

**MARCELO RAMOS PEREGRINO FERREIRA**

**NOTAS SOBRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

**Monografia apresentada para obtenção do grau de  
bacharel em direito, Departamento de Direito  
Público e Ciência Política, Centro de Ciências  
Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina.  
Orientador: Professor Edmundo Arruda Lima  
Júnior.**

**FLORIANÓPOLIS**

**1997**

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>4</b>
<b>2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....</b>	<b>5</b>
2.1. ILUMINISMO.....	5
2.2. ORIGEM DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	7
2.3. A ESCOLA CLÁSSICA E A ESCOLA POSITIVA.....	12
2.4. FUNDAMENTO JURÍDICO: A OBRA DE FEURBACH.....	23
<b>3 CONCEPÇÃO TRADICIONAL DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....</b>	<b>25</b>
3.1. <u>NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE PRAEUIA - PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL.....</u>	26
3.2. <u>NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE SCRIPTA - PRINCÍPIO DA EXIGIBILIDADE DA LEI ESCRITA.....</u>	31
3.3 <u>NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE STRICTA - PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA ANALOGIA.....</u>	34
3.4 <u>NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE CERTA - PRINCÍPIO DA PREVISIBILIDADE MÍNIMA.....</u>	38
<b>4 VIOLAÇÕES AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: A DOGMÁTICA.....</b>	<b>39</b>

4.1. AS LACUNAS.....	40
4.2. O TIPO.....	43
4.3. A ADEQUAÇÃO SOCIAL.....	48
<b>5 VIOLAÇÕES AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: CRÍTICA</b>	
<b>ESTRUTURAL DE ZAFFARONI</b> .....	49
5.1 A UTÓPICA LEGALIDADE DO SISTEMA PENAL.....	53
5.2. O SISTEMA PENAL NÃO ATUA DE ACORDO COM A LEGALIDADE.....	56
5.3 A LEGALIDADE NÃO É RESPEITADA PELO SISTEMA PENAL FORMAL.....	59
<b>6 AS EFETIVAS FUNÇÕES DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE</b>	
<b>SEGUNDO ROSA MARIA CARDOSO</b> .....	60
<b>7 CONCLUSÃO</b> .....	68
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	

## 1 INTRODUÇÃO

A presente monografia pretende uma análise do princípio da legalidade no sistema penal, mesmo que de forma superficial, através da pesquisa teórica dos autores que abordaram o tema.

Divide-se em três partes principais, a saber: o desenvolvimento histórico do princípio da legalidade; o tratamento dado à matéria pela doutrina tradicional; as violações ao princípio da legalidade no âmbito da dogmática penal e os problemas estruturais do sistema segundo RAÚL ZAFFARONI.

No último capítulo apresentamos as efetivas funções que, segundo CARDOSO CUNHA, desempenha o princípio da legalidade.

## 2.Desenvolvimento Histórico do Princípio da Legalidade

### 2.1.Iluminismo.

O movimento de reforma da legislação penal, em fins do século XVIII, foi fortemente influenciado pelo Iluminismo.

Importante obra de refutação do cenário político dominante foi a de Hugo Grotius que, segundo Von Liszt, auxiliou na busca da fundamentação do direito penal estatal ao conferir à pena fundamento racional. Puffendorf, Thomasius e Christian Wolff, jusnaturalistas, foram importantes na evolução do direito penal por fundarem o direito do estado na razão (ocorrendo portanto a secularização do direito penal), abandonando o direito canônico e romano, opondo-se ao princípio da retribuição e redefinindo o fim da pena na utilidade comum (no mesmo sentido - no plano filosófico Hobbes, Locke e Spinoza)<sup>1</sup>.

Dentre os enciclopedistas destacam-se, em termos de influência no direito penal, Montesquieu autor do *Espírito das Leis*, obra que reclamava a reforma do direito e a independência do poder judiciário e Rousseau dando, com seu *Contrato Social*, os fundamentos da liberdade política e da igualdade

---

<sup>1</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal / a nova parte geral* -. São Paulo : Forense, 1987. p.38.

entre os homens,<sup>2</sup> além de Locke com seu *Fundamentos da desigualdade entre os homens*.

No ano de 1734, Cesar Beccaria<sup>3</sup> publica em Milão *Dos Delitos e das Penas*, no qual assenta as bases da reforma do direito penal vigente. A obra reflete a influência generosa de Montesquieu e de Rosseau. Partindo da própria idéia de contrato social, esboçada pelos contratualistas citados, afirma que o fim da pena é apenas o de evitar que o criminoso cause novos males e que os demais cidadãos o imitem, sendo tirânica toda punição que não se funde na absoluta necessidade. A obra de Beccaria como crítica à operacionalidade da justiça medieval incentivou o início do movimento chamado de humanitário que lançou a idéia do respeito à personalidade humana.

Esclarece FRAGOSO que as idéias básicas do Iluminismo referem-se à proteção da liberdade individual frente ao arbítrio estatal e ainda, mais especificamente: “a abolição da tortura; abolição ou limitação da pena de morte e a acentuação do fim estatal da pena, com afastamento das exigências

---

<sup>2</sup> Id., p.39.

<sup>3</sup> Há quem alegue que as idéias formuladas por Beccaria não lhe pertencem, mas sim aos irmãos Verri na casa dos quais se reuniam em “tertúlias cultas”. ASÚA BATARRITA. Adela. Reivindicacion o superacion del program de Beccaria. In: CICLO DE CONFERENCIAS DE DERECHO PENAL CON OCASION DEL 250 ANIVERSARIO DEL NACIMIENTO DE BECCARIA. (1988 : Bogotá). **El pensamiento penal e Beccaria/ su actualidad**. Bogotá : Universidade de Deusto, Departamento de derecho penal, 1988. p. 14. E ainda, no mesmo sentido no prefácio de Beleza dos Santos do livro: FERRI, Enrico. **Princípios gerais de direito penal /o criminoso e o crime**. São Paulo : Bookseller, 1996. Tradução de Paolo Capitano. p. 07.

formuladas pela Igreja ou devidas puramente à moral, fundadas no princípio da retribuição.”<sup>4</sup> Diplomas legais que recepcionaram as idéias de Beccaria:

- *Instruções* de Catarina II em 1767, dirigidas à comissão de elaboração do CP.
- Código promulgado por Leopoldo II da Toscana em 1786 (abolida a pena de morte e a tortura, limitou-se o arbítrio judicial).
- José II da Áustria com sua lei penal de 1787, aprimorado pelo Código de 1803.
- Em França na Revolução Francesa surgem a Declaração dos Direitos do e do Cidadão, bem como os códigos penais de 1791 e 1810.<sup>5</sup>

## 2.2. Origem do princípio da legalidade

Damásio de JESUS situa a origem legal do princípio da legalidade no artigo 39 da Magna Carta Inglesa de João Sem Terra, ressaltando porém, que a precisão do conceito só veio com a formulação da Declaração dos Direitos do Homem de 1789<sup>6</sup>.

BATISTA por sua vez, nega a origem do princípio no artigo 39 da Magna Carta de João Sem Terra, pois a esta correspondia mera garantia

---

<sup>4</sup> FRAGOSO, op.cit., p.40.

<sup>5</sup> Id., p.41.

<sup>6</sup> JESUS, Damásio. **Direito penal I/ parte geral**. SP : Saraiva, 1980. p. 56.

processual restrita “aos poucos homens livres”<sup>7</sup>. CUNHA, indo ao encontro de BATISTA, analisando o princípio afirma que no sistema feudal, ainda que se identifique o princípio da legalidade em disposição contida na Magna Carta Inglesa de 1215, a garantia formal ali assegurada, referia-se não a toda a coletividade, mas aos homens livres (barões, condes, senhores feudais, membros do clero etc.)

No mesmo sentido, isto é, da incompatibilidade da regra da legalidade, leva em consideração a autora a especificidade do sistema feudal que era avesso à idéia de uma justiça regular e disciplinada que inspira a regra da legalidade.<sup>8</sup> Ao encontro ao entendimento de CUNHA, em interessante e pouco citado trabalho que pretende o levantamento histórico do direito criminal luso-brasileiro avalia THOMPSON:

Nos séculos XII e XIII, quando mais aceso era o embate entre os sistemas adversos de justiça criminal, depara-se-nos uma estranha acumulação de penas a revelar a mistura dos dois regimes. Assim, às vezes o mesmo crime dava lugar, simultaneamente à composição (*wehrgeld*), à aplicação de penas aflitivas (morte, mutilação, açoites), à reivindita (*faida*) e à multa (*fredum*). Era um sistema misto, romano, germânico, romano-visigótico. Os elementos históricos comprovam o fato contraditando a opinião generalizada de

<sup>7</sup> Argumenta Nilo BATISTA estribado em Muir PUIG que a afirmação do diploma legal citado não tem o sentido moderno e que o mesmo invoca os costumes. Segundo ainda a doutrina de Mestieri o princípio da legalidade era desconhecido do direito romano. BATISTA, Nilo **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro : Editora Revan, 1990, p.66.

<sup>8</sup> CUNHA, Rosa Maria Cardoso. **O Caráter Retórico do Princípio da Legalidade**. Síntese : Porto Alegre, .1979. p.29.

que os recursos pecuniários bastavam para remir o delinquente pelo crime. [sublinhamos]<sup>9</sup>

ASÚA, em sentido diverso, afirma que o princípio deita raízes nas instituições do direito ibérico, mais precisamente, nas Cortes do Rei Leão de 1215.<sup>10</sup>

LOPES relativizando a origem do princípio percorre o direito inglês, romano e medieval. Afirma o autor, que se no direito romano havia a expressa previsão dos delitos e das penas, tal “certeza” não chegou a se constituir em uma garantia à liberdade dos cidadãos como concebida a partir do século XVIII.<sup>11</sup> Aliás, oportuna é a lição de THOMPSON que acerca da pena esclarece:

Variadíssimo era o elenco das penas. Marcadas pela extrema crueldade, variavam de lugar para lugar. Por vezes constavam das leis, embora, na grande maioria, estivessem fixadas tão apenas no direito costumeiro. Por isso e pela desuniformidade, dificultosa é reconstituição das múltiplas formas que revestiam. [sublinhamos]<sup>12</sup>

Contrariando a doutrina que propõe uma análise histórica linear do princípio da legalidade com raízes no direito romano, passagem pelo direito feudal e institucionalização no direito burguês, CUNHA alega a estranheza do mesmo ao direito romano, citando SOLER. Para ele, “a jurisprudência romana não buscava estabelecer a vontade ou o exato conteúdo da norma, mas, antes,

<sup>9</sup> THOMPSON, Augusto. *Escoço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. São Paulo : RT, 1976. p.39.

<sup>10</sup> ASUA apud JESUS, op.cit., p.56.

<sup>11</sup> LOPES, Maurício Ribeiro; *Princípio da Legalidade Penal*. SP : RT, 1994. p. 39.

de forma criativa compunha mosaicos normativos, os quais determinavam o contínuo surgimento de linhas alternativas ou analógicas de solução.”<sup>13</sup>

Para a autora, a invariabilidade da fórmula *nullum crimen nulla poena sine lege* dificulta a compreensão das diversas significações que o princípio teve na sua história. Salienta CUNHA que o significado e valor do princípio da legalidade estaria qualificado de maneira diferente em cada estrutura ou época correspondente. Dito de outra forma, no direito romano, no direito germânico e comum o princípio possui características diversas de cada temporalidade específica e que não podem ser encarados sob a concepção de legalidade que se tem contemporaneamente.

Concluindo sobre o enquadramento histórico do princípio da legalidade CUNHA o situa na Revolução Francesa, com o advento do modelo napoleônico de direito com uma “justiça formalmente sujeita a regras previamente legisladas”.<sup>14</sup>

Finalmente, a origem do princípio da legalidade parece-nos estar esparsa na própria história da evolução da justiça penal, sendo o critério

---

<sup>12</sup> Op.cit., p.49.

<sup>13</sup> Id., p. 30.

