

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**Sebastião Augusto de Camargo Pujol**

**O modelo jurídico jurisprudencial como reserva de justiça penal  
Casos paradigmáticos**

**MESTRADO EM FILOSOFIA DO DIREITO**

**SÃO PAULO  
2011**

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
PUC – SP**

**Sebastião Augusto de Camargo Pujol**

**O modelo jurídico jurisprudencial como reserva de justiça penal  
Casos paradigmáticos**

**MESTRADO EM FILOSOFIA DO DIREITO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE EM FILOSOFIA DO DIREITO, sob orientação da Professora Doutora Maria Celeste Cordeiro Leite Santos.

**SÃO PAULO  
2011**

**Banca Examinadora**

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Maria Celeste Cordeiro Leite Santos

---

---

---

## **Agradecimentos**

*À Professora Doutora Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, pela paciência no desenvolvimento do trabalho de orientação e pela disposição para compartilhar o seu conhecimento.*

*Ao Professor Doutor Dirceu de Mello, pela oportunidade de compartilhar a sua experiência jurídica que serviu de motivação para o aprofundamento dos estudos acadêmicos.*

*Aos meus familiares e amigos, pela compreensão pelas ausências decorrentes da dedicação aos estudos.*

## RESUMO

Durante muito tempo a ciência do direito foi concebida pela perspectiva da *jurisprudência dos conceitos*, levando a uma concepção estática do fenômeno da normatividade com preponderância da metodologia lógico-sistêmica e do conceptualismo das leis, representado pela imagem da “*pirâmide dos conceitos*”. A partir dessa ilustração tornou-se usual a afirmativa de que não há direito penal vagando fora da lei penal. Era o reino do modelo jurídico-penal legal, com o predomínio do princípio da legalidade penal. Todavia, a insensatez do legislador fez com que surgissem quantidades significativas de leis penais, não razoáveis, e tipos penais falhos, tornando cada vez mais importante o papel da jurisprudência na solução dos casos penais e no preenchimento das lacunas da lei. Daí a relevância crescente do modelo jurídico jurisprudencial para a vivificação da ciência do direito penal. Assim é que se consuma o ingresso da ciência jurídica na *jurisprudência dos interesses*, em que os interesses, necessidades vitais, desejos, expectativas e papéis são entendidos como fatores causais do direito. Mais adiante, sob a batuta do neokantismo da “escola sudocidental”, desenvolve-se a *jurisprudência dos valores* na ciência do direito, em que os valores passam a ser encarados como um dos fatores relevantes para a interpretação do direito.

A adoção do modelo jurídico jurisprudencial confere perspectiva dinâmica para a interpretação e concretização do direito coerente, com o tridimensionalismo jurídico postulado por Miguel Reale em que fato, valor e norma jurídica inserem-se num contexto dialético de implicação e polaridade. Nesse diapasão a presente dissertação promove a imersão dessas reflexões científicas no campo do direito penal, por entender que esse ramo ocupa posição central no ordenamento jurídico e no sistema político que, através dele, se expressa. É que no tratamento penal manifesta-se de forma mais sensível e por vezes dramática as relações jurídicas entre o poder público e a liberdade individual.

Se a jurisprudência dos conceitos e o positivismo jurídico modelaram a ciência do direito penal para o formalismo dos tipos penais, o fato certo é que a jurisprudência dos valores se impôs juntamente com a estrutura tridimensional do direito a abranger o fato, o valor e a norma jurídica, de modo que o tipo penal tem um conteúdo valorativo imerso numa atmosfera cultural e histórica segundo os postulados do culturalismo jurídico. Avulta, pois, o papel da jurisprudência na justiça penal, consagrando os valores tutelados pela norma jurídica e avaliando a conduta humana pelo critério ético-social de sua existência, considerando o

homem não apenas do ponto de vista abstrato de sua racionalidade, mas também do ponto de vista do homem concreto com o seu inconsciente irracional.

Alfim, são apresentados alguns casos paradigmáticos para robustecer a relevância do papel da jurisprudência para a Justiça Penal, sendo possível destacar o caso da primeira cirurgia de redesignação de sexos ocorrida no Brasil nos idos de 1970, em que o cirurgião foi processado criminalmente pela prática de lesão corporal de natureza grave. Passados quarenta anos desse episódio, houve evolução social e mudança de valores sendo esse tipo de cirurgia nos dias de hoje regulamentado pelo Conselho Federal de Medicina. Em outras palavras, não houve mudança da lei penal, mas sim mudanças nos valores sociais, mudanças essas que são aferidas pela jurisprudência, o que propicia a promoção da justiça que é um dos valores constitucionais supremos, expressamente previstos no Preâmbulo da Constituição da República de 1988.

**Palavras-chave:** modelo jurídico-jurisprudencial, jurisprudência dos conceitos, jurisprudência dos valores.

## ABSTRACT

For a long time the science of law was conceived from the perspective of jurisprudence of concepts, leading to a static conception of the phenomenon of normativity, with a preponderance of logical and systematic methodology and conceptualism of laws represented by the image of the “pyramid of concepts”. From the Enlightenment it became usual to assert that there is no criminal justice that is not based on criminal law. The criminal legal model ruled absolute, with the principle of legality in criminal proceedings predominating. However, lack of good judgment by the legislators led to a significant number of unreasonable criminal laws and flawed criminal types, making the role of jurisprudence increasingly more important in solving criminal cases and filling gaps in the law. Hence the growing importance of the jurisprudence legal model for the development of the science of criminal law. Thus the influx into legal science of *jurisprudence of interests* takes place, where interests, vital needs, desires, expectations and roles are understood as causal factors of law. Later, under the auspices of the neo-Kantianism of the “western-southern school”, *jurisprudence of values* in legal science develops, in which values are to be regarded as one of the factors relevant to the interpretation of the law.

The adoption of the jurisprudence legal model brings a dynamic perspective to the interpretation and implementation of the law consistent with the legal three-dimensionalism postulated by Miguel Reale, where fact, value and rule of law become part of a dialectical context of implication and polarity. And in line with this, the present thesis promotes the immersion of these scientific ideas in the field of criminal law on the understanding that this branch occupies a central position in the legal order and political system expressed by it. And that it is in criminal treatment that legal relations between government and individual liberty are manifested in a more sensitive and sometimes dramatic way.

If jurisprudence of concepts and legal positivism have shaped the science of criminal law according to the formalism of types of offenses, the fact remains that jurisprudence of values is imposed together with the three-dimensional structure of the law to cover fact, value and rule of law, so that the offense has an evaluative content immersed in a cultural and historical atmosphere in accordance with the postulates of legal culture. Thus the role of law predominates in criminal justice, establishing the values protected by the rule of law and evaluating human behavior by the social-ethical criteria of its existence, considering man not

only from the abstract standpoint of rationality, but also considering the concrete being with his irrational unconscious.

Finally, some paradigmatic cases are presented to strengthen the relevance of the role of jurisprudence to Criminal Justice and we may highlight the case of the first sex reassignment surgery which took place in Brazil back in 1970, when the surgeon was criminally prosecuted for practicing serious bodily harm. Forty years on from this episode, there has been social evolution and a change of values, with this type of surgery today being regulated by the Federal Council of Medicine. Put another way, we may say there has been no change in criminal law, but rather a change in social values and these changes are measured by case law, which facilitates the promotion of justice, one of the highest constitutional values explicitly mentioned in the Preamble to the Constitution of 1988.

**Keywords:** jurisprudence legal model, jurisprudence of concepts, jurisprudence of values.

## ÍNDICE

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>1 O CAMPO METODOLÓGICO DO PARADIGMA DA FILOSOFIA DO DIREITO</b>	<b>18</b>
1.1 A Ciência do Direito .....	20
1.2 Métodos da Ciência do Direito .....	21
1.3 Modelos de Ciência do Direito .....	25
1.4 Tecnologia Jurídica e Técnica Jurídica .....	29
1.5 Ciência do Direito: Perspectiva Dogmática e Perspectiva Zetética.....	32
1.6 A Sistemática na Ciência do Direito .....	35
1.7 O Pensamento Tópico na Ciência do Direito .....	37
<b>2 A CIÊNCIA DO DIREITO PENAL.....</b>	<b>40</b>
2.1 A Construção Histórica da Ciência do Direito Penal.....	42
2.2 Jurisprudência dos Conceitos e Direito Penal .....	57
2.3 Jurisprudência dos Interesses e Direito Penal .....	60
2.4 Jurisprudência da Valoração e Direito Penal.....	64
<b>3 A CIÊNCIA DO DIREITO PENAL NO BRASIL.....</b>	<b>70</b>
<b>4 O SISTEMA PENAL .....</b>	<b>75</b>
4.1 O Sistema Penal Fechado .....	77
4.2 O Sistema Penal Aberto .....	80
<b>5 MODELOS DE CIÊNCIA JURÍDICO-PENAL.....</b>	<b>88</b>
5.1 Modelos Jurídicos .....	89
5.2 Modelos Dogmáticos.....	90
<b>6. O MODELO JURÍDICO LEGAL.....</b>	<b>94</b>
<b>7 O MODELO JURÍDICO PRINCIPIOLÓGICO.....</b>	<b>102</b>
<b>8 O MODELO JURÍDICO CONSUECUDINÁRIO.....</b>	<b>109</b>
<b>9 O MODELO JURÍDICO JURISPRUDENCIAL .....</b>	<b>117</b>
<b>10 O NOVO PENSAMENTO SISTEMÁTICO NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO PENAL COMO RESERVA DE JUSTIÇA PENAL: SABER SISTEMÁTICO COMPLEMENTADO PELO PENSAMENTO TÓPICO-PROBLEMÁTICO .....</b>	<b>123</b>

<b>11 CASOS PARADIGMÁTICOS .....</b>	<b>129</b>
<b>12 CONCLUSÕES .....</b>	<b>147</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>153</b>

## INTRODUÇÃO

Nas famílias jurídicas de índole romano-germânica a lei é considerada a fonte principal da ordem jurídica, sendo relegada à jurisprudência – entendida como conjunto de decisões que promanam dos Tribunais – um papel secundário de integração do direito. Por outro lado, os sistemas jurídicos de cunhagem inglesa – que alguns chamam de anglo-saxão – são lastreados na força dos precedentes judiciais, tendo a jurisprudência papel relevante para tais ordenamentos jurídicos.

O direito pátrio – pautado pela herança romana do colonizador português – vem sendo influenciado de maneira crescente pelo direito norte-americano desde o início da República, com a propagação do princípio da supremacia da constituição e do controle difuso de constitucionalidade, que emergiu da famosa decisão do Juiz John Marshall no precedente de 1803 que ficou conhecido como o caso *Marbury x Madison*.

No campo penal, a influência do direito anglo-saxônico se deu durante o processo constituinte de 1987 que resultou na promulgação da Constituição Federal de 1988, cujo artigo 98, inciso I, deformalizando a justiça penal, autorizou a criação de juizados especiais, nos âmbitos federal e estadual, com competência para julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos nas hipóteses previstas em lei; a transação e o julgamento dos recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

E, sete anos após a promulgação da Constituição Federal foi editada a Lei nº 9.099/1995, concretizando o dispositivo constitucional acima citado, dispondo sobre os Juizados Especiais Criminais Estaduais, instituindo a transação penal – instituto que se assemelha ao *plea bargaining* norte-americano –, possibilitando o encerramento do processo em qualquer fase, nos termos do artigo 76 da referida lei nacional que estipula que o

Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos e multas, a ser especificada na proposta, quando a pena máxima cominada ao delito não for superior a 2 (dois) anos, nos termos do artigo 61 do mesmo diploma legal.

O artigo 89 da citada lei infraconstitucional introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto jurídico denominado suspensão condicional do processo ou *sursis* processual, semelhante ao *probation* norte-americano, autorizando o Ministério Público, nos casos de crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, ao oferecer a denúncia, propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (artigo 77 do Código Penal).

Posteriormente, treze anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi editada a Lei nº 10.259/2001 dispendo sobre a instituição dos Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal.

Essa influência do direito norte-americano no direito brasileiro chegou ao ponto culminante com a introdução na Constituição Federal de 1988 da Súmula Vinculante, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual ficou conhecida como emenda da reforma do Poder Judiciário. Assim é que, a força normativa da jurisprudência ganhou *status* constitucional. E com isso, é crível concluir que o sistema jurídico brasileiro é misto, isto é, ao mesmo tempo em que é fulcrado no formalismo dos institutos jurídicos, é vivenciado pela força dos precedentes da jurisprudência, notadamente em sede de jurisdição constitucional, em que as decisões de controle concentrado de constitucionalidade têm eficácia jurídica vinculante e efeitos *erga omnes*.

Com o escopo de melhor esclarecer a temática que será abordada nesta dissertação afigura-se relevante distinguir o significado das expressões “Jurisprudência” com inicial maiúscula e de “jurisprudência” com inicial minúscula. Com efeito, enquanto Jurisprudência é

expressão empregada pelo direito romano com o significado de ciência do direito, em nossos dias a expressão jurisprudência reporta-se ao conjunto de julgados dados pelos Tribunais às questões jurídicas que lhe são submetidas.

Vale destacar que a expressão Jurisprudência, no sentido de ciência do direito, deriva de Ulpiano a quem se atribui a assertiva de que *jurisprudência é o conhecimento das coisas divinas e humanas, e a ciência do justo e do injusto*. Essa diferenciação de sentido no emprego da palavra jurisprudência explica a razão histórica pela qual na Itália os estabelecimentos de ensino superior de Direito são denominados *Facoltà di Giurisprudenza* ao invés de Faculdade de Direito, ou, *Faculté de Droit* como são chamados na França e no Brasil.

Embora a força normativa dos precedentes judiciais se mostre afirmada historicamente na experiência jurídica das famílias jurídicas do direito casuístico (*common law*), em contraposição às famílias jurídicas da tradição romanística do direito codificado (*civil law*), tem-se que com a introdução da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro o papel da jurisprudência viu-se reforçado.

Enquanto nos países que seguem o denominado *common law* o precedente é vinculante (*binding authority*), nas famílias jurídicas do *civil law* o precedente judicial não é obrigatório, mas sim persuasivo, ou seja, tem eficácia meramente persuasiva.

A jurisprudência entendida como reiteração de julgados no mesmo sentido revela a forma viva do direito em sua realidade cotidiana e configura a interpretação judiciária do direito vigente. Nesse contexto dois extremos se entrecrocavam. De um lado os adeptos da Escola da Exegese, sob a influência dos ideais da Revolução Francesa de 1789, que entendiam que o juiz devia ser a boca que pronuncia as palavras da lei renunciando a qualquer interpretação e, destarte, excluindo-se a jurisprudência como fonte de direito. E em oposição a esse entendimento, estão aqueles que seguiam os preceitos da Escola do Direito Livre que

atribuíam total liberdade ao operador do direito que em dadas circunstâncias estaria autorizado a até mesmo criar a lei, ou seja, “*judge made law*”, reforçando-se, desse modo, o papel da jurisprudência na nomogênese jurídica.

Emerge dessa controvérsia que a verdade está no meio-termo. Nem Escola da Exegese, tampouco Escola do Direito Livre. De fato, no campo do direito criminal, se há aqueles que propugnam que não há direito penal vagando fora da lei penal avulta, por outro lado, há a assertiva de que quem dá o sentido da lei é o intérprete da lei penal.

Se de um lado o Parlamento tem o monopólio da redação das leis, tem-se que é facultado ao Judiciário o poder de interpretá-las criativamente. E isso rende ensanchas à seguinte questão: qual o papel social mais importante? O do legislador que cria a lei penal e que primeiro redige uma assertiva jurídico-penal? Ou o do intérprete autêntico (o Juiz) que dá sentido à lei penal e a quem é atribuída a última palavra hermenêutica? A resposta a essa questão depende de como o respondente concebe a teoria geral do direito. Partindo de Hans Kelsen como meridiano de *Greenwich* e caminhando em direção ao culturalismo jurídico de Miguel Reale, é possível obter respostas diferentes. Para os adeptos do normativismo jurídico da teoria pura do direito de Hans Kelsen, o mais importante é o papel do legislador na criação das leis penais. Por outro lado, para aqueles que seguem o tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale, é o intérprete que cria a norma jurídica constituindo a lei a estrutura frástica ou suporte linguístico para a experiência jurídica.

Valendo-se da tipologia de Miguel Reale acerca dos modelos jurídicos e modelos dogmáticos, tem-se que a fonte do direito penal precípua é a lei penal, que cria o modelo jurídico prescritivo de caráter obrigatório a orientar o direito penal com base no princípio da legalidade. E, paralelamente, tem-se que a doutrina produz modelos dogmáticos a partir do texto codificado, elucidando-o, estipulando a natureza jurídica de institutos jurídicos, construindo interpretações e revestindo o direito penal de caráter científico.

No campo da culpabilidade penal pode-se afirmar com Francisco de Assis Toledo<sup>1</sup> que “o mais importante instrumento de descriminalização indireta, de que se têm valido os penalistas através dos tempos, é sem dúvida a manipulação do conceito de culpabilidade”. Com efeito, como se sabe, é a dogmática jurídico-penal, através de modelos dogmáticos da teoria da culpabilidade que divisa os elementos da culpabilidade (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa), o que torna necessária ou desnecessária a aplicação da pena criminal nos casos concretos – apesar das cominações legais – sendo que isso ocorre independentemente da existência de uma lei penal prévia.

Portanto, no direito penal destaca-se o modelo dogmático da estrutura do crime como fato típico, ilícito e culpável, bem como o modelo da teoria da tipicidade a desvelar os elementos da descrição legal do crime (elemento subjetivo, normativo e descritivo), de modo que para o penalista essas pautas gerais do modelo dogmático são mais vinculantes do que as normas do modelo jurídico prescritivo do direito penal positivo.

E, assim é que emerge a relevância do papel da jurisprudência na ciência do direito penal, utilizando os argumentos persuasivos dos modelos dogmáticos da teoria geral do crime, no campo da tipicidade, ilicitude e culpabilidade para aplicar a justiça do caso concreto animando e vivificando o direito penal positivo.

Tomando emprestadas as palavras de Nelson Hungria<sup>2</sup>, “a ciência penal não se exaure numa pura esquematização rígida de princípios neutros, pois que é a ciência de um direito eminentemente modelado sobre a vida e para a vida. Não pode isolar-se desta”, pois o Código Penal constitui a maior expressão da moral prática de um povo.

---

<sup>1</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11/7/1984, e a Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Saraiva. 1991, p. 255/256.

<sup>2</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1949, p. 83.

Explicando em outros termos, há que se registrar que no âmbito do Estado Democrático de Direito e da democracia representativa, são os legisladores que editam as leis nacionais no Congresso Nacional. E os legisladores são oriundos das mais diversas camadas sociais; são médicos, dentistas, engenheiros, profissionais liberais, empresários, sindicalistas, advogados etc. Regra geral, esses legisladores não são juristas, e assim, discutem e aprovam leis nem sempre guiados pela reta razão, mas sim por motivações políticas ou por conta de pressões de grupos econômicos, sem a visão do ordenamento jurídico.

Essas são as razões das frequentes impropriedades cometidas durante o processo da nomogênese jurídica, a macular os modelos jurídicos prescritivos do direito positivo, donde emerge a necessidade dos profissionais do direito, advogados, juízes e promotores de justiça, que vão criando os modelos dogmáticos interpretando o direito positivo com base na ciência do direito. Disso resulta a relevância da metodologia da ciência do direito e sua evolução partindo da jurisprudência dos conceitos, passando pela jurisprudência dos interesses, até a jurisprudência dos valores; temáticas essas pormenorizadas no curso desta dissertação.

As ideias desenvolvidas nesta dissertação ganham relevância para o correto entendimento da ciência do direito penal que não se confunde com o direito penal positivo. Afinal de contas, escorado em Roberto Lyra<sup>3</sup>, pergunta-se – mediante consulta cuidadosa e sincera – quem poderá negar que alguma vez em sua vida violou, ainda que episodicamente, a lei penal positiva por ação ou omissão, praticando condutas que se amoldam a tipos penais descritos em lei penais, como por exemplo: falar mal de terceiros em conversas informais a caracterizar, em tese, crime contra a honra (calúnia, difamação ou injúria), tipificado nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal; comprar um *CD* ou um *DVD* “pirata”, que caracteriza, em tese, crime de violação de direito autoral (artigo 184 do Código Penal) ou

---

<sup>3</sup> LYRA, Roberto. Novo direito penal: volume I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p. 18.

receptação dolosa (artigo 180 do Código Penal); abusar de instrumentos sonoros em volume elevado em festa familiar, perturbando o sossego da vizinhança (artigo 42, inciso III do Decreto-Lei nº 3.688/1941, mais conhecido como Lei das Contravenções Penais).

Assim, sem o concurso da ciência do direito penal, e apenas com o direito penal positivo, dir-se-ia que homens que se supõem benfeitores não passariam de malfeitores em face da mesma lei penal destinada a criminosos.

## 1 O CAMPO METODOLÓGICO DO PARADIGMA DA FILOSOFIA DO DIREITO

A filosofia do direito é obra de juristas com interesses filosóficos. É que, se a filosofia tende a uma investigação teórica, o direito inclina-se para um saber prático. Teoria e prática constituem, portanto, dois aspectos da experiência jurídica. E esta abrange, assim, o laboratório do teórico e a oficina da prática, devendo o jurista atuar como o ponto de intersecção entre a teoria e a prática.

Toda investigação científica depende de pressupostos filosóficos, sob pena de transformá-la num equívoco agnosticismo filosófico equivalente a uma contraditória posição especulativa. A filosofia do direito não se confunde com a ciência do direito. Miguel Reale<sup>4</sup> esclarece que a filosofia do direito caracteriza-se por “(...) *uma perquirição permanente e desinteressada das condições morais, lógicas e históricas do fenômeno jurídico e da Ciência do Direito (...)*”. E a ciência do direito, que estuda o fenômeno jurídico, é sempre ciência de um direito positivo no tempo e no espaço.

A filosofia do direito indaga dos princípios lógicos, éticos e histórico-culturais do direito, buscando respostas às especulações sobre o conceito do direito, sobre o fundamento e legitimidade do direito, bem assim sobre o sentido histórico do direito.

E o paradigma da filosofia do direito comporta quatro campos de investigação segundo a modelagem proposta por Celso Lafer, a dizer: o campo metodológico; o campo ontológico (validade formal da norma jurídica); o campo fenomenológico (efetividade da norma jurídica em relação aos seus destinatários); o campo deontológico (justiça e legitimidade da norma jurídica).

Focado no campo metodológico tem-se que este corresponde às preocupações da jusfilosofia moderna. Se a metafísica do ser foi objeto da reflexão da filosofia antiga, a

---

<sup>4</sup> REALE, Miguel. O direito como experiência. São Paulo. Editora Saraiva. 1992, p. 75.

filosofia moderna voltou-se para preocupações vinculadas ao conhecer e às possibilidades do conhecimento, sobretudo sob a crença no conhecimento científico.

No âmbito jurídico as especulações sobre a problemática da metodologia da ciência do direito constituiu a principal reflexão de Karl Larenz<sup>5</sup>, que, dentre outras ponderações, aduziu que a metodologia de uma ciência consiste na sua reflexão sobre a própria atividade e não se delimita na descrição dos métodos aplicados na ciência, mas se expande para compreender esses métodos, conhecendo a sua necessidade, justificação e limites.

E o citado jurista ainda explica que a metodologia da ciência do direito apresenta uma face dupla, uma vez que de um lado está voltada para a dogmática jurídica e aplicação prática de seus métodos e, de outro lado, volta-se para a teoria do direito e, em última análise, à filosofia do direito, sendo que a dificuldade metodológica da ciência do direito emerge nessa dupla direção.

Tercio Sampaio Ferraz Junior aduz que não há consenso na abordagem científica do direito em razão da diversidade metodológica, citando a título de exemplo a posição daqueles que concebem a ciência do direito como eminentemente valorativa, tal como Miguel Reale, em contraste com outros jusfilósofos que advogam a sua neutralidade axiológica a exemplo de Hans Kelsen.

A ciência do direito pode ser focalizada como teoria da norma jurídica ou como teoria da interpretação na situação concreta, de modo que essa pluralidade de métodos desconcerta o teórico e leva à conclusão de que não há consenso na abordagem epistemológica da ciência do direito o que gera certa incerteza estruturada em normas jurídicas.

---

<sup>5</sup> LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian. 5ª edição. 2009. Prefácio à primeira edição.

Sob outro prisma Celso Lafer<sup>6</sup> menciona a título ilustrativo alguns modelos utilizados para a construção da metodologia jurídica, dentre os quais se destacam: o modelo da historiografia na origem da Escola Histórica; o modelo descritivo da história natural em Rudolf von Ihering; o modelo do marxismo da Teoria do Direito de Karl Renner ou Evgueny Bronislanovitch Pasukanis; o modelo do culturalismo jurídico de Gustav Radbruch e Miguel Reale; e, o modelo de análise da linguagem de Lourival Vilanova, Tercio Sampaio Ferraz Junior e Luiz Alberto Warat.

### 1.1 A Ciência do Direito

A diversidade de método da ciência do direito já descrita levou alguns juristas a questionar e negar o próprio caráter científico da ciência do direito. Em 1847 o Promotor Público em Berlim J.H. von Kirchmann, ganhou fama em conferência intitulada “*Sobre o desvalor do direito como ciência*”, denunciando a arbitrariedade e inconstância de seu objeto, sendo esse inconformismo representado pela assertiva de que “*três palavras do legislador, e bibliotecas inteiras transformam-se em papel de embrulho*”.

Dissertando sobre a ciência do direito Gustav Radbruch<sup>7</sup> esclarece que as tarefas do jurista em face da lei são três: interpretação, construção e sistema. Inicialmente a interpretação deverá esclarecer analiticamente os enunciados individuais do texto legal. A seguir, o instituto jurídico deverá ser submetido a uma construção teleológica com relação à ordem jurídica inteira em termos de continuidade a um sistema jurídico.

---

<sup>6</sup> LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Editora Companhia das Letras. 2006, p. 49.

<sup>7</sup> RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Martins Fontes. 1999. p. 216

É inatingível o ideal da construção da sistemática jurídica sem contradição, a partir de um princípio finalístico uniforme. Postula-se, destarte, uma dubiedade do conteúdo jurídico entre construção e sistematização jurídico-teleológica e construção e sistematização jurídico-formal segundo formas jurídicas (por exemplo: direito público e direito privado). E essa duplicidade de conteúdo jurídico por vezes apresenta-se conflituosa.

Daí a natureza problemática da ciência do direito decorrente desse conflito entre sistemática formal e teleológica. É que as determinações do direito vigente não são dotadas de finalidade uniforme. Num determinado momento uma maioria ocasional no Parlamento pode editar leis impulsionadas por ideais liberais, e, em outro momento, a ideia-força subjacente à nomogênese jurídica pode ser guiada por ideais conservadores.

Assim sendo, não é possível vislumbrar no direito vigente uma finalidade uniforme e a seguir partir dessa uniformidade para resolver os conflitos jurídicos particulares do que resulta que o direito é a mais complicada de todas as ciências. Problemática à parte avulta da doutrina majoritária o caráter científico da ciência do direito, como um sistema de conhecimentos da realidade jurídica. A ciência do direito é, em verdade, a ciência que estuda o direito utilizando o método jurídico.

## 1.2 Métodos da Ciência do Direito

Método é o caminho ou percurso a ser seguido para atingir um objeto. A determinação do método é um momento constitutivo de toda a ciência. Tercio Sampaio Ferraz Junior<sup>8</sup> esclarece que “(...) método é um conjunto de princípios de avaliação da evidência,

---

<sup>8</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo. Editora Atlas.

*cânones para julgar a adequação das explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses (...)*”.

O gênio romano deixou o legado de que o método jurídico deve ser associado à aplicação prática do direito. E tal lição é reforçada por Gilles-Gaston Granger<sup>9</sup> no sentido de que “(...) a epistemologia de uma disciplina científica supõe, portanto, uma tomada de consciência da natureza concreta da prática científica que lhe corresponde, e não só uma especulação, por mais engenhosa e penetrante que esta seja, sobre teorias (...)”. Discorrendo sobre a pluralidade de métodos na ciência do direito, Tercio Sampaio Ferraz Junior<sup>10</sup> leciona que pelo menos três posições podem ser lembradas:

Em primeiro lugar há os que insistem na “historicidade” do método e vêem a Ciência do Direito como uma atividade metódica que consiste em pôr em relevo o relacionamento espaço-temporal do fenômeno jurídico, buscando nesse relacionamento o seu ‘sentido’. Em segundo lugar, encontramos os que defendem uma concepção analítica, reduzindo a atividade metódica do jurista ao relacionamento do Direito às suas condições lógicas (deontológicas e formais). Em terceiro lugar, temos aqueles que, evitando posições historicistas, tentam um relacionamento do Direito às condições empíricas a eles subjacentes, na busca de “estruturas funcionais”.

Aloysio Ferraz Pereira<sup>11</sup> aduz que o estudo da metodologia da ciência do direito pela doutrina pode ser dividido na seguinte forma:

Exposições gerais e eruditas que buscam abranger todos os métodos empregados no estudo do direito e da filosofia jurídica no curso da história, tal como na obra de Karl Larenz que em sua metodologia da ciência do direito ordena e resume segundo critério histórico as metodologias de Savigny, da jurisprudência dos conceitos da jurisprudência dos interesses, do positivismo jurídico, do Neokantismo, da fenomenologia do direito etc.

Exposições convencionais que não saem dos lugares-comuns seletos, concluindo o óbvio, sendo citado o trabalho de André Franco

---

<sup>9</sup> GRANGER, Gilles-Gaston. *Pensamento formal e ciências do homem*. Volume I. Lisboa: Editorial Presença Portugal. Livraria Martins Fontes Brasil. 1967, p. 39.

<sup>10</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. São Paulo: Editora Saraiva. 2ª edição. 1997, p. 151.

<sup>11</sup> PEREIRA, Aloysio Ferraz. *O direito como ciência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1980, p. 59.

