro garantias básicas da pessoa; a **garantia criminal** (*nullum crimen sine lege*), que se vincula às exigências de *lex praevia* (exclusão de aplicação retroativa), *lex scripta* (exclusão do direito consuetudinário como fonte direta do Direito penal), *lex stricta* (proibição da analogia *in malam partem*) e *lex certa* (proibição de cláusulas indeterminadas ou mandato de certeza); a **garantia penal** (*nulla poena sine lege*); a **garantia jurisdicional** (*nemo damnatur nisi per legale indicium*); a **garantia da execução** (não se pode executar alguma pena senão na forma prevista em lei).

Entende-se o **princípio da legalidade** como realização concreta de plúrimas facetas do Estado de Direito, vinculado, antes de tudo, à lei, mas também garantindo aos cidadãos, a segurança, bem como a proibição à arbitrariedade e o direito à objetividade e imparcialidade dos julgamentos.

13 - O princípio da legalidade pode ser excepcionado *in favor reo*, desde que inexista afronta ao sistema penal, vedando-se a analogia *in malam partem*.

Cabe distinguir-se a analogia da interpretação extensiva (sempre proibida). A analogia *in bonam partem* estaria legitimada pela interpretação da lei penal. Portanto, na orientação de Jescheck, descabe a fórmula do “**sentido literal possível do texto**”, pois se quer dizer a proibição da analogia “**com o fim de criação de um novo direito**”.

A exclusão do direito consuetudinário está diante da lei formal como única fonte do Direito penal (*lex scripta*) acarretando a proibição de fundamentar a punibilidade com patamar no direito consuetudinário. Para maior precisão, citando-se Scheiber, com respeito à parte geral, verdadeira criação do direito jurisprudencial, dir-se-ia que há vedação à admissão do direito consuetudinário *in malam partem*, possibilitando-se, por óbvio, sua admissibilidade *in bonam partem*.

Demais disso, cumpri aduzir ainda o princípio *ne bis in idem*, vedando que um mesmo fato possa ser tomado em consideração com efeitos plurais agravatórios, como também a proibição de dupla valoração dos fatos e o concurso aparente de normas penais coexistentes como limitação do concurso ideal de tipos penais.

14 - A *lex praevia* impõe a proibição de edição de leis retroativas que venham a fundamentar ou agravar a punibilidade. A irretroatividade é um postulado do princípio da legalidade como complemento da reserva legal.

Na atualidade, discute-se a existência de proibição da aplicação retroativa quando ocorre a **mudança de interpretação jurisprudencial**, que resulte mais estrito que a interpretação anterior. A vedação da aplicação retroativa da lei alcança as penas e a medida de segurança em toda a sua extensão.

O texto constitucinal é expresso: **“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”**(art. 5º, inciso XL Constituição Federativa de 1998).

A regra *tempus regit actum* é elevada a exigência básica **do princípio da legalidade**, casada com o princípio da segurança jurídica, cuja exceção é a retroatividade de lei penal mais favorável, que é excepcionada pela ultratividade de leis penais temporárias.

A Constituição brasileira de 1988 foi clara em relação ao dispositivo expresso da retroatividade quando beneficia o réu, ainda quando exista sentença com trânsito em julgado.

15 - O segundo corolário do **princípio da legalidade** se constitui no postulado do **mandato de certeza**, ou **princípio da taxatividade**, que requer do legislador o uso de técnica correta e de linguagem clara, rigorosa e uniforme, vedando a elaboração de leis de natureza incriminadora, empregando expressões ambíguas, vagas e imprecisas.