<sup>14</sup> “O princípio da legalidade dos delitos e das penas, significando a racionalização do poder de punir, surgiu com a reforma da Justiça Penal Européia iniciada no Século XVIII (...)” que para a autora representa a “consolidação de uma justiça estatizada e de um aparelho repressivo do Estado,

cronológico talvez o menos adequado para que a mesma seja situada. Assim, mesmo tendo sido o postulado legalista encontrado na península ibérica como afirmado por JESUS, ou sistematizado no Código de Napoleão como argüi CUNHA, a importância do diploma de 1215 (Carta Magna Inglesa) e de seu conteúdo, ou seja, a idéia de limitação do poder punitivo, refere-se principalmente ao fato de ter sido através dele, que se espalhou pelos E.U.A. e na França.<sup>15</sup>

Dos diplomas que acolheram o princípio da legalidade BATISTA cita: o artigo 9º da Declaração de Direitos da Virgínia (12 de junho de 1776); a seção 9º do artigo I da Constituição Americana (17 de setembro de 1776) que proíbe a promulgação de decreto de proscricção (*Bill of Attainder*) ou de lei retroativa (*ex post facto law*); o artigo VIII da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26 de agosto de 1789) para concluir que o primeiro corpo de leis que incluiu o princípio da legalidade foi a Codificação de D. José II da Áustria, de 1787.<sup>16</sup>

No Brasil todas as Constituições acolheram o princípio a partir da Carta Magna de 1824. O código de 1830 em seu artigo 1º, assim prescrevia: “não haverá crime, ou delito, sem uma lei anterior que o qualifique.” Já o Código de 1890, em seu artigo 1º dispunha: “Ninguém poderá ser punido por

---

com força e legitimação política para a aplicação das sanções previamente estabelecidas.” Op.cit., p.32.

<sup>15</sup> LOPES, p.40.

<sup>16</sup> BATISTA, p. 10.

fato que não tenha sido anteriormente qualificado como crime, e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas.”<sup>17</sup>

Salienta FRAGOSO que o princípio é hoje universalmente consagrado como garantia essencial do cidadão contra os arbítrios do Estado, pois que determina com segurança a esfera do ilícito penal. Dito princípio ainda está presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo XI, 2), na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (artigo XXV) e na Convenção Européia para a proteção dos direitos humanos e liberdades individuais, de 1950 (artigo 7º, I, 1).<sup>18</sup>

### 2.3. A Escola Clássica e a Escola Positiva

As correntes do pensamento filosófico penal, agruparam-se em basicamente duas escolas, são elas: a Escola Clássica e a Escola Positiva.

No entanto, FRAGOSO nega a existência de uma Escola Clássica, pois designa esta na realidade, segundo ele, toda a atividade doutrinária que antecedeu aos positivistas, argumentando que não há para que se defina uma “escola”, “juristas sob um corpo de doutrina comum, em relação

---

<sup>17</sup> FRAGOSO, op. cit. 89.

<sup>18</sup> Id., p. 92.

ao direito punitivo e aos problemas básicos do crime e da pena”.<sup>19</sup> Entendimento contrário é o de FERRI que foi o primeiro a utilizar o termo “Escola Clássica Criminal” para designar uma corrente do movimento chamado por ele de renovador que capitaneou “o protesto contra os excessos medievais e a aspiração a uma reforma das leis e das organizações políticas.”<sup>20</sup>

Basicamente acerca da função da pena poderíamos limitar a exposição às teorias da retribuição ou absolutas (*punitur quia peccatum*) e às teorias da prevenção, relativas ou utilitaristas (*punitur ne ce peccatur*)<sup>21</sup>. A primeira vê na pena uma função de castigo direcionada àquele que descumpriu as regras de convívio social. Representa o pagamento do mal causado pelo indivíduo com o mal institucionalizado ou nas palavras de BRUNO é “[...] então, a pena o mal justo com que a ordem jurídica responde à injustiça do mal praticado pelo criminoso [...]”<sup>22</sup>

Interessante notar que como imanação lógica a idéia de retribuição exsurge com uma garantia do condenado contra o arbítrio e subjetividade do Estado em relação à pena, a qual - como retribui o mal -, haverá de ser proporcional ao dano realizado. No dizer de COSTA:

<sup>19</sup> ANÍBAL, Bruno. **Direito penal / parte geral**. Rio de Janeiro : Forense, 1978. p.43.

<sup>20</sup> Op. cit., p. 49.

<sup>21</sup> Op.cit., p.93.

<sup>22</sup> Encontra a idéia de retribuição da pena, acolhida na Escola Clássica nos seguintes autores: Kant, Hegel, Rossi, Carrara, Pessina entre outros. Op.cit., p.93.

ela [pena] é essencialmente uma privação de bens que se impõe como retribuição ao fato cometido. A essência retributiva da pena postula-se em relação de proporcionalidade [sem grifo no original] entre a gravidade do fato cometido e a gravidade da punição (a gravidade do fato depende do conteúdo da ilicitude).<sup>23</sup>

A concepção retributiva da pena é vista como retribuição divina (Stahl Becker), moral (Kant) ou jurídica (Hegel, Pessina) e “apela à responsabilidade moral do indivíduo e ao seu livre arbítrio, admitindo que a pena deva ser ajustada à personalidade do mesmo e não ao socialmente útil” (Rossi, Carrara, Binding, Beling). Essa concepção, ajustada à personalidade do criminoso, aparece nas reformas dos códigos penais europeus entre 1820 e 1860. Inaugura-se a privação de liberdade como tônica da penalidade<sup>24</sup> como já previsto por Beccaria e utilizado pela Igreja desde o século IV. Nessas reformas legislativas a personalidade do criminoso começa a aparecer como vetor da aplicação da pena, através das circunstâncias atenuantes.<sup>25</sup>

A segunda, a teoria da prevenção/utilitarista, atribue uma utilidade à pena, qual seja, a de através do temor generalizado pela sua

<sup>23</sup> COSTA, Álvaro Mayrink. **Direito penal/ parte geral**. RJ : Forense, 1991. p. 326.

<sup>24</sup> A prisão fora vista com suspeição uma vez que se remetia ao arbítrio do poder monárquico e tinha uma papel marginal até então no sistema das penas. Foi somente a partir do surgimento dos “grandes modelos de encarceramento punitivo” (modelo da Filadélfia, a cadeia de Gand, reformatório de Hanway) que vinham na pena a função de “modificar os espíritos” dos criminosos no fim do século XVIII e princípio do século XIX que a detenção passa a ser a pena prevalente. O corpo e a alma nas palavras de Foucault tornam-se o objeto da intervenção punitiva. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 10ª edição. São Paulo : Vozes, 1993. Tradução de Ligia Pondé Vassalo. (p. 105-106, 111, 116, 207).

<sup>25</sup> CUNHA, op. cit., p. 38.

aplicação, esmorecer a vontade de delinquir dos cidadãos.<sup>26</sup> Pode-se identificar em Beccaria um representante da concepção utilitária da legalidade.<sup>27</sup> Essa concepção teórica de legalidade subsiste na Declaração dos Direitos do Homem da Revolução Francesa e nos 1º e 2º códigos revolucionários franceses:

A pena deve ser, portanto, uma medida utilitária que favoreça os fins de prevenção geral e especial; a responsabilidade penal será proporcional ao dano social causado pela ação ilícita, [sublinhamos] as principais penalidades surgem comprometidas com a idéia de exclusão física ou moral do criminoso da sociedade [...]<sup>28</sup>

O movimento da Escola Clássica, teve seu caminho aberto pelo surgimento em 1764, do livro do Marquês de BECCARIA - *Dos Delitos e das Penas*- muito influenciado pelos Enciclopedistas da época. Entre as idéias de Cesare Bonesana, que invocaram a aceitação da maioria das legislações do mundo moderno, destacamos:

- a negação da legitimidade da pena de morte, admitida somente nos casos de contra a segurança do Estado.

- a igualdade de tratamento dos criminosos perante o mesmo crime.

<sup>26</sup> Cita BRUNO como representantes da teoria da prevenção/utilitarista Beccaria, Filangieri, Carmignani, Feuerbach e Romagnosi. Op.cit., p.94.

<sup>27</sup> Poderia-se argumentar que em Beccaria a previsão da proporcionalidade da pena com o delito cometido, não obstante sua característica de garantia, apresenta um caráter retributivo, uma vez que o acusado deverá “pagar” exatamente pelo que fez.

<sup>28</sup> CUNHA, op. cit., p. 38.

- a negação da legitimidade da tortura praticada pelos Tribunais comuns e eclesiásticos.

- a pregação da necessidade de moderação e proporcionalidade das penas.<sup>29</sup>

O livro citado lançou as sementes de um movimento humanitário que culminou com o surgimento da Escola Clássica. Baseado em Hume, Montesquieu e Rousseau, BECCARIA lança seu brado contra a crueldade das penas, a pena de morte, o arbítrio judicial e a desigualdade das penas, determinadas pela classe social do delinquente. Tendo como pressuposto filosófico a idéia do contrato social, a obra representa o pensamento ilustrado no âmbito da justiça penal, o que significa dizer que propugnava por um novo modelo de sociedade, secularizada, fundada não mais na divindade do poder, mas no pacto dos indivíduos entre si<sup>30</sup>. Destarte, mais do que um clássico do direito penal, a obra de BECCARIA, representa a denúncia dos abusos e privilégios do *establishment*, da tirania do poder absolutista, crítica esta em consonância com os filósofos ilustrados. O autor espanhol ASÚA BATARRITA afirma que:

---

<sup>29</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo Oliveira. São Paulo : Ediouro, 1996, p.13.

<sup>30</sup> “O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder se afastar dessa base é abuso e não justiça é um poder de fato e não de direito é uma usurpação e não um poder legítimo.” Ibidem p.27.

[..] O livro passou a engrossar o que era chamado de ‘literatura militante’, elemento fundamental para estender a aceitação das reformas penais propostas, e posteriormente consolidar as conquistas revolucionárias daquele estágio histórico que iniciou a ruptura com o Antigo Regime [traduzimos].<sup>31</sup>

BRUNO distingue duas correntes da Escola Clássica. Uma que “pretendeu criar um direito punitivo baseado na necessidade social” a qual filiam-se Filangieri, Romagnosi e Carmignani. E outra, que compreende a exigência ética na retribuição da pena, que inclui a metafísica jusnaturalista e que tem como expoentes Rossi, Carrara e Pessina.<sup>32</sup>

Dentre os autores, “membros” da Escola Clássica citados por FRAGOSO figuram Romagnosi, Mario Pagano, Carmignani, Feuerbach, Jeremias Bentham<sup>33</sup>, Kant, Pellegrino Rossi e Carrara<sup>34</sup>, “o mestre insuperável deste período”.

Os postulados da Escola Clássica elencados por FRAGOSO são compostos de certos princípios citados por Carrara em sua obra, quais sejam:

<sup>31</sup> Op. cit., p. 11.

<sup>32</sup> Op.cit., p. 97.

<sup>33</sup> a) Bentham: “[...] fundador do Utilitarismo, princípio em que baseia toda a sua concepção de pena, atribuindo a essa o sentido predominante de prevenção.” b) Kant: “[...] a pena é tão somente justa retribuição, não podendo ser considerada meio para qualquer outro fim. Funda-se num imperativo categórico e encontra em si própria sua justificação, sendo o talião sua justa medida.” c) Rossi: “[...] o direito penal funda-se na justiça moral, sendo o crime a violação de um dever e a pena a justa retribuição.” d) “[...] o direito penal funda-se na justiça moral, sendo o crime a violação de um dever e a pena a justa retribuição.” Op.cit. p. 42.

<sup>34</sup> Funda-se Carrara no direito natural, afirmando a existência de uma lei eterna de ordem, formulada por Deus, da qual deriva a sociedade, a autoridade e o direito desta para proibir e castigar.[...] Característico em Carrara é que funda seu sistema em princípios de razão e não na sensibilidade do direito positivo. Carrara somente se refere ao direito positivo para ilustrar sua exposição sistemática. Op. cit., p.43.

- a) o crime é um ente jurídico, representando a violação de um direito - *e não uma norma do direito positivo*;
- b) responsabilidade penal fundada no livre arbítrio estando portanto o sistema penal vinculado à liberdade de querer, da qual deriva a distinção entre imputáveis e ininputáveis;
- c) a pena é retribuição jurídica e restabelecimento da ordem externa violada pelo direito, como expiação da culpabilidade contida no fato punível como declara BRUNO<sup>35</sup>;
- d) método lógico abstrato no estudo do direito penal (dedutivo), pois fundava-se em princípios como o contrato social, proporcionalidade das penas dentre outros para definir o seu sistema.<sup>36</sup>

O surgimento da Escola Positiva tem, segundo SANTOS, estreita relação com o aumento da criminalidade no século XIX ocasionada pela “esterilidade científica dessas especulações puramente jurídicas dos clássicos”<sup>37</sup>, que como já citado, fixavam-se antes na conceituação de crime como entidade jurídica, do que na pessoa do criminoso como posteriormente o fez a Escola Positiva.

---

<sup>35</sup> Op. cit., p.105.