Montoro no livro denominado os princípios fundamentais do método no direito.

Exposições unilaterais marcadas pelo espírito de Escola, tal como em Hans Kelsen em sua teoria pura do direito.

Exposições unilaterais marcadas pela orientação fortemente pessoal, tal como em Francesco Carnelutti em sua obra denominada metodologia da teoria do direito e da moral.

Carlos Santiago Nino<sup>12</sup> pondera que os autores de teoria geral do direito não se têm ocupado de maneira sistemática sobre os pressupostos da atuação dos juristas ao redor dos distintos sistemas jurídicos e que, ao contrário disso, na maioria dos casos foram filósofos do direito que dedicaram preocupação em propor modelos sobre como deveria ser constituída uma genuína ciência do direito positivo. E menciona três modelos possíveis de ciência do direito desenvolvidos por filósofos do direito, a saber: o modelo de Hans Kelsen de uma ciência descritiva de normas jurídicas (positivismo-normativista); o modelo de Alf Ross de uma ciência empírica (realismo jurídico); o modelo de Alchourrón y Bulygin de uma ciência sistematizadora.

E ainda destacam-se os estudos da lógica jurídica na metodologia da ciência do direito o que é objeto de considerável bibliografia donde emerge a doutrina de Paulo de Barros Carvalho do construtivismo lógico-semântico com preocupações quanto ao rigor no emprego da linguagem jurídica.

Há ainda o método fenomenológico apontado por Miguel Reale como próprio da filosofia do direito e da ciência do direito seguindo Edmund Husserl quanto à necessidade de penetrar na essência das coisas disciplinando o espírito através de uma descrição das essências. Esse pensamento fenomenológico é fundado na “*intencionalidade da consciência*”, ou seja, na consciência de algo. Pelo método fenomenológico o sujeito coloca-se perante o objeto e deve descrevê-lo colocando entre parêntesis todos os aspectos

---

<sup>12</sup> NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona. Editora Ariel Derecho. 11º edición. 2003, p. 315 e ss.

acessórios, em uma seleção gradual que objetive destacar as notas essenciais ou *eidéticas*, até atingir a essência da coisa, o *eidós*. Acerca desse método assinala Miguel Reale<sup>13</sup>:

O primeiro dever do estudioso, ao aplicar o método fenomenológico, é procurar afastar de si todos os preconceitos, todos os prejuízos porventura formados a respeito do mesmo fenômeno, notadamente quanto à sua transcendência, ou realidade fora da consciência (“epoqué” fenomenológica). Devemos colocar-nos em um estado de disponibilidade perante o objeto, no sentido de procurar captá-lo, na sua pureza, assim como é dado na consciência, sem refrações que resultem de nosso coeficiente pessoal de preferências, para poder descrevê-lo integralmente, com todas as suas qualidades e elementos, recebendo-o <tal como se oferece originariamente na intuição> (descrição objetiva).

No culturalismo jurídico de Miguel Reale, da ontognoseologia se passa para a epistemologia e desta para a metodologia, lembrando-se de que a palavra epistemologia tem um duplo significado, segundo o dicionário de filosofia de Nicola Abbagnano, podendo ser sinônimo de gnosiologia ou teoria do conhecimento ou, num segundo sentido, como sinônimo de filosofia da ciência, sendo que os dois significados estão estreitamente interligados, pois o problema do conhecimento, na filosofia moderna e contemporânea, entrelaça-se (e às vezes confunde-se) com o da ciência.

E para finalizar este capítulo destacando o caráter problemático da metodologia da ciência do direito, peço vênia para reproduzir a seguinte reflexão de Gilles-Gaston Granger<sup>14</sup> sobre a epistemologia das ciências humanas:

Uma epistemologia das ciências humanas, se nos causa maiores embaraços pelo carácter ainda indeterminado dos seus métodos e pela incerteza dos seus resultados, implica também, por isso mesmo, um menor perigo de nos deixar incorrer na ilusão de um dogmatismo transcendental. Mas nem por isso se torna menor a dificuldade de conseguir ver claro no meio da confusão de uma prática científica muitas vezes incoerente e quase sempre levada a excessos, quer de formalismo, quer de empirismo.

---

<sup>13</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Editora Saraiva. 20ª edição. 2009, p. 366.

<sup>14</sup> GRANGER, Gilles-Gaston. *Op. cit.*, p. 39.

### 1.3 Modelos de Ciência do Direito

Tercio Sampaio Ferraz Junior<sup>15</sup> postula que o pensamento jurídico, envolvendo sempre um problema de decidibilidade de conflitos sociais, pode ser articulado em três modelos de ciência do direito. O primeiro modelo, chamado analítico concebe a Jurisprudência como teoria da norma. O segundo modelo focaliza a decidibilidade pelo ângulo de sua relevância significativa, podendo ser chamado teoria da interpretação. O terceiro modelo vê a decidibilidade como busca das condições de possibilidade de uma decisão hipotética podendo ser denominado teoria da decisão jurídica.

Esses três modelos estão inter-relacionados e não são independentes entre si. E a partir desses três modelos é possível mostrar os diferentes modos como a ciência do direito se exerce enquanto pensamento tecnológico.

Pelo modelo analítico a ciência do direito é concebida como teoria da norma jurídica, pelo que toda conduta pode ser dimensionada como cumprimento ou descumprimento de normas jurídicas, conceituando-se a norma jurídica como um imperativo autorizante pelo qual a violação da norma jurídica autoriza o titular do direito violado a busca tutela jurisdicional para reposição do direito violado.

O modelo analítico da ciência do direito, como teoria da norma, implica na concepção do direito como ordenação coercitiva da conduta humana. Na simbologia a deusa Diké da Justiça, com os olhos abertos e sobraçando uma espada em uma de suas mãos, estaria a demonstrar que o equilíbrio da balança segura pela sua outra mão não estaria resguardado sem a garantia da força da espada. Assim sendo o direito seria representado

---

<sup>15</sup> FERRAZ JUNIOR. *Op. cit.*, p. 48.

pela norma jurídica mais a coação. Nesse sentido postula Rudolf von Ihering<sup>16</sup> que o direito consiste no conjunto das condições de existência da sociedade, asseguradas por uma coação externa. Em outras palavras:

(...) O direito não constitui um simples conceito – é uma força viva. Eis a razão porque vemos a Justiça segurando numa mão a balança por meio da qual o direito é pesado e na outra a espada por meio da qual o direito é defendido. A espada sem a balança é força bruta, ao passo que a balança sem a espada é a impotência do direito. Completam-se mutuamente e somente é possível que exista o autêntico estado de direito se a Justiça souber brandir a espada tão destramente quanto sabe manusear a balança (...).

No direito brasileiro Tobias Barreto<sup>17</sup>, jurista de escol do século XIX, já concebia o direito como um produto da cultura humana e uma disciplina social, isto é, uma disciplina que a sociedade impõe a si mesma através de um sistema de regras para o convívio harmônico de toda a sociedade. E o alvo da lei penal é o mesmo de qualquer outra lei não penal, ou seja, assegurar as condições vitais da sociedade, com o diferencial da sanção penal a cominar a pena privativa de liberdade.

E a ciência do direito orientada pelo princípio do normativismo estrito constituiu a síntese do positivismo normativista de Hans Kelsen, pelo qual a ciência do direito deveria ser expurgada de e qualquer outra influência que lhe fosse externa, tais como as noções de justiça, de sociologia e de moralidade.

Sintetizando: o modelo analítico parte do princípio dogmático da inegabilidade dos pontos de partida da norma jurídica sendo que o saber jurídico vincula-se ao conceito de validade da norma jurídica.

Por outro lado, o modelo hermenêutico da Jurisprudência segue o postulado de que não há norma sem interpretação, sendo que essa deve buscar a vontade do legislador

---

<sup>16</sup> IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Bauru: EDIPRO: tradução e notas de Edson Bini. 2001, p. 25.

<sup>17</sup> BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito: filosofia do direito, direito criminal, direito público, direito civil, processualística, vários escritos e programas*. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora. 1ª edição. 2000, p. 104 e ss.

(doutrina subjetivista da interpretação) ou a vontade da lei (doutrina objetivista da interpretação) tendo em vista uma finalidade pragmática, valendo-se de diferentes técnicas como a gramatical, a lógica, a sistemática, a teleológica e a histórica-evolutiva.

De acordo com tal perspectiva interpretar significa dar atribuição de sentido a um texto normativo. De acordo com Ricardo Guastini<sup>18</sup> há uma diferença entre *disposição* e *norma*, embora os juristas utilizem – por desconhecimento – indiferentemente os termos disposição e norma como se fossem sinônimos. Um documento normativo é um enunciado de discurso prescritivo. Disposição é qualquer enunciado que faça parte de um documento normativo. E norma consiste em todo enunciado que constitua o sentido ou significado atribuído a uma disposição. Em outras palavras, “(...) a disposição é (parte de) um texto ainda por ser interpretado; a norma é (parte de) um texto interpretado”.

O modelo hermenêutico da ciência jurídica concebe as disposições como uma *trama aberta* com uma *zona de penumbra* em que existem casos particulares seguramente abrangidos pelo campo de incidência normativa, todavia há outros casos particulares que certamente ficam fora do campo de aplicação normativa e outros casos particulares em que a aplicabilidade da norma é duvidosa, incerta e discutível.

E é o intérprete autêntico, ou seja, o juiz, quem decide se um caso em particular cai na *zona de luz* da norma jurídica ou na *zona de penumbra*, através da atividade de interpretação, do que resulta o triunfo do modelo hermenêutico da ciência do direito, em que interpretar uma disposição (enunciado prescritivo) consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos, com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativamente fundados.

O modelo empírico da ciência do direito como teoria da decisão, centraliza os seus esforços no problema da decidibilidade dos conflitos sociais, encarando-se a

---

<sup>18</sup> GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin. 2005, p. 23 e ss.

decidibilidade como busca das condições de possibilidade de uma decisão hipotética para um conflito hipotético. Por conta desse prisma o pensamento jurídico representaria um pensamento tecnológico específico focado para o problema da decidibilidade normativa de conflitos através da argumentação jurídica persuasiva para pacificação do conflito social.

Com efeito, o pensamento jurídico é voltado para a decisão e aplicação do direito. E na definição de Carlos Maximiliano<sup>19</sup> “*a aplicação do Direito consiste no enquadrar um caso concreto na norma jurídica adequada*”. E a aplicação do direito não se confunde com interpretação. A aplicação do direito não prescinde da hermenêutica. A aplicação do direito pressupõe a hermenêutica assim como, guardadas as devidas proporções, na ciência médica, a medicação pressupõe a diagnose. A título de exemplo num processo judicial os advogados da parte autora e da parte ré, cada qual, trabalha as normas jurídicas orientando-as para o fim de acolher os interesses de seus respectivos clientes. E o juiz interpreta as normas jurídicas que regem o conflito de interesses tendo em vista a necessidade de prolatação de uma decisão final para pôr fim ao conflito jurídico.

Enquanto a hermenêutica tem como único objeto as normas jurídicas, a aplicação do direito possui dois objetos, a dizer, o direito no sentido objetivo e o fato. A hermenêutica é um meio para atingir a aplicação do direito. A hermenêutica pode constituir o estudo preferido da doutrina, mas a aplicação do direito desvela o adaptador da doutrina à prática como verdadeiro jurisconsulto. Tomando emprestadas as palavras de Lourival Vilanova, o jurista, aplicador do direito, é o ponto de intersecção entre a ciência e a experiência.

Enquanto os modelos analítico e hermenêutico da ciência do direito, foram objeto de contínuo debate na doutrina, o modelo empírico da ciência do direito enquanto pensamento voltado para a decidibilidade dos conflitos sociais recebeu pouca atenção da

---

<sup>19</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 19ª edição. 2009, p. 5.

teoria geral do direito. Usualmente num curso de teoria geral do direito estuda-se em primeiro lugar a norma jurídica para depois se estudar a sua interpretação, relegando-se espaço diminuto para o estudo da aplicação do direito.

Apresentados esses modelos ou padrões da ciência do direito, com Tercio Sampaio Ferraz Junior conclui-se que o jurista ao enfrentar a questão da decidibilidade dos conflitos dificilmente se fixa num só modelo. Ao contrário disso, utiliza os modelos em conjunto, ora priorizando um modelo, ora outro, de acordo com o caso concreto, em verdadeira dialética de implicação e polaridade.

#### **1.4 Tecnologia Jurídica e Técnica Jurídica**

Técnica é conceituada no vocabulário técnico e crítico da filosofia de André Lalande<sup>20</sup> como “conjunto dos procedimentos bem definidos e transmissíveis, destinados a produzir certos resultados considerados úteis” ou, num sentido mais específico, “(...) a palavra técnica diz-se particularmente dos métodos organizados que repousam sobre um conhecimento científico correspondente (...)”.

E Tecnologia é conceituada nessa mesma obra como “estudo dos procedimentos técnicos, naquilo que eles têm de geral e nas suas relações com o desenvolvimento da civilização”. A tecnologia é, portanto, a teoria das técnicas.

Feita essa distinção entre técnica e tecnologia é possível aferir que a experiência jurídica pode ser desenvolvida através de dois tipos de atividade: as técnicas e as tecnológicas. De um lado têm-se os operadores do direito (juízes, advogados, promotores) que utilizam

---

<sup>20</sup> LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. São Paulo: Editora Martins Fontes. 1999, p. 1109.

instrumentos ou técnicas jurídicas criados pelos legisladores. E de outro lado tem-se as atividades tecnológicas que constituem uma reflexão sobre as atividades técnicas, visando à sua racionalização.

Avulta disso que a tecnologia desenvolve-se sobre a técnica constituída (dogmática e casuística) que é o conjunto dos instrumentos, ou seja, o direito posto. As técnicas constituem, destarte, o conjunto das ferramentas para serem empregadas na obra jurídica.

E a técnica diferencia-se da ciência do direito. Tomando emprestadas as palavras de Aloysio Ferraz Pereira<sup>21</sup> que por sua vez, reporta-se a Paul Amselek:

A atitude propriamente científica, na teoria do direito, é radical e qualitativamente diferente da técnica, porque <faz do direito uma experiência de conhecimento uma experiência científica>, e toma <as normas jurídicas como manifestações históricas, fenômenos a explicar, notadamente ligando-os a outros fenômenos>.

Na história a técnica precede a ciência. Em Roma o direito foi desenvolvido como técnica, e os juristas romanos não se intitulavam sábios, mas prudentes que juntavam a experiência dos negócios a reflexões sobre questões de direito, racionalizando as técnicas jurídicas sempre subordinadas às atividades práticas, produzindo tecnologia jurídica.

E os teóricos e operadores do direito também operam tecnologia jurídica ao responder a consultas ou sistematizar normas. Segundo Aloysio Ferraz Pereira quem diz ou cria o direito na verdade o descobre na legislação ou na natureza que é subjacente às leis. E prossegue:

A teoria jurídica tradicional, adotando abusivamente o termo ciência, não conseguiu, contudo, ultrapassar os limites da tecnologia. O positivismo jurídico concorreu decisivamente para uma separação entre a técnica constituída do direito (e a racionalização desta) e a técnica constituinte. O positivismo contribuiu ainda para reduzir a teoria jurídica a esse papel exclusivo de teoria da técnica, realizando, ao mesmo tempo, uma divisão de trabalho entre a técnica e a tecnologia.

---

<sup>21</sup> PEREIRA, Aloysio Ferraz. *Op. cit.*, p. 54 e ss.

O escopo do positivismo é ordenar e sistematizar as normas jurídicas e nesse desiderato desenvolveu uma lógica da arte jurídica, através da criação de princípios e métodos de sistematização e unidade do ordenamento jurídico, criando regras para as possíveis antinomias, tais como o critério cronológico (a lei posterior derroga a anterior), o critério hierárquico (lei superior derroga a inferior) e o critério da especialidade (lei especial derroga a geral).

E nessa tarefa o positivismo focalizou no papel da razão para revelação do direito, afastando-se do sentido científico, do método da observação da sociologia e do direito natural. E a postulação de Aloysio Ferraz Pereira é no sentido de que sem observação (sociologia e direito natural) o conhecimento jurídico cessa de ser científico.

Assim é que há diferença entre ciência do direito e técnica jurídica, sendo que para o direito ser considerado ciência é necessário entender de maneira profunda as causas, estruturas, razões e implicações do fenômeno jurídico. E atividade cotidiana do magistrado ao elaborar sentenças ou despachos, ou do advogado ao produzir petições ou argumentos fundados em leis e jurisprudência consistem no emprego de técnicas jurídicas.

O saber científico do direito demanda a busca dos *porquês* das técnicas jurídicas, *de onde surgem, como surgem e a que prestam*. Quanto às origens, é possível vislumbrar numa visão marxista que as técnicas jurídicas resultam de certas estruturas sociais específicas ditadas pelo capitalismo, em que a forma jurídica segue a estrutura mercantil. Sob outra perspectiva, vislumbra-se o direito como técnica de controle social.

Consequente a essa cosmovisão do direito conclui-se que o que o normativismo positivista da teoria pura do direito que Hans Kelsen chamou de ciência do direito trata, na verdade, de uma teoria geral sobre técnicas jurídicas modernas. A teoria geral das técnicas do direito resulta numa tecnologia do direito. A tecnologia é um conhecimento raso do direito e a ciência do direito é um conhecimento profundo do direito.

Valendo-se dessa diferenciação entre tecnologia e ciência do direito, Tercio Sampaio Ferraz Junior e outros juristas que o seguiram deduziram que vislumbram-se da ciência do direito duas importantes perspectivas, a dizer: a perspectiva dogmática e a perspectiva zetética.

Provisoriamente, esclareça-se que dogmática jurídica compreende uma reflexão restrita do direito vinculado à teoria geral das técnicas jurídicas, envolvendo a prática da aplicação das normas jurídicas, ou seja, à tecnologia jurídica. Por outro lado, a zetética jurídica abrange toda a reflexão sobre as origens do direito, sobre a história do direito, sobre as causas das relações sociais do direito e sobre as finalidades do direito. A zetética possibilita, portanto, um estudo amplo, crítico e científico do direito, ao passo que a dogmática reduz o direito ao estudo de suas ferramentas técnicas.

### **1.5 Ciência do Direito: Perspectiva Dogmática e Perspectiva Zetética**

Dogmática jurídica é expressão que designa a atividade de interpretar e sistematizar as normas jurídicas com resultado de enunciados de caráter teórico e de caráter prático. Enquanto os enunciados de caráter prático destinam-se à solução de conflitos jurídicos, os enunciados de caráter teórico permitem a compreensão e funcionamento do ordenamento jurídico quanto a sua estrutura conceitual e de modo mediato estão ligados a necessidades práticas.

A transferência de propriedade imóvel no direito brasileiro pode ser citada como exemplo de enunciado dogmático de caráter prático, tendo em vista o que dispõe o artigo

1.245 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), no sentido de que “*transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis*”.

A função social do contrato e a função social da propriedade constituem exemplos de enunciados dogmáticos de caráter teórico, haja vista o disposto no parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil, ou seja:

nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

A dogmática jurídica parte da inegabilidade dos pontos de partida de modo a propiciar a solução jurídica dos casos concretos. Na visão da dogmática jurídica o direito deve fornecer ferramentas úteis e práticas para solução dos problemas jurídicos concretos do cotidiano, deixando-se para a filosofia ou à ciência do direito a missão da explicação profunda do fenômeno jurídico. Todavia, isso é um equívoco, pois reduz a atividade do jurista a meras atividades rotineiras da praxe jurídica.

Miguel Reale<sup>22</sup> assinalou que a dogmática jurídica enquanto estudo sistemático dos preceitos jurídicos corresponde ao momento culminante da aplicação da ciência do direito. Pensando de modo diverso Pedro Lessa faz diferenciação entre ciência do direito – que para ele adota o método indutivo do empirismo partindo dos fatos sociais até atingir os princípios – e a dogmática jurídica que seria uma arte e não ciência. Bem por isso, segundo Pedro Lessa, o trabalho primário da ciência do direito consiste em estabelecer os princípios e as leis gerais que governam o fenômeno social. E depois disso é que exsurge o trabalho secundário artístico e variável da dogmática jurídica de interpretação e aplicação das normas jurídicas, obra esta desprovida das qualidades de estabilidade e de certeza que caracterizam os conhecimentos científicos.

---

<sup>22</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito: adaptado ao novo código civil – Lei nº 10.406, de 10/1/2002*. São Paulo: Saraiva. 27ª edição. 2007, p. 322.

Sob outra perspectiva, Robert Alexy<sup>23</sup> sustenta que a dogmática jurídica poderia ser fracionada em três dimensões, a saber: a analítica, a empírica e a normativa. Na dimensão analítica, a reflexão jurídica concentra-se na anatomia sistemática-conceitual do direito vigente, analisando-se conceitos elementares, como norma jurídica, direito subjetivo, liberdade e igualdade, sob a perspectiva da sistematicidade do direito. Na dimensão empírica focaliza-se a cognição do direito positivo válido e destaca-se a aplicação do direito na visão dos Tribunais, ou seja, na práxis jurisprudencial. Na dimensão normativa a dogmática jurídica fornece as respostas adequadas aos problemas analisados e a questão central é a decisão correta em um caso concreto.

Em razão do caráter prático e multidimensional da Jurisprudência esta deve combinar essas três dimensões, para viabilizar respostas racionalmente fundamentadas a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo

Questões zetéticas são questões abertas que acentuam o aspecto pergunta da investigação científica, dissolvendo as meras opiniões e colocando em dúvida os pontos de partida de uma evidência admitida como verificável ou comprovável. Ao contrário disso, no enfoque dogmático não ocorre questionamento dos pontos de partida porque a premissa é considerada como estabelecida e inquestionável.

Enquanto as questões dogmáticas têm uma função diretiva explícita de orientar a ação e possibilitar a decisão, as questões zetéticas são abertas. E os juristas tendem a atribuir maior relevância às questões dogmáticas de modo a possibilitar a decidibilidade das questões jurídicas postas. Todavia, o verdadeiro jurista deve ser um especialista em questões dogmáticas e em questões zetéticas.

---

<sup>23</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Malheiros. 2008, p. 33 e ss.

No campo penal o que se tem visto são profissionais especialistas em questões dogmáticas, porém pouco afeitos a questões zetéticas ligadas à criminologia, à sociologia, à psicologia e à antropologia jurídica.

## 1.6 A Sistemática na Ciência do Direito

Etimologicamente a palavra sistema provém do grego *systema* e significa o composto, o construído, invocando a noção de totalidade construída composta de várias partes. Posteriormente agregou-se a esse significado o sentido específico de ordem e de organização. Na cosmologia grega a noção de sistema reporta-se à totalidade bem ordenada a distinguir o cosmos do caos. Além disso, no grego clássico o termo sistema tem significado técnico na métrica<sup>24</sup> e na música.

Mario G. Losano<sup>25</sup> sustenta que a noção de sistema constitui o pilar da sabedoria jurídica ocidental e, portanto, fundamental para a compreensão do direito. A expressão sistema no sentido técnico indica a organização estruturada de um objeto. A sistematicidade como organização de regras e princípios é argumento para a cientificidade da Jurisprudência. Na teoria do direito foi Hans Kelsen quem deslocou o campo de estudos da norma jurídica para o ordenamento jurídico entendido como sistema de normas.

Para se alcançar a visão sistemática da ordem jurídica aconselha-se que na leitura na norma legal nunca se leia o segundo parágrafo sem antes ter lido o primeiro; mas não deixe

---

<sup>24</sup> AURÉLIO Buarque de Holanda Ferreira. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira. 1986, verbete: *métrica*. 1. Arte que ensina os elementos necessários à feitura de versos medidos. 2. Sistema de versificação particular a um poeta: a métrica de Cecília Meirelles. 3. Mús. Parte da teoria musical que trata da alternância dos tempos fortes e fracos, dentro de um compasso ou de um grupo de compassos. 4. Geom. Anal. Forma diferencial que define, em um espaço, o elemento infinitesimal de comprimento.

<sup>25</sup> LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. Das origens à escola histórica. Volume 1.

de ler o segundo parágrafo depois do primeiro; e nunca leia um só artigo leia todos os artigos das disposições gerais, especiais e transitórias. Assim será possível alcançar a ideia de um sistema legal.

Tercio Sampaio Ferraz Junior<sup>26</sup> destaca os significados plúrimos da expressão sistema jurídico; ora como um conjunto de enunciados de dever ser; ora como conjunto de instituições judiciárias e administrativas a ligar o conjunto das normas jurídicas à própria vida social por ele regulada; ora como sistema de ciência do direito ou dogmática jurídica.

Mario G. Losano<sup>27</sup> concebe que para uma terminologia mais rigorosa sistema externo caracterizaria o sistema de proposições científicas que descrevem determinada realidade. E sistema interno constitui o sistema ínsito objeto de determinada ciência. Por outro lado estrutura é o nexa que une cada elemento constitutivo de um desses dois sistemas. O sistema externo tem uma estrutura lógica em que a totalidade são as proposições jurídicas que descrevem determinado ordenamento jurídico. E o sistema interno tem uma estrutura específica em que a totalidade são as normas jurídicas de determinado ordenamento.

Na teoria do direito de Hans Kelsen – a mais debatida no século XX – o sistema interno de direito positivo é constituído pelas normas prescritivas de dever / ser (obrigatórias, permissivas e proibitivas) e o sistema externo é constituído de proposições (ou enunciados) jurídicas descritivas da ciência do direito unificadas por regras lógicas.

Em contraponto à sistematicidade do direito têm-se os postulados céticos da antiga *jurisprudência dos interesses* no sentido de que o direito não constituía unidade

---

<sup>26</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Conceito de sistema no direito: Uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1976, p. 2.

<sup>27</sup> *Op. cit.*, p. 216.

sistemática alguma. Além disso, os adeptos da Tópica Jurídica também negam o caráter sistemático do direito preferindo concebê-lo pela ótica da problemática jurídica.

E conforme se verá a seguir postula-se a conjugação entre o pensamento tópico e o sistemático para a ciência do direito, resultando num novo pensamento sistemático tal como proposto por Theodor Viehweg na 4ª edição de 1969 do livro *Tópica e Jurisprudência*. E esse entendimento estende-se para o correto entendimento do papel da jurisprudência na ciência do direito penal como se verá no curso desta dissertação.

### **1.7 O Pensamento Tópico na Ciência do Direito**

O término da Segunda Guerra Mundial corresponde à crise do positivismo jurídico, pois, acusou-se esse pensamento jurídico de ter tolerado as atrocidades e irracionalismos do social-nacionalismo alemão ao formalizar a teoria do direito expurgando-a dos aspectos morais ou valorativos. Inaugura-se, assim, nova fase do direito. Na Alemanha alguns teóricos do direito, a exemplo de Gustav Radbruch (Neokantista da Escola de Baden), lançaram-se para as teses da jurisprudência dos valores que havia sido rechaçada pelo nazismo em 1933. E o abandono do positivismo jurídico na filosofia do direito foi marcado pela obra de Rudolf Stammler (Neokantista da Escola de Marburgo) com a sua doutrina do direito justo de conteúdo variável.

E foi nessa onda renovatória da filosofia do direito que emergiu a redescoberta da Tópica por Theodor Viehweg que havia sido juiz de direito na Alemanha pré-nazista e em 1953 publicou o livro *Tópica e Jurisprudência* expondo uma nova forma de pensar a ciência do direito de maneira assistemática, resgatando a Tópica Aristotélica como pontos de vista

(*Topoi*) utilizáveis para atingir a verdade e que nos podem ajudar a resolver o problema suscitado através de raciocínios dialéticos, sopesando os diversos argumentos apresentados, oferecendo uma forma de abordar e pensar o problema casuisticamente.

A tópica constitui, destarte, uma forma de pensar por problemas. A título de exemplo tomemos a palavra direito que no dicionário aparece com múltiplos significados, saber:

**DIREITO** 1 – Ciência normativa, que estabelece e sistematiza as regras necessárias para assegurar o equilíbrio das funções do organismo social, à obediência de cujos membros são coercitivamente impostas pelo poder público. Em sentido objetivo, é a universalidade dos preceitos ou normas legais que disciplinam e protegem os interesses ou regulam as relações jurídicas. A lei escrita. Conjunto de regras coativas a que o Estado submete o indivíduo, a quem assiste. É a norma de agir, de exteriorizar o direito pela ação: **jus est norma agendi**. Subjetivamente considerado, é o interesse protegido pela ordem jurídica, ou poder ou faculdade que cada um tem de agir, praticar, ou não, livremente, um ato lícito, ou exigir que outrem o pratique ou se abstenha de o praticar: **jus est facultas agendi**. 2 – Conjunto de normas legais relativas a determinado ramo da ciência jurídica: direito civil, direito comercial, direito penal etc.<sup>28</sup>

Verificando-se os diversos significados da palavra *direito* conclui-se que a sua correta compreensão dependerá da circunstância em que a palavra for empregada no caso concreto. Assim, o pensar tópico diferencia-se da dogmática que parte da inegabilidade e indiscutibilidade dos pontos de partida, ao passo que aquele se vale de pontos de partida abertos ao debate, de modo que o dogma da lei, do direito consuetudinário ou o precedente judicial podem ser questionados argumentativamente em busca da melhor solução jurídica para o caso concreto.

A Tópica Jurídica constitui, pois, um pensamento assistemático. Todavia, em 1969, Theodor Viehweg apresenta o pensamento tópico como complementar ao sistemático aproximando essas duas formas de pensar a ciência do direito. No campo da hermenêutica

---

<sup>28</sup> NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. Volume I. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos. 7ª edição. 1966, p. 455.

jurídica tem-se, como se sabe, diversos métodos de interpretação do direito, dentre os quais se destacam o método sistemático (de Savigny) e o método tópico-problemático (de Viehweg), o que constitui, por si só, mais uma evidência da possibilidade da simbiose entre o pensamento tópico e o sistemático na Jurisprudência.