A nosso sentir, a lei penal, observado o seu caráter generalizador, deve ser descrita de maneira **precisa, clara e exaustiva**, como a pena com que se comina a realização típica do ilícito. E inadmissível a violação de princípios democráticos **vagos** que impedem a **certeza** do alcance do mandato proibitivo. A exigência da *lex certa* proíbe a generalização do texto legal, recordando-se os tipos abertos e as **normas penais em branco**. O **princípio da taxatividade** obriga, como na proibição da analogia *in malam partem*, que as metas de criminalização sejam atingidas tão-somente através da existência de um catálogo exaustivo de fatos individualizados. A admissão de certo grau de indeterminação entre as bandas do mínimo e do máximo da sanção cominada, deixando larga margem ao poder discricionário do juiz, em relação a aplicação de alternativas, configura a violação ao modelo de certeza.

Bricola lembra, por outro lado, que o **princípio da taxatividade** deve valer diante de toda a comunidade, o que entende ser difícil de ser alcançado

se existir uma sobrecriminalização. Não se pode olvidar que quanto maior for o número de condutas e de áreas criminalizadas, mais difícil traçar-se a fronteira entre o lícito e o ilícito, deixando o princípio da taxatividade de exercer a sua função.

15 - Diante do princípio da intervenção mínima, repete-se, o Direito penal deve ser a *ultima ratio* da política social do Estado para buscar a proteção dos bens jurídicos, mais relevantes frente aos ataques mais graves. Como já vimos, o Direito penal é convocado a cumprir em um Estado social e democrático de Direito, a proteção das **regras mínimas** de convivência social, reduzindo, assim, ao mínimo possível a sua intervenção.

Inferre-se que, só deve ter sua atenção para **casos graves** (caráter fragmentário), ou diante do fracasso dos outros meios de controle social, em hipótese emergencial (caráter subsidiário).

O princípio de necessidade e utilidade da intervenção penal deduz-se sua ilegitimidade em uma macrossociedade democrática, quando sua intervenção se demonstre **inútil** ou desnecessária na ordem a alcançar o fim desejado. Segundo Hassemer, a afirmação da dignidade constituiria a legitimação negativa da intervenção penal, cumprindo, após, verificar-se da legitimidade positiva, ou seja, da existência de necessidade de tutela penal. Contrapõe-se, desta maneira, a um **princípio de tutela de bens jurídicos** (Rechtsgüterschutz) um **princípio da técnica de tutela** (Schutztechnik). Seria conjecturável a possibilidade de censura constitucional de penalização desnecessária, inapta e desproporcionada.

16 - Os princípios que são deduzidos das garantias que emanam, do conceito de Estado social e democrático de Direito se apoiam **em valores de liberdade, justiça, igualdade e pluralismo**. A questão dos princípios legitimantes do poder sancionador estatal é um problema constitucional, como também um problema jurídico-ético-penal.

A reação contra o uso indiscriminado das penas criminais, como meio de proteger toda e qualquer espécie de fim ou interesse do Estado, é o tema cardeal da atualidade. Modernamente, devemos partir do **princípio da intervenção mínima**.

Fala-se da hipertrofia do Direito penal a que a indiscriminação conduz, sublinhando-se a desentronização de uma justiça penal, quando posta ao serviço de fins que se apóiem num puro dogmatismo moral, inadequado às sociedades plurais. Apontam-se os desvios dos **princípios da culpa** e da **responsabilidade individual**, a indeterminação dos tipos legais e do

conceito de bem jurídico, bem como a distorção dos restantes elementos da teoria da infração penal e até o desrespeito das garantias processuais, que traz consigo a inflação das normas penais codificadas ou extravagantes.

Outrossim, há sinais de alarme diante do aumento maciço das decisões dos tribunais comuns que a supercriminalização acarreta, visto que o Estado quer garantir a realização dos fins salutistas a que se dispõe ou das suas particulares concepções morais, ameaçando quem desobedece com “males” e a mácula ético-social, que traduzem as penas criminais. O Estado, para impedir os comportamentos contrários a certos interesses sociais, ao invés de utilizar uma adequada política de informação, assistência ou recurso, utiliza a medida de natureza eticamente indiferente, punir e reprimir é a sua prática, recorrendo abusivamente a sanções penais. O alargamento do ilícito penal é consequência da necessidade de proteção dos indivíduos contra o próprio arbítrio do Estado.