<sup>36</sup> FRAGOSO, op.cit., p.43.

<sup>37</sup> Apud FERRI, op. cit., p. 8.

Assim como a Escola Clássica surgiu da influência dos filósofos da época, a Escola Positiva bebeu da fonte dos evolucionistas e positivistas e imprimiu no universo penal a utilização do método experimental ao qual FERRI prefere chamar de galileano<sup>38</sup>. Tem seus maiores expoentes em Lombroso, Ferri e Garófalo.

Uma das críticas severas de FERRI à Escola Clássica consiste justamente no isolamento do delinquente, proporcionado pelo uso do método indutivo, uma vez que o crime é visto somente do ponto de vista “jurídico”. A Escola Positiva, “corrigindo” a metafísica da escola precedente, pretende a análise da personalidade do criminoso, e de sua periculosidade para fins de fixação da política criminal, inserindo no debate a concretude do seu objeto - o homem.

FERRI comentando a obra de Lombroso, outro dos fundadores da Escola Positiva, assinala:

[...] mas depois consentiu na idéia por mim sustentada de que se tratava, pelo contrário, de aplicar o método indutivo (galileano) ao estudo da justiça penal, substituindo-o ao método dedutivo, de lógica abstrata. Daqui resultava que antes de estudar o crime como “ente jurídico” e infração da lei penal”, era preciso estudá-lo e conhecê-lo como fenômeno natural e social, notando-lhe as causas tanto naturais como sociais e

---

<sup>38</sup> Ibidem, p.47.

avaliando-o como expressão anti-social de uma personalidade delinquente.[grifamos]<sup>39</sup>

FERRI acusa a Escola Clássica, na sua tentativa de libertar a humanidade do jugo tirânico do absolutismo monárquico no âmbito penal, de cometer exageros na proteção dos direitos dos delinquentes, constituindo “quase a magna carta dos delinquentes em face da sociedade.”<sup>40</sup> O autor assinala inclusive que as duas causas do declínio da Escola Clássica são: primeiro, a consideração do imputado como vítima do Estado, em que o direito penal surge como limitação da tirania do mesmo; segundo, o método dedutivo que abandona o criminoso e adere à noção de crime como ente jurídico.<sup>41</sup>

Apontando a maior diferença entre as Escolas, FERRI sentencia:

A diferença profunda e decisiva entre as duas escolas está portanto principalmente no método: dedutivo, de lógica abstrata, para a escola clássica,- indutivo e de observação dos fatos para a escola positiva; aquela tendo por objeto o ‘crime’ como entidade jurídica, esta, ao contrário, o ‘delinquente’ como pessoa, revelando-se mais ou menos socialmente perigosa pelo delito praticado.[sublinhamos]<sup>42</sup>

Assim a Escola Positiva, “expressamente, vincula a punição à personalidade do criminoso, e que desqualifica, na imposição do castigo, a

<sup>39</sup> Id., p. 60.

<sup>40</sup> Id., p.49.

<sup>41</sup> Id., p. 59.

<sup>42</sup> Id., p. 63.

estrita correspondência entre fato criminosos e lei.”[sem grifo no original] <sup>43</sup>

Essa “quebra da estrita legalidade”(pelo menos em seu sentido “clássico”), para a aferição de penas leva mais em consideração a possibilidade de delinquir do acusado e a possibilidade de sua reincidência do que a determinação da tipicidade e da identificação com o estabelecimento da punição.

A fase mais extremada corresponde à versão italiana e vai de meados do século XIX até o início do século XX. FERRI, por exemplo, “identificaria na reação punitiva uma medida de defesa social, o que o leva a privilegiar a prevenção do crime em relação à sua repressão. A pena deve ser indeterminada e adequada à personalidade do criminoso, buscando reajustá-lo às exigências do meio”.<sup>44</sup> As idéias fundamentais do projeto do autor são a prevenção e a correção moral.

Desta forma, o conceito de periculosidade tem bases no positivismo criminológico. O ideário de vigilância e do controle, em contraposição à investigação do inquérito que recompunha a verdade do passado, passa a ser a tônica do discurso jurídico penal. Assim, “(...) substituiu-se a relação culpabilidade-por-um-fato/punição pela forma periculosidade/punição”. A escola de Von Liszt foi a que deu ao pensamento

---

<sup>43</sup> CUNHA, op.cit., p.40.

<sup>44</sup> Apud CUNHA, p. 53.

retribucionista a versão definitiva fazendo prevalecer o binômio citado de periculosidade/punição na esfera do direito penal.<sup>45</sup>

Desta forma, temos a predominância do critério subjetivo, de avaliação da pessoa do condenado e de sua respectiva periculosidade, na Escola Positiva, contrastando com a análise objetiva da Escola Clássica sobre a criminalidade que vê o crime como entidade jurídica e não como fator de patologia, por exemplo.

BRUNO elenca os itens que esboçam o conteúdo da Escola Positiva:

a) partir o Direito Penal da pessoa do criminoso, na sua realidade biológica e social;

b) basear a responsabilidade criminal na responsabilidade social, ou conforme a mais recente orientação, na perigosidade criminal do agente como critério segundo o qual não só se justifica mas se especializa a sanção oposta ao crime;

---

<sup>45</sup> Id., p.42.

c) fazer da sanção criminal, não castigo de culpabilidade, mas instrumento de defesa social, pela recuperação do criminoso ou pela sua segregação, nos caso de desajustes invencíveis.<sup>46</sup>

#### 2.4.Fundamento jurídico: a obra de Feuerbach

Uma das máximas do direito penal moderno é a fórmula *latina nullum crimen, nulla poena sine lege*, da qual derivam as funções que a seguir serão estudadas do princípio da legalidade. Salaria BATISTA que a fórmula latina relativa ao princípio da legalidade foi introduzida na linguagem jurídica por Feurbach em seu Tratado de 1801. Das obras de Feuerbach, esclarece o autor, não consta a fórmula ampla *nulla crimen nulla poena sine lege*, mas sim uma articulação das fórmulas *nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legali e nulla poena (legalis) sine crimine*.<sup>47</sup>

Um dos pilares sobre o qual se assentava a teoria do autor alemão consistia em sua “concepção preventivo-geral da pena” entendida como “coação psicológica”. Se a pena tem função intimidatória, “só poderia ser infligida a pena com a qual a lei ameaçara.” Outro pilar sobre o qual, segundo BATISTA, baseava-se a teoria feurbachiana é o liberalismo que não apenas

---

<sup>46</sup> Op.cit. p.122.

pretendia a defesa do Estado contra o criminoso, mas também a recíproca, resguardando o direito do último. E finalmente, a presença da concepção contratualista que caracteriza o debate político da época, como se pode constatar em BECCARIA, por exemplo.<sup>48</sup>

Surgindo como exigência de natureza política, a conhecida fórmula latina da obra de Feuerbach nasce como consequência de sua teoria da coação psicológica.

Esta por sua vez, baseia-se na idéia da ameaça como fundamento da pena a ser eventualmente aplicada. Da lição de FRAGOSO, temos a síntese de dita teoria:

Toda inflição de pena pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lege*). **Somente a ameaça de um mal através da lei fundamenta a noção e a possibilidade jurídica da pena.** A inflição da pena está condicionada à existência da ação ameaçada (*nulla poena sine crimine*). Através da lei a pena ameaçada se liga ao fato como pressuposto jurídico necessário. O fato legalmente ameaçado (o pressuposto legal) é condicionado através da pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Através da lei o mal liga-se a determinada violação de direito como necessária consequência jurídica. [sem negrito no original]<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> Op. cit. p.66.

<sup>48</sup> Id., p.67.

<sup>49</sup> Op.cit., p. 93.

### 3. Concepção Tradicional do Princípio da Legalidade

Mais do que exigência política e decorrência da evolução histórica da humanidade, o princípio da legalidade torna-se essencial para própria estrutura do crime e do Estado de Direito. Sua acepção mais divulgada refere-se ao compromisso dos órgãos do Estado de tornarem a lei penal escrita e estrita a única fonte de incriminações e penas, sendo tal garantia tradicionalmente expressa na fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Não se pode obedecer ou violar, senão o que é previamente imposto, como visto em FEURBACH. Como elemento de análise da ciência política a qualificação de um ordenamento punitivo como jurídico e não como mero regime de força depende da existência do princípio da legalidade na construção da atividade punitiva.<sup>50</sup>

Em sua **Introdução crítica ao direito**, BATISTA estatui que o princípio da legalidade não se restringe à concepção da previsibilidade da atuação do sistema penal (Roxin), mas da mesma forma na perspectiva subjetiva de segurança jurídica (Zaffaroni). Garante deste modo que o cidadão não será exposto a constrangimento penal que extrapole o imperativo normativo.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> SOLER, apud FRAGOSO, p.94.

<sup>51</sup> Op.cit., p.67.

Sobre o alcance do princípio da legalidade, ressalta BATISTA que sua abrangência inclui a pena legislada, a pena aplicada pelo juiz e a executada pela administração penal. E mais importante ainda, BATISTA assinala o caráter constitutivo da pena, pois, segundo ele, “o princípio da legalidade não apenas *exclui as penas ilegais* (função de garantia), porém ao mesmo tempo *constitui a pena legal* (função constitutiva).”

De modo que o princípio resguarda tanto o direito do indivíduo de não ser submetido a pena que não esteja prevista no ordenamento (tortura, banimento etc) como também a define através de seu caráter constitutivo.<sup>52</sup>

Esculpido no artigo primeiro do Código Penal e no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal, o princípio da legalidade assume múltiplas funções.

As mais citadas pela doutrina assumem diversas denominações, razão pela qual citamos as respectivas fórmulas latinas:

### 3.1. Nullum crimen nulla poena sine lege praevia

#### Princípio da Irretroatividade da Lei Penal

---

<sup>52</sup> Ibidem., p. 68.

O princípio compreende a inadmissibilidade de retroatividade da lei penal, de maneira que esta deva ser anterior ao fato que se quer punir. Tal garantia está prevista na Carta Política no artigo 5º, inciso XL, CF/88 que dispõe que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar réu”. Define JESUS que: “Não há crime sem que, antes de sua prática, haja uma lei descrevendo-o como fato punível. Por outro lado, a pena não pode ser aplicada sem lei anterior que a contenha. É lícita, pois, qualquer conduta que não se encontre definida em lei penal incriminadora. [grifamos]”<sup>53</sup>

O alcance da irretroatividade abrange todas as características do fato, no conjunto de todas as normas jurídicas que o qualificam e estabelecem consequências para o mesmo<sup>54</sup>. Desta forma, uma nova figura penal não pode lançar efeitos de modo a incriminar condutas que à época de sua realização consistiam em atividade lícita, permitida pelo direito. Mas a proibição da retroatividade da lei penal não abrange somente o fato em si. Ressalta BATISTA que tudo que se refira à pena ou ao crime não pode retroagir em detrimento do acusado.<sup>55</sup> Assim, mesmo tendo sido a criação do da lei penal anterior à conduta, a pena ou qualquer outro elemento que venha a prejudicar o acusado não pode ser majorada/alterado.

---

<sup>53</sup> JESUS, Damásio, op. cit., p.58.

<sup>54</sup> FRAGOSO, op. cit., p.95.

<sup>55</sup> op.cit., p. 68.

O mesmo autor reconhece por outro lado, consoante maioria da doutrina corrente, que excetuam-se as leis temporárias (com prazo de vigência determinado) e excepcionais (“promulgadas em face de situações especialmente conflitivas e calamitosas”)<sup>56</sup>. Aliás, é o próprio artigo 3º do Código Penal que admite que ao ato praticado durante a vigência da norma temporária ou excepcional aplicam-se as mesmas, não obstante, já tenham perdido a validade. À possibilidade da norma revogada exercer efeitos sobre a conduta passada, realizada durante a sua vigência, dá-se o nome de ultratividade. Sobre a alegação de alguns autores de que a ultratividade representa retroatividade de lei penal mais rigorosa, NORONHA é taxativo:

Não se pode ver na ultratividade dessas leis violação ao princípio constitucional de que a lei retroage quando beneficiar o acusado (artigo 5º, XL). Não se trata aqui de retroatividade, **mas de ultratividade**, isto é, a lei aplica-se a fato cometido quando ela estava em vigor: permanece o princípio *tempus regit actum*. [negrito não presente no original]<sup>57</sup>

CERNECCHIARO nega a existência da ultratividade da lei especial ou temporária e perspicaz fundamenta a regularidade do fenômeno no conflito aparente de normas, onde há de prevalecer a lei especial (temporária ou excepcional) sobre a lei geral (*lex specialis derogat legem generalis*),

---

<sup>56</sup> BATISTA, op.cit. p.69.