Claus-Wilhelm Canaris<sup>29</sup> – discípulo de Karl Larenz – também admite a interpenetração e a múltipla complementação dos pensamentos, sistemático e tópico, sendo que o pensamento tópico se mostra útil em duas situações: primeiramente como meio auxiliar na falta de valorações legais suficientes, mormente no caso de lacunas; e, além disso, como procedimento adequado no caso de remissões legais para o *common sense* na concretização de cláusulas gerais e perante decisões de equidade.

---

<sup>29</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2ª edição. 1996, p. 270/271.

## 2 A CIÊNCIA DO DIREITO PENAL

A ciência do direito penal diferencia-se do direito penal. Segundo Giuseppe Bettiol<sup>30</sup> por direito penal entende-se o complexo de normas positivas que disciplinam a matéria dos crimes e das penas. E por ciência jurídico-penal entende-se o complexo de princípios que regem a multiplicidade das próprias normas.

A função clássica da ciência do direito penal é de conhecer, interpretar, sistematizar e criticar o direito positivo, vislumbrando as normas jurídico-penais, sob o prisma de seus fins sociais. Se o legislador edita as leis penais é o penalista o responsável pela ciência do direito penal, estudando e sistematizando o direito penal positivo. Sob outro enfoque, o direito penal é uma disciplina totalmente imersa nos valores que exprimem um determinado ambiente cultural. Nesse aspecto a lição de Giuseppe Bettiol<sup>31</sup>:

(...) poucas disciplinas jurídicas são como o direito penal infiltradas pelo conteúdo das concepções dominantes, por aquele complexo de elementos que determinam a “atmosfera cultural” do momento histórico em que a norma vem à luz. Não se pode, na verdade, estudar e compreender o direito penal, com mentalidade agnóstica e com critérios de pura lógica formal, que poderão ser úteis na fixação da estrutura do sistema penal, mas não ajudam absolutamente a penetrar no “espírito” do próprio sistema.

E justamente por estar o direito penal vinculado aos valores culturais reinantes em determinado momento histórico é que o sistema penal não deve ser entendido como fechado, mas sim aberto à completude e à vivificação com a realidade, aproximando-o à ideia de justiça, isso sem prejuízo dos tipos penais incriminadores cerrados.

---

<sup>30</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Volume I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1966, p. 46.

<sup>31</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 5/6.

Para nos servirmos de duas das muitas frases lapidares de Roberto Lyra<sup>32</sup>, o direito penal constitui “*a parte mais exposta, plástica, sensível e vibrante da superestrutura jurídica*” e “*retrata nascimento, vida, morte de ordens e desordens*”. A história demonstra que toda vez que se instala um novo regime político ou se modifica o existente, promulga-se ou outorga-se uma nova Constituição por obra do poder constituinte originário. E logo a seguir promulga-se no nível de legislação ordinária um novo código penal ou altera-se o sistema penal de modo a sintonizá-lo com a nova ordem jurídica.

Para comprovar essa profunda relação entre a política e o direito penal, veja-se o nosso exemplo político-constitucional. Outorgada a Constituição de 1824, promulgou-se o Código Criminal de 1830. Proclamada a República em 1889 – ratificada pela Constituição da República de 1891 – sobreveio o Código Penal de 1890. Com o advento da Revolução de 1930 o Governo Provisório com Getúlio Vargas assume o poder político e é aprovada a Consolidação das Leis Penais em 1932 e promulgada a Constituição de 1934. Logo a seguir, com o golpe de Estado que criou o Estado Novo é outorgada a Constituição de 1937 e em seguida é baixado decreto-lei que institui o Código Penal de 1940.

E a Revolução de 1964 inaugura o ciclo militar de poder político, sendo outorgadas a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969. E da mesma forma exsurge o Código Penal de 1969 que foi revogado durante o período de “*vacatio legis*”. Finalmente, com a abertura política viabilizam-se em 1982 eleições diretas para Governador de Estado e em 1984 é proposta Emenda Constitucional para eleição direta de Presidente da República a qual foi rejeitada. E assim é que foi promulgada a Lei Federal nº 7.209/1984 que instituiu a Nova Parte Geral do Código Penal de 1940, sendo aprovada, logo a seguir, a Emenda Constitucional nº 26/1985 convocando o Congresso Constituinte que ocasionou a posterior promulgação da Constituição de 1988.

---

<sup>32</sup> LYRA, Roberto. *Novo direito penal*. Volume I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi. 1972, p. 17.

Nelson Hungria<sup>33</sup> elege o direito penal como a mais humana de todas as disciplinas jurídicas que encara a realidade concreta e palpitante do drama da vida e de seus protagonistas. Os fatos humanos e sociais configuram a seiva do direito penal e lhe ofertam o *élan* emocional de sua profunda sensibilidade ética. O citado jurista destaca que o direito penal foi concebido para refrear o “*anjo rebelde*” que vive no homem e ajustá-lo aos imperativos éticos da vida social, sem os quais seria possível tolerar que *Shylock*<sup>34</sup> extraísse a libra de carne do corpo de *Antonio*.

Em síntese, a densidade de conteúdo humano e estrutura sociológica da ciência jurídico-penal sobrepõem-se aos demais ramos do saber jurídico por captar o homem de carne e espírito, de razão e emoção, repleto de virtudes, fraquezas e misérias.

## 2.1 A Construção Histórica da Ciência do Direito Penal

Afirma-se com Giuseppe Bettiol<sup>35</sup> que “*o direito penal nasceu como filosofia*”, pois antes de uma ciência do direito penal já havia uma filosofia do direito penal que se preocupava com temáticas jurídico-penais. É que antecedendo a formação de uma ciência do direito penal os filósofos já refletiam sobre temas da Jurisprudência penal, tais como o problema do fundamento do direito de punir, a natureza da pena, os fins da pena, a licitude ou ilicitude da pena de morte.

---

<sup>33</sup> HUNGRIA, Nelson. *Os pandetistas do direito penal. Apêndice aos comentários ao Código Penal*. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1949.

<sup>34</sup> Na peça de William Shakespeare denominada *O mercador de Veneza*, Shylock e Antonio constituem os protagonistas do enredo que gira em torno da possibilidade de se tirar um naco de carne do coração do devedor Antonio como cláusula penal pelo não pagamento de seu credor Shylock, tendo o princípio do *pacta sunt servanda* e o princípio da justiça como razões subjacentes ao enredo.

<sup>35</sup> BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*. Campinas: LZN Editora: tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. 2003, p. 9 e ss.

No mesmo sentido anota Edgard Magalhães Noronha<sup>36</sup> que na obra denominada “*As Leis*”, Platão já antevia a pena como meio de defesa social pela sua intimidação e que a concepção do livre arbítrio de Aristóteles representava o antecedente mais remoto da ideia de culpabilidade.

O direito penal nasceu, pois, historicamente, num plano filosófico ao tratar de problemas máximos da vida como a natureza do homem, a liberdade deste em face das exigências do convívio social, eis que “*ubi societas, ibi ius*”, a ideia de culpa moral, o castigo, a expiação etc.

Basileu Garcia afirma com *Giuseppe Maggiore* que as noções de crime, pena, imputabilidade, culpa, dolo, ação, causalidade, liberdade, normalidade, erro e outras, são conceitos filosóficos antes de constituírem categorias jurídicas, aduzindo que a doutrina do direito sem filosofia assemelhar-se-ia a uma daquelas estátuas antigas de belos olhos, porém sem pupilas.

No mesmo sentido desvela Aníbal Bruno<sup>37</sup> que todo sistema jurídico assenta-se em bases filosóficas sendo que tanto em sua construção legislativa como em sua exposição doutrinária subjaz, ainda que de maneira oculta – mas atuante – uma filosofia.

No vocabulário técnico e crítico da Filosofia André Lalande<sup>38</sup> propõe os seguintes conceitos:

1) **Crime**: “todo ato considerado como uma falta grave às regras de moral admitidas por uma sociedade. Se o ato for menos grave constitui apenas uma falta”; 2) **Pena**: “aquilo que é imposto pela sociedade ao indivíduo a fim de reprimir uma contravenção, um delito ou um crime”; 3) **Imputabilidade**: “imputável significa primitivamente: que pode ou deve ser tido à conta de determinada pessoa. Partindo daí chama-se imputabilidade: àquilo que constitui propriamente a relação do ato com o agente, abstração feita, por um

---

<sup>36</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. Volume I: introdução e parte geral atualizada por Adalberto José Q. T. De Camargo Aranha. São Paulo: Editora Rideel. 38ª edição. 2009, p. 22.

<sup>37</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Editora Forense. 3ª edição. 1967, p. 45.

<sup>38</sup> LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

lado, do valor moral deste, e, por outro lado, das recompensas, castigos ou prejuízos que podem daí se seguir”.

E prossegue a conceituação filosófica de André Lalande:

4) **Ação:** “operação de um ser considerada como produzida por este próprio ser e não por uma causa exterior”; 5) **Causalidade:** “qualidade de causa; relação atual entre uma causa e um efeito; um dos axiomas fundamentais do pensamento, ou princípios racionais; 6) **Liberdade:** “estado do ser que não sofre constrangimento, que age conforme à sua vontade, à sua natureza; 7) **Erro:** “no sentido ativo, ato de um espírito que julga como verdadeiro aquilo que é falso, ou inversamente; no sentido passivo, estado de um espírito que tem por verdadeiro aquilo que é falso, ou inversamente”.

Por sua vez, Nicola Abbagnano<sup>39</sup> apresenta os seguintes conceitos filosóficos:

1) **Culpa:** eis como Kant exprime a questão: ‘uma transgressão involuntária mas imputável chama-se culpa; uma transgressão voluntária (unida à consciência de que se trata realmente de uma transgressão) chama-se delito’; para Heidegger, a culpa é ‘um modo de ser do Dasein (ser-aí)’, uma determinação essencial da existência humana como tal; 2) **Normal:** aquilo que está em conformidade com a norma;

A história do direito penal é uma história de crimes morais, de tiranias, de horrores, de tormentos e de sangue. As penas corporais que eram impostas a pretexto de punição deram exemplo de crueldade e de violação de direitos humanos. Essa foi a lição de Francisco Antonio Fernandes da Silva Ferrão<sup>40</sup> em 1856 no retrospecto sobre o direito penal nos anteriores quatorze séculos das nações modernas.

E o desenvolvimento histórico do direito criminal pode ser resumido em três períodos. O primeiro período exsurge quando o *homo erectus* surgiu para o mundo da cultura ao evoluir do grito animalesco para a fala, prerrogativa somente do homem – na linguagem

<sup>39</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

<sup>40</sup> SILVA FERRÃO, Francisco Antonio Fernandes da. *Theoria do direito penal: applicada ao Código Penal Portuguez comparado com o Código do Brazil*, leis pátrias, códigos e leis criminaes dos povos antigos e modernos offerecida a S.M.I. o Sr. D. Pedro II. Imperador do Brazil. Lisboa: Tipografia Universal. 1856, capítulo II, XXX.

culturalista de Miguel Reale<sup>41</sup> – até a Ilustração. Esse primeiro período abrange as etapas da vingança privada, da vingança divina e da vingança pública.

O segundo período corresponde ao período humanitário que tem como marco a obra de Cesare Bonesana, mais conhecido como Marquês de Beccaria que publicou em 1767 o livro *Dos Delitos e das Penas*, defendendo a humanização do direito penal. E esse período se estende por todo o século XVIII até a Revolução Francesa de 1789. E o terceiro período chamado de período científico entreabre-se a partir do século XIX com o positivismo científico de Augusto Comte, de Charles Robert Darwin e Herbert Spencer, que ensejará a fundação da Escola Positiva de Cesare Lombroso (Positivismo Antropológico), Enrico Ferri (Positivismo Sociológico) e Rafael Garofalo (Criminologia).

Filosoficamente a Escola Positiva criminal foi uma reação das ciências penais contra o individualismo fruto da filosofia da ilustração e representa uma revolução científica equiparada à reação filosófica em nome dos direitos fundamentais do homem. Da Escola Positiva derivou o tecnicismo jurídico do século XX ou positivismo jurídico a postular o método jurídico sem indagação filosófica.

Feita essa breve digressão sobre as etapas do desenvolvimento histórico do direito penal e perfazendo um corte histórico segundo as linhagens dos Estados Absolutistas ocidentais<sup>42</sup>, vislumbra-se que no período que antecedeu o iluminismo a Justiça criminal do continente europeu era regida pelas ordenanças de soberanos, sobretudo as Ordenanças do Rei espanhol Carlos V<sup>43</sup> de 1532 (Ordenança de Justiça Penal ou *Constitutio Criminalis*

---

<sup>41</sup> REALE, Miguel. *Paradigmas da cultura contemporânea*. São Paulo: Editora Saraiva. 2ª edição. 2005, p. 109.

<sup>42</sup> ANDERSON, Perry. *Linhagens do Estado Absolutista*. São Paulo: Editora Brasiliense. 2ª edição. 1989.

<sup>43</sup> Segundo o historiador Oliveira Lima, in *História da civilização*. São Paulo: Edições Melhoramentos. 9ª edição. 1954, p. 257, os enlacs dinásticos fizeram de Carlos I, nascido em Gand, no ano de 1500, o Carlos V da história, imperador aos 19 anos, herdeiro pela mãe, Joana, a Louca, da coroa espanhola, e pelo pai, Filipe, o Formoso, dos Países Baixos e de alguns dos domínios da casa de Borgonha; senhor de parte da Itália, vinda com o Aragão, e eleito titular do Sacro Império, trono onde se sentara até 1519 o imperador Maximiliano, seu avô paterno.

*Carolina*)<sup>44</sup>, do Rei francês Francisco 1º de 1539 (Ordenanças Criminais de Francisco I)<sup>45</sup> e do Rei francês Luís 14 de 1670 (Ordenança Criminal ou Código Criminal de Luís XIV)<sup>46</sup>.

O século XVI era a época em que a lei régia ligava-se somente à vontade do rei não tendo relevância o conteúdo substancial desta. A Ordenança Carolina do Rei Carlos V constituía um estatuto que disciplinava aspectos de normas processuais, da organização judiciária, bem como da criminalidade habitual da época, tais como a prática da guerra privada, defraudações em matéria de mercadorias e bruxaria. No livro *Historia de la criminalité*, Gustav Radbruch<sup>47</sup> destaca a importância de tal estatuto no início da época moderna.

A linguagem clara e precisa da *Carolina* de 1532 constituiu obra clássica para o seu tempo e a base sobre a qual se assentou, posteriormente, o direito penal comum alemão por três séculos até a promulgação do código penal alemão de 1871. Eram crimes previstos na *Carolina*: blasfêmia (art. 106), perjúrio (art. 107), violação da promessa de *non ulciscendo* (art. 108), feitiçaria (art. 109), libelo difamatório (art. 110), moeda falsa e falsificação de documento (arts. 111 a 114), infidelidade do procurador judicial (art. 115), crimes contra os bons costumes (libidinagem, contra a natureza, incesto, rapto, estupro, adultério, bigamia, lenocínio – arts. 116 a 123), traição (art. 124), incêndio (art. 125), roubo (art. 126), sedição (art. 127), ameaças que constituem uma coação pública (art. 128), guerra privada (art. 129), homicídio (envenenamento, infanticídio, exposição de infante, aborto, suicídio, assassinato e homicídio simples – arts. 130 a 156), furto e o desvio (arts. 157 a 175), soltura de presos (art. 180)<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2ª edição. 1999, p. 193.

<sup>45</sup> ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal: concepto del derecho penal y de la criminología, historia y legislación penal comparada*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A. 5ª edición. 1992, p. 302.

<sup>46</sup> CAMARGO, Joaquim Augusto de. *Direito penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2ª edição. 2005, p. 137.

<sup>47</sup> RADBRUCH, Gustav e GWINNER, Enrique. *Historia de la criminalidad: ensayo de una criminología histórica*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial. 1955, p. 129 e ss.

<sup>48</sup> LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Traduzido por José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores. 2003, p. 94/101.

Destaca-se na história do direito o fato de que o Rei Carlos V, ao constatar que a diversidade de costumes levava à dificuldade de prova das regras jurídicas, deu ordem para se proceder à redação de todos os costumes no prazo de seis meses, através de sua Ordenança de 7 de outubro de 1531, assim agindo para remediar aos abusos que ocorriam por conta dessa diversidade de costumes. Como na França havia certa resistência das autoridades locais Carlos V renovou sua Ordenança em 1532, 1540 e 1546<sup>49</sup>.

A *Constitutio Criminalis Carolina* – conhecida pela sigla latina C.C.C. – era chamada no idioma alemão como *Peinliche Gerichtsordnung Karls V* – conhecida pela sigla alemã *P.G.O.* –, foi promulgada pelo Rei Carlos V em 1532 e constituiu um primeiro esforço de codificação do processo criminal e do direito penal. Essa ordenança foi inspirada na *Constitutio Criminalis de Bamberg* ou *Constitutio Criminalis Bambergensis* de 1507 a qual, por sua vez, foi obra de *Johann Von Schwarzenberg*.

A Ordenança Carolina continha 219 artigos, dos quais 70 artigos versavam sobre direito penal material ou substantivo, de modo que a maior parte desse diploma repressivo versava sobre direito processual penal, contendo disposições sobre as provas legais, indícios, torturas e pena de morte<sup>50</sup>.

Em narrativa da história do direito penal alemão Edmund Mezger<sup>51</sup> destaca a relevância histórica da *Carolina* na história moderna do direito penal, relativamente ao período de 1500 a 1800, concluindo que no direito penal não se tem uma recepção do direito consuetudinário, tal como se deu no direito privado, mas sim uma obra legislativa como fonte do direito penal.

---

<sup>49</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 5ª edição. 2008, p. 278 e ss.

<sup>50</sup> ASÚA, Luis Jiménez, *Op. cit.*, p. 300.

<sup>51</sup> MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: Parte general*. Traducción de la 6ª edición alemana (1955). Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina. 1958, p. 35.

Em Portugal o movimento de codificação que antecedeu a filosofia da ilustração foi representado por três grandes compilações, a saber: Ordenações Afonsinas (1446-1447), Ordenações Manuelinas (1512-1514) e Ordenações Filipinas (1603).

A filosofia da ilustração é o marco da construção histórica da ciência do direito penal. O espírito do direito penal moderno tem sua origem nos princípios da época das luzes. O iluminismo correspondia à mentalidade difundida no século XVIII como movimento de ideias da luta da razão contra a autoridade do antigo regime das Monarquias Absolutistas. Caracterizava-se simbolicamente como a luta da “luz” contra as “trevas”. Daí o nome Iluminismo correspondente ao “século das luzes”.

O iluminismo constituiu uma corrente filosófica precursora da Revolução Francesa de 1789 e era um pensamento eclético que postulava, dentre outros aspectos, o poder da razão, a razão emancipadora do homem, a liberdade e a autonomia do indivíduo perante o Estado e a superação do arbítrio pelo império da lei. E as grandes descobertas científicas de Nicolau Copérnico, Galileu Galilei, Johannes Kepler e Isaac Newton estimularam o ideal iluminista do livre pensamento em matéria política e social.

O ideal iluminista é propagado, sobretudo pela *Enciclopédia*, obra em 17 (dezessete) volumes que reúne todo o saber iluminista, constituiu verdadeiro dicionário universal das artes e das ciências. Dirigido por Denis Diderot e Jean Le Rond D’Alembert, tal obra foi publicada entre 1751 e 1772, com interrupção em 1759 por ser condenada pelo governo francês.

O Padre Henrique Claudio de Lima Vaz<sup>52</sup> delimita cronologicamente a ilustração ou civilização da ilustração ao período de 1680 a 1780 e sintetiza o espírito da ilustração nas ideias de humanidade, civilização, tolerância e revolução. E nessa constelação de ideias o homem passa a ocupar o centro do qual irradiam as linhas de inteligibilidade, destacando-se

---

<sup>52</sup> LIMA VAZ, Henrique Claudio de. *Antropologia filosófica*. Volume I. São Paulo: Edições Loyola. 7ª edição. 2004, p. 85 e ss.

que o século da ilustração assiste ao nascimento da antropologia propriamente dita como ciência do homem.

E nesse diapasão dir-se-á, na linha do pensamento de *Eugenio Raúl Zaffaroni* e Nilo Batista<sup>53</sup>, que a antropologia filosófica constitui a fonte de conhecimento do direito penal, o que conduz à lição de Immanuel Kant<sup>54</sup> no sentido de que a filosofia, entendida no sentido cosmopolítico de ciência dos fins últimos da razão humana reduz-se à questão da antropologia, embora possa ser segmentada pelas seguintes questões: 1) O que posso fazer? (teoria do conhecimento); 2) O que devo fazer? (teoria do agir ético); 3) O que é permitido esperar? (filosofia da religião); 4) O que é o homem? (antropologia filosófica).

Fábio Konder Comparato<sup>55</sup> também ressalta a relevância da antropologia filosófica para a filosofia do direito, propondo a delimitação de um curso de filosofia do direito em apenas duas partes, sendo a primeira a antropologia filosófica aplicada ao direito e a segunda parte a teoria fundamental dos direitos humanos.

Essa fundamentação antropológica da ilustração vem a confirmar a sabedoria da famosa frase de Protágoras no sentido de que *o homem é a medida de todas as coisas*. E sob a orientação iluminista difundiram-se as teses contratualistas da origem da sociedade a sustentar que esta era o produto de um acordo de vontades, havendo uma espécie de contrato hipotético pactuado entre os homens pelo qual estes abririam mão de parte de sua liberdade em prol da segurança coletiva.

Das teses contratualistas ecoou o *contrato social* de Jean-Jacques Rousseau que afirmava em 1762 a soberania do povo, tendo essa orientação contratualista da origem da sociedade influenciado diretamente a Revolução Francesa de 1789.

---

<sup>53</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl e BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Revan. 3ª edição. 2006, p. 187/188.

<sup>54</sup> KANT, Immanuel. *Manual dos cursos de lógica geral*. Tradução, apresentação e guia de leitura de Fausto Castilho. Campinas: Editora Unicamp. Coleção Multilíngues de Filosofia Unicamp. Série A. 2ª edição em alemão e em português. 2006, p. 53.

<sup>55</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *O direito como parte da ética*. Artigo publicado no livro *O que é filosofia do direito?* / Alaôr Caffé Alves e outros. Barueri: Editora Manole. 2004.

O sistema penal autoritário do Estado Absolutista era rigoroso e aterrorizador. O direito penal era o principal instrumento do poder político. Michel Foucault<sup>56</sup> anota que no século XVIII havia na Inglaterra 313 (trezentos e treze) ou 315 (trezentos e quinze) condutas capazes de levar alguém à forca e ao cadafalso, ou seja, a pena de morte era uma realidade próxima à vida social do indivíduo.

Era a sociedade do controle e da vigilância. Em fins do século XVII, em 1692, foi fundada na Inglaterra a denominada *Sociedade para a Reforma das Maneiras* que advogava a reforma das maneiras de comportamento, o impedimento ao jogo e à prostituição, a repressão à prostituição e ao adultério. Em 1802 surge na Inglaterra a denominada *Sociedade para a Supressão do Vício*, com o objetivo de fazer respeitar o domingo, impedir a circulação de livros obscenos e fechar casas de jogos e de prostituição.

No início do século XVIII na França a pena capital era imposta de cinco formas atroz, a dizer: esquartejamento, fogo, roda, forca e decapitação. O Absolutismo europeu atingiu o seu momento culminante na França pré-revolucionária. O Estado Absolutista francês inventou a polícia como um instrumento para-judiciário, com intendent, corpo de polícia montada e instrumentos arquiteturas como a Bastilha e as grandes prisões.

Geraldo Ataliba<sup>57</sup> destaca que o antigo regime francês, conhecido como *Ancien Régime*, compreendia as seguintes penas: 1) penas capitais: morte, galeras perpétuas e banimento perpétuo; 2) penas aflitivas e infamantes: galeras temporárias, açoites, ferrete ou marca, golilha e pelourinho; 3) penas infamantes: retratação pública, banimento temporário, censura e multa; 4) penas acessórias: mutilação, modo do suplício (roda, baraço, machado etc.), tortura, suplício, confiscação, perdão de joelhos, esmola, repreensão etc.

O Absolutismo francês contava com um simbólico instrumento autoritário denominado *lettres-de-cachet* que não era uma lei ou um decreto, mas uma ordem do rei

---

<sup>56</sup> FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Editora Nau. 2009, p. 79 e ss.

<sup>57</sup> ATALIBA, Geraldo. *Pena sem prisão*. São Paulo: Editora Saraiva. 2ª edição. 1956.

dirigida a uma pessoa com determinação de obrigação de fazer, que podia ser a prática de um ato jurídico como, por exemplo, celebrar casamento. Mas na maioria das vezes as *lettres-de-cachet* constituíam um instrumento de punição, pelo qual qualquer pessoa podia ser exilada, privada de alguma função ou presa por tempo indeterminado.

As dezenas de milhares de *lettres-de-cachet* emitidas pelo Rei eram solicitadas ao seu intendente, por maridos traídos por esposas, pais de família descontentes com os filhos, famílias que desejavam livrarem-se de algum indivíduo, ou comunidades religiosas perturbadas por alguém. O intendente do Rei produzia um inquérito para saber se o pedido era verossímil. Caso o pedido fosse considerado procedente o intendente do Rei escrevia ao ministro do rei encarregado desse assunto solicitando a emissão de uma *lettre-de-cachet* permitindo a prisão de determinada pessoa.

As *lettres-de-cachet* constituíam, destarte, em instrumento de arbitrariedade real e repressão penal da moralidade. A aplicabilidade e eficiência desse instrumento do Rei, pode ser ilustrada com o exemplo da greve dos relojoeiros na França em 1724, em que os patrões identificaram os líderes do movimento e em seguida escreveram ao rei solicitando uma *lettre-de-cachet*, a qual foi emitida com ordem de prisões.

A ideia-força da *lettres-de-cachet* era aprisionar para corrigir. Não constituía, portanto, modalidade de pena privativa de liberdade, a qual surgiu somente no século XIX inspirada por esse instrumento jurídico autoritário para-judiciário.

O principal expoente do iluminismo francês foi Voltaire, cujo nome verdadeiro era François-Marie Arouet, que em suas obras cobrava a completa renovação dos costumes e práticas judiciárias, mormente com a famosa defesa de Jean Calas, protestante injustamente condenado à morte pelo suplício da roda em 1762 pela acusação de ter matado o próprio filho. Miguel Reale Júnior<sup>58</sup> destaca que Voltaire fez oposição veemente ao sistema penal e à

---

<sup>58</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1983, p. 5.

administração da justiça da França e defendia que o próprio príncipe devia submeter-se à justiça e seguir a lei. Por outro lado, Charles Louis de Secondat, barão de Montesquieu, mais conhecido como Montesquieu, em sua obra denominada *o espírito das leis*, conceituava a liberdade como o direito de fazer tudo o que as leis permitem e defendia a ideia de que os juízes deviam ser nada mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei.

Na Espanha o famigerado Livro V das Ordenações Filipinas inspirou o denominado sistema penal das Ordenações, ainda de cunho medieval, em que a punição era reservada ao puro arbítrio judicial, com delitos descritos de modo confuso e ambíguo, admissão da tortura como instrumento de colheita da prova.

Rebelando-se contra esse direito penal autoritário exsurge em 1764, em Milão, inspirado no pensamento de Montesquieu e Rousseau, o pequeno grande livro de Cesare Bonesana, mais conhecido como Marquês de Beccaria, denominado *Dos Delitos e das Penas*, criticando a obscuridade das leis, condenando as acusações secretas e a tortura, postulando a moderação das penas, a inutilidade, limitação ou abolição da pena de morte.

Assim é que Cesare Bonesana é considerado um dos precursores da construção da ciência do direito penal baseada no princípio da legalidade. A repercussão positiva da obra de Beccaria dá margem à abertura de um movimento de reforma nas leis penais e na administração da justiça penal. É o fenômeno da codificação.

Os ideais de Cesare Bonesana foram consagrados na Revolução Francesa de 1789, constando do artigo 7º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão a seguinte disposição:

ninguém pode ser acusado, preso ou detido, senão nos casos determinados pela lei e segundo as formas por ela prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou fazem executar atos arbitrários devem ser punidos, mas todo cidadão chamado ou atingido pela lei deve obedecer imediatamente, tornando-se culpado pela resistência.

Destarte, deflagrada a Revolução Francesa sob o ideal iluminista a Assembleia Constituinte aplicou à matéria penal os princípios da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789*, cristalizando as regras de igualdade, de legalidade dos delitos e das penas.

E assim surge com a Revolução Francesa o período humanitário do direito penal que motivou todo o fenômeno da codificação do direito penal, começando pelo Código Penal de José II da Áustria de 1787, Direito geral para os Estados de Prússia de 1794, pelos Códigos Criminais Franceses de 1791 e de 1810, o Código Penal Bávaro de 1813, o Código Napolitano de 1819, o Código Criminal do Brasil de 1830 e Código Penal Prussiano de 1851<sup>59</sup>

Franz Von Liszt<sup>60</sup> denomina período filosófico do direito penal essa fase histórica de proteção da liberdade individual contra o arbítrio judiciário, supressão da tortura, abolição ou ao menos restrição à pena de morte.

Seguindo Basileu Garcia<sup>61</sup> ter-se-á a conclusão de que a construção da ciência do direito penal partiu do desenvolvimento das ideias iluministas de *filósofos pré-clássicos*, tais como Montesquieu, Voltaire e Cesare Bonesana (Marquês de Beccaria), Jeremias Bentham (utilitarismo) e Immanuel Kant (criticismo transcendental), que dentre outras reflexões, no campo da denominada *Filosofia do Direito Penal*, estudaram a natureza ou essência do crime e da pena e indicaram o fundamento do direito de punir discutindo o problema da responsabilidade penal baseada no livre-arbítrio ou no determinismo social.

---

<sup>59</sup> MEZGER, Edmund. *Derecho penal: parte general: libro de estudio*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina. Traducción de la 6ª edición alemana (1955). 1958, p. 35.