Parece ser o Estado social de Direito a meta que a democracia pretende alcançar em seu esforço de apresentar-se com as vestes jurídicas, em seu intento de legalizar situações correspondentes à sociedade neocapitalista.

Poucas vezes se tem colocado à prova, com tanta intensidade, a junção da dogmática jurídica numa época de aceleração social com transformações e suas repercussões no mundo do direito. O Estado social de Direito não é uma mera fase na transformação do Estado; está montado sobre uma base pluralista na qual os diferentes grupos sociais realizam funções estimáveis (exemplo característico de sociedade pluralista, confirmada segundo o Estado social de Direito, é a democracia sueca, que tem a característica de democracia de grupos). Significa a desapareição do individualismo típico do Estado liberal e sua substituição por grupos nos quais se move, atuam e operam os indivíduos, de maneira que consigam suas finalidades.

A base deste pluralismo social é uma aguda consciência de solidariedade, de sorte que os conflitos passíveis de lealdade são resolvidos na medida em que os membros da sociedade se apercebiam da necessidade de união.

Na diferença entre o Estado liberal de Direito e o Estado social de Direito, o primeiro baseia suas instituições na idéia de imitação, enquanto o segundo se caracteriza pela dimensão positiva da participação.

A reação do Estado contemporâneo frente ao abstencionismo do liberalismo tem em alguns casos chegado a extremos exagerados, porém convém pensar se se trata de problema do destino da liberdade no período de transição do Estado liberal em crise ao Estado intervencionista, em tan-

tos aspectos exigidos em virtude dos problemas sociais e econômicos da sociedade de massas.

A liberdade não é um bem humano e jurídico que mereça perder-se, senão que há que se consolidar adequadamente. O Estado do bem-estar geral corresponde também ao Direito de fixar os limites da ação individual, não é uma fórmula que se estabeleça em limites estreitos. Assim, o princípio da primazia da lei, o *rule of law*, é reconhecido em diversos tratados firmados com potências européias com o fim de estabelecer entre elas um regime de cooperação e integração em distintas matérias.

17 - O princípio de humanidade na escorreita colocação de Jescheck é o postulado reitor do cumprimento da pena privativa de liberdade e consiste no reconhecimento do encarcerado como pessoa humana e desta forma deve ser tratado.

A Constituição Federativa de 1988 adotou em vários dispositivos, o princípio da humanidade; sob tal ponto observa-se o artigo 5º., inciso XLIX, que estatui que: **“é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”** e no inciso L: **“às presidiárias serão assuguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”**. Em verdade, recordo que em 6 de outubro de 1966, quando jovem advogado, como 1º diretor da Penitenciária Talavera Bruce, no Rio de Janeiro, inaugurei a 1ª creche para mulheres presas no Brasil.

O **princípio do humanismo** tem relevância no artigo 5º., inciso XLVII, quando determina que **inexistirá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis**.

Sem dúvida, o **princípio da humanidade das penas** constitui-se na maior evolução do sistema penal contemporâneo, abandonando a pena de morte e a de privação da liberdade perpétua, além das corporais, criando-se os regimes progressivos e a possibilidade de abreviar a reinserção social, substituição das penas privativas, a implantação das penas alternativas, objetivando dar dignidade à pessoa encarcerada para **reacender a esperança na liberdade** e verdadeira reinserção na macrossociedade. Aduza-se, a proibição das **penas exemplificadoras**.

18 - O princípio da pessoalidade está também inscrito em nossa Carta no artigo 5º., inciso XLV - **“Nenhuma pena passará da pessoa do condenado”**. A lei nº 7.210, de 10-07-1984 (Lei da Execução Penal) prescreve em seu art. 22, inciso XVI - incumbir o serviço social **“orientar**

e amparar, quando necessário, à família do internado e da vítima". Já no artigo 29, parágrafo 1º. alínea "b, ordenar que o produto da remuneração do trabalho do preso deverá atender, dentre outros objetivos, a assistência à família. Busca-se na execução impedir o excesso ou o desvio de execução.