<sup>57</sup> NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo : Saraiva, 1991.v. I, p.78.

desconhecendo o problema da retroatividade. Segundo o autor, “a lei jamais é ultrativa, no sentido de continuar a vigor após a revogação”, pois cessação de vigência não se confunde com revogação.<sup>58</sup>

Entendimento diverso é minoria na doutrina, tendo entre os opositores da possibilidade da ultratividade, HUNGRIA<sup>59</sup> e GARCIA<sup>60</sup>. No mesmo sentido, encontramos interessante argumentação na obra do professor gaúcho Salo CARVALHO que não admite a superveniência de norma penal que não para beneficiar o réu, alegando inclusive a inconstitucionalidade do artigo 3º do Código Penal. O *princípio da extratividade da lex mitior*, como define o autor, estende-se tanto para o passado, como para futuro projetando os efeitos da lei benéfica, daí sua crítica:

Justifica-se o termo legal (ultratividade) através do entendimento de que a regra não descriminaliza o fato, apenas cessam temporariamente as razões da lei. *Data venia*, discordamos dos argumentos. Tanto lei excepcional quanto temporária prevêm em seu texto termo descriminalizante - sucessão de *lex mitior*. A lei benéfica não pode ser encarada apenas como produção legislativa positiva - manufatura legal -, mas, igualmente, como processo negativo - descriminalização. [sublinhamos]<sup>61</sup>

<sup>58</sup> CERNECCHIARO, Luiz Vicente ; COSTA JR., Paulo José da. **Direito penal na constituição**. São Paulo : RT, 1995, p.85.

<sup>59</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro : Forense, v. I, 1980, p.114.

<sup>60</sup> GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. São Paulo : Max Limonad v. I, 1954, p.150.

<sup>61</sup> CARVALHO, Salo de. **Política criminal de drogas no Brasil** : do discurso oficial às razões da descriminalização. Rio de Janeiro : Luam, 1996, p.87

Ressalte-se que nestas hipóteses de “anormalidade” a eficácia da lei estaria ameaçada -caso se aceitasse a incidência da lei mais favorável -, uma vez que tendo tempo determinado, a conduta típica seria sempre descriminalizada pela superveniência de lei mais benéfica. Porém, fazendo coro com CARVALHO, LOPES sobre a justificação esposada da ultratividade das leis em questão afirma que “Não resta dúvida sejam alegações pragmáticas, de extremo realismo, fundadas em razões de política criminal de defesa social, por vezes de ética irretorquível, mas de constitucionalidade duvidosa.”<sup>62</sup>

E vai além, citando ainda LOPES a possibilidade da infringência pelo artigo 3º do Código Penal o artigo 5º, parágrafo 2º, incisos XXXIX e XL da CF/88. Reconhece finalmente o autor que a existência de tais normas representa “certa anomalia do funcionamento democrático do Direito Penal”<sup>63</sup>, devendo ser portanto evitadas.

Parece-nos inovar o autor paulista ao fundamentar o princípio da irretroatividade, além do que na própria legalidade, na idéia do direito adquirido<sup>64</sup>. Sustenta LOPES a existência de um direito na órbita individual do

---

<sup>62</sup> Op. cit., p.96.

<sup>63</sup> Op. cit., p.98.

<sup>64</sup>Tal concepção “contratualista” é presente em BECCARIA em seu clássico **Dos Delitos e das Penas**: “Se cada cidadão tem obrigações para com a sociedade, a sociedade tem igualmente obrigações a cumprir para com o cidadão, pois a natureza de um contrato consiste em obrigar igualmente as duas partes contratantes (...)” Op. cit., p. 149.

cidadão ao qual o Estado não pode infringir<sup>65</sup>, tendo em vista a lei anterior. Extrai portanto o acusado os efeitos da lei posterior, no caso de lei anterior mais severa, pois configura-se o direito do Estado de punir o indivíduo, cabendo a este o direito de não ter sua conduta abrangida por uma norma mais grave do que a então vigente.<sup>66</sup>

LOPES afirma que a fórmula latina esboçada neste item tem “externação principiológica” dupla ou por vezes tripla (sic), desdobrando-se em princípio da anterioridade, princípio da irretroatividade, princípio da retroatividade da lei benéfica<sup>67</sup>, mesmo admitindo o último como decorrência do primeiro<sup>68</sup>.

### 3.2. Nullum crimen nulla poena sine lege scripta

#### Princípio da Exigibilidade de Lei Escrita<sup>69</sup>

<sup>65</sup> A escola positiva, através de FERRI é eloquente no sentido de negar a proposição defendida por Ribeiro LOPES: “Mas é sobretudo um absurdo jurídico e moral falar em direito público - de “direitos adquiridos” especialmente, depois por parte do delinquente. como se o crime se pudesse incluir entre os meios de aquisição dos direitos”. Op. cit., p. 154.

<sup>66</sup> LOPES, op. cit., p.92.

<sup>67</sup> O autor colombiano Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA denomina o princípio da retroatividade de *principio da favorabilidade*, representando este a norma retora nos casos de trânsito de uma legislação penal a outra e se define como a exigência ao juiz de aplicar a lei penal mais benigna de todas as vigentes desde o fato até o momento de prolação da sentença. FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. **Derecho penal fundamental**. Bogotá : Editorial Temis Libreria, 1982, P.385.

<sup>68</sup> Op.cit., p.81.

<sup>69</sup> LOPES, op.cit., p.107.

Não há pena sem lei escrita que o estabeleça. Neste sentido, só a lei em sentido estrito é fonte de normas incriminadoras. Nem mesmo ao atos normativos com força de lei podem criar tipos ou cominar penas, a exemplo das medidas provisórias<sup>70</sup>.

No entanto, não somente a lei participa da “experiência do direito penal”. Também o faz o costume, mesmo que de forma subsidiária. É equívoco supor que os costumes não participem da experiência jurídica penal. O costume tem função integrativa na elucidação de certos elementos do tipo como “mulher honesta”<sup>71</sup>, “ato obsceno”, “ultraje público ao pudor”<sup>72</sup>. LOPES argumentando

---

<sup>70</sup> Do escólio do Professor TOLEDO temos que, “a medida provisória, por não ser lei, antes de sua aprovação pelo Congresso, não pode instituir crime ou pena criminal. Se faz choca-se com o princípio da reserva legal, apresentado vício de origem que não se convalesce pela sua aprovação posterior, já que pode provocar situações e males irrecuperáveis.” Posição Contrária é a expressa por CERNECCHIARO que apesar de argumentar que a teleologia do princípio da legalidade conecta-se com a participação dos representantes do povo na elaboração da lei penal, afirma em extenso arrazoado, que a medida provisória adquire vigência, após a aprovação pelo Congresso Nacional que a torna lei. No entanto, se as medidas provisórias já se consubstanciam em abuso do poder executivo e usurpação do poder legislativo quando não editadas em casos de urgência como previsto pela Constituição Federal de 1988, em matéria penal, o abuso torna-se ainda mais grave. A ausência de discussão parlamentar enseja verdadeiras heresias jurídicas tais como as contidas na MP 427, reeditada sob número 449 e transformada na Lei 8.866/94 que prevê a prisão de diretores e gerentes e administradores quando o depositário infiel for pessoa jurídica, estatuinto a responsabilidade objetiva no âmbito criminal. LEÃO, Antônio Carlos Amaral. Alguns comentários sobre as heresias jurídicas contidas na MP 427 de 11.02.94. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 707, p.267-270, set/94.

<sup>71</sup> Exemplo significativo é a hipótese de desconsideração de elemento do tipo para ampliar a “proteção” à mulher nos casos de estupro. Decidiu o Tribunal de Justiça do Mato Grosso: “*Ementa oficial* - É irrelevante, à existência do estupro o estado ou qualidade da vítima: solteira, casada, virgem ou não, honesta, devassa ou prostituta porque, em qualquer caso, tem a mulher o direito à tutela da lei, visto que a proteção se dirige ao direito de livre disposição do próprio corpo.” **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 700, p. 355, fevereiro de 1994.

<sup>72</sup> A nota de rodapé de Nilo BATISTA concernente à matéria da moral merece transcrição: “Hungria afirma que, no ultraje ao pudor, ‘a lei se reporta a um costume social, isto é, à moralidade coletiva em torno dos fatos da vida social, ficando subordinada, para o seu entendimento e aplicação, à variabilidade, no tempo, e no espaço, desse costume.’ (Comentários ao Código Penal, Rio, 1958, v.I,t.I, p.94) Advirta-se para os riscos aceitar-se, acriticamente, o conceito de ‘moralidade coletiva’ numa sociedade de classes. Ensina Adolfo Sandez Vasquez ser ‘evidente a natureza particular da moral nas sociedades classistas, em face da pretensão de uma moral universalmente

acerca da grande importância do costume na elucidação do tipo, assinala o seu caráter operativo sobre a legalidade penal<sup>73</sup>. Possui ainda, seguindo a exposição do autor citado, a função de cláusula de exclusão de ilicitude<sup>74</sup> nos casos da causa supralegal (consentimento do ofendido), de atenuação da pena (artigo 66 do CP) ou da culpa (inexigibilidade de outra conduta como critério geral de exclusão de culpabilidade).

No entanto, existem limites ao uso dos costumes como fonte. Além da impossibilidade de criar e agravar crimes e penas, o “desuso” da lei penal não a revoga. A omissão do poder competente em reprimir determinada conduta não enseja descriminalização, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Reconhece-se, em doutrina, que o costume, sempre que beneficie o cidadão é fonte do Direito Penal. Não obstante, para nascimento do direito consuetudinário são exigíveis certos requisitos essenciais (reconhecimento geral e vontade geral de que a norma costumeira atue como direito vigente), não identificáveis com a mera tolerância ou omissão de algumas autoridades.<sup>75</sup>

---

válida’ (Ética, Rio, 1970, p.199). ‘Dificilmente as classes dominantes conseguem impor a moral por elas elaboradas à totalidade da sociedade’ (Cesare Luporini, As raízes da vida moral, in Moral e Sociedade, trad. N. Rissone, Rio, 1969, p.65); entretanto, através de conceitos como ‘moralidade coletiva’, o direito pode transformar a coerção social no mais terrível instrumento de sua imposição.” [sublinhamos]. Op. cit. 70.

<sup>73</sup> Op.cit.p.111.

<sup>74</sup> BRUNO diz que o princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*, “significa somente que não há fato punível sem lei, não há pena sem lei, mas não quer dizer que não haja exclusão de tipo ou exclusão de pena sem lei.”Op. cit., p. 203.

<sup>75</sup> REsp. 2.202 - SP, DJ, 2 de abril de 1990, p.2461 apud TOLEDO op. cit., p. 26.

Há ainda em relação à presença do costume na lida da lei penal a questão da adequação social da pena, através da qual o crime perfeitamente tipificado não é considerado como tal (perfuração de orelhas para uso de brincos, circuncisão). Ou na sintética explanação de TOLEDO, citada por LOPES, “se o tipo delitivo é um modelo de conduta proibida, não é possível interpretá-lo em certas situações aparentes, como se estivesse também alcançando condutas ilícitas, isto é, socialmente adequadas.”<sup>76</sup>

*In casu*, a ação socialmente adequada não será punida, mesmo que típica, operando desta forma o costume como fonte que reinsere a abstração da norma penal numa determinada situação histórica.<sup>77</sup>

Temos desta forma que os costumes intervêm no direito positivo penal de várias formas, sendo-lhe no entanto vedado a criação ou agravamento de crimes e penas.

### 3.3. Nullum crimen nulla poena sine lege stricta

#### Princípio da Proibição do Uso da Analogia

---

<sup>76</sup> Apud, op.cit. p.112.

<sup>77</sup> Os camelodrómos que se espriam pelas cidades, em muitos casos construídos pelo próprio Poder Municipal como em Florianópolis, vendem mercadorias contrabandeadas e são tolerados. A procedência da mercadoria tanto é de origem duvidosa, que em Brasília a sede deste comércio informal tem o sugestivo nome de Feira do Paraguai.