<sup>60</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução e comentários de José Higinio Duarte Pereira. Tomo I. Campinas: Editora Russel. 1ª edição. 2003, p. 114.

<sup>61</sup> GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. Volume I. Tomo I. São Paulo: Editora Max Limonad. 4ª edição.

E as bases científicas do direito penal foram assentadas por *juristas clássicos (da Escola Clássica)*, dentre os quais se destacam *Francesco Carrara* e *Paul Anselm von Feuerbach*<sup>62</sup>.

*Paul Anselm von Feuerbach* que em 1801 publica o célebre *Tratado de Direito Penal*, foi o projetista do Código Penal da Baviera de 1813 e ficou célebre por ter enunciado pela primeira vez a fórmula latina do princípio da legalidade *nullum crimen, nulla poena sine lege* que, apesar da vestimenta latina, não provém do direito romano como poderia se supor. Nelson Hungria<sup>63</sup> salienta que a fórmula latina antes citada resultou de uma aglutinação de três fórmulas originárias do citado penalista alemão, a dizer: *nulla poena sine lege* (toda aplicação de uma pena pressupõe uma lei penal, pois somente a ameaça do mal pela lei cria o conteúdo e a possibilidade jurídica de uma pena); *nulla poena sine crimine* (a aplicação de uma pena é condicionada pela existência do fato ameaçado, pois, na lei, a pena cominada é ligada ao fato como a pressuposto juridicamente necessário); *nullum criminen sine poena legali* (o fato legalmente ameaçado – pressuposto legal – é condicionado pela pena legal).

Na Itália avulta a obra de Francesco Carrara figura máxima da Escola Clássica que em 1859 escreve o *Programa do Curso de Direito Criminal*, estabelecendo as bases jurídicas da ciência do direito penal com os postulados da chamada Escola Clássica, dentre os quais se destacam, a noção de crime como ente jurídico e a responsabilidade criminal fundada no livre-arbítrio, construindo, destarte, um sistema de análise lógico-formal, conceituando o *delito* como:

infração da lei do Estado promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso.

---

<sup>62</sup> Insta esclarecer para evitar confusão que Paul Anselm von Feuerbach, considerado o pai da ciência moderna do direito penal, foi pai do célebre filósofo Ludwig Feuerbach e avô do igualmente célebre pintor Anselm Feuerbach.

<sup>63</sup> HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, p. 31 e ss.

Resumindo as etapas históricas do desenvolvimento científico do direito penal no século XVIII, Roberto Lyra<sup>64</sup> postula que a Escola Clássica divide-se em dois períodos, sendo que enquanto o primeiro período que se deu sob a égide de Cesare Bonesana (Beccaria) constituiu o *período teórico*, o segundo período que constituiu o *período prático*, deu-se sob a chefia de *Francesco Carrara*.

Assim é que a Escola Clássica – também conhecida como Escola Jurídica – estruturou no Século XVIII as bases científicas do direito penal sob inspiração filosófica do jusnaturalismo (teocrático e racionalista). Depois disso, sob a influência do positivismo de Augusto Comte desenvolveram-se no Século XIX os postulados da Escola Positiva nas vertentes da Antropologia Criminal, da Sociologia Criminal e da Criminologia.

Para demarcar os postulados da Escola Clássica e da Escola Positiva tem-se que a primeira proclamou ao mundo “*Homem, conheça a Justiça!*”. E a segunda: “*Justiça, conheça o Homem!*”.

Finalmente a transição para o Século XX marcou o desenvolvimento do período científico do direito criminal, época em que se destacou a exposição sistemática do direito penal alemão que emergiu do “*Tratado de Direito Penal Alemão*” (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*)<sup>65</sup> de Franz von Liszt, publicado pela primeira vez em 1881, obra essa que seguiu a promulgação do Código Penal alemão de 1851 que unificou a legislação penal alemã.

A monografia de 1906 de *Ernest von Beling*, denominada “*A Teoria dos Crimes*” (*Die Lehre vom Verbrechen*), em que formulou uma definição estratificada de delito segundo a qual delito é a ação típica, antijurídica e culpável, submetida a uma adequada sanção penal e que preencha as condições objetivas de punibilidade consolidou o desenvolvimento científico

---

<sup>64</sup> LYRA, Roberto. *Iniciação ao estudo do direito criminal*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito. 1946.

<sup>65</sup> O *Tratado de Direito Penal Alemão* de Franz von Liszt foi atualizado por Eberhard Schmidt (25ª edição de 1927). Daí, por vezes, tal obra ser citada pela sigla do patronímico do autor seguida pelo do atualizador, ou seja, Liszt-Schmidt, como destaca Nelson Hungria em seus *Comentários ao Código Penal*. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1949, p. 190, 302, 326, 327, 338, 389, 420, 435, 437.

do direito penal e da teoria geral do crime, sendo que essa definição de delito serviu de base para todas as definições jurídicas de crime no sistema jurídico continental europeu e latino até a data presente data, bem como para a construção do modelo dogmática da ciência do direito penal, temática que será articulada em outro ponto desta dissertação.

De mais a mais, pode-se reiterar, por ser verdade, o que foi dito por Nelson Hungria<sup>66</sup> no sentido de apontar Francesco Carrara e Franz von Liszt como epígonos na construção da ciência do direito penal, o primeiro sobre a influência do jusnaturalismo e o segundo sob o influxo da jurisprudência dos interesses e do teleologismo de Rudolf von Ihering.

Após essa evolução científica do direito penal a Jurisprudência penal sofreu certo retrocesso no período intermediário entre a Primeira e a Segunda Guerra Mundial, com o advento dos regimes políticos autoritários na Alemanha, Itália e Rússia que ensejaram o surgimento do direito penal autoritário em contraste com o direito penal liberal-individualista nascido com a ideologia do século das luzes e com a Revolução francesa. Esse direito penal autoritário aspirava principalmente a proteção do Estado, anulando o princípio da legalidade dando amplo acolhida à analogia.

E no pós-guerra, com o triunfo das ideias políticas sustentadas pela maioria dos países vencedores, o direito penal retorna a suas bases humanitárias caracterizadas pelo reforço às garantias jurídico-penais que são elevadas a *status* constitucional, tais como o princípio da legalidade penal, a irretroatividade da lei penal e a abolição da analogia em direito penal.

---

<sup>66</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1949, p. 45 e 188.

## 2.2 Jurisprudência dos Conceitos e Direito Penal

Com o advento da Revolução Francesa exurgiu no século XIX a Escola da Exegese a advogar a tese de que na lei positiva encontrar-se-ia a possibilidade de solução de todos os problemas jurídicos. Essa corrente de pensamento lançou as bases da formação da jurisprudência conceitual dando mais atenção aos preceitos jurídicos esculpidos na lei do que às estruturas sociais. A interpretação jurídica era levada a efeito sob o prisma literal ou gramatical e lógico-sistemático.

O epígono da corrente de pensamento jurídico conhecida como jurisprudência dos conceitos foi Georg Friedrich Puchta, pandectista germânico da Escola Histórica que construiu a poderosa Técnica ou Dogmática Jurídica. Karl Larenz<sup>67</sup> esclarece que foi Friedrich Georg Puchta quem conclamou a ciência jurídica do seu tempo a tomar o caminho de um sistema lógico no estilo de uma *pirâmide de conceitos*, preparando o terreno ao formalismo jurídico que prevaleceria por mais um século nos seguintes termos:

O conceito “supremo”, que ocupa o vértice da pirâmide, paira muito acima da base, embora seja isso que lhe permite – imaginemos a pirâmide como transparente – uma extensão de perspectiva maior. À medida que subimos da base para o vértice, vai-se estreitando a largura dos estratos; de estrato para estrato, perde a pirâmide em largura o que ganha em altura. Quanto maior a largura, ou seja, a abundância da matéria, tanto menor a altura, ou seja, a capacidade de perspectiva – e vice-versa. À largura corresponde a compreensão e à altura a extensão (o âmbito da aplicação) do conceito “abstrato”. O ideal do sistema lógico é atingido quando no vértice se coloca o conceito mais geral possível, em que se venham a subsumir, como espécies e subespécies, todos os outros conceitos, de sorte a que de cada ponto da base possamos subir até ele, através de uma série de termos médios e sempre pelo caminho da eliminação do particular.

---

<sup>67</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 5ª edição. 2009, p. 22 e ss.

Carlos Santiago Nino<sup>68</sup> resume os postulados da jurisprudência dos conceitos nos seguintes tópicos: 1) a legislação como exclusiva fonte de direito; 2) concepção do direito como preciso, completo e coerente; 3) emprego do método da construção para inferir soluções do sistema, ou seja, o método de construção consiste “*na combinação de certos conceitos jurídicos fundamentais, mediante os quais podem ser encontradas regras contidas de modo implícito no direito legislado*”; 4) concepção da tarefa judicial como puramente cognoscitiva, não se avaliando a repercussão social da decisão judicial no corpo social.

Na ciência do direito penal a jurisprudência dos conceitos correspondeu aos preceitos da Escola Técnico-Jurídica, donde se destaca a figura de Arturo Rocco na Itália que em 1908 proferiu aula inaugural na Universidade de Sassari sobre o método no estudo do direito penal em que postulou o abandono deliberado de qualquer pressuposto filosófico ou empírico no direito criminal cuja metodologia deveria seguir as regras do pensamento lógico.

Referindo-se ao pensamento de Arturo Rocco, Giuseppe Bettiol<sup>69</sup> assinala que o direito penal se libertaria de toda toxina filosófica que poluiria a investigação jurídica. E o tratamento lógico do direito implica na dissecação sistemática-conceitual do direito vigente, analisando conceitos elementares, tais como o conceito de norma jurídica e direito subjetivo, correspondente à estática jurídica da teoria pura do direito de Hans Kelsen. Pela jurisprudência conceitual o direito seria reduzido a um raciocínio lógico subsuntivo pelo qual dada a hipótese legal (prótase) tem-se a consequência jurídica (apódose), ou seja, ocorrendo um fato típico tem-se a cominação legal da pena como consequência jurídica.

No pensamento da jurisprudência dos conceitos o termo *sistema* é utilizado usualmente como sinônimo de *classificação, distinção, subdivisão* e similares. Assim é que,

---

<sup>68</sup> NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2010, p. 382 e 550.

<sup>69</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Tradução brasileira e notas do Professor Paulo José da Costa Júnior e do Magistrado Alberto Silva Franco. Volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1966, p. 49.

discorrendo sobre o direito penal italiano, Giuseppe Maggiore<sup>70</sup> explica que a construção do jurista que segue a metodologia da jurisprudência conceitualista equipara-se ao procedimento de classificação do naturalista: assim como o naturalista classifica os leões na família dos felinos, na ordem dos mamíferos, na classe dos vertebrados e no reino animal, o técnico penalista reduz, a título de exemplo, a premeditação<sup>71</sup> sob os paradigmas das circunstâncias subjetivas do crime, circunstâncias agravantes, elementos acidentais, elementos do crime, crime, ilícito jurídica. E assim a premeditação é recolocada no sistema do direito penal.

A jurisprudência dos conceitos segue as tendências neokantianas, distinguindo a forma do conteúdo e eliminando este da construção dogmática para sustentar que o jurista deve postular a metafísica do direito como sistema que emana da razão, considerando apenas as formas de qualificação jurídica, isolando o direito penal do contato com a realidade fenomênica e do mundo dos valores e, portanto, da ética.

Fulcrado na ideia-força de que o direito penal está imerso nos valores, não se mostra adequada a adesão incondicional aos cânones do logicismo jurídico-penal divorciado do mundo cultural, sendo mais crível a postulação das ideias da denominada jurisprudência valorativa como a seguir se discorrerá. Apesar disso não se pode desconsiderar os méritos da jurisprudência conceitualista no impulso rumo ao sistema na metodologia jurídico-penal.

Claus-Wilhelm Canaris<sup>72</sup> sentencia de ultrapassada a concepção da ciência do direito pelo prisma da jurisprudência dos conceitos, pois “*a tentativa de conceber o sistema de determinada ordem jurídica como lógico-formal ou axiomático-dedutivo está, de antemão, votada ao insucesso*”, pois a unidade interna do Direito não corresponde a uma

---

<sup>70</sup> MAGGIORE, Giuseppe. *Principi di Diritto Penale*. Volume I: Parte generale. Bologna: Nicola Zanichelli.

<sup>71</sup> A premeditação não tem previsão específica no direito penal brasileiro podendo atuar, em tese, como fator de individualização da pena no artigo 59 do Código Penal Brasileiro.

<sup>72</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. *Penamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1996, p. 30/32.

derivação da ideia de justiça do tipo lógico, mas antes de tipo valorativo ou axiológico. É que os valores estão fora do âmbito da lógica formal e a ordem jurídica tem caráter axiológico e teleológico, tendo os critérios lógico-formais envergadura inferior à elasticidade dos valores para o pensamento jurídico e para a metodologia da ciência do direito.

E arremata o citado jurista que os pensamentos jurídicos verdadeiramente decisivos ocorrem fora do âmbito da lógica formal. Não devemos descartar, porém, os avanços do pensamento lógico-sistemático na ciência do direito penal. Pelo contrário: com Giuseppe Bettiol<sup>73</sup> postula-se que devemos aproveitar as virtudes da clareza e precisão da jurisprudência conceitualista em direção aos valores que formam o conteúdo do direito penal. Em outras palavras, devemos permanecer vinculados aos postulados da lógica sem fazer dela um instrumento a razão de toda a investigação científica do direito.

### **2.3 Jurisprudência dos Interesses e Direito Penal**

Como já assinalado outras tendências de caráter jurídico apresentaram-se como reação ao logicismo da jurisprudência conceitual de modo a substituir aquela dogmática abstrata e distante da realidade da vida por uma dogmática concreta e realista para vivificação do método jurídico. E uma dessas correntes foi denominada jurisprudência dos interesses que surgiu inicialmente no campo do direito das obrigações face ao cotejo das posições do credor e do devedor, donde exsurgiu a ideia de que a norma jurídica destinar-se-ia a resolver e pacificar um conflito de interesses.

---

<sup>73</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 70.

A jurisprudência dos interesses demarcou o apartamento da ciência jurídica da jurisprudência conceitual sob o mote: “*não ao primado da lógica, sim ao primado dos valores inerentes à vida*”<sup>74</sup>. De acordo com essa corrente o intérprete não pode limitar-se ao procedimento lógico da subsunção do fato à hipótese legal no caso concreto. Ao invés disso o hermenauta deve reviver a vontade do legislador que o levou a eleger a preeminência de um dos interesses em conflito para tutela jurídica.

Nas palavras de Giuseppe Bettiol<sup>75</sup>, “*em lugar de um logicismo normativo surge, pois um psicologismo, um procedimento intuitivo destinado a individuar o interesse preeminente*”. E em seguida o citado jurista mostra-se cético quanto à aplicabilidade ao direito penal da metodologia da jurisprudência dos interesses que assim seria mais afeita às suas origens do direito privado com Rudolf von Ihering e posteriormente com Philipp Heck.

No trabalho da interpretação da norma jurídica sob o crivo dos postulados da jurisprudência dos interesses o intérprete deve levar em conta, inicialmente, os conflitos de interesses subjacentes à edição daquela. Destarte, o método principal de interpretação é o histórico e não o sistemático. E o juiz, diante da norma é obrigado à obediência pensante sem sentir-se vinculado pela letra da norma ou pela lógica da subsunção, guiando o seu trabalho pelo equilíbrio dos interesses em conflito.

Tercio Sampaio Ferraz Junior<sup>76</sup> aduz que a jurisprudência dos interesses foi uma escola de larga influência na metodologia jurídica, pela qual o direito não constituía unidade sistemática de espécie alguma. É que a jurisprudência dos interesses caracteriza o sistema jurídico como sistema de decisões de conflitos. E esse conceito de sistema é pouco adequado para exprimir a unidade interior da ordem jurídica ou a unidade de sentido do

---

<sup>74</sup> KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002, p. 173.

<sup>75</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 58.

<sup>76</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Conceito de sistema no direito: Uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1976, p. 1.

Direito. Para essa corrente de pensamento a norma jurídica destina-se a solucionar conflitos de interesses. Todavia, como o legislador não pode prever todos os possíveis conflitos conclui-se pela existência de lacunas no ordenamento jurídico, cabendo aos juízes preencher essas lacunas pautando-se pelas soluções indicadas pelo legislador.

Nada obstante não seria crível expurgar-se completamente a jurisprudência dos interesses do âmbito do direito penal, pois subsiste pelo menos uma situação que dela se pode recorrer, como no caso de colisão de dois interesses igualmente tutelados por normas penais a exemplo do estado de necessidade contra estado de necessidade, em que se admite o sacrifício do interesse de menor relevância para salvar o interesse de importância social maior. E sobre o balanceamento dos interesses contrastantes entre si esclarece Giuseppe Bettiol<sup>77</sup>:

O princípio de que, no caso de colisão entre dois interesses o menor deva ser sacrificado em favor do predominante, poderia ser antes de mais nada refutado porque parece ressoar nele, bastante vivo, o eco da jurisprudência dos interesses, que levaria para o direito penal a mentalidade e os critérios de valoração próprios do direito das obrigações e do direito comercial, de cujo seio se desprende. Malgrado a nossa relutância em admitir que a jurisprudência dos interesses possa pretender possuir direito de cidadania no âmbito do direito penal, cremos que nada tenha ela a ver com o princípio geral recordado. A expressão interesse que usamos denota exclusivamente uma relação entre um sujeito e um bem ou valor tutelado.

O fato certo é que a jurisprudência dos interesses veio a substituir progressivamente o método da subsunção fundamentado tão-somente em termos lógico-formais, pelo juízo de ponderação de uma situação de fato complexa, bem como dos interesses em jogo com a norma jurídica estabelecida para reger o caso concreto.

E com a jurisprudência dos interesses os Tribunais foram se abrindo progressivamente para a realidade da vida. E nesse diapasão merece transcrição o

---

<sup>77</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 410.

esclarecimento de Mario G. Losano<sup>78</sup> no sentido de que “*a jurisprudência dos interesses marca uma mudança radical nas tarefas que se coloca a jurisprudência: sua atenção já não se dirige ao conhecimento, mas à aplicação do direito*”. E o citado jurista ainda esclarece que “*a jurisprudência dos interesses marca uma mudança radical nas tarefas que se coloca a jurisprudência: sua atenção já não se dirige ao conhecimento, mas à aplicação do direito*”. Alfim tal jurista ressalta que se o instrumento para o conhecimento é a razão, o instrumento para a aplicação do direito é a vontade. E assim se dá a mudança do paradigma que caracteriza a travessia para o século XX: a passagem da razão para a vontade.

Em síntese: a afirmação justeórica fundamental da jurisprudência dos interesses consiste em conceber o direito como tutela de interesses, o que significa que as regras jurídicas não visam apenas delimitar interesses, mas são, em si próprias, produtos dos interesses. E Karl Larenz<sup>79</sup> arremata aduzindo que “*as leis são as resultantes dos interesses de ordem material, nacional, religiosa e ética, que em cada comunidade jurídica, se contrapõem uns aos outros e lutam pelo seu reconhecimento*”.

Posto isto, exsurge a conclusão de que a jurisprudência dos interesses irradiou uma visão libertadora numa geração de juristas educada num pensamento formalista do estrito positivismo legalista da jurisprudência dos conceitos. Assim sendo, vislumbra-se que a jurisprudência dos interesses revolucionou a aplicação do Direito, pois paulatinamente foi substituindo a metodologia rígida da subsunção e da lógica formal por um juízo de ponderação para a análise do caso concreto tendo em vista os interesses em jogo. E segundo Karl Larenz essa nova postura do pensamento jurídico imantou efeitos na jurisprudência dos tribunais alemães que passaram a enxergar progressivamente os eventos da vida sem as amarras do formalismo jurídico.

---

<sup>78</sup> LOSANO, Mario G. *Op. cit.*, vol. 2, p. 168.

<sup>79</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 5ª edição. 2009, p. 65.

## 2.4 Jurisprudência da Valoração e Direito Penal

O fim da Segunda Guerra Mundial em 1945 assinala a crise da positividade do direito. A insuficiência da certeza do direito e da segurança jurídica para coibir as atrocidades do irracionalismo social-nacionalismo alemão e do fascismo italiano, colocaram no altiplano do debate jurídico-penal a exigência de justiça. Karl Larenz<sup>80</sup> assinala o abandono do positivismo na filosofia do direito da primeira metade do século XX, com a afirmação da historicidade do Direito e a projeção das considerações jusfilosóficas do neokantismo na ciência jurídica criminal.

De um lado tem-se o juspositivismo a defender a tese do direito divorciado da justiça e de outro o jusnaturalismo perfilhando a tese contrária, ou seja, da conexão entre direito e justiça. Esse debate entre positividade do direito e exigência de justiça foi ampliado no Julgamento de Nuremberg de 1945, inspirado em processos judiciais organizados pelos países Aliados vencedores da Segunda Guerra Mundial para julgamento de crimes contra a humanidade cometidos por comandantes nazistas que promoveram o extermínio de minorias, torturas, deportações, experimentos em seres humanos vivos e violações da dignidade humana.

É que a defesa dos acusados aduziu que independentemente do valor ou desvalor moral com que se houberam o fato certo é que os atos praticados seriam legítimos de acordo com a ordem jurídica do Estado nacional-socialista alemão na época dos fatos. Os acusados eram funcionários públicos e em alguns casos foram obrigados a agirem como agiram. A defesa invocou, em resumo, o enunciado latino *nullun crimen, nulla poena sine lege praevia*

---

<sup>80</sup> LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 113 e ss.

*lege* que torna defeso impor-se uma pena pela prática de uma conduta que não era tipificada como crime no momento de seu cometimento.

Todavia, triunfou no referido julgamento histórico a tese de que acima das normas determinadas pelos homens há um conjunto de princípios morais universalmente válidos e imutáveis que estabelecem critérios de justiça e direitos fundamentais inerentes à natureza humana a constituírem aquilo que Miguel Reale chama de invariáveis axiológicas, como o direito à vida e à integridade física, verdadeiros direitos naturais transcendentais. E o direito nazista violador desses direitos naturais não se classificaria como direito. Os regulamentos do regime nazista não seriam verdadeiras normas jurídicas, mas apenas comandos para sustentar um regime político de exceção.

Mais tarde, após a reunificação alemã de 1990 esse debate entre a Justiça e o Direito foi renovado nos problemas suscitados pelos processos – conhecidos como *Mauerschützen* (dos protetores dos muros) – dos soldados da fronteira da antiga Alemanha Oriental que impediam com disparos de arma de fogo letais fugas de alemães da Alemanha Oriental para a Alemanha Ocidental através do Muro de Berlim. Segundo Gustav Radbruch<sup>81</sup> após a reunificação alemã foram ajuizadas 246 ações penais por crimes de homicídio diversos contra soldados de fronteira da antiga Alemanha Oriental que assim agiram dando causa à morte dos fugitivos, com 125 sentenças penais condenatórias incluindo como corréus, em alguns casos, membros do *Politbüro* e comandantes de Regimento, destacando-se, nesse sentido, precedente do Superior Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof – BGH*) alemão, sentença de 20/3/1995, 5, Direito Penal (*Strafrecht – StR*) 111/94.

---

<sup>81</sup> RADBRUCH, Gustav. *O Espírito do direito inglês e a jurisprudência anglo-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. 2010. Prefácio XI.

Sobre esse aspecto Gustav Radbruch<sup>82</sup> afirmou – com oportunidade – no famoso artigo intitulado o “*Injusto legal*”, de 1946, que “*sob certos pressupostos, no caso de violações de princípios suprapositivos de justiça, não se pode considerar o Direito legal formalmente vigente*”. E essa assertiva sobre o Direito supralegal e o injusto legal permaneceu conhecida como *Radbruchsche Formel* (Fórmula de Radbruch) a qual sempre foi discutida nos processos dos *Mauershützen*.

Ainda sobre os processos dos *Mauershützen*, todavia sob outra perspectiva igualmente válida, merece destaque a decisão de 22 de março de 2001 da Corte Europeia de Direitos Humanos em *Strasbourg* que considerou correta a decisão condenatória de 17/06/1993 do Tribunal Regional da República Federal da Alemanha que condenou um soldado de fronteira à pena de um ano e dez meses de detenção por homicídio intencional, tipificado no artigo 212 cc. Artigo 213 do Código Penal Alemão (*StGB*) por ter atingido letalmente com disparo de arma de fogo um civil que tentava atravessar a fronteira da Alemanha Oriental para a Alemanha Ocidental na noite de 14 para 15 de fevereiro de 1972. Considerou-se aplicável a legislação penal da Alemanha Ocidental por ser mais leniente em comparação com a legislação penal da Alemanha Oriental na época dos fatos, nos termos do Tratado de Reunificação da Alemanha de 1990. Alfim, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou que a imputação formalizada contra o réu era válida porque a Constituição da antiga Alemanha Oriental tutelava o direito fundamental à vida, havendo ainda Tratados Internacionais ratificados por aquele país que reconheciam o direito à vida, não se caracterizando ofensa ao princípio da legalidade penal previsto no artigo 7º, § 1º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> RADBRUCH, Gustav. *O Espírito do direito inglês e a jurisprudência anglo-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. 2010. p. 20/21.

<sup>83</sup> Case of K.-H. W. V. GERMANY: application n° 37.201/97. Judgment Strasbourg: 22 March 2001. Acórdão disponível no sítio da Convenção Europeia de Direitos Humanos na Internet: <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/portal.asp?sessionId=67546457&skin=hudoc-en&action=request>: acesso feito em 6/3/2011.

Como assinalado, o dogma da positividade do direito para o operador jurídico foi fortemente atacado nos julgamentos de Nuremberg contra os criminosos de guerra, o que ensejou a crise da positividade do direito. A certeza do direito e a segurança jurídica cedem lugar à exigência de justiça para as situações nas quais a pessoa humana pode se encontrar, ligando-se valores éticos à norma positiva como imperativos absolutos.

Nesse diapasão Thomas Würtenberger<sup>84</sup> registra o renascimento do direito natural depois das trágicas experiências de uma sistemática jurídico-positivo que havia aniquilado a pessoa humana com suas exigências morais, pois segundo o citado jurista, relativamente a outros ramos do direito o direito penal é caracterizado pelo fato de que nele os pensamentos centrais do jusnaturalismo são desenvolvidos da maneira mais pura.

Giuseppe Bettiol<sup>85</sup> associa a crise da positividade do direito ao renascimento do direito natural e destaca que este comporta diversas impositações e interpretações, individualizando três concepções de direito natural. A primeira é a concepção tomística ou escolástica do direito natural em que a justiça, virtude social por excelência, é o princípio de coordenação nas relações entre os sujeitos, reduzindo-se o conceito de direito para o conceito de justiça, sobressaindo a ideia de proporção para avaliar como injusta ou justa uma norma de direito positivo. A segunda é a concepção natural do Iluminismo derivado do racionalismo do século XVIII. A terceira é a concepção existencialística do direito natural – perfilhada pelo citado penalista – a prestigiar a ideia concreta do homem, seu valor e significado de modo que a singularidade individual sobrepõe-se ao significado do sistema do direito positivo. Essa impositação antissistemática coloca a pessoa humana no centro de cada avaliação.

Na concepção existencialista do direito natural surgindo um conflito entre a rígida sistematicidade dogmática de um ordenamento positivo e a problemática da consciência

---

<sup>84</sup> WÜRTEMBERGER, Thomas. *La situazione spiritual della scienza penalistica in Germania*. A cura di Mario Losano e Franco Giuffrida Répaci. Milano: Giuffrè Editore. 1965, p. 43/44.

<sup>85</sup> BETTIOL, Giuseppe e BETTIOL Rodolfo. *Instituições de direito e processo penal*. São Paulo: Editora Pillares. Tradução por Amilcare Carletti. 1ª edição. 2008, p. 31 e ss.

individual e suas exigências éticas, são essas últimas que devem triunfar. Pondere-se que essa experiência existencialista do direito natural não significa que o direito positivo fique mortificado ou despedaçado, pois o convívio social impõe regras de direito positivo, porém estas demandam o respeito à dignidade humana para legitimação.

Discorrendo sobre o conceito e características da dogmática penal e a jurisprudência dos valores Giuseppe Bettiol<sup>86</sup> frisa que aquela enquanto ciência do direito penal aproxima o estudo da norma penal com os valores, daí o nome do método da investigação penal como jurisprudência dos valores.

Jurisprudência dos valores é a corrente que se afina com os preceitos do tridimensionalismo jurídico pelo fato do direito penal constitui tutela de valores e ter por base uma orientação ética. É que o direito penal está assentado em duas noções acentuadamente éticas – que nada têm a haver com os interesses – quais sejam: a culpa e a pena.

Francisco de Assis Toledo e outros penalistas de escol defendem a tese de que o direito penal tem um fundo nitidamente ético, pois os conceitos de culpabilidade, de ação injusta, de punição são indubitavelmente de origem ética.

Com efeito, o conteúdo axiológico da norma penal incriminadora deve visar à proteção de valores fundamentais à convivência social, sobretudo no atual contexto político de inflação legislativa penal, como forma de estabelecimento de limite ao poder de punir. Nesse sentido, anota Miguel Reale Junior<sup>87</sup> que num Estado Democrático de Direito não devem constituir valores penalmente tutelados convicções de cunho religioso ou moral punindo-se, por exemplo, o homossexualismo.

O direito não pode ser construído sob critérios de pura lógica abstrata sob pena de se incorrer em excesso de juridicidade contraproducente, ou seja, a aplicação muito rigorosa

---

<sup>86</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Volume I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Tradução brasileira e notas do Professor Paulo José da Costa Júnior e do Magistrado Alberto Silva Franco. 1977, p. 84 e ss.

<sup>87</sup> REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Volume 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 25.

da lei pode levar a injustiças, sendo aplicável o brocardo jurídico *summum jus, summa injuria*, que segundo Carlos Maximiliano<sup>88</sup> significa supremo direito, suprema injustiça, ou direito elevado ao máximo, injustiça em grau máximo resultante.