Quanto ao **princípio da individualização** nossa Carta trouxe vários preceitos explícitos já referidos (artigo 5º, incisos XLIX, XLVIII e L), inclusive em relação a aplicação do regime prisional, com o equívoco em relação aos crimes hediondos.

Os anos 70 se caracterizam pela considerável **liberalização** em vários tipos penais. Hoje, paralelamente a penalização de certas formas comportamentais danosas à comunidade, observa-se um **direito penal oportunista e pontuativo**. Mas fechamos ao final do milênio com a **adoção das medidas alternativas à pena de prisão**, como também com o **anteprojeto de lei da Reforma da Parte Especial (24 de março de 1998)**.

Ainda persiste o temor da liberação do Direito penal, diante do sentimento de segurança que se converteu o discurso político dos movimentos conservadores denominados por **"lei e ordem"**.

Deveremos iniciar o século XXI com uma nova legislação penal, sem subestimar a possibilidade de mudanças estruturais, possibilitando uma reforma social e, para tanto, as **Reformas** deverão ajustar os mecanismos institucionais de controle social.

Se a determinação dos valores ou interesses que à lei penal cumpre tutelar de algum modo reduzisse ao mínimo possível o conflito entre as concepções da norma e a consciência dos particulares, depressa seríamos conduzidos a uma larga descriminalização.

A "hipertrofia" do Direito penal reflete-se particularmente no aumento maciço da atividade jurisdicional que lhe corresponde, e por tais motivos, considerada a pequena importância de certas infrações (princípio da insignificância ou da bagatela), procurou-se reconduzi-las através da política criminal realista.

Quando tudo passa a ser incriminado, passa afinal a ser permitido. O Estado de anomia, de ausência de padrões ético-jurídicos, prejudica a própria dignidade do Direito penal.

A massificação das decisões traz prejuízo ao nível e à própria atividade jurisdicional e teria que incidir sobre complexos problemas econômico-sociais relacionados com o dirigismo ou o intervencionismo do Estado, para cuja apreciação os tribunais comuns não estão preparados.

É manifesto que o Direito penal não tem que proteger todos os valores eticamente fundamentais, cabendo-lhe realizar tão só a tutela daquele “mínimo ético”, que Jellineck diz essencial à vida em sociedade, enriquecidos com a “descoberta” de novos valores encontrados na prossecução de certos interesses sociais.

A compreensão atual dos problemas criminais tem absorvido novas direções do pensamento humano em oposição ao hermetismo das soluções radicais vindicativas orientadas pela causalidade cega aos valores em conjunto e insensível ao critério da justa proporcionalidade. Há que ser superado mais um estágio na luta contra um pensamento de fundo compensatório e exercido por mecanismos coercivo-repressivos. Os caminhos da descriminação, despenalização ou da destipificação não constituem uma renúncia do poder estatal da reprovação da infringência dos valores institucionalizados pela sociedade dominante e presente à necessidade comunitária, descaracterizando o Direito penal.

Não podemos aceitar um Direito penal injusto, antidemocrático e atentatório aos direitos e garantias individuais proclamados universalmente, servindo aos apetites dos donos do Poder.

Não pode o pluralista olvidar os problemas políticos, económicos e sociais situando-se apenas no campo dogmático ou técnico-jurídico.

A ciência crítica do Direito penal tem como escopo denunciar o abuso por parte dos donos do Poder, que manipulam e ditam as normas penais para garantir as minorias sobre os reais interesses do povo.

Chegou a hora de libertar o Direito penal permitindo-lhe abrir janelas para a realidade social, tirando-o do isolamento, perdendo o carácter de instrumento para legitimar punições, passando efetivamente a conjugar seus objetivos e sua essência com a variada distribuição de fatos que mereçam receber sua atenção e tratamento. ◆