Proíbe-se a utilização da analogia para abranger casos que a lei não contemple expressamente, caso em que há lacuna a ser colmatada. Da mesma forma que o uso limitado do costume no âmbito penal a proibição do uso da analogia para agravar ou criar tipos penais, fundamenta-se na necessidade de se resguardar os direitos do indivíduo perante o poder punitivo do Estado e mais especificamente perante o arbítrio judicial. Argumenta FERNANDEZ CARRASQUILLA:

[...] as normas retoras canalizam a atividade interpretativa do juiz, impondo restrições à livre criação do direito por via judicial, antepondo critérios deontológicos que o intérprete deve acatar acima de seus próprios, precisando o sentido e alcance que há de se conferir ao delito, proscrevendo elementos conceituais para assinalar os limites máximo e mínimo da punibilidade, tudo isso abaixo do axioma da autolimitação do poder público que é próprio de seu exercício nos Estados de Direito. [traduzimos do espanhol]

<sup>78</sup>

BATISTA define analogia como “o procedimento lógico pelo qual o espírito passa de uma enunciação singular a outra enunciação singular (tendo, pois, caráter de uma indução imperfeita ou parcial), inferindo a segunda em virtude de sua semelhança com a primeira.”<sup>79</sup>

Em outras palavras, seria o procedimento pelo qual o jurista atribue a um caso não previsto expressamente as condições de um caso

---

<sup>78</sup> FERNANDEZ CARRASQUILLA, op.cit., p. 367.

semelhante. A aplicação analógica da lei penal é absolutamente inconcebível, pois contraria de forma direta o princípio da legalidade que estatui a reserva da lei escrita como única fonte criativa de tipos e penas.

TOLEDO diferencia analogia de direito de analogia de lei. A analogia de direito baseia-se num conjunto de normas das quais se extrai o aplicável ao caso omissis. No segundo caso, parte-se não de um universo de normas, mas do preceito legal isolado, singular, emprestando seu sentido ao caso semelhante.<sup>80</sup>

LOPES argumenta como fundamento da proibição da analogia o carácter fragmentário do direito<sup>81</sup>. O Estado através de seus órgãos apenas pune aquelas condutas consideradas como intoleráveis e não todas as condutas, ficando apenas os “deslavres penais restritos” à legislação penal<sup>82</sup>. Permitir o uso da analogia é retirar do direito penal este carácter fragmentário e transformá-lo em um contínuo, produzindo desta forma uma indesejável inflação penal.

Aponta no mesmo sentido que o fundamento da proibição do uso da analogia não se refere à necessidade de certeza do direito, pois desta forma

---

<sup>79</sup> Op.cit., p.74.

<sup>80</sup> Op.cit., p. 26.

<sup>81</sup> TOLEDO assim o define: “Eis aí o carácter fragmentário do direito penal: dentre a multidão de fatos ilícitos possíveis, somente alguns - os mais graves - são seleccionados para serem alcançados pelas malhas do ordenamento penal.”Op.cit., p.14.

<sup>82</sup> Op. cit.,p.123.

teríamos que excluir a analogia *in bonam partem*<sup>83</sup>, o que seria inadmissível, pois que autorizado pela Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, XXXIX). Ressalta o ilustre professor paulista que, na realidade, sendo este princípio decorrente do princípio da legalidade, da primazia do Poder Legislativo de criar normas incriminadoras, qualquer extensão deste transforma-se em arbítrio.

No entanto, ressalta TOLEDO que a interpretação analógica (extensiva) permitida, não se confunde com o aqui dissecado e esclarece citando o exemplo de HUNGRIA:

Quando no seu artigo 28 o Código declara que a *emoção*, a *paixão*, ou a *embriaguez* não excluem a responsabilidade penal, tem-se de entender que se refere a esses estados psíquicos quando não patológicos pois, de outro modo, seria irreconciliável com o citado artigo 28 com o artigo 26. Outro exemplo do mesmo autor: quando o Código incrimina a *bigamia* (artigo 235) está necessariamente implícito que abrange na incriminação a *poligamia*.<sup>84</sup>

Brinda-nos com outro exemplo de interpretação extensiva NORONHA, para o qual esta - é permitida nos casos não previstos quando são abrangidos por força da compreensão:

Exemplo desta interpretação temos no artigo 169, parágrafo único, relativo à apropriação de tesouro, em que a palavra proprietário deve ser dado um sentido amplo, para abranger

---

<sup>83</sup> Op.cit, p.121.

<sup>84</sup> TOLEDO, op.cit., p.28.

também o enfiteuta, que, com aquele, tem, pelo artigo 609 do Código Civil, direito à metade do tesouro inventado.<sup>85</sup>

### 3.4. Nullum crimen nulla poena sine lege certa

#### Princípio da Previsibilidade Mínima<sup>86</sup>

Consiste no imperativo que a norma penal deve possuir um conteúdo determinado e claro. Não pode haver incerteza quanto à esfera de ilicitude, pois esta compromete a segurança do cidadão, que não sabe quais condutas são lícitas ou ilícitas. Já presente no clássico de BECCARIA a exigência se expressava na necessidade das leis penais serem acessíveis ao entendimento da população e de seu significado não ser objeto de controvérsia, pois esta ensejaria a insegurança:

Quando as leis forem fixas e literais, quando só confiarem ao magistrado a missão de examinar os atos dos cidadãos, para decidir se tais atos são conformes ou contrários à lei escrita; quando, enfim, a regra do justo e do injusto, que deve dirigir em todos os seus atos o ignorante e o homem instruído, não for um motivo de controvérsia, mas simples questão de fato [...] [sublinhamos]<sup>87</sup>

Ressalta FRAGOSO que a incriminação vaga e indeterminada entrega a definição do fato punível ao arbítrio judicial, rompendo com a função

<sup>85</sup> NORONHA, op. cit., p. 72.

<sup>86</sup> Acolhemos o entendimento de Salo CARVALHO que afirma que não se pode afirmar que existam leis que possibilitem certeza absoluta e que tal, “é um dogma da Escola da Exegese, desmistificado pelo historicismo de meados do século passado”, por isso abandonamos a expressão taxatividade mais comumente encontrada na doutrina para designar o princípio em tela. Op. cit., p.84.

<sup>87</sup> Op.cit., p.30.

de garantia do princípio da legalidade<sup>88</sup>. Formular cláusulas gerais ou tipos indeterminados equivale a nada formular.<sup>89</sup> Os elementos que compõe a conduta ilícita devem estar, através do tipo bem definidas, para que não se outorgue a distinção entre o certo e errado à decisão judicial. Refere-se portanto o princípio da previsibilidade mínima à técnica de formulação legislativa que deve proporcionar tipos penais que não sejam obscuros e ambíguos e que possibilitem o maior grau de certeza de seu conteúdo.

Este grau de determinação não apenas se destina como exigível ao preceito primário (tipo), mas restringe com o mesmo fundamento a margem de variação da pena aplicada que não pode ser ilimitada, explana LOPES:

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 [...]<sup>90</sup>

#### **4. Violações ao Princípio da Legalidade: a dogmática.**

Não nos ateremos à análise da “legalidade” da lei penal, esta entendida como à conformidade de tipos e leis penais à Constituição Federal,

---

<sup>88</sup> FRAGOSO, op.cit., p.96.

<sup>89</sup> BATISTA, op.cit. 78.

mas à adequação de certos elementos que compõem a dogmática penal ao princípio da legalidade, tal qual esposado pela doutrina no capítulo precedente.

#### 4.1. As lacunas.

Alheio à discussão doutrinária acerca da existência ou não da lacuna na doutrina, tendo em vista o debate concernente à completude do direito, entendemos que há casos em que o intérprete se depara com áreas obscuras da lei de cuja interpretação se faz com a ausência de previsão legal, baseando-se em juízo de valor próprio.

ANDREUCCI aventa como hipóteses de lacunas o perdão judicial e a ausência de parâmetros para as fixações das penas nos casos de tentativa, concurso formal e crime continuado.<sup>91</sup>

O perdão judicial, cláusula de extinção de punibilidade, inscrito no art. 107, IX do CP, proporcionou uma divergência na doutrina no tangente ao caráter da sentença que o concedia. Em ordem de adesão pelos juristas, eis a controvérsia: uns entendiam que a mesma é condenatória<sup>92</sup> e que portanto o réu

---

<sup>90</sup> Op. cit., p. 131.

<sup>91</sup> ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Direito penal e criação judicial**. São Paulo : RT, 1989. p. 19.

<sup>92</sup> O magistrado condena o réu e lhe concede o perdão judicial na mesma peça: “Assim, é de ser julgada procedente em parte a denúncia para condenar Aldecir Nardino, dando-o como incurso nas sanções do artigo 129, parágrafo 6º, do Código Penal, concedendo-lhe o perdão judicial (vítima seu próprio filho) [...] **[sublinhamos]**” Processo-crime número 222 de Xanxerê. Relator Des. Rogério Lemos, maio de 1994.

deve ter o seu nome no rol de culpados, sendo ainda sujeito ao pagamento das custas, subsistindo os efeitos em relação à reincidência (art. 393 do CPP); outro grupo propugnava que a sentença é condenatória, mas não gera os efeitos citados; e uma terceira e minoritária corrente via na sentença do perdão judicial, uma sentença absolutória.<sup>93</sup>

Alega-se que o projeto de Código de Processo Penal elaborado concomitantemente com a parte geral alterada do Código Penal dispunha que “a sentença que declarar extinta a punibilidade pela concessão de perdão judicial não se atribuem efeitos de condenação”<sup>94</sup>, o que sepultaria de vez a discussão e disparidade de decisões acerca do caráter da sentença em tela. Porém, a não promulgação do novo Código de Processo Penal fez nascer uma lacuna que ensejou as mais variadas decisões judiciais.

O efeito perverso da lacuna citada, em decorrência da promulgação de um Código e não de seu outro complementar, é que aqueles magistrados que tinham o entendimento da natureza condenatória da sentença que concede o perdão judicial e impungiram ao réu as suas consequências (o nome lançado no rol de culpados, responsabilidade pelas custas processuais e

---

<sup>93</sup> NORONHA, op.cit., p. 366. O STJ veio a sepultar a discussão através da edição da Súmula 18, que dispõe: A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório.

<sup>94</sup> ANDREUCCI, op. cit., p. 18.

subsistência dos efeitos em relação à reincidência) agravaram a sua situação a despeito da ausência de norma penal, rompendo com o princípio da legalidade.

Outra lacuna elencada por ANDREUCCI refere-se à tentativa. Esta é caracterizada pelo início da execução que não se consuma por razões alheias a vontade do agente (art.14, II do CP) e consubstancia-se em causa especial de diminuição de pena. A quantidade de pena a ser diminuída no entanto, de 1 a 2/3, não encontra critério na dogmática. Desta forma, variam as decisões judiciais que baseiam a diminuição ora no grau da lesão sofrida, “pelo teor qualitativo e nos modos da atividade criminosa” e ainda na “maior ou menor proximidade do hipotético momento da lesão”, constituindo esta última na preferência da maioria da jurisprudência.<sup>95</sup> Observe-se que há uma zona obscura ou mesmo um vazio normativo que possibilita que cada magistrado, ao seu alvedrio, deixe de diminuir mais e venha a mais uma vez prejudicar o réu, sem respaldo de norma expressa e baseado na sua valoração do caso concreto.

Resta novamente violado o princípio da legalidade nos casos do concurso formal e de crime continuado<sup>96</sup>, em que na individuação da pena têm-

---

<sup>95</sup> Ibid., op. cit., p. 20.

<sup>96</sup> Define-se crime continuado como “aqueles em que o atuar delituoso se prolonga no tempo [...] dos quais já se disse que podiam ser representados graficamente, não por um ponto, mas por uma linha cheia ou interrompida.” BRUNO, op. cit., p. 272. “Concurso formal. Ocorre quando o agente mediante uma ação (em sentido amplo), pratica dois ou mais crimes da mesma espécie ou de espécie diversa” NORONHA, op. cit., p. 262.

se utilizado ora o número de vítimas, ora o de delitos como critério de prolação da sentença<sup>97</sup>, uma vez que não há norma escrita e determinada que defina o critério a ser utilizado.

#### 4.2. O tipo

A lei penal não é genérica no seu intuito de criminalizar condutas. Ela estabelece os elementos que uma vez presentes na conduta, será esta considerada típica. O tipo é o conjunto dessas características que compõe a conduta ilícita ou nas palavras de BRUNO:

Tipo é, portanto, o conjunto de elementos do fato punível descritos na lei penal, ou para dizermos com BELING, a imagem reguladora (*Leitbild*), à qual tem de ajustar-se o fato para constituir crime. Tipicidade é essa conformidade do fato àquela imagem diretriz traçada na lei, a característica que apresenta o fato quando realiza concretamente o tipo legal.[sublinhamos]<sup>98</sup>

CUNHA define tipo como: “valoração jurídica da conduta humana transportada ao plano normativo através de modelos de ação e omissão.”<sup>99</sup> O legislador valora determinados comportamentos considerados como antijurídicos e os conforma a figuras típicas. O tipo ao descrever o crime, serve como limite ao poder punitivo que se deve adstrir à persecução daquelas

---

<sup>97</sup> ANDREUCCI, op. cit., p. 21.