Observa Karl Engisch<sup>89</sup> que os comandos e proibições do direito têm raízes nas normas de valoração, ou seja, o direito enquanto norma valorada é um necessário pressuposto lógico do direito, como norma determinativa, citando-se o caso do crime de abortamento em que a norma penal proíbe manobras abortivas porque valora e estima o ser vivo em gestação como intocável em face de possíveis conflitos com os interesses da mulher grávida ou com terceiros.

Como se sabe existem teorias diversas da concepção da culpabilidade destacando-se a teoria psicológica da culpabilidade e a teoria normativa da culpabilidade. Pela teoria psicológica da culpabilidade esta consistiria em mera relação psicológica entre o sujeito agente e o fato. Giuseppe Bettiol<sup>90</sup> observa que por conta dessa concepção meramente psicológica a culpabilidade seria incolor e fria, bem assim incapaz de adequar-se à rica casuística dos fatos tal como eles acontecem no mundo fenomênico.

Essa inaptidão da concepção meramente psicológica da culpabilidade para resolução da variedade dos fatos levou à concepção normativa da culpabilidade pela qual esta é entendida como juízo de reprovação da conduta, assinalando Giuseppe Bettiol<sup>91</sup> que esse entendimento de reprovabilidade resultou da filosofia dos valores no campo do direito penal, considerando-se a ciência jurídico-penal uma ciência valorativa sob a perspectiva da chamada jurisprudência valorativa.

---

<sup>88</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2009, p. 138.

<sup>89</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 10ª edição. 2008, p. 46/47.

<sup>90</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1971, p. 8.

<sup>91</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 13.

### 3 A CIÊNCIA DO DIREITO PENAL NO BRASIL

A independência do Brasil foi proclamada em 1822 sob a influência do ideal da filosofia da ilustração que contagiou as disposições da Constituição do Império de 1824 que no artigo 179 elencou uma série de direitos individuais de conotação penal. No dia 11 de agosto de 1827 foram instituídos os dois primeiros cursos de direito no Império, um deles em Olinda/PE, posteriormente transferido para Recife/PE e o outro em São Paulo.

Assim a ciência do direito penal no Brasil começa o seu desenvolvimento a partir do primeiro quartel do século XIX, donde se destacam os nomes de Joaquim Augusto de Camargo e Tobias Barreto.

De um lado a Faculdade de Direito de São Paulo foi profundamente influenciada pelo ideal jusnaturalista que no campo do direito penal teve como ícone, o lente substituto Joaquim Augusto de Camargo, que ao comentar o Código Criminal do Império de 1830 foi um dos precursores da construção da ciência do direito penal no Brasil sob a influência da Escola Clássica entendendo que o poder pune em razão do princípio imutável do justo.

E no âmbito da Faculdade de Direito de Recife destacou-se Tobias Barreto, aquele que foi considerado o maior jurista do Império que construiu o pensamento científico do direito penal, sob a influência do positivismo científico de Ihering, concebendo o direito como um fenômeno histórico e produto cultural da humanidade, considerando a pena um conceito político e não uma consequência do delito, ou seja, o conceito de pena não seria nem filosófico, nem jurídico, mas político, contrariando os postulados do jusnaturalismo.

No século XX diversos foram os juristas que escreveram sobre a ciência do direito penal. Dada a delimitação da temática restringir-se-á aos nomes dos penalistas Nelson

Hungria e Roberto Lyra. Em seus comentários ao Código Penal de 1940, Nelson Hungria<sup>92</sup> desenvolve interessantes observações históricas e pragmáticas acerca da relação entre a competência do Tribunal do Júri no Brasil e o desenvolvimento da ciência do direito penal, aduzindo que ao tempo em que a competência do Tribunal do Júri era ampla e abrangente à quase totalidade dos delitos (até 1938), a ciência do direito penal pouco se desenvolveu, pois os estudos das questões penais eram restritos aos oradores do júri. Era o “*direito penal emocional e romântico, afeiçoado ao objetivo de êxitos tribunícios e ao encantamento de ouvidos incautos*” na expressão do citado jurista.

É que a instituição do júri no limiar do Império do Brasil era estimada como baluarte da liberdade política e uma barreira contra os abusos do poder e verdadeira independência judiciária. Todavia, a prática do Tribunal do Júri esteve longe desse ideal de justiça, pois havia excesso de absolvições a estimular a impunidade e a desmoralização do sistema judicial. Sumariando e pesquisando os 200 (duzentos) anos de história da Justiça no Brasil, Paulo Guilherme de Mendonça Lopes e Patrícia Rios<sup>93</sup> anotaram estatística dos 1850 réus processados por crimes cometidos em 1852 a julgados pelo júri entre 1852 e 1861, apenas 726 foram condenados (39%), de acordo com relatório de 1863, sendo que se condenava duas vezes mais nos júris ingleses do que nos brasileiros naquela época.

Com efeito, no Brasil o Júri foi instituído pelo Príncipe Regente D. Pedro Alcântara, através de lei de 18 de junho de 1822, com a competência restrita para julgamento de crimes de imprensa. A seguir a competência do júri foi ampliada com a promulgação, em 29 de novembro de 1832, do Código de Processo Criminal de 1832 que, imitando as leis inglesas, norte-americanas e francesas, deu ao Júri atribuições amplíssimas, superiores ao grau de desenvolvimento econômico e cultural da nação que se constituía.

---

<sup>92</sup> HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, p. 38 e ss.

<sup>93</sup> LOPES, Paulo Guilherme de Mendonça e RIOS Patrícia. *Justiça no Brasil: 200 anos de história*. São Paulo: Conjur Editorial. 2009, p. 52.

Pelo citado *Codex* imperial, artigo 12, § 7º, aos juízes de paz cabia julgar as contravenções às posturas municipais e os crimes aos quais não fosse imposta a pena de multa até cem mil-réis, prisão, degredo ou desterro de até seis meses. Os demais crimes eram da competência dos conselhos de jurados. Havia ainda, dois conselhos de jurados, sendo o primeiro conselho o Júri da acusação, composto de 23 jurados, e, o segundo conselho também chamado de júri de sentença, composto de 12 jurados.

As agitações políticas e movimentos revolucionários que assolaram o país entre 1830 e 1840 – Guerra dos Cabanos (PE/1832-1840), Cabanagem (PA/1835-1840), Sabinada (BA/1837-1838), Balaiada (MA/1838-1840) e Farroupilha (RS/1836-1845) – deram causa a uma reação monárquico-conservadora voltada para o esvaziamento do júri, pelo que foi promulgada a Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, seguida do Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842, com profundas modificações na organização judiciária e na instituição do Júri, extinguindo-se o júri de acusação e criando-se os cargos de chefe de polícia e delegados de polícia, sendo atribuído a estes a sentença de pronúncia. Além disso, foi atribuído aos juízes municipais o julgamento definitivo do contrabando quando não houvesse flagrante.

E também, com o escopo de reduzir a competência do Júri, foi promulgado o Decreto nº 562, de 2 de julho de 1850, seguido do Regulamento nº 707, de 9 de outubro de 1850, que subtraiu da competência do Júri o julgamento dos crimes de moeda falsa, roubo, homicídio, resistência, tirada de presos e bancarrota, que passaram a serem processados pelos juízes municipais e julgados pelos juízes de direito. Porém, a Lei nº 2.033/1871 restabeleceu a competência do Júri para os crimes que a Lei nº 562/1850 havia atribuído aos juízes.

Proclamada a República, foi promulgada a Lei Federal nº 515, de 3 de novembro de 1898, destinada a excluir da competência do Júri o julgamento dos crimes de moeda falsa, de contrabando, de peculato, de falsificação de estampilhas, selos adesivos, vales postais e cupons de juros dos títulos de dívida pública da União. Mais tarde o Decreto nº 4.780, de 27

de dezembro de 1923, proclamou a incompetência do tribunal popular para julgamento de peculatos, de falsidade, de instauração clandestina de aparelhos transmissores ou interceptores, de radiotelegrafia ou de radiotelefonía, de transmissão ou de interceptação de radiocomunicações oficiais, de violação do sigilo de correspondência, de desacato e desobediência, de testemunho falso, de prevaricação, de resistência, de tirada de presos do poder da Justiça, da falta de exação no cumprimento de dever, de irregularidade de comportamento, de peita, de concussão, de estelionato, de dano e de incêndio, quando afetos ao conhecimento da justiça federal por serem praticados contra o patrimônio da nação.

Depois dessa instabilidade legislativa o Decreto-Lei nº 167, de 5 de janeiro de 1938, baixado pelo Presidente da República Getúlio Vargas logo após ter instalado o Estado Novo e outorgado a Constituição de 1937, regulou a instituição do júri e delimitou a sua competência no artigo 3º para julgamento de apenas 5 (cinco) crimes tipificados na Consolidação das Leis Penais (Decreto nº 22.213, de 14/12/1932 do Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil), a dizer: homicídio (simples e qualificado pelo envenenamento), infanticídio (comum e privilegiado), auxílio ao suicídio, duelo qualificado pela morte e roubo (consumado e tentado).

Exsurge, pois, que com o passar do tempo ocorreu a crescente restrição da competência do Tribunal do Júri até a sua delimitação para julgamento de crimes dolosos contra a vida e a fase romântica do direito penal foi substituída pelo *“direito penal conscienciosamente investigado e aplicado como um sistema orgânico de princípios, como um ramo da ciência jurídica”*. E o declínio da competência do Tribunal do Júri acarretou uma profunda mudança na Justiça Penal com a substituição dos jurados leigos por juiz togado, substituindo-se a eloquência da tribuna pela dialética ponderada e sóbria da exegese, análise e aplicação dos textos legais, rendendo ensanchas à evolução da dogmática da ciência jurídico-penal.

Postulando a mesma opinião José Frederico Marques<sup>94</sup> aduz que nos nove anos em que vigorou o sistema do Decreto-Lei nº 167/1938 – que instituiu a restrição da competência do Tribunal do Júri –, a criminalidade diminuiu e os espetáculos deprimentes de impunidade dos julgamentos do tribunal do júri foram desaparecendo. E tal jurista opina que ao promulgar tal decreto-lei o Estado Novo teve um dos seus instantes de senso jurídico.

Ao término da segunda guerra mundial respira-se o sopro da liberdade e da democracia, e sob essa vertente é promulgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, em cujo artigo 141, § 28, dispunha sobre a manutenção da instituição do júri com a competência restrita ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida que, de acordo com os tipos penais descritos na parte especial do Código Penal de 1940 restringem-se aos delitos de homicídio, infanticídio, abortamento e auxílio ao suicídio, sendo que essa competência restrita para julgamento dos crimes dolosos contra a vida permaneceu na CF/1967, na CF/1969 até a atual Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso XXXVIII.

Alfim, com o sociologismo criminal de Roberto Lyra, entreabre-se no Brasil a perspectiva zetética da enciclopédia das ciências criminais, com foco na ciência social como grandeza de primeira ordem e o direito penal como grandeza de segunda ordem. E assim dir-se-á que o direito penal divide-se em direito penal científico como integrante da ciência social (zetética jurídica) e direito penal normativo como disciplina jurídica (dogmática jurídica). Nesse sentido Roberto Lyra apregoava que deveríamos dizer ciência e direito penal e não ciência do direito penal e não haveria ciência do direito penal, mas sim ciência social.

---

<sup>94</sup> MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora. 1997.

#### 4 O SISTEMA PENAL

A ordem jurídica demanda uma unidade sistemática. E existem diversos enfoques para a noção de sistema jurídico que pode ser concebido como um sistema de enunciados de dever ser ou como um conjunto de instituições vinculadas ao conjunto das normas jurídicas em determinada atmosfera cultural. E ainda pode-se afirmar o sistema jurídico como sistema de ciência do direito ou dogmática jurídica.

Tomando emprestadas as explicações de Tercio Sampaio Ferraz Junior<sup>95</sup>, tem-se que etimologicamente a palavra sistema vem do grego *systema* e significa o composto, o construído. E em seu significado mais amplo o conceito de sistema remete à ideia de totalidade construída e composta de várias partes, implicando na noção de totalidade bem ordenada e na ideia de cosmos como premissa fundamental da filosofia ática.

Na modernidade Immanuel Kant fixa o conceito de sistema como relação entre o todo e as partes, onde a retirada ou acréscimo de qualquer parte desconfigura o todo como unidade orgânica.

Pontes de Miranda<sup>96</sup> ensina que “*os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas pelos interesses mais diversos*”. O convívio social é mediado por diversos meios de controle informal, tais como a igreja, as escolas a educação familiar. Na medida em que a criança vai se inserindo no corpo social, assimila os valores que lhe são passados para assegurar uma convivência social saudável.

---

<sup>95</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1976, p. 9.

<sup>96</sup> PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado. Parte Geral*. Tomo I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi. 1970. Prefácio.

Afirma, com oportunidade, Tercio Sampaio Ferraz Junior<sup>97</sup>, que o ordenamento jurídico é um sistema jurídico composto de uma estrutura e de um repertório, sendo este o conjunto de elementos normativos e não normativos, e aquela o conjunto de regras que determinam as relações entre os elementos do sistema. A título de exemplo: quando se refere à hierarquia de normas jurídicas reporta-se à estrutura do ordenamento jurídico.

Claus-Wilhelm Canaris<sup>98</sup> aduz que as características do conceito geral do sistema são a ordem e a unidade, definindo-se o sistema jurídico como ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais.

A par dessas considerações, tem-se que o direito penal constitui o sistema de controle social mais rígido pelo que demanda uma base sistemática para evitar uma forma arbitrária de controle da convivência entre os homens. E assim apresenta-se como plausível a proposta do sistema garantista de Luigi Ferrajoli<sup>99</sup> calibrado por dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais do garantismo penal como modelo-limite, a saber: 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório.

Por outro lado, o direito penal em sua evolução sistemática pode ser dividido em duas fases, a saber: sistema penal fechado e sistema penal aberto. O fechamento e a abertura do sistema penal serão objeto dos itens seguintes.

---

<sup>97</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: Técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Editora Atlas. 5ª edição. 2007, p. 176/177.

<sup>98</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2ª edição. 1996, p. 279/280.

<sup>99</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 3ª edição. 2010, p. 91 e ss.

#### 4.1 O Sistema Penal Fechado

Na teoria geral do direito Hans Kelsen concebe o sistema normativo como um todo ordenado, completo e fechado inexistindo, pois, lacunas no ordenamento jurídico havendo sempre uma norma genérica a postular que *“tudo o que não está juridicamente proibido, está permitido”*. Filiando-se ao pensamento de Maria Helena Diniz<sup>100</sup> discordamos das correntes doutrinárias que postulam o caráter fechado do sistema jurídico como se todo comportamento estivesse nele previsto alcançando o dogma da plenitude hermética do ordenamento jurídico.

Durante muito tempo o direito penal pautou-se pelo sistema fechado axiomático-dedutivo da jurisprudência dos conceitos, com a ilusão de que todos os problemas jurídicos possíveis já estariam previamente disciplinados nos textos legais de direito penal, não cabendo ao jurista fazer outra coisa que não a subsunção dos fatos às hipóteses legais.

O sistema fechado é assecuratório do princípio da certeza ao postular a legalidade plena, de modo a preservar a liberdade individual sem respiradouro para a equidade. A base filosófica da concepção do sistema fechado consistiria nos argumentos de Zenon de Eléa, filósofo do século VI a.C. discípulo de Parmênides, que entendia que para a realidade ser detida deveria ser estagnada e congelada, negando-se a existência do movimento social.

A sistematicidade e o caráter fechado do direito penal imperou durante o período da denominada Escola Clássica que seguia o método lógico-dedutivo para solução das questões jurídico-penais. Correspondia às teses do sistema lógico-formal da jurisprudência dos conceitos em que o raciocínio jurídico seria meramente subsuntivo, tomando-se como premissa maior a lei e o fato como premissa menor, extraindo-se a conclusão

---

<sup>100</sup> DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Editora Saraiva. 3ª edição atualizada e aumentada. 1997, p. 95.

automaticamente pela subsunção. Assim, a decisão estaria previamente formulada na lei, sendo a interpretação mera exegese legal.

Anota Judith Martins-Costa<sup>101</sup> que o mundo inaugurado pela emergência da Modernidade foi marcado pelo signo do fechamento do sistema jurídico, sendo a codificação o espelho e metáfora do sistema fechado. Reportando-se ao ideal revolucionário de 1789: se todos são iguais perante a lei esta deve ter unidade e abstração para ser a todos igualmente aplicável. Daí a ideia de que o direito se faz lei a qual encontra a sua forma no código como conjunto de leis providas da fonte estatal, excluindo-se os direitos que não estejam contemplados na lei.

A codificação é marcada pela pretensão de plenitude por tudo pretender regular sem deixar margem para lacunas, ambiguidades ou vagueza nas regras jurídicas, pelo que todas as respostas aos problemas jurídicos estariam previstas nas premissas legais. Tercio Sampaio Ferraz Junior<sup>102</sup>, um dos oráculos da jusfilosofia sempre consultado e citado, aduz que na sistematicidade de caráter fechado “(...) a multiplicidade é envolvida e captada pela dedutibilidade das proposições a partir de um ou alguns princípios fundamentais”, por exemplo, a partir do princípio da legalidade penal.

Defendendo o método técnico-jurídico ou lógico-abstrato como único método possível na dogmática jurídico-penal, Nelson Hungria<sup>103</sup> entendia o sistema penal fechado, a ponto de rejeitar as causas supralegais de exclusão de crime ou de culpabilidade, excogitada pelos autores alemães para suprir deficiências do Código Penal. Nas palavras candentes do citado jurisconsulto, “(...) a ciência penal não admitiria outros conceitos e critérios legais

---

<sup>101</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1ª edição, 2ª tiragem. 2000, p. 168 e ss.

<sup>102</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Conceito de sistema no direito: Uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1976, p. 20.

<sup>103</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Vol. I. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1949, p. 77 e p. 81/82.

*vigentes além daqueles que lastreiam e informam as normas legais vigentes sobre a trilogia: criminoso, crime e pena”.*

Outra base filosófica da tese do caráter fechado do sistema jurídico-penal localiza-se na filosofia de Immanuel Kant que denominou o sistema axiomático de juízo sintético *a priori*, “(...) onde o conhecimento do mundo é prévio e nossa mente pensa de acordo com um estrutura que ordenamos e que nossa experiência nos proporciona”<sup>104</sup>.

E Antonio Luis Chaves Camargo<sup>105</sup> aponta que as duas vertentes do neokantismo, corrente filosófica que orientou o direito penal até nossos dias, seguem a concepção do caráter fechado do sistema penal. Tanto a filosofia neokantiana da Escola Logicista de Marburgo, cujo representante de escola foi Rudolf Stammler, como a corrente da Escola Sudocidental de Baden da escola dos valores representada, dentre outros, por Emil Lask.

E foi o finalismo de Hans Welzel que pautou a crítica ao neokantismo por entendê-lo preso ao elo do positivismo jurídico, ao conceber a norma como um imperativo acabado e dado – antes do caso concreto – confundindo, nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Junior<sup>106</sup>, o texto da norma com a própria norma jurídica.

Todavia, a sociedade de risco do mundo globalizado transformou a sociedade e tornou mais complexos os conflitos sociais sendo que parte deles não encontra soluções predeterminadas nos preceitos legais. Destarte, Antonio Luis Chaves Camargo<sup>107</sup> esclarece que a complexidade social da sociedade pós-industrial:

não permite ao Direito Penal assimilar as variações históricas, através de um número limitado de axiomas, o que se verifica no avanço tecnológico e econômico-social que determinam uma formulação

---

<sup>104</sup> CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Editora Cultural Paulista. 2002, p. 22.

<sup>105</sup> CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistema de penas: dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Editora Cultural Paulista. 2002, p. 22.

<sup>106</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1976, p. 66/67.

<sup>107</sup> CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistema de penas: dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Editora Cultural Paulista. 2002, p. 25.

normativa simbólica, nos países que ainda insistem nestes sistemas fechados.

Existem situações em que não há uma norma jurídica a se encaixar com precisão para o caso concreto, não sendo possível, destarte, encontrar a solução jurídica mediante uma atividade de índole exclusivamente lógico-dedutiva. A título de exemplo registre-se o caso do abortamento anencefálico, como hipótese fática real não prevista no artigo 128 do Código Penal, como excludente da ilicitude cuja polêmica será objeto de discussão na parte final desta dissertação na temática dos casos paradigmáticos.

Sob outro enfoque, com Alessandro Baratta<sup>108</sup>, é possível concluir que o unilateralismo do caráter fechado do direito penal conduz à marginalização dos problemas políticos e sociais que se acham na base do comportamento delituoso, afastando o direito penal do modelo integrado e tripartido das ciências criminais (*gesamte Strafrechtswissenschaft*) vislumbrado com antecedência por Franz von Liszt, a abranger a dogmática penal, a política criminal e a criminologia.

Destarte, afirma-se o caráter aberto do sistema penal como se verá a seguir.

## 4.2 O Sistema Penal Aberto

O sistema jurídico é aberto e composto de vários subsistemas. Filiando-se à concepção intelectual do tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale conclui-se que o sistema de direito é composto de um subsistema de normas jurídicas, de um subsistema de

---

<sup>108</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia e dogmática penal*. Passado e futuro do modelo integral da ciência penal. Artigo publicado na Revista de Direito Penal nº 31, janeiro a junho de 1981.

valores e de um subsistema de fatos, subsistemas esses isomórficos entre si por haver entre eles uma correlação dialética de implicação e polaridade.

A história do direito penal desmente a ideia do sistema fechado. Miguel Reale Júnior<sup>109</sup> ressaltava três casos paradigmáticos de direito comparado, todos tratando de jurisprudência em favor do réu, para postular que o sistema penal é aberto. O primeiro caso ocorreu na Itália quando a Corte de Cassação de Turim em 1881 absolvera testemunha mendaz que faltara com a verdade em benefício próprio, estabelecendo uma analogia com o testemunho feito em favor de parente, à vista do dilema entre dizer a verdade cumprindo um dever jurídico ou responder às exigências do dever natural de defender-se.

Os outros dois casos ocorreram na Alemanha, salientando-se a insuficiência da disciplina do antigo e revogado § 54 do Código Penal Alemão que regulava hipóteses restritas de necessidade a restringir essa excludente a situações de ato não-culposos, necessário, praticado “*para salvar de perigo atual o corpo ou a vida do próprio agente ou de um parente*”. Diante de casos concretos insolúveis perante o mencionado dispositivo penal emergiu da experiência jurídica o nascimento das teorias da inexigibilidade de conduta diversa e do balanceamento de bens jurídicos.

Com efeito, em decisão de 1897, o Tribunal alemão considerou inexistir culpa na imprudência de um cocheiro que atrelou à carruagem cavalos mal domados, assim agindo por determinação de seu patrão, sob ameaça de demissão. O entendimento do Tribunal nesse caso foi no sentido de que, nada obstante ter ocorrido culpa previsível na modalidade de imprudência, era inexigível outra conduta diante da ameaça de perda de emprego. Esse caso ficou conhecido como o do *Leinenfanger (cavalo indócil que não obedece às rédeas)*<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *Op. cit.*, p. 62/63.

<sup>110</sup> AMERICANO, Odin. *Da culpabilidade normativa*. Artigo publicado no livro Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1ª edição. 1968, p. 348.

No ano de 1927 o Tribunal alemão reconheceu, face à insuficiência do artigo 54 do antigo Código Penal alemão, uma excludente supralegal, ou seja, um estado de necessidade justificante supralegal, fundada no balanceamento de bens e sob influência de ideias jusnaturalistas, considerando lícita a conduta do médico que praticou abortamento terapêutico, consistente na necessária interrupção da gravidez por indicação médica, sacrificando a vida do feto para salvar a vida da gestante entendendo esta mais valiosa que aquela, apoiado no princípio da ponderação de bens e deveres.

Francisco de Assis Toledo<sup>111</sup> destacou que essa jurisprudência alemã acolheu a “*teoria diferenciadora*”, ou seja, duas formas básicas do estado de necessidade, a dizer, o estado de necessidade justificante (excludente da ilicitude) e o estado de necessidade exculpante (excludente da culpabilidade), o que foi incorporado na redação do atual Código Penal alemão, *StGB*, §§ 34 e 35, respectivamente sob as rubricas de estado de necessidade justificante e estado de necessidade exculpante. E desses dois casos paradigmáticos da jurisprudência do Tribunal alemão depreende-se, pois, que o modelo jurisprudencial inspirou a nova modelagem da lei penal alemã, e vem a reforçar a tese de que a jurisprudência constitui efetiva fonte de direito no caso de normas penais não incriminadoras.

Vale pôr de resalto que no Brasil a disciplina jurídica do estado de necessidade é diversa da alemã, havendo o estado de necessidade justificante (artigos 23, inciso I, e 24 do Código Penal), sendo o estado de necessidade exculpante do direito alemão tratado no Brasil como hipótese extralegal de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Luis Jiménez de Asúa<sup>112</sup> e Edgard Magalhães Noronha<sup>113</sup> destacam, na formação histórica da inexigibilidade supralegal de conduta diversa na jurisprudência alemã, o *caso da*

---

<sup>111</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11/7/1984, e a Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Saraiva. 4ª edição. 1991, p. 177.

<sup>112</sup> ASÚA, Luis Jiménez. *Tratado de derecho penal*. Tomo VI – La culpabilidad y su exclusión. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A. Tercera Edición. 1962, p. 935.

<sup>113</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. Volume I. Atualizador: Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha. São Paulo: Editora Rideel. 2009, p. 101.

*cegonha que traz os bebês* (“*Klapperstorch*”), relativo a um distrito mineiro alemão em que determinada empresa exploradora de uma mina havia concedido aos trabalhadores a dispensa da jornada de trabalho sem desconto no salário no dia do parto da esposa de um operário e consequente nascimento dos filhos desses trabalhadores. E os obreiros impuseram à parteira da região, como condição de contratação, que declarasse no Registro Civil que o parto ocorrera em dia de serviço e jamais aos domingos. Temerosa de ficar sem trabalho a parteira atendeu a exigência dos trabalhadores e tornou-se autora de uma série de declarações falsas no Registro de Nascimento local.

Essas copiosas falsidades foram descobertas porque os prepostos da empresa empregadora constataram que nenhum recém-nascido havia nascido aos domingos ou feriados. A parteira foi processada criminalmente por crime contra a fé pública. Todavia, alfim, foi absolvida pelo Tribunal por inexigibilidade de conduta diversa ao entendimento de que a recusa da parteira à proposta dos trabalhadores importaria no desemprego dela.

Tendo em vista esses precedentes históricos da jurisprudência alemã e italiana, verifica-se que o sistema jurídico-penal não é fechado, pois não responde integralmente aos anseios de justiça ensejados pela realidade, de modo que o sistema jurídico-penal é aberto e dá margem ao pensamento casuístico de modo a viabilizar a vivificação da realização da justiça.

Partindo do porto seguro das ideias da dogmática jurídico-penal da Escola Clássica, centrada no conceito de crime, Franz von Liszt também assimila os preceitos da Escola Positiva focalizados na figura do delinquente e assim funda a denominada Escola Positiva Moderna Alemã. O citado jurista austríaco que posteriormente radicou-se na Alemanha associa à ciência dogmática (normativa) do direito penal, reflexões das ciências criminais auxiliares, tais como a sociologia criminal, a antropologia criminal, a psicologia criminal, a psiquiatria criminal, e, dir-se-á na época contemporânea, a genética criminal.

A esse conjunto de disciplinas científicas Franz von Liszt denominou de *enciclopédia das ciências criminais*, ou seja, ciências auxiliares da ciência estrita do direito penal, designação essa que foi seguida e divulgada no espaço ibérico por Jiménez de Asúa<sup>114</sup>. Dessa maneira postula-se que a ciência conjunta ou global do direito penal, *gesamte Strafrechtswissenschaft*, seguiria um modelo tripartido, a dizer: 1) ciência estrita do direito penal ou dogmática jurídico-penal como conjunto de princípios que subjazem ao ordenamento jurídico-penal; 2) política criminal como conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos da pena, segundo os quais o Estado deve levar a efeito a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com esta relacionadas; 3) criminologia como ciência das causas do crime e da criminalidade.

José Higinio Duarte Pereira<sup>115</sup> – que foi Ministro do Supremo Tribunal Federal de 1892 a 1897 e traduziu o Tratado de Direito Penal Alemão de Franz von Liszt – comentando a disputa da corrente clássica e os postulados da Moderna Escola Penal de Franz von Liszt, denominada *gesamte Strafrechtswissenschaft* (modelo integrado de ciência criminal) dá razão a esta última corrente aduzindo que “*toda escola que se circunscreve ao estudo do Direito positivo corre o perigo de cair em rigidez e de sacrificar interesses vitais ao rigor lógico de ideias abstratas*”, sofrendo os defeitos de suas virtudes pelo doutrinarmismo e estreiteza de vistas que a torna estranha à vida e à evolução social.

---

<sup>114</sup> No *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A. 5ª edición. 1992, p. 92, Luis Jiménez de Asúa propõe a seguinte classificação para a enciclopédia das ciências criminais: 1. Filosofia e História: 1.1. Filosofia do direito penal; 1.2. História do direito penal; 1.3. Legislação penal comparada; 2. Ciências principalmente causais-explicativas (ou Criminologia): 2.1. Antropologia e Biologia Criminais; 2.2. Psicologia criminal (incluindo a Psicanálise criminal); 2.3. Sociologia criminal; 2.4. Penologia; 3. Ciências jurídico-repressivas: 3.1. Direito penal (Dogmática penal); 3.2. Direito processual penal; 3.3. Direito Penitenciário; 3.4. Política criminal; 4. Ciências de pesquisa: 4.1. Criminalística; 4.2. Polícia judicial científica; 5. Ciências auxiliares: 5.1. Estatística criminal; 5.2. Medicina legal; 5.3. Psiquiatria forense.

<sup>115</sup> PEREIRA, José Higinio Duarte. Prefácio do Tradutor do livro *Tratado de Direito Penal Alemão*, Tomo I, de Franz von Liszt. Campinas: Editora Russell. 1ª edição. 2003, p. 25/26.

Jorge de Figueiredo Dias<sup>116</sup> é outro dos juristas contemporâneos que – seguindo o antigo conceito de Franz von Liszt de *ciência conjunta do direito penal* – fazem alusão ao novo estatuto da política criminal em que política criminal, dogmática jurídico-penal e criminologia constituem três âmbitos científicos autônomos, porém ligados entre si em vista do integral processo de realização do direito penal em uma *unidade teleológica-funcional*.

Na concepção do sistema aberto de direito penal o tipo penal do *dever ser* é o ponto de partida da ciência do direito penal, mas isso não limita o intérprete que deve transcender o tipo penal e avançar na esfera ontológica do ser para a correta compreensão das definições legais e as valorações jurídicas, permitindo que novos conceitos exsurjam da sociologia, da criminologia e da política criminal para a correta solução das questões jurídicas face aos novos conflitos sociais emergentes.

Arthur Kaufmann<sup>117</sup> é outro jurista prosélito do sistema aberto. Aduz que o direito natural e o positivismo constituíram correntes de pensamento prisioneiras da ideia racionalista de sistema fechado, comprometido com o conceito objetivista de conhecimento preso às correntes da relação sujeito cognoscente e objeto cognoscível, pelo qual a realidade em si jamais seria atingida. Segundo o citado jurista, argumentar no sistema aberto estaria inscrito tanto na hermenêutica jurídica como na teoria da argumentação.

Tomando emprestadas as palavras de Paulo José da Costa Junior<sup>118</sup>, a constante transformação da realidade social pode ser equiparada simbolicamente com a imagem daquele rio de que falava Heráclito, em cujas águas nunca se poderia banhar duas

---

<sup>116</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999, p. 49.

<sup>117</sup> KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002, p. 148.

<sup>118</sup> COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Considerações em torno à supra-legalidade no direito penal*. Artigo publicado na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. Ano II, nº 6, julho a setembro de 1964.

vezes em razão de seu constante fluir e seu incessante renovar. Diante da impossibilidade de estagnação dessa realidade movediça, o remédio é a dinamização do direito para que possa acompanhar a realidade social sem as amarras do formalismo jurídico radicalizado já que a lei não exaure o direito.

O sistema fechado não é compatível com a dinâmica da transformação social. A simples subsunção do fato ao texto da lei não passa de um simbolismo ultrapassado. Como afirmado por Arthur Kaufmann: a obtenção do Direito emerge da argumentação correta num sistema aberto. O sistema fechado, ancorado no método lógico-dedutivo, não encontrou até o momento soluções para os sérios problemas da criminalidade contemporânea.

Assim como predomina na metodologia constitucional a tese de José Joaquim Gomes Canotilho<sup>119</sup> da Constituição como sistema normativo aberto de regras e princípios, a metodologia do direito penal também deve pautá-lo como um sistema aberto com afastamento de apriorismos que possam restringir a interpretação, tornando esta apta a seguir a dinâmica da sociedade contemporânea pós-industrial caracterizada como sociedade de risco.

Dissertando sobre o direito penal contemporâneo Jesús María Silva Sánchez<sup>120</sup> também postula que somente o sistema aberto é capaz de compatibilizar os atributos da segurança, da racionalidade e da coerência do sistema jurídico, com a integração de soluções satisfatórias aos problemas que sucessivamente se vão suscitando com eventuais incorporações de novos parâmetros valorativos.

---

<sup>119</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Editora Almedina. 7ª edição, 4ª reimpressão. 2003, p. 1159.

<sup>120</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editora B de F. Segunda edición ampliada y actualizada. 2010, p. 229.

Alfim, vale pôr de ressaltar o pensamento de Claus-Wilhelm Canaris<sup>121</sup> a entender o sistema jurídico como aberto, sendo a ordem jurídica construída casuisticamente e apoiada na jurisprudência. Nesse sentido entende-se o ordenamento jurídico como aberto à incompletude e capaz de evoluir e modificar-se, sendo, portanto o sistema jurídico operacionalmente fechado, contudo cognitivamente aberto, tal como explicado por Celso Fernandes Campilongo<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 103 e ss.

<sup>122</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

## 5 MODELOS DE CIÊNCIA JURÍDICO-PENAL

Na tipologia de Miguel Reale as fontes formais do direito estão assentadas em estruturas de poder, especificamente do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do poder social anônimo do povo e do poder negocial (ou da autonomia da vontade). Por isso, constituem fontes formais do direito a lei, a jurisprudência, o costume e os atos negociais. De acordo com essa postulação a doutrina não constitui fonte de direito por não estar vinculada às estruturas de poder.

No caso da ciência do direito penal, que constitui ramo de direito público com a tutela de interesses indisponíveis, os atos negociais não constituem fonte de direito penal. As fontes do direito penal limitam-se, destarte, à lei, à jurisprudência e aos costumes conforme adiante será esclarecido.

As fontes do direito revelam modelos jurídicos prescritivos, isto é, estruturas normativas obrigatórias que disciplinam as relações sociais. E a doutrina que não é fonte de direito produz modelos dogmáticos, cujo escopo é determinar: “a) *como as fontes podem produzir modelos jurídicos válidos; b) que é que estes modelos significam; e c) como eles se correlacionam entre si para compor figuras, institutos e sistemas, ou seja, modelos de mais amplo repertório*”<sup>123</sup>.

A expressão *modelo jurídico* foi proposta por Miguel Reale<sup>124</sup> em complemento à teoria das fontes de direito e liga-se à ideia de projeto e de planificação de meios e fins. Fazendo uso de uma simbologia os modelos jurídicos equiparam-se a “modelos arquitetônicos” ou maquetes que antecipam a construção de um edifício.

---

<sup>123</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Editora Saraiva. 27ª edição. 2007, p. 176

<sup>124</sup> REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Editora Saraiva. 1ª edição. 2002.

Na proposta de Miguel Reale os modelos de direito constituem estruturas normativas da experiência jurídica e se subdividem em modelos jurídicos (dotados de força prescritiva) e modelos dogmáticos (dotados de força indicativa ou persuasiva).

## 5.1 Modelos Jurídicos

No Estado Democrático de Direito com separação dos poderes incumbe ao Poder Legislativo editar as leis. Disso decorre que o processo de nomogênese jurídica é fruto do trabalho do legislador. Mas quem é o legislador? Melhor dizendo: quem são os legisladores? No âmbito federal são 513 (quinhentos e treze) Deputados Federais e 81 (oitenta e um) Senadores oriundos de diversas camadas sociais. São médicos, dentistas, contadores, advogados, artistas etc.

Regra geral os legisladores não são juristas, embora existam alguns juristas entre eles. E isso é natural e até saudável para o pluralismo político. Ainda que a iniciativa legislativa tenha origem política, é certo que o resultado da obra legislativa é jurídico.

Sob essa ótica tem-se que o trabalho legislativo produz textos normativos, suportes frácticos, que por vezes são recheados de inconsistências, incongruências e até mesmo inconstitucionalidades, embora haja o crivo preventivo da análise das Comissões de Constituição e Justiça durante a tramitação legislativa dos projetos de lei.

Paulo de Barros Carvalho<sup>125</sup> associa essa modelagem jurídica criada pelo legislador como camada de linguagem de direito positivo que se diferencia da realidade da ciência do direito. O direito posto constitui uma linguagem prescritiva (prescreve

---

<sup>125</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Editora Saraiva. 21ª edição. 2009, p. 1/8.

comportamentos). E a ciência do direito constitui um discurso descritivo, uma sobrelinguagem que descreve normas jurídicas.

E com o escopo de superar essas inconsistências do legislador é que exurge e avulta a importância dos modelos dogmáticos que filtrando a os enunciados prescritivos dos textos legais criam a norma jurídica como a seguir será explanado.

## 5.2 Modelos Dogmáticos

Os modelos dogmáticos são também chamados de modelos científicos que a doutrina elabora para a plena compreensão dos modelos jurídicos. Enquanto os modelos jurídicos são dotados de força prescritiva, os modelos dogmáticos são dotados de força indicativa ou persuasiva. A ciência dos juristas elabora modelos teóricos imprescindíveis para a compreensão dos modelos jurídicos.

Os modelos dogmáticos representam uma metalinguagem jurídica elaborados no âmbito da ciência do direito, nas palavras de Miguel Reale<sup>126</sup> “(...) *como estruturas teórico-compreensivas do significado dos modelos jurídicos e de suas condições de vigência e de eficácia na sistemática do ordenamento jurídico*”.

No campo penal, a partir da filosofia da ilustração, século XVIII, o modelo jurídico prescritivo vazado no princípio da legalidade estrita foi preponderante.

Todavia, a partir do século XIX a atividade do jurista penal focaliza-se na construção de modelos dogmáticos, dos quais exurgem consequências não evidentes no texto legal. No direito penal avulta, destarte, o modelo dogmático de crime e a estrutura do crime,

---

<sup>126</sup> REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Editora Saraiva. 2ª edição. 1992, p. 163.

sendo oportuno transcrever a esse respeito a observação de Carlos Santiago Nino<sup>127</sup> no sentido de que a concepção geral do crime possui para o penalista força mais vinculante do que as próprias normas legais.

E assim ocorre a mudança de paradigma do modelo jurídico da lei penal para a teoria dogmática do crime, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto.

A inflação legislativa de textos legislativos repletos de incoerências é uma realidade neste país. Esse fenômeno da legiferação desenfreada alcançou o direito penal. Nunca se legislou tanto em matéria penal. O emprego maniqueísta direito penal simbólico é uma realidade corrente.

O direito penal converteu-se em apanágio de todos os males, um instrumento para articulação de respostas simbólicas aos conflitos sociais. A criação desenfreada de tipos penais levou à introdução de uma série de incoerências no âmbito do direito positivo penal.

A título de ilustração, alguns exemplos.

Em 1989 o empresário Abílio Diniz foi sequestrado em São Paulo por uma quadrilha cujos membros foram presos pela polícia civil em pleno fervor da campanha política do primeiro Presidente da República que seria eleito pela forma direta após o término do ciclo militar de poder político. Esse crime gerou comoção pelos requintes de perversidade empregados pelos membros da organização criminosa desarticulada pela polícia. E gerou certa repercussão política na época dos fatos.

Finalizado o pleito eleitoral e eleito o Presidente da República este cuidou de promulgar a Lei nº 72/1990, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, introduzindo tratamento penal rigoroso para os autores de crimes hediondos ou assemelhados. Dentre os dispositivos dessa lei havia um dispositivo que vedava a progressão de regime de cumprimento de pena para os sentenciados por tais delitos.

---

<sup>127</sup> NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p. 335.

Foi a dogmática jurídico-penal e a jurisprudência que apontaram a inconstitucionalidade de tal dispositivo legal, que estava a violar o princípio constitucional da individualização da pena. E foi uma decisão do Supremo Tribunal Federal que apontou essa inconstitucionalidade. Esse caso emblemático está a demonstrar a importância e preponderância do modelo dogmático de ciência penal sobre o modelo jurídico do direito penal positivo.

Outro exemplo. No limiar da década de 1990 o Presidente da República promulgou duas importantes leis penais. Uma delas, a Lei Federal nº 8.137/1990, definindo crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Outra, a Lei Federal nº 8.078/1990, dispondo sobre a proteção do consumidor.

Contraditoriamente foram tipificados nesses dois diplomas legais tipos penais descrevendo condutas muito semelhantes relacionadas à propaganda enganosa, com penas totalmente diversificadas. Emerge desse caso que os projetistas dessas leis contemporâneas não conversaram entre si.

E segue outro exemplo: em 2003 o Governo Federal veiculou uma política de segurança pública vinculada ao desarmamento da população, tendo promulgado a Lei Federal nº 10.826/2003, conhecida como Estatuto do Desarmamento, em cujo bojo constava inclusive a previsão de plebiscito para confirmar ou rejeitar a vedação de porte ilegal de arma de fogo a civis; com resultado do plebiscito pela rejeição a tal vedação.

Constam dessa lei pelo menos duas incoerências escandalosas. Uma delas, no campo processual penal, é a vedação de concessão de liberdade provisória para o indiciado preso por porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Esse dispositivo foi considerado inconstitucional por violação do princípio da proporcionalidade, por uma mera comparação fática representada pela seguinte circunstância: se o preso por homicídio consumado – que caracteriza o atentado ao bem jurídico mais importante para o homem que é a vida – faz jus à

liberdade provisória, como justificar a vedação de liberdade provisória para um delito menos grave?

Outro dispositivo dessa lei prevê pena de reclusão para o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, sendo que, comparando essa pena com o crime de tentativa de roubo com emprego de arma de fogo, verifica-se outra desproporcionalidade do legislador que pode levar a uma situação pragmática curiosa, representada pela hipótese de um cidadão sem antecedentes criminais e preso por trazer consigo uma arma de fogo de porte restrito no interior de seu carro para defesa de sua família, ser mais severamente apenado do que um assaltante preso em flagrante delito por tentativa de roubo com emprego de arma de fogo.

É o caos legislativo no direito penal positivo que adota perfil altamente simbólico para que políticos possam articular retóricas que vendem a ilusão de segurança pública. Exemplo atual disso é a matéria veiculada pelo jornal Folha de São Paulo, edição de 7 de junho de 2010, no sentido de que a Polícia Federal infla os números de operações especiais, ou seja, atividades rotineiras, tais como fiscalização sobre pescadores, rinhas de canários e a interdição de postos que vendiam gasolina adulterada, passaram a ser contabilizadas em balanço do órgão, sendo que uma candidata ao cargo político da cúpula do poder executivo federal utilizou tais dados estatísticos, para comparar o desempenho político de outra gestão política anterior no campo da segurança pública.

E, nesses casos, foi novamente o emprego do modelo da dogmática jurídica da ciência do direito penal que corrigiu a inconsistência do direito penal positivo.

## 6. O MODELO JURÍDICO LEGAL

A Magna Carta de 1215 é usualmente citada como o antecedente mais remoto do princípio da legalidade. Em plena Idade Média no feudalismo inglês escreveu-se que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (*due process of law*).

Todavia, o Estado de Direito, que emergiu dos movimentos revolucionários do século XVIII, especialmente com a independência dos Estados Unidos da América em 1776 e a Revolução Francesa de 1789, marcou a tese de que o poder tem que se submeter à lei e que esta deve ser igual para todos e que deve haver sempre um órgão judicial encarregado de decidir os conflitos de interesses, através de um procedimento animado pelo contraditório. Sintetizando essas características do Estado de Direito Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>128</sup> aduz que este deve obedecer ao princípio da legalidade, ao princípio da igualdade e ao princípio da justicialidade.

O princípio da legalidade foi enunciado formalmente no artigo 5º, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no sentido de que “*tudo o que não é proibido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que esta não ordena*”. O princípio da legalidade constituiu, destarte, um princípio político-liberal de proteção à liberdade individual face ao Estado – direito fundamental de primeira geração –, antes de ser um critério jurídico-penal articulado através da expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

---

<sup>128</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Editora Saraiva. 4ª edição. 2007, p. 23 e ss.

Assim, o Estado Liberal de Direito exsurge num primeiro momento como reação ao Estado Absolutista, viabilizando a formação de um Estado submisso ao Direito. Daí a ideia do império da lei como expressão da vontade geral. E assim é que emergem os alicerces da formação do denominado modelo jurídico da ciência do direito penal. Destarte, tem-se que o princípio da legalidade tem a sua origem numa fundamentação política e foi Paul Anselm Ritter von Feuerbach quem teve o mérito de demonstrar que além de seu fundamento político, o princípio da legalidade atendia a um critério jurídico-penal.

A correta exegese da fórmula latina *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* deve partir de suas raízes históricas no século do iluminismo, como reação ao despotismo que gerava insegurança jurídico-penal como já assinalado no tópico da construção histórica da ciência do direito penal. Tomando emprestadas as palavras de Nelson Hungria, dir-se-á que a fonte única do direito penal é a norma legal, e que, não há direito penal vagando fora da lei escrita. Essa é a postura dos adeptos do tecnicismo jurídico. A reflexão de Franz von Liszt, no sentido de que os Códigos Penais modernos constituem a *Magna Charta libertatum* dos delinquentes, ecoou no mundo jurídico-penal, pois o que não é proibido é penalmente lícito ou indiferente. E essa reflexão consolidou o princípio da legalidade penal rígida que já encontrava guarida na fase filosófica do direito penal.

E, no direito penal, o princípio da legalidade serviu de premissa para o ulterior desenvolvimento da teoria dogmático-jurídica da tipicidade de *Ernest von Beling*, o que viabilizou o desenvolvimento do modelo dogmático da ciência do direito penal como já visto.

Esse modelo jurídico-legal da ciência do direito penal, edificado por Francesco Carrara e demais membros da denominada Escola Clássica, prevaleceu na história contemporânea, embora tenha sofrido abalos no direito penal comparado pelo

irracionalismo do Código Penal soviético de 1922 que permitia o emprego da analogia para criação de tipos penais incriminadores, bem como pelo irracionalismo do social-nacionalismo alemão que se viu após a queda da República de *Weimar*, cuja diretriz política permitia a punição do fato que escapasse à previsão do legislador, com base no sentimento ou consciência do povo, filtrado pela revelação do *Führer* e não pela interpretação pretoriana dos juízes.

Assim é que, para sustentar o “Estado de exceção” instalado pelo nacional-socialismo alemão vigorou na Alemanha verdadeiro hiato ao consagrado princípio da legalidade penal. E em seus comentários ao Código Penal de 1940, Nelson Hungria chega a nominar alguns juristas alemães que deram sustentação à aberração jurídica criada pelo regime político de exceção<sup>129</sup>, que foi consubstanciada na alteração legislativa de 1935 ao § 2º do Código Penal alemão de 1871, a estabelecer que:

é punido quem pratica uma ação que a lei declara punível ou que merece punição segundo o conceito básico de uma lei penal e a sã consciência do povo. Se nenhuma lei penal determinada se aplica imediatamente ao fato, é este punido de acordo com a lei cujo conceito fundamental melhor se lhe adapte.

Cumprido de ressaltar que no item 6 (seis) da Exposição de Motivos, que acompanhou o projeto do Código Penal de 1940, o Ministro da Justiça Francisco Campos asseverou que “*somente depois da Grande Guerra (1914-1918) é que a analogia em direito penal passou a ter fervorosos adeptos, que a reclamam sob o pretexto de maior eficiência na defesa social contra o crime*”. E a seguir cita os exemplos do Código russo de 1926 como o

---

<sup>129</sup> 1) *Carl Friedrich Heinrich Schaffstein*, professor de direito em Leipzig, que advogava a famosa tese de que “a lei é o que o *Führer* ordena” (*Gesetz ist, was der Führer befiehlt*); 2) *Karl Siegert*, professor da Universidade de *Goettingen*, assinalava que “devemos seguir as proclamações do *Führer* como linhas de direção, a mostrarmos, dentro do espírito nacional-socialista, o justo caminho para o reconhecimento e solução das concretas situações de fato”; 3) *Roland Freisler*, juiz de direito no denominado 3º *Reich* e um dos máximos elaboradores do novo direito germânico; 4) *Schäffer* que argumentava que “o bem-estar e o interesse da coletividade são o objeto e o fim de toda a atividade do Estado. Não pode este tolerar que o indivíduo abuse impunemente de suas energias em prejuízo da comunhão geral. Mesmo sem prévia incriminação legal, e na dúvida sobre a nocividade social da própria conduta, deve o indivíduo abster-se de agir: se não se abastem, age por sua conta e risco, e deve ficar sujeito à repressão penal”;

primeiro a abolir a proibição tradicional da analogia penal e fazendo de sua parte especial um simples catálogo de exemplos. Depois disso menciona que surgiu o Código Penal dinamarquês de 1930 a declarar no artigo 1º que os preceitos penais se aplicam aos fatos não previamente incriminados, desde que inteiramente assimiláveis aos previstos na lei. Alfim cita o caso da lei alemã de 1935 a reconhecer a legitimidade da aplicação analógica da lei penal e permitir ao juiz a imposição da pena por um fato não expressamente declarado crime, uma vez que a repressão se mostre justificada segundo a sã consciência do povo.

No Brasil o princípio da legalidade tem sido elevado a *status* constitucional desde a Constituição do Império de 1824. E na atual Constituição de 1988 esse princípio é contemplado expressamente no inciso II do artigo 5º, que dispõe que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. No âmbito da legislação penal o princípio da legalidade foi prestigiado desde o Código Criminal de 1830 que estipulava que “não haverá crime ou delito sem uma lei anterior, que o qualifique”. E o atual Código Penal, com a redação da parte geral estabelecida pela Lei Federal nº 7.209/1984, dispõe no artigo 1º que: “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

De mais a mais, há que se ressaltar a advertência de Klaus Tiedmann<sup>130</sup> no sentido de que “o princípio da legalidade é materialmente limitado pela necessidade da existência de indícios concretos e reais para um crime. Suposições vagas não bastam para uma acusação penal”.

É importante assinalar que o princípio da legalidade penal submete-se no direito processual penal alemão à limitação do princípio da oportunidade vez que o § 152 (2) do Código de Processo Penal alemão refere-se expressamente a ressalvas ao princípio da legalidade permitindo ao legislador desistir do princípio da obrigatoriedade da persecução

---

<sup>130</sup> ROXIN, Claus, ARZT, Gunther e TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Belo Horizonte: Del Rey Editora. 2007, p. 194.

penal por meio de exceções legalmente estabelecidas. E no direito alemão essas exceções ao princípio da legalidade vêm expressamente previstas no §§ 153 e 154 do Código de Processo Penal alemão versando, respectivamente, sobre a persecução penal em litígios de mínima quantia quando a culpa do agente é leve e inexistente interesse na persecução e sobre penas acessórias irrelevantes.

Assim sendo o denominado princípio da oportunidade está parcialmente introduzido na legislação processual penal alemã nas hipóteses acima mencionadas em que a persecução penal é condicionada a ponderações de caráter econômico e político.

Winfried Hassemer<sup>131</sup> também faz alusão à legalidade e oportunidade no processo penal, aduzindo inicialmente que a jurisprudência dos conceitos e o positivismo legal do século XIX impulsionaram a ideia-força de que a lei poderia ser a única fonte das decisões judiciais. Todavia, no pensamento jurídico-penal moderno orientado pelas consequências afirma-se o princípio da oportunidade e utilidade da persecução penal.

Juan-Luiz Gomez Colomer<sup>132</sup> esclarece que o princípio da legalidade no processo penal alemão não possui caráter absoluto, pois a Justiça Pública tedesca, por motivos de oportunidade e conveniência, não está obrigada a instaurar a persecução penal nas hipóteses previstas nos §§ 153 e ss. do Código de Processo Penal alemão. Nessas hipóteses, geralmente com a aprovação do Tribunal, prescinde-se da persecução de delitos leves ou daqueles cuja persecução seja reputada inconveniente.

Destarte, no âmbito do processo penal alemão o princípio da oportunidade é disciplinado nas seguintes hipóteses: 1) nos casos absolutamente irrelevantes, de mínima culpabilidade do autor e insignificância do fato (§§ 153 e 153b do CPP alemão); 2) nos casos relativamente irrelevantes, quando careça de importância a consequência jurídica a

---

<sup>131</sup> HASSEMER, Winfried. *Direito Penal libertário*. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2007, p. 49/64.

<sup>132</sup> GOMEZ COLOMER, Juan-Luiz. *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*. Barcelona: Bosch Casa Editorial. 1ª edición. 1985, p. 47/48.

impor-se ao lado da já imposta (§§ 154(1) e 154 a do CPP alemão); 3) no caso de ilícitos cometidos no exterior ou por estrangeiros em que o interesse público na persecução penal seja mínimo (§ 153c do CPP alemão); 4) nos casos de delitos leves, substituindo-se a pena por condições (§ 153 a do CPP alemão); 5) nos casos de motivos políticos ou interesses públicos preponderantes a que fazem referência o § 153d do CPP alemão; 6) no caso de arrependimento ativo (§ 153e do CPP alemão); 7) no caso de vítima de coação ou chantagem sob os pressupostos do § 154c do CPP alemão; 8) no caso de prejudicial civil ou administrativa (§ 154d do CPP alemão); 9) tratando-se de delitos de ação privada (§§ 376 e 377 do CPP alemão).

De acordo com a legislação processual penal alemã em alguns casos de aplicação do princípio da oportunidade da persecução penal, acima citados, o Ministério Público pode arquivar diretamente o feito (§ 153 1 do CPP alemão) e em outras hipóteses o arquivamento promovido pela Justiça Pública demanda a aprovação do Tribunal (§§ 153(1) do CPP alemão).

Luiz Luisi<sup>133</sup> entende que ao princípio da legalidade penal deve ser acoplado o princípio da necessidade mercê do fenômeno nefasto da inflação penal ou tumulto jurídico patológico causado pelo exagero de leis penais.

Corolário natural do princípio da legalidade penal é a inadmissibilidade da criação de tipos penais incriminadores por analogia. Essa assertiva é um consenso na doutrina e jurisprudência jurídico-penal. Todavia, não custa lembrar que já houve na história do direito penal brasileiro prestígio à analogia incriminadora, isso ocorrendo durante o período do “*Estado Novo*” imposto por Getúlio Vargas a partir de 1937.

Com efeito, com o advento da II Guerra Mundial (1939-1945) o Brasil permaneceu neutro até 1941 quando optou por apoiar as forças aliadas contra os países do

---

<sup>133</sup> LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2ª edição. 2003, p. 111 e ss.

eixo (Alemanha, Itália e Japão). E em 1942 as forças de guerra da Alemanha atacaram o navio brasileiro “Taubaté” no mar Mediterrâneo, e, esse episódio levou o Presidente da República a promulgar o Decreto-Lei nº 4.166, de 11 de março de 1942, com disposições sobre as indenizações devidas por atos de agressão contra bens do Estado brasileiro e contra a vida e os bens de brasileiros ou de estrangeiros residentes no Brasil.

O artigo 1º do citado decreto-lei dispunha que os bens e direitos dos súditos alemães, japoneses e italianos, pessoas físicas ou jurídicas, respondiam pelos prejuízos eventualmente suportados pelo Estado brasileiro por força de atos de agressão praticados pela Alemanha, pelo Japão ou pela Itália. Além disso, tal diploma legal estabelecia a obrigação de depósito no Banco do Brasil de uma fração de numerário titulado por súditos alemães, italianos e japoneses, para servir de garantia ao pagamento de indenizações devidas pelos atos de agressão armada ao patrimônio nacional (art. 3º).

E para assegurar o cumprimento dessa obrigação foi estabelecido no *caput* do artigo 5º, do Decreto-Lei nº 4.166/1942 o seguinte tipo penal incriminador: *“a ação ou omissão, dolosa ou culposa, de que resultar diminuição do patrimônio de súdito alemão, japonês ou italiano, ou tendente a fraudar os objetivos desta lei, é punida com a pena de 1 a 5 anos de reclusão e multa de 1 a 10 contos de réis, se outra mais grave não couber”*. Finalmente, o § 3º do artigo 5º estabeleceu que *“para a caracterização do crime o juiz poderá recorrer à analogia”*. Eis aí uma hipótese de analogia incriminadora maculando a legislação penal brasileira pretérita.

Outra reminiscência histórica pátria de vilipêndio ao princípio da legalidade penal foi a instituição do Tribunal de Segurança Nacional, através da Lei nº 244, de 11/9/1936, para julgamento de crimes políticos, pelo qual os juízes estavam legalmente autorizados a decidir com base em sua livre convicção sem vinculação a preceitos legais, o que chegou a ser objeto de estudos do constitucionalista e cientista político Karl

Loewenstein<sup>134</sup>. Esse órgão do Poder Judiciário, submetido ao Poder Executivo, ficou famoso por ter julgado Luís Carlos Prestes no episódio conhecido como Intentona Comunista de 1935 e também por ter julgado o comunista alemão Harry Berger, defendido pelo advogado Heráclito Fontoura Sobral Pinto, que invocou a lei de proteção de animais de 1934 para instruir *Habeas Corpus*, aduzindo que o paciente não estaria recebendo na prisão, sequer as garantias legais reservadas aos animais.

O Tribunal de Segurança Nacional tinha a competência inicial de julgamento dos envolvidos na Intentona Comunista de 1935. Todavia, a sua competência foi se ampliando ao longo do Estado Novo, sendo que pelo Decreto-Lei nº 474, de 8 de junho de 1938, passou a julgar também os integralistas e demais adversários do Estado Novo como os liberais em geral. E pelo Decreto-Lei nº 4.766, de 1º de outubro de 1942, passou a julgar os militares e os crimes contra a segurança do Estado, entre eles o de espionagem. E o referido Tribunal foi extinto pela Lei Constitucional (Emenda Constitucional) nº 45, de 17/11/1945, promulgada por José Linhares, Ministro do Supremo Tribunal Federal, que assumiu a Presidência da República após o término da ditadura de Getúlio Vargas.

---

<sup>134</sup> MOTA, Carolina. *Brazil under Vargas: a análise jurídica de Karl Loewenstein sobre o regime de 1937*. Artigo publicado no livro *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro. (de 1930 aos dias atuais)*. São Paulo: Editora Saraiva. 2010, p. 293 e ss.

## 7 O MODELO JURÍDICO PRINCIPIOLÓGICO

A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657/1942 (com ementa alterada pela Lei nº 12.376, de 30/12/2010, e ementa anterior de Lei de Introdução ao Código Civil – *LICC*), tem caráter universal e aplica-se a todo o ordenamento jurídico nacional, inclusive no campo do direito público, tratando-se, pois de verdadeiro código de normas ou normas de sobredireito. Tal diploma legal aplica-se a todos os ramos do direito, salvo naquilo que for regulado de maneira diferente na legislação específica como, por exemplo, no direito penal em que o princípio da legalidade sobrepõe-se quanto às normas penais incriminadoras.