<sup>98</sup> Op. cit., p. 341.

condutas que se encaixem naquele e em nenhuma outra conduta. Diz a doutrina tradicional que o tipo tem função indiciária e de garantia, gerando portanto estabilidade e segurança jurídica. E tanto mais será garantidor, quanto mais objetivos forem seus elementos, ou seja, quanto menos o arbítrio judicial se instalar, para elucidar seu conteúdo.

Infelizmente, o legislador frequentemente recorre a elementos outros que põe em xeque a função garantidora do tipo, tais como “ato libidinoso”, “participar de rixa”, “mulher honesta”, “função pública” e etc. FRAGOSO cita ainda como exemplo a Lei 7.170/83 que pune quem “praticar atos de terrorismo” sem precisar no entanto, a definição do substantivo.<sup>100</sup> Tais elementos ensejam dúvida quanto à sua significação, o que de certa forma constitui-se num limite à segurança e garantia desejada pelos cidadãos em relação ao *jus puniendi* estatal.

Esses tipos que não descrevem todos os elementos da conduta proibida são considerados “abertos”. São tipos “onde falta a exaustiva descrição do comportamento proibido e onde se exige uma complementação judicial dos elementos que o integram para que a lei seja aplicada.”<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> CUNHA, op.cit., p. 63.

<sup>100</sup> Op. cit., p. 96.

<sup>101</sup> CUNHA, op.cit., p. 96.

Se o tipo, muitas vezes exige a complementação judicial, e como temos visto a variação desta é grande, há sérias limitações no que tange ao seu caráter de indiciário da antijuridicidade. Neste sentido, argumenta CARDOSO CUNHA:

Logo se vê que a interpretação adequada aos padrões vigentes, ou seja, a interpretação ideologicamente determinada, **não elimina o recurso a um plano significativo que está além da lei.** Nem permite identicamente, preservar a auto-suficiência do tipo e sua definição tradicional. [negrito não presente no original]<sup>102</sup>

Ainda no respeito à valoração do intérprete e o eventual enfraquecimento do tipo enquanto garantia, temos o exemplo dos crimes culposos, os crimes comissivos por omissão e aqueles que contém expressões como “sem justa causa”, “sem permissão legal” e “indevidamente”, os que ANDREUCCI chama de ilicitude especial.<sup>103</sup>

Nos crimes culposos o juiz deve aferir o grau de cuidado exigível pelo autor para que componha o juízo de valor necessário à aferição da ilegalidade. A margem da arbitrariedade é extensa, pois a temática se centra, muitas vezes no ânimo do agente. Em Florianópolis, discussão que tomou conta do meio jurídico da capital foi o evento que culminou com a morte de uma garota na Beira Mar Norte devido a um suposto racha. Seu núcleo consistia na existência do dolo eventual ou da culpa consciente do condutor que provocou o

---

<sup>102</sup> Ibidem, op. cit., p. 64.

acidente. O primeiro refere-se ao sujeito ter assumido o risco de produzir o resultado e o tolerado, ao passo que a culpa consciente, consiste na previsão do resultado pelo sujeito, mas na crença da sua não ocorrência, pois baseada na sua perícia, acredita poder evitá-lo. Parece-nos absolutamente improvável que um magistrado possa aferir para o caso concreto o que passava no foro íntimo do réu. Assim a decisão é baseada numa questão de política criminal que leva em consideração, por exemplo, a defesa do maior rigor das penas nos crimes de trânsito.

Os crimes comissivos por omissão ou omissivos impróprios talvez representem uma tarefa ainda mais árdua ao intérprete que pretende se fiar na estrita legalidade, pois esses sempre se fazem acompanhar de uma norma a qual deveriam ter obedecido e que deve ser analisada. Há um dever jurídico de agir e o sujeito, simplesmente o desconhece como no exemplo de BRUNO: “No fato omissivo impróprio, deixa de realizar um ato que juridicamente lhe incumbe, necessário para que não ocorra um resultado de dano ou perigo que constitui um tipo penal, como o caso da mulher que deixa de alimentar o próprio filho, causando-lhe, propositadamente ou por negligência, a morte. **[sublinhamos]**”<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> ANDREUCCI, op. cit., p. 29.

<sup>104</sup> Op. cit. p. 314.

A formação do tipo passa, destarte, pela verificação da existência do dever violado, da norma jurídica que obrigava o agente a impedir o resultado. A constituição deste dever é pressuposto para a formação do tipo, o que em outras palavras, representa a criação de um tipo pelo agente judicial.<sup>105</sup>

Mas nem ao menos em tipos em que os elementos, aparentemente estão detalhados e determinados, a jurisprudência gera a previsibilidade esperada no tocante à natureza delitiva da conduta.

No caso da Lei 6.368/76, há decisões que levam em consideração a quantidade da droga apreendida para que se consume o crime<sup>106</sup>, mesmo que de forma velada, e outras que entendem que a simples existência da droga realiza o tipo materialmente<sup>107</sup>. Em outras vezes, não obstante a descrição do tipo seja razoavelmente determinada e clara e a conduta contenha os seus elementos, o crime é desqualificado:

ACIDENTE DE TRÂNSITO - lesão corporal culposa - pequenas contusões que não deixam vestígios externos, que provocam apenas dor momentânea - Fatos que não possuem dignidade penal, ficando aquém do indispensável para justificar uma sanção criminal - Absolvção mantida.[sublinhamos]<sup>108</sup>

<sup>105</sup> ANDREUCCI, op. cit. p. 30.

<sup>106</sup> "Provava sim o fininho ofertado por ela. O simples ato de fumar cigarro preparado com substância tóxica, não constitui figura penal típica. [sublinhamos]" LOFRANO, Djlama. *Revista dos tribunais*, São Paulo, número 704, p. 326-327, junho de 1994.

<sup>107</sup> "O artigo 12 da lei 6.368/76 não distingue, na configuração do delito, o tráfico de maior ou menor de maconha." *Ibidem*, p. 324.

<sup>108</sup> GIACOMUZZI, Vladimir. *Revista dos tribunais*, número 708, p.357-358, outubro de 1994.

A lesão corporal “simples” do artigo 129 do Código Penal, refere-se à ofensa à integridade física da vítima, não precisando a lei a gravidade para que aquela se configure. O artigo não discorre sobre a necessidade da lesão ser externa ou ter dignidade penal. Não obstante tais justificativas terem guarida no bom senso, a decisão citada representa a desqualificação de um crime tendo em vista a sua gravidade, constituindo-se em verdadeira causa de exclusão de tipicidade não prevista no ordenamento.

#### 4.3.A adequação social

Na opinião de CUNHA, uma outra faceta do discurso doutrinário que desqualifica as funções de garantia e indiciária do tipo é o critério de adequação social postulado pela teoria finalista para o estabelecimento da tipicidade.<sup>109</sup>

A função indiciária do tipo propalada pela doutrina consiste na determinação da antijuridicidade. Muitas vezes porém, a conduta adequa-se ao tipo, não está amparada pelas excludentes e mesmo assim não se considera que realize materialmente o tipo.

---

<sup>109</sup> CUNHA, op. cit., p. 67.

A conduta típica não é elencada como lesiva ao ordenamento mesmo perfazendo os requisitos do tipo, pois segundo a doutrina dominante, tal comportamento se adequa à ordem social estabelecida. Por fim, esta prática que obriga o julgador a inquirir a ordem vigente e mesurar do ponto de vista moral a ação mesma que típica do agente, desqualifica as funções indiciária e de garantia.

Para CUNHA, a independência da noção de tipo é apenas retórica servindo à idéia de que o ordenamento jurídico oferece certeza e segurança. Aftalion argumenta que na realidade todo o direito é permeado pela tipicidade - significando que todo ato de interpretação e aplicação, é um ato de compreensão mas não absolutamente livre, uma vez que é limitado pelos conceitos.<sup>110</sup>

## **5. Violações ao Princípio da Legalidade: crítica estrutural de Zaffaroni.**

A escolha do autor Eugênio RAÚL ZAFFARONI prende-se primeiro à admiração pelo caráter para nós inédito de sua denúncia e pela completude lógica e coerência de seus argumentos. A abordagem de RAÚL ZAFFARONI inclui questões “mundanas” como a violência e a própria utilidade do sistema penal, temas não encontrados nos manuais de direito penal

---

<sup>110</sup> Ibidem, op. cit., p. 69.

e que hoje, assumem uma posição extremamente importante no debate sobre a intervenção punitiva do Estado. Aliás, os ditos manuais resumem-se, como grande parte deste trabalho, à exposição de doutrinas estrangeiras que Roberto LYRA chamou de “inferno das teorias”<sup>111</sup> que assola o direito penal, olvidando questões relevantes como as que ora se apresentam. Na discussão da legalidade do sistema penal, concorde-se ou não com as idéias do autor argentino, sua obra - **Em busca das penas perdidas** é capítulo essencial, especialmente na posição de latino-americano, porque pretende o autor uma olhada no sistema penal do ponto de vista de “uma região marginal do poder planetário”,<sup>112</sup> ou seja, da América Latina. Limitar-nos-emos pois, à exposição ao primeiro capítulo do livro citado que trata em especial da legalidade e da análise do funcionamento do sistema penal.

Parte o autor argentino da constatação da ausência de respostas satisfatórias da ciência penal à dissintonia entre a operacionalidade real dos sistemas penais e sua previsão institucional. Há uma crise e esta reflete a disparidade entre o mundo da programação normativa jurídico penal e a realidade, sendo que os órgãos executores deste discurso não agem nem mesmo com o arsenal teórico do discurso jurídico penal.

---

<sup>111</sup> Cito de memória.

<sup>112</sup> RAÚL ZAFFARONI, Eugênio. **Em busca das penas perdidas** : a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro : Revan. 1991. Tradução de: PEDROSA, Vania Romano; CONCEIÇÃO, Amir Lopes. p. 9-30.

Na maioria dos países da América Latina, os órgãos executores causam mais mortes do deveriam evitar. No Brasil, poderíamos citar os grandes massacres de Carandirú, Vigário Geral e o episódio de Diadema que ilustram bem a atuação homicida e truculenta dos órgãos executores do sistema penal que deveriam prover a segurança pública, mas que nos guetos exercem o seu poder contra uma minoria aterrorizada de forma absolutamente inaceitável. Cite-se ainda o livro do jornalista Caco Barcellos que demonstra como um determinado grupo de policiais de SP (Ronda Tobias Aguiar - ROTA 66) age, de forma pouco convencional, na defesa do interesse público. Nas palavras de RAÚL ZAFFARONI, “A dor e a morte que nossos sistemas penais semeiam estão tão perdidas que o discurso jurídico penal não pode ocultar seu desbaratamento valendo-se de seu antiquado arsenal de racionalizações reiterativas: achamo-nos frente a um discurso que se desarma ao mais leve toque com a realidade.”

Por outro lado, mesmo considerando a realidade violenta que o sistema penal acalenta e proporciona é inegável que é o único instrumento disponível para a defesa de certos segmentos sociais. A crise existencial dos juristas então se instala, justificando o imobilismo diante da perversidade do sistema. E RAÚL ZAFFARONI lembra de um conto em que o protagonista é um sacerdote que apesar da descrença em Deus segue com seu ministério, para equipará-lo à situação do penalismo latino-americano.<sup>113</sup>

---

<sup>113</sup> Ibid., p. 14.

RAÚL ZAFFARONI nega a transitoriedade da crise, onde tudo seria sanado com a evolução natural do discurso jurídico penal, encarando a crise como meramente conjuntural e específica da pouca evolução da sociedade latino-americana. O autor alega que a crítica social contemporânea acabou com a teoria do desenvolvimento progressivo e centrífugo, aniquilando a ilusão de transitoriedade do fenômeno. Não há possibilidade do sistema operacional do sistema penal se adequar a planificação do discurso jurídico penal, pois todos os sistemas penais apresentam características próprias que não podem ser eliminadas sem a supressão do sistema penal, uma vez que:

[...] a seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a distribuição das relações horizontais ou comunitárias, não são características conjunturais, mas estruturais do exercício do poder de todos os sistemas penais. [sublinhamos]<sup>114</sup>

Destarte, a crise, levando em consideração a premissa concernente à característica estrutural do sistema penal, não significa que os sistemas penais possam vir a funcionar uma vez solucionados os problemas que ocasionaram o momento, mas é um simples sinal da “aceleração de descrédito do discurso jurídico penal”. RAÚL ZAFFARONI a define como “momento em

---

<sup>114</sup> Ibid., p.15.

que a falsidade do discurso jurídico penal atinge tal magnitude de evidência que desaba”.<sup>115</sup>

### 5.1. A utópica legitimidade do sistema penal.

Tratando da legitimidade, RAÚL ZAFFARONI utiliza-se de uma concepção formal desta que se consubstancia, para ele, numa “característica outorgada pela racionalidade do próprio discurso”.<sup>116</sup> Como derivativo lógico da definição do autor, caso o discurso jurídico penal que justifica um exercício de poder planejado, tivesse este teor racional exigido, seria legítimo.