O artigo 4º, do referido diploma legal, estipula que na hipótese de omissão da lei o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, pois o legislador não consegue prever todas as situações fáticas e por conta disso quando a lei for omissa o juiz deve valer-se de mecanismos para suprir a lacuna da lei, a saber: analogia, costumes e princípios gerais de direito. Analogia, costumes e princípios gerais de direito constituem, destarte, meios de integração das normas jurídicas não incriminadoras no caso de lacuna da lei.

Delimitando-se este tópico à análise dos princípios gerais de direito tem-se que estes constituíam na doutrina tradicional fonte secundária e subsidiária do Direito. Todavia, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 os princípios foram alçados ao centro do sistema jurídico, sendo indiscutível a supremacia dos princípios explícitos e implícitos adotados pela Carta Magna.

Assim sendo, partindo-se da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) em direção ao texto da Constituição Federal de 1988, conclui-se

com Luís Roberto Barroso<sup>135</sup> que em sua trajetória ascendente os princípios deixaram de ser fonte secundária, mediata e subsidiária do Direito, para ocupar o núcleo central do ordenamento jurídico. Nessa direção, registre-se o parecer de Eros Roberto Grau<sup>136</sup> no sentido de que a partir da última década do século XX, prevalece no direito brasileiro o paradigma dos princípios.

A teoria da metodologia jurídica moderna postula que as normas jurídicas constituem o gênero do qual as regras e princípios são espécies. Apoiado em José Joaquim Gomes Canotilho<sup>137</sup> tem-se que os princípios são normas que possuem um grau de abstração maior que as regras. Ademais disso, por serem vagos e indeterminados os princípios carecem de mediações concretizadoras, seja do legislador ou do juiz, ao passo que as regras são susceptíveis de aplicação direta.

E mais ainda; os princípios consistem em normas de natureza estruturante do sistema jurídico como, por exemplo, o princípio do Estado de Direito. Além disso, ostentam posição hierárquica no sistema das fontes de direito como, por exemplo, os princípios constitucionais. Ou seja: princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (segundo Ronald Dworkin) ou na ideia de direito (segundo Karl Larenz).

Os princípios desempenham, portanto, natureza nomogenética por constituírem fundamento de regras. Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização compatíveis com variáveis graus de concretização segundo as condições fáticas e jurídicas do caso concreto, permitindo, destarte, balanceamento de valores e interesses. As regras, por

---

<sup>135</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Editora Saraiva. 1ª edição. 2ª tiragem. 2009, p. 203.

<sup>136</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Editora Malheiros. 3ª edição. 2005, p. 135.

<sup>137</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina 7ª edição. 2003, p. 1.160/1.161.

outro lado, prescrevem imperativamente uma exigência (permissão, obrigação ou proibição) que é ou não cumprida.

No estudo da teoria comunicacional do direito e compreendendo o direito como texto, Gregório Robles<sup>138</sup> revela que existem três tipos de regras jurídicas que no conjunto constituem o sistema jurídico: as ônticas, as procedimentais (técnico-convencionais) e as deônticas (normas). As regras ônticas estabelecem os elementos necessários de caráter estático, vinculados ao espaço, tempo e sujeitos, ou seja, não disciplinam o comportamento humano, razão pela qual não se subordinam ao nexo modal *dever ser*, mas ao verbo *ser*. As regras procedimentais são as regras de competência e atribuições que assinalam os meios necessários para atingir determinados fins propostos. E as regras deônticas constituem os deveres.

Reafirma-se, destarte, o papel dos princípios na resolução dos casos difíceis, pois a ignorância daqueles – quando não induz a erro – leva à criação de rúbulas no lugar de juristas. Vicente Ráo, qual exímio trapezista, descia dos princípios gerais às normas de direito positivo para localizar a justiça do caso concreto e, sem descuidar da aplicação prática dos princípios considerava o direito aplicado como a própria ciência do direito em ação com a constante invocação dos princípios gerais.

Princípios são normas universais e abstratas enquanto as regras são preceitos particulares, mutáveis segundo as necessidades especiais de cada povo, de cada época, de cada fase, de cada necessidade social. Nas lapidares palavras de Vicente Ráo<sup>139</sup> os juristas devem afirmar:

os verdadeiros princípios científicos e filosóficos do Direito, proclamá-los alto e bom som, fazê-los vingar e sobreviver dentro do tumulto legislativo das fases de transformação ditadas pelas contingências sociais, deles extraíndo as regras disciplinadoras das

---

<sup>138</sup> ROBLES, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Barueri: Manole. 2005, p. 102 e ss.

<sup>139</sup> RÁO, Vicente. O Direito e a Vida dos Direitos: Noções gerais. Direito Positivo. Direito Objetivo. Teoria geral do direito subjetivo. *Análise dos elementos que constituem os direitos subjetivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 6ª edição anotada e atualizada com o novo Código Civil. 2004, p. 47.

novas necessidades, sem sacrifício da liberdade, da dignidade, da personalidade do ser humano.

O tumulto legislativo vem desorientando o Direito e causando descontinuidade do Direito de tal modo que juristas do porte de Georges Ripert e Francesco Carnelutti chegaram a conjecturar, respectivamente, pelo *declínio do Direito* ou pela *morte do Direito*. Menos impressionados com a inflação legislativa assinalam outros juristas a ocorrência atual de *crise do Direito*.

Nada obstante, valendo-se dos princípios gerais proclamados pela filosofia do direito e pela ciência do direito pode-se afirmar que se trata, na verdade, de uma *crise de transição* para uma nova forma estrutural do direito aplicado. E os princípios jurídicos sempre perenes e intactos constituem as ferramentas necessárias para superar essa transição. Fulcrado nessa ideia-força Vicente Ráo faz a diagnose: o Direito não está em declínio. É a técnica de aplicação do Direito a um campo mais extenso de atividades englobando a cibernética e a informática que está se transformando.

E quando se fala em princípios jurídicos dúvidas surgem sobre a natureza destes, donde subsistem concepções diversas sobre a qualificação dos princípios gerais do direito, dentre as quais destaca Vicente Ráo<sup>140</sup>: a) princípios gerais do direito, correspondentes ao direito natural; b) princípios gerais do direito equiparados à equidade; c) princípios gerais do direito, decorrentes da natureza das coisas; d) princípios gerais do direito de caráter universal, ditados pela ciência do direito e pela filosofia do direito; e) princípios gerais de direito, resultantes do sistema jurídico positivo de cada povo.

Diante dessa divergência da qualificação dos princípios jurídicos opta-se, com Vicente Ráo, pela seguinte proposição para orientação do trabalho do operador do direito: 1) em primeiro lugar deve o intérprete do direito valer-se dos princípios gerais de direito explícitos ou implícitos resultantes do sistema jurídico positivo; 2) se esse primeiro processo

---

<sup>140</sup> RÁO, Vicente. *Op. cit.*, p. 301/302.

de generalização não viabilizar a solução da controvérsia, deve-se recorrer aos princípios gerais de direito ditados pela ciência do direito; 3) e por último deve-se recorrer aos princípios ensinados pela filosofia do direito para resolução da controvérsia instalada.

E o modelo jurídico principiológico segue fortalecido pela definição do Direito, proposta por Claus-Wilhelm Canaris, como ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais.

A Parte Especial do Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei nº 2.848/1940, que entrou em vigor em 1942, segundo o artigo 361 desse estatuto repressivo, carece de atualização necessitando de urgente revisão a ser elaborada de modo sistemático. É que tal diploma penal foi editado durante a segunda guerra mundial, sob os auspícios da Constituição autoritária de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, mais conhecida como *Constituição Polaca* pela inspiração autoritária daquele país estrangeiro.

Sem embargo das alterações pontuais da parte especial do Código Penal o fato certo é que desde a sua entrada em vigor sucederam-se quatro novas Constituições, ou seja, as Constituições de 1946, de 1967, de 1969 e a atual de 1988. E para acompanhar a nova ideia de Direito imposta pelo texto constitucional há necessidade de se recorrer ao modelo jurídico principiológico para superar as contradições, lacunas e excessos do Código Penal.

Como se sabe a nova Parte Geral do Código Penal, artigos 1º a 120, teve a sua redação determinada pela Lei Federal nº 7.209/1984, época em que o ordenamento jurídico brasileiro era regido pela Constituição de 1969 (Emenda Constitucional nº 1/1969), sendo certo que sucedeu à edição de tal lei ordinária, a promulgação da atual Constituição Federal de 1988, o que demandou novas análises no campo da integração do sistema penal na nova ordem jurídica constitucional, integração essa vinculada inexoravelmente à lide dos princípios jurídico-constitucionais, donde sobrepõe-se, como já se disse, o modelo jurídico principiológico.

Sobre essa temática principiológica reproduz-se, pela pertinência, as palavras de Guilherme de Souza Nucci<sup>141</sup> no sentido de que “o ordenamento jurídico constitui um sistema lógico e coordenado, imantado por princípios, cuja meta é assegurar a coerência na aplicação das normas de diversas áreas do Direito”.

O Poder Legislativo edita e positiva as variadas regras jurídicas que compõem o ordenamento jurídico, podendo, inclusive, elaborar princípios jurídicos. Todavia, no mais das vezes os princípios jurídicos exsurtem do texto constitucional, cabendo ao operador do direito analisar o conjunto das regras jurídicas para localizar e apontar os princípios jurídicos que regem o assunto em debate com supremacia dos princípios constitucionais penais.

Nesse modelo principiológico no campo penal seguem-se as lições de Luiz Luisi<sup>142</sup> no sentido de que no “*Rechtstaat*” (Estado de Direito) contemporâneo, produto do ideal da Ilustração do século XVIII, incorporou nos textos constitucionais princípios de direito penal constitucional, também chamados de princípios especificamente constitucionais, zelando pela liberdade do homem e limitação do poder estatal.

Nada obstante, o tempo demonstrou que a tutela da liberdade foi insuficiente para sustentar uma sociedade igualitária, pois os problemas econômicos geraram uma sociedade profundamente injusta e desigual o que impôs uma efetiva presença do Estado para corrigir ou sanear essas injustiças sociais. Daí o surgimento do “*Socialstaat*” (Estado Social de Direito) para tutela de valores de interesse coletivo tais como o trabalho, a saúde, o ambiente, a educação e a cultura. No campo penal esse “*Socialstaat*” ensejou a edição de princípios constitucionais pertinentes à matéria penal e não especificamente constitucionais penais.

Os princípios de direito penal constitucional que caracterizam o denominado “*Rechtstaat*” podem ser explícitos ou implícitos e expressão a *concepção da Constituição*

---

<sup>141</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 35.

<sup>142</sup> LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2ª edição. Revista e aumentada. 2003, p. 11 e ss.

*enquanto limite negativo ao Direito Penal*<sup>143</sup>. Alberto Silva Franco<sup>144</sup> aduz que constituem princípios de caráter penal implícitos, e, portanto, não formalizados na Constituição Federal: 1) o princípio do fato (direito penal do fato no modelo do Estado Democrático de Direito e não direito penal do autor); 2) princípio da exclusiva proteção a bens jurídicos (também denominado princípio da ofensividade ou da lesividade); 3) princípio da intervenção mínima, da subsidiariedade e da fragmentariedade; 4) princípio da efetividade, eficácia ou idoneidade; 5) Princípio da proporcionalidade.

Na proposta de Luiz Luisi constituem princípios constitucionais penais o princípio da legalidade dos delitos e das penas (artigo 5º, XXXIX, CF/88), o princípio da culpabilidade, o princípio da intervenção mínima, o princípio da humanidade e os princípios da pessoalidade e da individualização da pena.

E os princípios pertinentes ao direito penal – repita-se: não especificamente penais – assinalam o denominado “*Sozialstaat*” e traduzem recomendação – e não obrigação – ao legislador ordinário para elaborar normas penais incriminadoras destinadas à proteção de direitos transindividuais, tais como a tutela penal do meio ambiente (artigo 225, § 3º, CF/88), a tutela penal da igualdade racial (artigo 5º, XLII, CF/88), a tutela penal do consumidor (artigo 5º, inciso XXXII, CF/1988), a repressão ao tráfico ilícito de droga (artigo 5º, inciso XLIII, da CF/88), a repressão à criminalidade organizada (artigo 144, § 1º, inciso I, CF/88) o que corresponde à visão da *Constituição enquanto limite positivo ao Direito Penal*.

---

<sup>143</sup> PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003, p. 55 e ss.

<sup>144</sup> FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui (Coordenadores). *Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 8ª edição revista, atualizada e ampliada. 2007, p. 45/52.

## 8 O MODELO JURÍDICO CONSUETUDINÁRIO

Costume é a prática reiterada de conduta social com a convicção de sua obrigatoriedade. Para essa conceituação são essenciais a reiteração de comportamento e a consciência de sua obrigatoriedade. Na teoria geral do direito o costume constitui modalidade de integração do direito no caso de lacuna da lei, mercê do que dispõe o artigo 4º, do Decreto-Lei nº 657/1942, mais conhecido como Lei de Introdução ao Código Civil, a estipular que se a lei for omissa o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Malgrado, no caso do direito criminal é defesa a criação de normas jurídicas incriminadoras pelo costume, ou seja, o costume não é fonte autônoma de incriminação. E embora o costume não derogue a lei este pode ser invocado em direito penal como fonte de justificação material da ação delituosa como já reconhecido inclusive em algumas hipóteses de repercussão penal.

É o caso do costume de buzinaços e festas que seguem a comemoração da conquista de um título nacional ou estadual de campeonato de futebol que caracterizariam em tese a contravenção penal de perturbação do sossego alheio, descrita no artigo 42, incisos I e III, do Decreto-Lei nº 688/1941 (Lei das Contravenções Penais) como perturbar alguém o trabalho ou o sossego alheio, com gritaria ou algazarra e abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos. Todavia essa prática reiterada a legitima e descaracteriza a contravenção penal em tela.

Outro caso em que o costume é relevante se dá em desfiles de escolas de samba pelas ruas, em tempo de carnaval, em que muitas mulheres desfilam nuas e mesmo assim, devido ao costume já consagrado em nossa cultura, não se entende caracterizado o delito de

ultraje público ao pudor descrito no artigo 233 do Código Penal, que incrimina a conduta de “*praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público*” com pena de detenção de três meses a um ano e multa.

Na jurisprudência o caso da contravenção do “jogo do bicho” e o costume no direito penal são emblemáticos. Essa contravenção penal encontra-se tipificada no artigo 58, § 1º, do Decreto-Lei nº 259/44, que dispõe sobre o serviço de loterias e dá outras providências, nos seguintes termos:

Art. 58. Realizar o denominado “jogo do bicho”, em que um dos participantes, considerado comprador ou ponto, entrega certa quanti com a indicação de combinações de algarismos ou nome de animais, a que correspondem números, ao outro participante, considerado o vendedor ou banqueiro, que se obriga mediante qualquer sorteio ao pagamento de prêmios ou dinheiro. Penas: de seis (6) meses a um (1) ano de prisão simples e multa de dez mil cruzeiros (Cr\$ 10.000,00) a cinquenta mil cruzeiros (Cr\$ 50.000,00) ao vendedor ou banqueiro, e de quarenta (40) a trinta (30) dias de prisão celular ou multa de duzentos cruzeiros (Cr\$ 200,00) a quinhentos cruzeiros (Cr\$ 500,00) ao comprador ou ponto. § 1º. Incurrerão nas penas estabelecidas para vendedores ou banqueiros: a) os que servirem de intermediários na efetuação do jogo; b) os que transportarem, conduzirem, possuírem, tiverem sob sua guarda ou poder, fabricarem, darem, cederem, trocarem, guardarem em qualquer parte, listas com indicações do jogo ou material próprio para a contravenção, bem como de qualquer forma contribuir para a sua confecção, utilização, curso ou emprego, seja qual for a sua espécie ou quantidade; c) os que procederem à apuração de listas ou à organização de mapas relativos ao movimento do jogo; d) os que por qualquer modo promoverem ou facilitarem a realização do jogo. § 2º Consideram-se idôneos para a prova do ato contravencional quaisquer listas com indicações claras ou disfarçadas, uma vez que a perícia revele se destinarem à perpetração do jogo do bicho.

Com efeito, alguns julgados do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo estavam a considerar que a tipificação do “jogo do bicho” ocorreu através do Decreto-Lei nº 6.259/1944 – época da II Guerra Mundial – e nos tempos atuais desmereceria a repressão que se lhe impôs uma vez que o próprio Estado explora o jogo através do sistema de loterias, seja a esportiva, a sena, a loteca etc. Sob essa diretriz interpretativa aduziu-se que o combate ao jogo – fundamento da edição dessa norma jurídica penal – não mais subsistiria e,

por conseguinte, essa conduta, embora punível, deixou de sê-lo socialmente, reduzida à insignificância e desmerecendo, destarte, a tutela penal.

Nada obstante, o acórdão unânime proferido pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº 2.202/SP, de 19/3/1990, Relator Ministro Francisco de Assis Toledo, constituiu o *leading case* do entendimento de que o costume não revoga a lei penal, com a seguinte ementa, *in verbis*:

PENAL. CONTRAVENÇÃO DO “JOGO DO BICHO”. Acórdão absolutório fundado na perda da eficácia da norma contravencional (“a conduta embora punível deixa de sê-lo socialmente”). Decisão que nega vigência ao art. 58, § 1º, “b”, do Decreto-Lei nº 259/44. 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 autêntica como direito vigente), não identificável com a mera tolerância ou omissão de algumas autoridades. A circunstância de o próprio Estado explorar jogos de azar não altera esse entendimento porque, no caso em exame, o que se pune é uma certa modalidade de jogo: a clandestina, proibida e não fiscalizada. Conhecimento do recurso especial do Ministério Público e seu provimento para restabelecer-se a sentença condenatória de primeiro grau, decretando-se, porém, a extinção da punibilidade pela prescrição.

Ressalte-se que, com o advento da Lei nº 9.099/1995, a contravenção penal do “jogo do bicho” passou a ser considerada infração penal de menor potencial ofensivo de competência de julgamento dos Juizados Especiais Criminais, haja vista o disposto no artigo 61, do citado diploma legal, a considerar as contravenções penais e os crimes que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa, infrações penais de menor potencial ofensivo.

E nesse diapasão vale destacar a recente decisão monocrática do Ministro Carlos Ayres Britto do Supremo Tribunal Federal, de 22/6/2010, proferida nos autos do Recurso Extraordinário nº 608.425/MG, interposto sob o fundamento de decisão judicial de última instância, contrária a dispositivos da Constituição Federal de 1988 (artigo 102, inciso III, alínea “a”), contra acórdão da Turma Recursal dos Juizados Cíveis e Criminais da Comarca

de Conselheiro Lafaiete/MG, que manteve sentença condenatória do recorrente por infração ao artigo 58, do Decreto-Lei nº 259/1944, ao entendimento de que esse ilícito penal deixa notórias sequelas antissociais, já que em seus bastidores proliferam a corrupção, disputas entre quadrilhas, subornos e mortes.

Nesse recurso extraordinário o recorrente invocou a violação do disposto no artigo 195, inciso III, da Constituição Federal, que estabelece a possibilidade de que a Seguridade Social seja financiada concorrentemente através de contribuições sociais incidentes sobre a receita de concursos de prognósticos, querendo fazer crer que o “jogo do bicho” equiparar-se-ia a um concurso de prognóstico, desmerecendo, desse modo, a tutela penal por inconstitucionalidade material.

E na referida decisão monocrática o Ministro Carlos Ayres Brito, forte em precedentes do STF, negou seguimento ao citado recurso extraordinário sob o entendimento de que o artigo 195, inciso III, da Carta Magna, estabeleceu tão-somente a possibilidade de a seguridade social ser financiada por receitas de prognósticos, não se referindo à exploração de jogos de azar mediante pagamento, feita por particular, atividade essa não autorizada por lei.

Francisco de Assis Toledo<sup>145</sup> assevera que o costume não foi totalmente suprimido do direito penal, pois, além de ser aplicável como fonte de Direito Penal em benefício do cidadão tem ele grande relevância para elucidação do conteúdo de tipos penais. De fato em algumas hipóteses legais o costume constitui o conteúdo de normas incriminadoras, operando como elemento normativo do tipo casos em que a compreensão da norma penal incriminadora é condicionada ao costume geralmente observado tal como nos casos que a seguir serão analisados.

É o caso do repouso noturno que na dicção do artigo 155, § 1º, do Código Penal, constitui uma causa especial de aumento do furto. Mas o conceito de repouso noturno não se

---

<sup>145</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11/7/1984, e a Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Saraiva. 4ª edição. 1991, p. 25.

identifica com o de noite, mas sim com o tempo em que numa cidade ou local costuma-se repousar. A título de exemplo, numa cidade pequena com menos de cinquenta mil habitantes em que a atividade econômica principal é o agronegócio, como ocorre em muitos municípios, o conceito de repouso noturno não é o mesmo do hábito das grandes capitais. Outro exemplo do emprego do costume se dá no caso do artigo 209, do Código Penal, que tipifica o crime de impedimento ou perturbação de cerimônia funerária. Mas o conceito de cerimônia funerária é um conceito normativo que depende do costume.

O preceito primário do crime de casa de prostituição foi descrito na redação original do Código Penal como “manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente”. Nada obstante essa redação exsurgia na jurisprudência decisões no sentido de que o costume teria revogado tal delito, nos seguintes termos:

O delito do art. 229 do CP está revogado pelos costumes. E o bill de indenidade dos exploradores da prostituição, para quem não admite os costumes como fonte do Direito Penal, é o erro de proibição. Não pode ser punido quem regulariza seus negócios, pagando alvarás e impostos, submetendo suas “bailarinas” ao registro policial e inspeção mensal nos postos de saúde, e recebendo “camisinhas” gratuitas, da autoridade pública, para prevenção da ‘AIDS’ (TJ/RS – Ap. 70000296160 – Rel. Tupinambá Pinto de Azevedo – j. 18.10.2000 – RJTJRS – 205/149).

Casas de prostituição, também conhecidas pelos nomes de casas de tolerância, bordéis, prostíbulos e conventilhos, sempre existiram na história da civilização desde os tempos mais remotos e a sociedade sempre tolerou o funcionamento desses estabelecimentos. Daí a tese do costume revogador da lei penal. Nesse sentido, Paulo José da Costa Júnior<sup>146</sup> pondera que em virtude da proliferação do *trottoir* exercido por mulheres da vida e travestis escandalosos em vias públicas seria o caso de se regulamentar o funcionamento dos lupanares com o estabelecimento de uma política preventiva de saúde pública.

---

<sup>146</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Código penal comentado*. São Paulo: DPJ Editora. 9ª edição. 2007, p. 736.

Devido a esse paradoxo entre o tipo penal de casa de prostituição e o costume da tolerância ao funcionamento de bordéis em nosso país onde esses estabelecimentos se proliferam em praticamente todos os Municípios, o legislador pátrio editou a recente Lei nº 12.015/2009 alterando a redação do tipo penal de casa de prostituição do que resultou a seguinte prescrição *“manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente”*.

E com essa nova redação exige-se para a configuração do delito de casa de prostituição, a ocorrência da efetiva exploração sexual da pessoa, o que inexistia na redação original do estatuto repressivo. Doravante esse delito será caracterizado quando o agente mantiver pessoa em condição de explorada, sacrificada e obrigada a fazer o que não quer em situação análoga à de escravidão.

Outra situação jurídico-penal, em que o costume é fonte do direito penal, ocorre no caso de aplicação de disposições jurídico-penais da Lei nº 6.001/1973, que dispõe sobre o estatuto do índio, em cujo artigo 2º, inciso VI, prescreve a obrigação de respeitar os usos e costumes indígenas no processo de integração destes à comunhão nacional. Nessa mesma lei, o artigo 58, inciso I, tipifica a violação dos usos e costumes dos silvícolas, nos seguintes termos: *“constituem crimes contra os índios e a cultura indígena escarnecer de cerimônia, rito, uso, costume ou tradição culturais indígenas, vilipendiá-los ou perturbar, de qualquer modo, a sua prática”*, estabelecendo-se no preceito secundário dessa norma penal a pena de detenção de um a três meses.

Lembrando-se que de acordo com o artigo 3º, do citado diploma especial, considera-se índio ou silvícola todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico, cujas características culturais distinguem-no da sociedade nacional. E comunidade indígena ou grupo tribal consiste num

conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem, contudo estarem neles integrados.

E levando-se em conta esses aspectos da tutela legal da cultura indígena surgem situações pragmáticas de interesse jurídico-penal. A primeira delas ocorre na situação em que um silvícola comete um homicídio contra outro indígena dentro de uma reserva indígena e os familiares da vítima procedem ao imediato sepultamento do corpo do finado em ritual próprio. Ao tomar conhecimento desse ilícito penal da Fundação Nacional do Índio – *FUNAI* noticia a infração penal à polícia judiciária da União.

Ao aporatar à reserva indígena uma das providências preliminares para formação do corpo de delito do crime de homicídio consistiria na exumação do cadáver. Todavia, essa providência estaria a vilipendiar aspectos culturais de ritual fúnebre. Então, o que fazer diante dessa colisão de interesses? Qual a opção a ser trilhada? A resposta a essa pergunta dependerá da base jurídico-filosófica do respondente. Para os adeptos do culturalismo histórico-jurídico ou da jurisprudência dos valores a solução consistirá em preservar o sepultamento e buscar outras provas da materialidade do crime de homicídio como, por exemplo, provas testemunhais, perícias no local do homicídio e no instrumento utilizado na prática da infração penal, reconstituição do delito etc. Para os adeptos do positivismo jurídico ou da jurisprudência dos conceitos a opção será pela violação da sepultura e realização da exumação do cadáver.

No caso dessa colisão de interesses a opção do autor desta dissertação segue a primeira solução, ou seja, preservação da cultura indígena e não violação do sepultamento.

E considerando-se ainda que, a vingança privada e o talião são aspectos da cultura de algumas etnias indígenas, a providência imediata a ser adotada pela Fundação Nacional do

Índio consistirá na pronta remoção do autor do homicídio para outra localidade ou reserva indígena, como forma de prevenir a ocorrência de outro homicídio.

Bem por isso, verifica-se que o modelo jurídico consuetudinário tem cabimento no direito penal como fonte de colmatação de conteúdos de elementos normativos do tipo penal.

## 9 O MODELO JURÍDICO JURISPRUDENCIAL

O modelo jurídico jurisprudencial impõe-se face ao desleixo histórico do legislador penal que frequentemente despreza a gramática e a técnica legislativa. No âmbito da dogmática do direito constitucional, sobretudo no campo da jurisdição constitucional, tem sido crescente a adesão à tese da passagem do Estado Constitucional de Direito para o Estado Judicial de Direito. Nesse quadro é de se indagar quem é que tem a função mais relevante: o legislador que elabora as leis ou o intérprete que dá o sentido final às leis?

A importância do modelo jurídico jurisprudencial é destacada por *Karl Engisch*<sup>147</sup> no caso histórico ocorrido no século XIX, em 1896, em que o Tribunal do Reich viu-se impedido de condenar por furto um réu pela conduta de desvio não autorizado de energia elétrica através de uma derivação da corrente a partir do cabo condutor, prática essa que entre nós é conhecida como “gato”. Nesse caso o Tribunal considerou não poder equiparar a “energia elétrica” ao conceito de “coisa” para fins de caracterização do delito de subtração de coisas alheias móveis. Por isso o legislador alemão promulgou em 9 de abril de 1900 uma lei especial tipificando a conduta de desvio de energia elétrica para fins de configuração do delito de furto (§ 248 do atual Código Penal alemão).

Esse caso histórico do direito comparado alemão desvela a importância do modelo jurisprudencial que atuando na realidade palpitante dos acontecimentos da vida inspira até mesmo o legislador a promover mudanças na legislação sobre pontos anteriormente obscuros. E ao mesmo tempo o caso destaca a importância do princípio da legalidade penal prestigiado pelo modelo jurídico legal, pois antes da equiparação da energia elétrica à coisa ninguém podia ser punido por furto de energia elétrica por ser merecedor de pena segundo nossas

---

<sup>147</sup> ENGISCH, Karl. *Op. cit.*, p. 80.

convicções morais ou consoantes a sã consciência do povo ou por ser considerada a pessoa um canalha ou um patife.

Lembre-se que os juristas de Hitler resgataram esse caso histórico como arquétipo ou, nas palavras de Nelson Hungria<sup>148</sup>, “cavalo de batalha” para criticar o direito penal tradicional orientado pela tipicidade cerrada nos tipos penais incriminadores e para defender a tese da aplicabilidade da analogia nessas hipóteses buscando a legitimação ao desenfreado autoritarismo do novo direito penal alemão social-nacionalista.

Deixando de lado o irracionalismo do social-nacionalismo da Escola de Kiel, o fato certo é que o modelo jurídico jurisprudencial teve impulso extraordinário no ordenamento jurídico pátrio com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que introduziu a Súmula Vinculante no artigo 103-A da Constituição Federal de 1988, estabelecendo que o Supremo Tribunal Federal poderá editar súmula vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública, quando houver controvérsia constitucional, com o escopo de validar a interpretação e eficácia de determinada norma jurídica de modo a afastar a controvérsia interpretativa instalada.

A tradição jurídica brasileira sempre se pautou pelo prestígio da doutrina em trabalhos acadêmicos relegando-se a um segundo plano o papel da jurisprudência, forte na crença de que o sistema jurídico pátrio segue a família jurídica de origem continental (romano-germânica ou *civil law*). Por conta disso os precedentes judiciais teriam valor para os sistemas jurídicos das famílias jurídicas do *common law*.

Nada obstante, a partir da institucionalização da Súmula vinculante o papel da jurisprudência vem se destacando – sobretudo na jurisdição constitucional – no ordenamento jurídico brasileiro constituindo verdadeira fonte de direito apta a dar resposta adequada a um dado problema jurídico na discussão dos casos concretos.

---

<sup>148</sup> HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, p. 16.