A racionalidade de um dado discurso para RAÚL ZAFFARONI se define pela sua coerência interna e pelo seu valor de verdade quanto à sua operatividade social.

A racionalidade no entanto, não pode limitar-se a uma verificação metafísica da lógica de um sistema , pois uma vez que o direito serve ao homem, requer o discurso jurídico penal de uma fundamentação antropológica básica com a qual deve permanecer em relação de não-contradição.<sup>117</sup> Longe de remeter a discussão para o jusnaturalismo, alerta RAÚL ZAFFARONI que

---

<sup>115</sup> Ibid., p. 16.

<sup>116</sup> Ibid., p. 16.

<sup>117</sup> Ibid., p. 17.

existe uma “positivação jurídica mínima dessa antropologia, materializadas nos mais importantes documentos produzidos pela comunidade internacional em matéria de direitos humanos”.<sup>118</sup>

Esta fundamentação antropológica, ou seja, a consideração do homem como pessoa, possibilita uma crítica em nível da coerência interna do discurso. A coerência interna do discurso resulta prejudicada como já visto, pela utilização de tipos abertos, normas penais em branco, das antinomias que rompem com o princípio da previsibilidade mínima e certeza.

Além da coerência interna manifesta nos seus níveis de não-contradição e fundamentação antropológica, deve a projeção social do discurso jurídico penal realizar-se em alguma medida. A impossibilidade de realização da planificação legal, ou a realização em desconformidade com o estipulado, também culminam em irracionalidade.

A dogmática jurídica baseia-se no dever-ser. Assim, uma conduta que seja contrária ao ordenamento “deve-ser” punida com uma pena que o mesmo preveja. Para que o discurso torne-se socialmente verdadeiro, deve preencher dois níveis de verdade social:

---

<sup>118</sup> Ibid., p. 17.

a - Nível abstrato. Considerado como a adequação entre os meios adequados para os fins propostos.

b - Nível concreto. Os órgãos executores devem operar em conformidade com as pautas assinaladas pelo discurso jurídico penal (trata-se de uma “adequação operativa mínima conforme planificação”<sup>119</sup>). A pergunta a ser respondida afirmativamente seria: é o sistema penal eficiente para reabilitar e manter a “harmonia” da sociedade, tal qual está estruturado, respeitando os princípios que lhe informam como o princípio da legalidade?

Em síntese e concluindo que o discurso-jurídico penal é socialmente falso, ressalta RAÚL ZAFFARONI que este “não pode desentender-se do ‘ser’ e refugiar-se ou isolar-se no ‘dever ser’ porque para que esse ‘dever-ser’ seja um ‘ser que ainda não é’ deve considerar o *vir-a ser possível do ser*, pois, do contrário, converte-a em um *ser que jamais será*, isto é, num embuste.”<sup>120</sup> Argúe portanto o autor argentino que a operacionalidade do sistema penal jamais se realizará a contento, de acordo com sua própria planificação, por ser socialmente falso.

5.2. O sistema penal não atua de acordo com a legalidade.

---

<sup>119</sup> Ibid. p.19.

<sup>120</sup> Ibid. p. 19.

Extravasando a questão meramente formal da legalidade, RAÚL ZAFFARONI alude à necessidade do exercício do poder repressivo acontecer dentro dos limites expostos no próprio discurso jurídico penal. Deste modo, legal seria a atuação do sistema caso seus órgãos agissem conforme a previsão legislativa da matéria respectiva.

A legalidade no sentido aqui utilizado poderia ser dividida em legalidade processual e legalidade penal. Além de atender ao limite de agir de acordo com previsão legislativa específica (princípio da legalidade penal), os órgãos do sistema penal deveriam se esmerar para tentar criminalizar todos os autores de ações típicas, anti-jurídicas e culpáveis (princípio da legalidade processual). A legalidade não quer dizer apenas um limite de criminalizar conforme o instituído e em seguir com afincos os respectivos procedimentos, mas numa obrigação positiva de exercer seu poder em todos os casos que se apresentem.

Logo se percebe a inconsistência do sistema e sua renúncia no combate à ilegalidade, pois seria praticamente impossível criminalizar todas as condutas puníveis como os emissores de cheque sem fundo (art. 171), os adúlteros (art.240), a receptação de mercadoria contrabandeada, os peculatos, seduções (artigo 217), abortos (art.126), ameaças (art.147) a manutenção de casa de prostituição ou “lugar destinado a encontros libidinosos” como os

motéis (artigo 229), abandono intelectual (art. 246), curandeirismo (art.113), falsidade de atestado médico (art. 302) e etc.

A renúncia à legalidade, ou ao seu fiel cumprimento, também se manifesta através da: a) minimização jurídica - reserva-se somente os delitos graves para o sistema penal; b) administratização - consideram-se fora do discurso jurídico penal as institucionalizações manicomiais, inclusive as dispostas pelo órgão judicial; c) tutela - são afastadas as institucionalizações dos menores do discurso penal; d) assistencialismo - se afastam as institucionalizações dos anciãos.<sup>121</sup>

Esta renúncia possibilita o etiquetamento e a estigmatização de populações inteiras das minorias citadas que muitas vezes deixam marcas mais profundas do que o próprio encarceramento como nos asilos, manicômios, reformatórios e instituições do gênero. Desta forma, alheias à planificação legislativa da intervenção punitiva e ao próprio judiciário, cria-se uma grande *esfera de poder arbitrário* que passa à margem da próprio discurso jurídico-penal. A atuação no entanto tem recursos análogos ao do sistema penal, apenas desaparecendo as garantias do mesmo como a função de tipo e os outros desdobramentos do princípio da legalidade, sobre os quais se discorreu em capítulo desta monografia. Como sugere o autor :“o saber penal só se ocupa da

---

<sup>121</sup> Ibid. p.22.

legalidade das matérias que o órgão legislativo quer deixar dentro de seu âmbito e, enfim, de reduzidíssima parte da realidade que, por estar dentro desse âmbito já delimitado, os órgãos executores decidem submeter-lhe”.<sup>122</sup>

A conclusão a que se chega é que o papel mais importante (real) do sistema penal não é simplesmente o poder repressor e sim o *poder de configurador da realidade social*, sendo a repressão o limite deste exercício. Apesar de deixar a análise do “poder configurador” um tanto a desejar, RAÚL ZAFFARONI o situa como um elemento que impõe uma vigilância que constrói a própria realidade social, ao impingir uma disciplina extremamente rigorosa, mas pouco perceptível no entanto.. A disciplina é igual a do quartel; a idéia de que toda forma de prazer é uma concessão da autoridade, o acatamento ao superior, etc. O poder configurador “(...)atua em nível consciente e, talvez, principalmente inconsciente, elimina a espontaneidade e configura uma sociedade de submetidos a uma *vigilância interiorizada* da autoridade.”<sup>123</sup>

Assim, todas as condutas públicas ou privadas estariam sobre a égide do controle do sistema penal. O mais grave porém, consiste no exercício deste poder configurador fora dos parâmetros da legalidade, funcionando o sistema penal como uma forma muito apurada de controle social, extrapolando a própria função da repressão punitiva.

---

<sup>122</sup> Ibid. p. 22.

### 5.3. A legalidade não é mesmo respeitada no âmbito do sistema penal formal

Diante da constatação de que o sistema penal deveria criminalizar todas as ações já descritas, mas que se o fizesse criminalizaria todos, chega-se a conclusão que este, é estruturado de forma a operar seletivamente. Como se sabe que a grande parte da população carcerária é composta por membros das minorias, pode-se dizer que este é dirigido aos setores mais vulneráveis da população.

Para RAÚL ZAFFARONI a seletividade estrutural do sistema penal - que só pode exercer seu poder repressivo legal em um número insignificante das hipóteses de intervenções planejadas - é o mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamado pelo discurso jurídico penal.

A seleção dos casos a adentrarem o sistema penal formal fica a cargo dos órgãos executores, que ampliam o seu arbítrio, na mesma medida da inflação das tipificações pelos órgãos legislativos .

Em síntese, temos que: a) o principal e mais importante exercício de poder do sistema penal se realiza dentro de um modelo de arbitrariedade

---

<sup>123</sup> Ibid. p. 24.

concedida pela própria lei; b) o exercício de poder menos importante do sistema penal serve de pretexto para o exercício do poder principal, não respeitando também, e nem podendo respeitar, a legalidade; c) além do exercício de poder do sistema penal não respeitar, nem poder respeitar a legalidade, na operacionalidade social de nossos sistemas penais, a legalidade é violada de forma aberta e extrema, pelo altíssimo número de fatos violentos e de corrupção praticados pelos próprios órgãos do sistema penal.<sup>124</sup>

#### **6. As efetivas funções do princípio da legalidade segundo Rosa Maria Cardoso Cunha.<sup>125</sup>**

Se o princípio da legalidade é esgaçado e por vezes desconhecido com visto no capítulo anterior, como sobrevive no interior do sistema penal como um dos seus axiomas mais importantes? Para CUNHA a regra da legalidade assume na realidade outras funções que não as explicitadas pela doutrina tradicional e que justificam a sua existência.

Alega a autora que o princípio da legalidade não comporta as funções que a doutrina tradicional lhe impõe, quais sejam: hermenêutica, de garantia e sistemática. A regra da legalidade tem, na leitura de Cardoso

---

<sup>124</sup> Ibid. p. 24.

<sup>125</sup> Op. cit. p. 115-125.

CUNHA, uma efetividade retórica que funcionaria com uma “condição retórica de sentido”<sup>126</sup>

O discurso científico é definido como aquele possuidor de enunciados através dos quais se pode predicar a verdade. Os enunciados além de afirmarem algo sobre a realidade são “presididos” por critérios que determinam seu valor significativo. Desta forma é que se fala de condição semântica ou sintática com critérios de significação para o discurso científico.<sup>127</sup> Entretanto esta condição retórica de sentido não explica a realidade e a verdade. Essas “são identificadas com as crenças, opiniões e valorações que se estabelecem sobre os objetos ou situações do mundo”. Esclarece a autora que o saber é sempre comprometido com o homem que o produz, tendo portanto caráter persuasivo e não de verdade “objetiva”. Apesar de fundamentar-se sobre a persuasão e não sobre a verdade é necessário uma adequação, ou o mínimo de verossimilhança ao discurso para que mesmo e apenas persuasivo, seja considerado verdadeiro. A adequação referida dos enunciados a certos princípios axiológicos Warat designou de condições retóricas de sentido.

---

<sup>126</sup> Id., p. 115.

<sup>127</sup> “Para a corrente filosófica intitulada ‘neopositivismo lógico’ são significativos, no campo da ciência, os enunciados que atendem as regras de constituição sintática e, ademais, possuem correspondência com os fatos da realidade. Afirmar por exemplo que uma árvore está apaixonada é um enunciado sem sentido. A paixão não é uma das propriedades que possa corresponder à árvore.” Op.cit., p.116

Sendo da mesma forma o discurso jurídico, discurso ideológico, opera-se a mesma necessidade de adequação entre seus enunciados e a condição de sentido do discurso específico, pois como já dito anteriormente, o saber prescinde da verdade mas não da verossimilhança.

Assim adverte a autora “os distintos discurso jurídicos, embora não exibam enunciados compatíveis, ou logicamente dependentes, apresentam enunciados verossímeis e adequados às condições retóricas de sentido [...] O princípio da legalidade dos delitos e das penas seria uma destas condições.”<sup>128</sup>

Sintetizando o limite da mentira penal para CUNHA: a) as possibilidades argumentativa e redefinitória não são ilimitadas; b) a verdade penal é persuasiva e não depende da correspondência com os fatos; c) existem pressupostos metodológicos para a argumentação; d) que o critério de derivação não é demonstrativo e sim axiológico.<sup>129</sup>

A - Entre as outras condições retóricas de sentido, as crenças do Estado Liberal assumem significativa importância. Dentre as mais significativas cita a autora:

1. a idéia do legislador racional que produz um ordenamento coerente, harmonioso, preciso etc.

---

<sup>128</sup> Id., p. 117.

2. a ausência de contradições e lacunas no ordenamento.

3. a ordem jurídica é justa e protege indiscriminadamente todos os cidadãos.

4. a neutralidade do julgador que fica adstrito à lei.

5. a busca, pelo julgador da verdade real e não o preferível do seu ponto de vista.<sup>130</sup>

B - Não há segundo Cardoso Cunha uma dependência lógica entre os enunciados do discurso jurídico. O critério de derivação não se limita à demonstração, mas estende-se à valoração (critério axiológico). Citando Theodor Wiehweg argumenta a autora que a suposta sistematização preconizada pela doutrina tradicional do discurso jurídico penal é falha tendo em vista a inexistência da coerência lógica entre os princípios e seus conceitos. Ainda na esteira do pensamento do autor a dogmática seria “uma técnica de pensar por problemas, orientada por diretrizes valorativas, princípios ideológicos ou “topoi”. A relação de suas deduções apresentar-se-ia de maneira

---

<sup>129</sup> Id., p. 117.

<sup>130</sup> Id., p. 118.

não estritamente comprovável, pois “é o problema e não o sistema em sentido racional, o que constitui o centro do raciocínio jurídico”.<sup>131</sup>

Desta forma, a fundamentação silogística da sentença é um procedimento posterior à opção valorativa do intérprete, que através de juízos aceitos pela comunidade jurídica reveste a sua decisão de neutralidade.

Concluindo, “nas decisões judiciais, não há raciocínios teóricos, mas opções eticamente comprometidas que, por sua vez, já se apoiam em escolhas probatórias valorativamente determinadas.”<sup>132</sup>

C - Reiterando o entendimento que afirma que a verdade penal é persuasiva e não necessariamente tem correspondência com os fatos alega a autora que a dogmática jurídica não se propõe a estudar os fatos. E que ainda prevalece na sentença penal não a verdade dos fatos, mas a sua verossimilhança. O magistrado a partir das declarações das partes resgata o que lhe parece acreditável e ideologicamente preferível e constrói a sua decisão. E cita Bisol que pondera:

Em um processo, seja ele qual for, a plasticidade do campo argumentativo é de tal ordem que seus elementos compõem um universo que jamais se fecha. A verdade é que o

---

<sup>131</sup> Id., p. 119.

<sup>132</sup> Id., p. 120.

processo conquista não uma verdade matemática, não uma verdade lógica, não uma verdade formal, mas uma verdade prudencial, mais uma retitude do que propriamente verdade no sentido especulativo deste conceito. Jamais o processo conquista aquela *adequatio intellectus et rei* de Santo Tomás de Aquino. O nosso “logos” não é o “logos” especulativo é o “logos” do razoável[sublinhamos].<sup>133</sup>

D - As significações jurídicas são construídas a partir da associação de elementos que muitas vezes estão ausentes da lei escrita. O pensamento dogmático insiste no entanto, em desconfigurar esses elementos como se interno fossem, invocando como regra retórica o princípio da legalidade.

Assim, na interpretação da lei penal são sempre presentes os elementos estranhos à legislação penal escrita. Invocando-se o princípio da legalidade, como condição retórica de sentido, elide-se a natureza associativa do processo, impondo-lhe ares de racionalização e de associações de caráter sintagmáticas<sup>134</sup>. Desta maneira a regra da legalidade passa a legitimar retoricamente “a explicação invertida de um processo de constituição de sentidos.”<sup>135</sup>

<sup>133</sup> Id., p. 121.

<sup>134</sup> “Sintagma. A fusão, combinação ou reunião de dois ou mais elementos em que o determinante estabelece um elo de subordinação com o determinado, formando ou uma unidade léxica (*vanglória*, em que *vã* é determinante de glória), ou locucional (*dona de casa*, em que *casa* é determinante de *dona*), [...]” HOLANDA, Aurélio Buarque. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro : Nova Fronteira. 1975.

<sup>135</sup> CUNHA, op. cit., p. 122.

E - Constituem-se as condições retóricas de sentido, como a regra da legalidade, em pressupostos metodológicos da argumentação jurídica. Pressupostos que auxiliam na convencimento da adequação de uma determinada situação à escritura penal, pois na dogmática penal a legitimidade tem direta relação com esta “adequação” aos signos escritos estabelecidos pelo legislador.

O princípio da legalidade desempenha destarte uma função de elemento argumentativo (metodológica para a autora) para as decisões judiciais e retórica-sistemática para a doutrina.

Assim, na primeira hipótese “ele predesignaria o caráter elusivo da dogmática relativamente à explicação dos pressupostos do delito e a teorização dos mecanismos da interpretação da lei penal”.<sup>136</sup>

Na segunda hipótese, em sua função metodológica teria o efeito de adequar de forma retórica a argumentação judicial aos proibitivos hermenêuticos que se desdobram do princípio da legalidade. Cria-se portanto, através desta função o efeito de que não se está aplicando retroativamente a lei em prejuízo do acusado, de que não há analogia e que as significações jurídico-penais emergem exclusivamente da lei.

---

<sup>136</sup> Id., p. 122.

Finalmente, salienta a autora que a função do princípio da legalidade ultrapassa a seara da dogmática penal para ocupar uma importante dimensão política. Destarte, atua a regra da legalidade na esfera jurídica na reprodução do Estado Liberal.

## 7. CONCLUSÃO.

Procedendo à análise do princípio da legalidade, logo nos deparamos com a constatação de que o sentido da legalidade mudou conforme a sociedade em que existiu. Mais importante ainda é verificar que o conceito de legalidade consagrado pela Revolução Francesa, através da Escola Clássica é extremamente diferente do conceito contemporâneo. O conceito hodierno não sustenta mais o crime somente como ente jurídico ou uma infração de uma convenção legislativa, mas atem-se à personalidade do agente, introduzida pelo positivismo criminológico, para a deliberação da pena. Assim, perde-se em garantia o cidadão, pois as decisões tendem a se basear em juízos de valor reeditando a idéia de que cabe ao direito a tutela da moral. A secularização, idéia básica da cultura liberal, está ameaçada. Como visto, o juiz possui largas esferas de ação, muitas delas alheias inclusive à legalidade. Pode-se dizer que historicamente, a consideração dos antecedentes, personalidade e outros elementos subjetivos do sujeito, representam um retorno ao mundo medieval, onde a punição varia de acordo com o título honorífico do agente, e que o princípio da legalidade, tal qual estipulado pelos clássicos é antagônico ao sistema preponderante da personalidade da Escola Positiva.

As funções assinaladas pela doutrina do princípio da legalidade representam ainda que garantias, uma eficácia extremamente reduzida.

Infelizmente, a regra da legalidade é quebrada, esgaçada sob os mais diferentes argumentos que soam como boa doutrina nos livros de ilustres juristas, mas que enrustem a violação descarada dos princípios que a própria doutrina expõe.

No plano dogmático, muitos outros exemplos poderiam ser elencados num estudo mais aprofundado das brechas que a jurisprudência enuncia, mas nessas limitadas notas restringiremo-nos ao exposto, como indício do funcionamento do sistema.

A crítica de ZAFFARONI ressalta a necessidade dos juristas olharem ao seu redor e analisarem a coerência do discurso que é compartilhado pelos professores em sala de aula como se fosse composto por dados *a priori*, e como se o estudo do direito penal nada tivesse com a realidade que o nega diariamente com as chacinas, mortes, torturas etc. A cisão entre o elemento teórico e a realidade cria um abissal surrealismo jurídico. A doutrina tradicional passa ao largo da discussão, por exemplo, da seletividade do sistema penal. Dado este que o próprio senso comum já consagrou ao tornar em jargão popular a idéia de que na cadeia só há os três “pes”.(pobres, pretos e prostitutas)

Por outro lado, mesmo com todas as suas limitações, não há como negar que a regra da legalidade oferece uma determinado grau de garantia, isso não justificando o desconhecimento das mazelas que o sistema penal engendra.

Assim, restou concluída a limitação das teorias tradicionais da legalidade em propô-la como garantia individual perante o Estado e que o sistema penal tem funcionado como uma não tão sutil forma de controle social.

Neste sentido, concomitante com a necessidade premente de reler o instituído ao ponto máximo da democracia radical e acalantar as lutas sociais, se faz mister que se lute pelo cumprimento das garantias e direitos cristalizados no ordenamento que aguardam infelizmente, o desabrocho de uma sociedade mais igualitária baseada no Estado Democrático e de Direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Direito penal e criação judicial.** São Paulo : RT, 1989.
2. ASÚA BATARRITA, Adela. Reivindicacion e superacion del program de Beccaria. In: CICLO DE CONFERENCIAS DE DERECHO PENAL CON OCASION DEL 250 ANIVERSARIO DEL NACIMIENTO DE BECCARIA. (1988 : Bogotá). **El pensamiento penal e Beccaria : su actualidad.** Bogotá : Universidade de Deusto, Departamento de derecho penal, 1988.
3. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** Rio de Janeiro : Editora Revan, 1990.
4. BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Trad. Paulo Oliveira. São Paulo : Ediouro, 1996.
5. BRUNO, Aníbal. **Direito penal : parte geral.** Rio de Janeiro : Forense, 1978.
6. CARVALHO, Salo de. **Política criminal de drogas no Brasil : do discurso oficial às razões da descriminalização.** Rio de Janeiro : Luam, 1996.
7. COSTA, Álvaro Mayrink. **Direito penal : parte geral.** Rio de Janeiro : Forense, 1991.
8. CERNECCHIARO, Luiz Vicente ; COSTA JR., Paulo José da. **Direito penal na constituição.** São Paulo : RT, 1995.
9. CUNHA, Rosa Maria Cardoso. **O Caráter retórico do princípio da legalidade.** Porto Alegre : Síntese, 1979.
10. FERNANDÉZ CARRASQUILLA, Juan. **Derecho penal fundamental.** Bogotá : Editorial Temis Libreria, 1982.
11. FERRI, Enrico. **Princípios gerais de direito penal : o criminoso e o crime.** Trad. Paolo Capitano. São Paulo : Bookseller, 1996.
12. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** Trad. Ligia Pondé Vassalo. 10 ed. São Paulo : Vozes, 1993.

13. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal : a nova parte geral.** São Paulo : Forense, 1987.
14. GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal.** São Paulo : Max Limonad v. I, 1954.
15. GIACOMUZZI, Vladimir. **Revista dos tribunais**, número 708, p.357-358, out.1994.
16. HOLANDA, Aurélio Buarque. **Novo dicionário da língua portuguesa.** Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1975.
17. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal.** Rio de Janeiro : Forense, v. I, 1980.
18. JESUS, Damásio. **Direito penal I : parte geral.** São Paulo : Saraiva, 1980.
19. LEÃO, Antônio Carlos Amaral. **Alguns comentários sobre as heresias jurídicas contidas na MP 427 de 11.02.94.**
20. LOFRANO, Djlama. **Revista dos tribunais**, São Paulo, n. 704, p. 326-327, junho de 1994.
21. LOPES, Maurício Ribeiro. **Princípio da Legalidade Penal.** São Paulo : RT,1994.
22. NORONHA, Magalhães. **Direito penal.** São Paulo : Saraiva, v. I, 1991.
23. RAÚL ZAFFARONI, Eugênio. **Em busca das penas perdidas : a perda de legitimidade do sistema penal.** Trad. PEDROSA, Vania Romano; CONCEIÇÃO, Amir Lopes. Rio de Janeiro : Revan, 1991.
24. **Revista dos tribunais**, São Paulo, n. 707, p.267-270, set/94.
25. **Revista dos tribunais**, São Paulo, n. 700, p. 355, fevereiro de 1994.
26. RIBAS, Ayamara Feuerschuette et alli. **Normas para a apresentação de trabalhos : teses, dissertações e trabalhos acadêmicos.** Universidade Federal do Paraná : 1996, parte 2.

27. \_\_\_\_\_: referências bibliográficas. Universidade Federal do Paraná : 1996, parte 6.
28. \_\_\_\_\_: citações e notas de rodapé. Universidade Federal do Paraná : 1996, parte 7.
29. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** São Paulo : Saraiva, 1991.
31. THOMPSON, Augusto. **Esboço histórico do direito criminal luso-brasileiro.** São Paulo : RT, 1976.