O ideal iluminista de que a clareza das leis poderia dispensar a atividade criadora do aplicador da lei sucumbiu à realidade, pois na verdade é o intérprete que dá o sentido à norma jurídica. E por isso a regra jurídica é o resultado da própria interpretação. É possível atribuir ao texto legal significados diversos, consoante padrões axiológicos variáveis.

No campo do direito penal é possível citar o exemplo do sujeito agente que invade domicílio alheio está a praticar, em tese, o crime de violação de domicílio tipificado no artigo 150 do Código Penal. Todavia, se o agente assim agir com o objetivo manifesto de buscar abrigo para preservar sua vida de perigo iminente representado por ameaça de morte de terceiros caracterizar-se-á nessa hipótese a excludente de ilicitude de estado de necessidade.

E mais ainda. Em determinadas zonas rurais de municípios do interior do Estado de São Paulo há sítios com porteiras sem vigilância sendo costume que visitantes abram a porteira e ingressem no imóvel sem prévia autorização do proprietário e nem por isso caracteriza-se o delito de violação de domicílio como já decidido pela jurisprudência nos seguintes termos: “*a propriedade rural não está compreendida no conceito de domicílio, por mais amplo que se considere*” (TACRIM-SP-HC-Rel. Reis Freire-RT 516/357).

Portanto, não acompanhamos aqueles que recusam a natureza de fonte de direito à jurisprudência nas famílias jurídicas do *civil law*, como forma de sustentar e ressaltar o exclusivismo da lei. Ao contrário disso, seguimos a lição de René David<sup>149</sup> a considerar a jurisprudência como fonte de direito, diferenciando-a da lei que é fonte de regras de direito. Em síntese: a jurisprudência é fonte de direito e a lei é fonte de regras de direito. E isso não significa afastar o princípio da legalidade penal.

Não se nega, pois, a exclusividade da lei penal como única fonte imediata das normas penais incriminadoras. Em outras palavras, não é dada à jurisprudência a liberdade para a criação de figuras penais incriminadoras como postulado pela escola de direito livre.

---

<sup>149</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Editora Martins Fontes. 1998, p. 120

Nesse diapasão, vale a lição de Edmund Mezger no sentido de que somente a lei abre as portas da prisão.

A jurisprudência não cria regras de direito porque essa é uma tarefa reservada ao legislador e ao poder regulamentar do poder executivo. Assim tem-se que os precedentes judiciais são criam regras de direito, tanto assim que a jurisprudência é susceptível de ser modificada a todo o tempo.

Como exemplo de modificação da jurisprudência penal cita-se o caso de desvio, via *Internet*, de valores de correntista depositado em instituição financeira que por muito tempo foi tipificado como estelionato, mas desde os idos de 2007 passou a ser considerado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça como furto mediante fraude. Essa é a conclusão da 3ª Seção do STJ, relatora a Ministra Laurita Vaz no Conflito de Competência 67.343 (vide notícia do STJ de 16.4.2007).

É que segundo esse julgado o furto mediante fraude não pode ser confundido com o estelionato, pois no furto a fraude é utilizada para burlar a vigilância da vítima para lhe tirar a atenção. Por outro lado, no estelionato a fraude objetiva obter o consentimento da vítima, iludi-la para que entregue voluntariamente o bem. No caso concreto o agente valeu-se de fraude eletrônica via *Internet* para subtrair valores da conta-corrente de titularidade de correntista da CEF, definindo-se, portanto, a ocorrência de furto mediante fraude, sendo essa usada para burlar o sistema de vigilância e proteção do banco aos valores mantidos sob sua guarda. Nesse *modus operandi* o furto consuma-se no momento em que o bem é subtraído da vítima ao sair da esfera de sua disponibilidade e o desapossamento, embora efetivado por meio digital, ocorre no local da agência bancária de onde foi subtraído o numerário da conta-corrente bancária, onde é fixada a competência jurisdicional.

Na verdade subjaz a essa mudança jurisprudencial uma decisão de política jurisprudencial, haja vista os reflexos processuais penais no campo da competência

jurisdicional. É que, considerando-se o crime em tela como estelionato a competência jurisdicional dar-se-á no local do resultado traduzido pelo local de depósito bancário, ao passo que ao se considerar tal crime como furto mediante fraude, o local de consumação do delito será definido como o local da subtração e não o da obtenção da vantagem indevida.

Se a jurisprudência não fosse considerada fonte de direito como justificar tantos compêndios de jurisprudência na literatura jurídica brasileira. Basta uma visita nos sítios da *Internet* dos tribunais superiores para verificar que em todos eles reserva-se um vasto campo para pesquisas de jurisprudência, bem como publicações de periódicos de jurisprudência como o *informativo* do Supremo Tribunal Federal.

Vale pôr de resalto a ponderação de Sebastian Soler<sup>150</sup> no sentido de que apesar da opinião dominante na doutrina negar a jurisprudência como fonte de direito penal, não se pode deixar de observar que nos direitos penais revolucionários afirma-se o caráter criador da jurisprudência, concedendo-se a esta a força emanadora de normas e atribuindo-se ao juiz o poder de legislar.

E essa postura é secundada por Antonio José da Costa e Silva<sup>151</sup> ao destacar que “sobre a base de máximas e princípios de justiça, não concretizados em direito escrito, não é lícito aos juízes castigar um fato, por mais imoral, nocivo ou perigoso que ele seja”. Com Paulo José da Costa Júnior<sup>152</sup> conclui-se que a jurisprudência não pode e nem deve representar papel meramente inerte e amorfo, de aplicação automática e mecânica de lei, de atividade simplesmente subsuntiva. Representa a jurisprudência algo a mais, sendo possível criar novos princípios aptos a atuarem no ordenamento jurídico como força de propulsão junto ao Direito.

---

<sup>150</sup> SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Tomo I. Primera Reimpresion. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina. 1951, p. 138.

<sup>151</sup> COSTA E SILVA, Antonio José da. *Código Penal*. Volume I: publicação póstuma. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 1943, p. 17/18.

<sup>152</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O papel da jurisprudência*. Texto inserido na abertura do livro Código Penal e sua interpretação jurisprudencial sob a coordenação de Alberto Silva Franco e Rui Stoco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007.

Marcelo Fortes Barbosa<sup>153</sup> preconiza a existência de verdadeira política criminal jurisprudencial ao lado da política criminal legislativa e ainda esclarece que a partir da tese de doutoramento de Miguel Reale Júnior, com o título de *A Antijuridicidade Concreta*, exsurgiu no direito penal brasileiro uma tendência ao sistema de concreção do Direito que no aspecto jurisdicional manifesta-se pela via jurisprudencial.

De acordo com essa postulação as Súmulas dos Tribunais Superiores formam verdadeiro Direito de concreção com a denominação de Direito Sumular, tratando-se, à evidência, de manifestação de política criminal jurisprudencial. Verifica-se, por conta desse raciocínio que a jurisprudência da mais alta Corte de Justiça da República, o Supremo Tribunal Federal, oscila e modula-se de acordo com o aumento ou decréscimo da criminalidade urbana.

A título de exemplo cite-se que já houve época em que o STF admitia a continuidade delitiva entre o furto e o roubo, com diminuição da pena, o que hoje é repudiado face ao crescimento da criminalidade patrimonial. Há uma tendência contemporânea à interpretação restritiva nos crimes praticados mediante violência ou atentatórias à saúde pública como, por exemplo, o tráfico de drogas.

A velocidade das transformações sociais dificulta a aplicação da lei penal, pois o Direito Penal, ramo mais significativo do direito público, depende do princípio da legalidade torna-se obsoleto com maior rapidez que os outros ramos do Direito, o que demanda a reformulação da lei penal para que esta não perca a sua eficácia.

Fazendo uma analogia simbólica com o sistema parlamentarista clássico de governo tem-se que se a lei penal reina criando os tipos penais é a jurisprudência que governa ao dar o sentido e concretude a essas leis penais.

---

<sup>153</sup> BARBOSA, Marcelo Fortes. *Política Criminal*. Artigo publicado no livro *Política Criminal: Semana João Mendez Jr. de Direito Criminal*. São Paulo: Usina Editorial. 1993.

## **10 O NOVO PENSAMENTO SISTEMÁTICO NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO PENAL COMO RESERVA DE JUSTIÇA PENAL: SABER SISTEMÁTICO COMPLEMENTADO PELO PENSAMENTO TÓPICO-PROBLEMÁTICO**

O pensamento sistemático na ciência do direito penal pautado pelo princípio da legalidade tem sido a tônica da dogmática jurídico-penal desde Francesco Carrara e a Escola Clássica. De fato o penalista não deve abandonar a tipicidade cerrada da norma penal incriminadora por força de uma imposição de segurança jurídico-penal construída pelo princípio da legalidade penal. Contudo, na sociedade de risco da civilização pós-industrial em constante mutação, a norma jurídica penal incriminadora há de ser considerada em conexão com a realidade social que lhe dá conteúdo fático e sentido axiológico.

Miguel Reale Júnior<sup>154</sup> leciona que cabe ao penalista desenvolver o pensamento tópico-problemático que vivifica a realização da justiça, com a devida cautela pela preservação do princípio da reserva legal, entendida a tópica como a técnica de pensar problematicamente.

Como já frisado a ciência do direito penal não se confunde com o direito penal. Alguns operadores do direito insistem em analisar o direito penal exclusivamente pelo prisma da dogmática jurídico-penal. Todavia, a norma jurídica penal deve ser analisada em sua complexidade estrutural, englobando os seus diversos aspectos, tal como no seu aspecto formal com a característica de tipicidade cerrada e o seu aspecto de conteúdo com a visão dos elementos econômicos, sociológicos e políticos subjacentes à edição da norma, no seu aspecto da finalidade a realização dos valores e bens jurídicos contemplados e, finalmente, no seu aspecto de nomogênese a questão do poder político na criação do direito.

---

<sup>154</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1ª edição. 1983.

Deve haver uma conexão de sentido na análise da ação delituosa, de modo que esta não pode ser vista isoladamente, mas sim cotejada com a personalidade e contexto de vida do sujeito agente. Para ilustrar essa consideração tome-se o exemplo de um golpe em um teclado musical o qual pode significar – dependendo do contexto – um simples ruído acidental e isolado, ou pode ser um fragmento de uma frase ou melodia musical. Em outras palavras, nessa visão estrutural da ciência do direito penal, deve ser levado em conta o delito e o delinquente, tal como explanado por *Enrique R. Oftalion, Fernando Garcia Olano e Jose Vilanova*<sup>155</sup>.

A ciência do direito penal não é pura norma jurídico-penal, mas sim a síntese da tensão entre norma e realidade com que esta se defronta. O ingrediente valorativo integra estruturalmente a conduta jurídica. E esta pressupõe a complexidade da condição humana, visto que – nas palavras de Edgar Morin<sup>156</sup> – somos seres ao mesmo tempo físicos, biológicos, sociais, culturais, psíquicos e espirituais.

E essa complexidade é ínsita ao pensamento científico do direito penal que comporta certa incompletude e incerteza em sua sistematicidade que deve ser colmatada pelo pensamento tópico-problemático ou pela força normativa da realidade dos fatos em constante mutação.

Durante muito tempo o direito penal brasileiro foi pensado sob o prisma da Escola Técnico-Jurídica – cujo epígono no Brasil foi Nelson Hungria – com preocupação primordial com a sistematização e coerência na interpretação da lei penal. Esse pensamento foi influenciado pelos postulados da denominada *jurisprudência dos conceitos* do século XIX a conceber a ciência do direito como um sistema lógico no estilo de uma *pirâmide de conceitos* – seguindo a terminologia de Georg Friedrich Puchta, discípulo de Friedrich Carl von Savigny

---

<sup>155</sup> AFTALION, Enrique R., OLANO, Fernando Garcia e VILANOVA, Jose. *Introducción al derecho: nociones preliminares – teoría general – enciclopedia jurídica – historia de las ideas*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho Y Ciencias Sociales. 9ª edición. 1972, p. 29 e ss.

<sup>156</sup> MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil. 11ª edição. 2008, p. 176.

– em que a genealogia dos conceitos do sistema constrói-se segundo as regras da lógica formal<sup>157</sup>.

A funcionalidade e eficiência na aplicação da lei penal que não foi inicialmente objeto de indagação dos operadores do direito, voltados para a mentalidade tecnológica e não científica do direito passou a ser objeto de especulação jurídica do penalista.

A sistematicidade da dogmática jurídico-penal rendia homenagens ao discurso jurídico-penal do garantismo e da tutela dos direitos individuais. Com o recrudescimento da violência surgiram penalistas defendendo o funcionalismo – como Claus Roxin – e até mesmo o direito penal do inimigo – como Günther Jacobs.

Nesse diapasão convém esclarecer que o funcionalismo de Claus Roxin<sup>158</sup> sustenta a tese segundo a qual o direito penal e a política criminal se interpenetram, donde emerge uma fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. O citado jurista alemão, adepto da teoria da imputação objetiva, entende que somente pode haver crime quando a conduta do sujeito agente cria um risco proibido, que dá causa ao resultado, de modo que a imputação normativa é considerada elemento normativo implícito do fato típico.

A imputação objetiva compõe, destarte, a espinha dorsal do injusto jurídico-penal e consiste numa política criminal traduzida em conceitos jurídicos, de modo que o sistema jurídico-penal deixa de ser unicamente uma totalidade conceitualmente ordenada e abre-se para o desenvolvimento social pelo qual também se interessa a criminologia.

E sob a nova vertente do direito penal do inimigo, impulsionada pelos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos da América, exsurgiram a verdadeira legislação de exceção aos direitos fundamentais como o *Patriotic Act* nos EUA e a legislação antiterrorismo na Inglaterra.

---

<sup>157</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 5ª edição. 2009, p. 21/29.

<sup>158</sup> ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2ª edição. 2008.

No Brasil, o crescente foco de criminalidade organizada no sistema prisional levou à promulgação da Lei Federal nº 10.792/2003 que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado – RDD na fase de execução penal, com restrição aos direitos do preso sobre o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas. Essas restrições podem durar até 360 (trezentos e sessenta) dias, sem prejuízo da repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie até o limite de 1/6 da pena aplicada, período em que o preso deverá permanecer recolhido em cela individual com restrição de visitas.

Por conta disso urgia a necessidade de uma terceira via posto que o modelo do garantismo penal não se mostrou suficiente para enfrentar o desafio da criminalidade organizada deste novo milênio e as teses funcionalistas apresentam um viés autoritário perigoso para a conquista histórica dos direitos fundamentais no campo penal.

E essa terceira via pode ser o novo pensamento sistemático na interpretação do direito penal, a preservar o saber sistemático da dogmática jurídico-penal o qual deverá ser complementado pelo pensamento tópico-problemático. Trata-se, pois, de um modelo integrado de direito penal e criminologia associando, portanto, a dogmática e a zetética jurídica.

A preocupação da dogmática jurídica com a estrutura formal do crime cedeu espaço para reflexões acerca dos efeitos maléficos da privação da liberdade. E assim é que essa nova perspectiva ensejou, a título de exemplo, a criação do instituto da prisão-albergue por um ato administrativo, a dizer, o Provimento nº 25 de 1972 do Conselho Superior da Magistratura. A prisão-albergue não foi criada, destarte, por uma lei penal como seria de se supor sob a perspectiva do pensamento sistemático clássico, mas sim por um ato administrativo que foi consolidado pela jurisprudência orientada pelo pensamento tópico-problemático.

A realidade da superlotação das cadeias públicas e penitenciárias face ao crescimento dos índices de criminalidade é um dado tópico importante levado em conta pelo magistrado no momento de decidir na fase de sentença de um processo criminal o regime inicial de cumprimento da pena, tratando-se, pois, de mais um exemplo de aplicabilidade do pensamento tópico-problemático em complementação ao saber sistematizado na interpretação do direito penal.

Outro exemplo de pensamento tópico-problemático é a constatação da realidade do crime organizado no âmbito do sistema penitenciário paulista dominado pela organização criminosa, denominada *Primeiro Comando da Capital – PCC*, o que levou o Tribunal Superior Eleitoral<sup>159</sup> em data recente a condicionar a viabilidade do exercício do direito de voto do preso provisório e instalação de seções eleitorais especiais em estabelecimentos penais e em unidades de internação de adolescentes infratores onde houver condições de segurança segundo apontamentos dos Tribunais Regionais Eleitorais nos Estados e no Distrito Federal, embora a Constituição Federal de 1988 nos artigos 14 e ss. qualifique o direito de voto como direito fundamental.

Vale frisar que o pensamento tópico-problemático deita suas raízes na obra de Theodor Viehweg<sup>160</sup> que posiciona a tópica como uma técnica de pensar por problemas, desenvolvida a partir da retórica, sendo que a estrutura da ciência do direito não poderia ser captada com o pensamento sistemático-deutivo. Contudo, isoladamente, a tópica como pontos

---

<sup>159</sup> Instrução nº 296-67.2010.6.00.0000 – Resolução nº 23.219, de 2/3/2010, do Tribunal Superior Eleitoral, cujo artigo 7º dispõe: Os Tribunais Regionais Eleitorais firmarão convênios de cooperação técnica e parcerias com as Secretarias de Segurança Pública dos Estados e do Distrito Federal; com as Secretarias de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos; com as Secretarias de Defesa Social ou suas congêneres; com as Secretarias responsáveis pelo sistema prisional e pelo sistema sócioeducativo; com os Conselhos Penitenciários dos Estados e do Distrito Federal; com os Departamentos Penitenciários dos Estados e do Distrito Federal; com os Conselhos Estaduais e do Distrito Federal dos Direitos das Crianças e Adolescentes; com os Tribunais de Justiça – especialmente com os Juízos responsáveis pela Correição do estabelecimento penal, pela execução penal e pela medida sócioeducativa de internação –; com o Ministério Público Federal, Estadual e do Distrito Federal; com as Defensorias Públicas dos Estados, do Distrito Federal e da União; com a Ordem dos Advogados do Brasil, bem como com outras entidades que puderem auxiliar o desenvolvimento das condições indispensáveis de segurança e cidadania para o exercício do direito de voto das pessoas a que se refere esta resolução.

<sup>160</sup> VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2008.

de vista aceitáveis e de múltipla utilização é inconciliável com a doutrina das fontes do Direito.

Destarte, divisa-se com Claus-Wilhelm Canaris<sup>161</sup> o novo pensamento sistemático pelo qual ao discurso teórico relativo ao sistema acopla-se o desenvolvido pelo pensamento problemático. É dizer: o pensamento sistemático e a tópica completam-se e interpenetram-se mutuamente. Essa complementação cristaliza-se nos tipos penais abertos, compostos de elementos normativos ou subjetivos, que carecem de preenchimento com valorações nas quais a tópica atua para além de uma mera ferramenta auxiliar.

Exemplo disso tem-se no tipo penal do artigo 228 do Código Penal, com a rubrica de *favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual*, a envolver pelo menos dois elementos normativos de valoração cultural, a dizer, a prostituição e a exploração sexual, inexistindo quanto a esses elementos normativos qualquer definição absoluta. Nesse caso a tópica pronunciar-se-á para estabelecer, através da jurisprudência, a definição do que vem a ser a prostituição e a exploração sexual para fins de tutela penal da dignidade sexual das pessoas.

---

<sup>161</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1996.

## 11 CASOS PARADIGMÁTICOS

A lei penal e a práxis jurídico-penal constituem os dois conjuntos a que estão vinculados os penalistas. De um lado o penalista deve preocupar-se com a lei penal e com as interpretações que são conjugadas pelos tribunais (jurisprudência) e pela ciência do direito (Jurisprudência). E por outro lado o penalista deve focalizar o seu trabalho com os casos penais.

Winfried Hassemer<sup>162</sup> esclarece que a atividade prática do penalista pressupõe o conhecimento da lei e de sua interpretação. Contudo, há outra parte do labor do penalista que envolve o estudo dos casos e da rotina jurídico-penal informal. Por exemplo, tratamento correto com testemunhas, momento mais oportuno para postulação perante o juízo, apreciação crítica das provas, discussão e debate, relação do defensor com os clientes.

Diante disso, considerando a relevância da consideração dos casos para a formação jurídico-penal, destacam-se alguns casos paradigmáticos para ressaltar a relevância da jurisprudência como fonte do direito penal. Esses quatro casos versam, respectivamente, sobre: A) interrupção da gravidez por indicação médica; B) Interrupção da gravidez por anencefalia; C) Diagnóstico de morte encefálica e transplante de órgãos; D) Transexualismo.

Os três primeiros casos versam sobre a inviolabilidade do direito à vida tutelado pelo artigo 5º, *caput*, da CF/1988, preconizando-se que nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida. Não há consenso sobre o início da vida. Essa é uma polêmica não consensual no debate entre a filosofia, a ciência e a religião, de modo que essa polêmica estende-se ao mundo jurídico.

---

<sup>162</sup> HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2005, p. 44.

O momento inicial de proteção do direito à vida orienta-se por diversas teorias. O início da vida é um mistério, e, sob perspectiva simplesmente opinativa destacam-se as seguintes correntes de pensamento: 1) teoria da concepção: adotada pela igreja católica, preconiza a defesa da vida desde o momento da concepção; essa teoria considera abortamento a destruição de embriões congelados; o Pacto de São José da Costa Rica adotou esse critério no artigo 4º, inciso I ao determinar que “*toda pessoa tem o direito de que se respeite a sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção*”; 2) Teoria da nidacão a exigir a fixação do ovo (óvulo fecundado) no útero; os seguidores dessa corrente não consideram destruição do embrião fertilizado *in vitro* como um crime de abortamento, pois apesar de fertilizado não há mulher grávida; 3) teoria da implementação do sistema nervoso a demandar o surgimento de rudimentos do que constituirá o sistema nervoso central, sendo que este começa a se formar entre o 15º e 40º dia do desenvolvimento embrionário; essa teoria é sustentada pela cientista Mayana Zatz e permite a pesquisa com embriões congelados; 4) Teoria dos sinais eletroencefálicos pela qual a verificação da atividade cerebral seria imprescindível para o reconhecimento da vida humana, sendo que a atividade elétrica do cérebro inicia-se após oito semanas; 5) Teoria natalista do nascimento com vida, em que o nascimento exterioriza o ser para a vida.

O artigo 3º, *caput*, da Lei nº 9434/1997, conhecida como lei dos transplantes, delegou ao Conselho Federal de Medicina a definição do momento da morte jurídica. E a Resolução nº 1480/1997 do Conselho Federal de Medicina estabeleceu a morte encefálica como critério de morte jurídica para fins da Lei de Transplantes.

Nesse mosaico de concepções diferenciadas acerca do início da vida, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento não unânime da Ação Direta de Inconstitucionalidade – *ADIn* nº 3.510/DF, ajuizada pelo então Procurador Geral da República Cláudio Fonteles

seguiu a orientação no sentido de que assim como a morte hoje é encefálica, em termos legais, a vida também começa quando se forma o sistema nervoso.

Em tal julgamento o Supremo Tribunal Federal fez um paralelo entre o critério de morte encefálica para definição de morte jurídica, estabelecido pelo artigo 3º da Lei nº 9.434/1997 (Lei de Transplantes) e o artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), de modo que ao início de vida corresponde a formação do aparato neural. O embrião citado no artigo 5º da Lei de Biossegurança consiste, portanto, numa vida vegetativa que se antecipa à vida cerebral.

Considerando-se o caráter relativo da tutela constitucional à vida, tem-se a não incidência do direito à vida em algumas hipóteses reguladas pela lei ordinária, dentre as quais merecem citação: 1) interrupção autorizada da gestação, ou seja, abortamento terapêutico (quando não há outro meio para salvar a vida da gestante) e sentimental, humanitário ou piedoso (quando a gravidez resulta de estupro), hipóteses previstas no artigo 128 do Código Penal; 2) suicídio, pois a conduta de matar-se é atípica, havendo proteção à vida tipificando-se o comportamento de quem induz, instiga ou auxilia o suicídio de alguém (artigo 122 do Código Penal); 3) estado de necessidade e legítima defesa que são situações previstas no artigo 23 do Código Penal e que excluem a proteção plena à vida; 4) pena de morte, prevista excepcionalmente no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”, da CF/1988, no caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX, da carta magna; 5) pesquisa com embriões fertilizados *in vitro*, com células-tronco embrionárias, nos termos do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), que estabelece:

Artigo 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data do congelamento.

Sobre a temática do aborto registrem-se as palavras de Ronald Dworkin<sup>163</sup> no sentido de que o abortamento significa matar deliberadamente um embrião humano em formação o que se equipara a uma opção pela morte ou, em outras palavras, não incidência do direito à vida. Segundo o citado constitucionalista norte-americano, o Direito protege de modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano.

No ordenamento jurídico brasileiro o direito à vida é tutelado por diversas leis infraconstitucionais. O Código Civil, Lei nº 10.406/2002, estabelece no artigo 2º que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, todavia a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. A doutrina entende que nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno.

O artigo 9º, § 7º, da Lei nº 9.434/1997 que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento concretiza proteção jurídica ao feto ao dispor que “é vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou ao feto” (**grifo nosso**).

Igual proteção jurídica se encontra nas normas penais que criminalizam o abortamento, descritas nos artigos 123 a 127 do Código Penal. Feitas essas considerações preliminares, far-se-á referências a quatro casos paradigmáticos para reforçar a importância do papel da jurisprudência no direito penal.

*A) Caso 1 (extraído do direito comparado alemão):* decisão do Tribunal do Reich de 11 de março de 1927 sobre a questão da interrupção da gravidez por indicação médica para salvar a gestante que sofria de problemas psicológicos graves. Tratava-se do caso de uma médica que interrompeu a gravidez de certa mulher que havia manifestado tendências para o suicídio constatadas em parecer psiquiátrico. Na época não havia uma legislação especial

---

<sup>163</sup> DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 1.

sobre a interrupção da gravidez com o fim de salvar a vida ou a saúde das grávidas. Pelos preceitos jurídicos em vigor na época dos fatos, deveria ser imputado à médica a prática do crime de abortamento, uma vez que sua conduta não estaria acobertada pelo § 54 do Código Penal Alemão de 1871 que excluía a punição quando o ato fosse praticado em estado de necessidade inculposo e impossível de remover por outro modo a vida do sujeito agente ou de um seu familiar. É que nesse caso a médica que provocou o abortamento não estava ela mesma em situação de perigo, e, não era a grávida parente da médica. O estado de necessidade estatuído pela lei penal alemã na época dos fatos não acobertava a conduta da médica porque essa excludente de ilicitude apenas se aplicava ao terceiro que agisse em benefício de parente. Para afastar a responsabilidade criminal da médica o Tribunal do Reich reconheceu que a regulamentação do abortamento era lacunosa e essa lacuna foi preenchida pelo referido Tribunal pelo recurso ao princípio supralegal da ponderação e confronto de bens e deveres jurídicos. A sentença do Tribunal do Reich de 11 de março de 1927 reconheceu a insuficiência da legislação alemã no que tange ao estado de necessidade excludente da ilicitude e instituiu uma excludente supralegal de exclusão da ilicitude dando origem à *teoria diferenciadora do estado de necessidade excludente da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa*. A importância desse caso jurisprudencial foi destacada por Karl Engisch<sup>164</sup> em tópico em que este desenvolve a ideia do direito dos juristas e por conta disso pedimos vênua para citá-lo como uma das demonstrações de que o modelo jurisprudencial como reserva de justiça pode prevalecer no caso de normas penais não incriminadoras para colmatação judicial de lacunas. Na literatura nacional Miguel Reale Júnior<sup>165</sup> também destaca a importância histórica e jurídico-penal desse caso penal. É oportuno lembrar que o Código Penal Brasileiro de 1969 (Decreto-Lei nº 1.004/1969), revogado ainda no período da *vacatio*

---

<sup>164</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkan. 10ª edição. 2008, p. 275 e ss.

<sup>165</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *Dos estados de necessidade*. São Paulo: José Bushatsky Editor. 1971. E do mesmo autor: *Teoria do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2ª edição revista. 2000.

*legis*, acolheu a teoria diferenciadora do estado de necessidade, estabelecendo no artigo 25 o estado de necessidade como excludente da culpabilidade e no artigo 28 o estado de necessidade como excludente do crime. E a Parte Geral do atual Código Penal de 1940, com a nova redação dada pela Lei nº 7.209/1984 preconizou a teoria unificadora do estado de necessidade excludente da ilicitude, não reconhecendo o estado de necessidade exculpante. Por outro lado, o Código Penal Militar, Decreto-Lei nº 1.001/1969, contemplou o estado de necessidade, com excludente da culpabilidade, no artigo 39 e o estado de necessidade de necessidade como excludente do crime no artigo 43. Oxalá que um novo Código Penal seja promulgado no século XXI preconizando a volta à teoria diferenciadora do estado de necessidade.

**B) Caso 2 (interrupção da gravidez por anencefalia – controle concentrado de constitucionalidade):** a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – *CNTS*, representada pelo advogado e jurista Luís Roberto Barroso ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF em 17 de junho de 2004, com base no artigo 102, § 1º, da Carta da República e dispositivos da Lei nº 9.882/1999, aduzindo que diversos órgãos investidos do ofício judicante vêm extraíndo do Código Penal, e em detrimento de preceitos constitucionais, a interpretação de que é vedada a *antecipação terapêutica do parto nos casos de fetos anencéfalos*, sendo a anencefalia uma patologia que torna inviável a vida extrauterina. A parte autora invocou o descumprimento dos preceitos constitucionais consubstanciados no artigo 5º, inciso IV, da CF/1988 (dignidade da pessoa humana) e artigo 5º, inciso II, da CF/1988 (princípios da legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e artigo 6º, *caput*, e artigo 196, ambos da CF/1988 (direito à saúde). Além disso, o demandante apontou como ato do Poder Público causador de lesão o conjunto normativo ensejado pelos artigos 124, 126, *caput*, e 128, incisos I e II, todos do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940), dispositivos esses que regulam o abortamento e que sujeitam os membros

da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, médicos, enfermeiros, auxiliares de enfermagem e técnicos de enfermagem, à glosa penal, a responderem por ações penais públicas pela prática do delito de aborto. A autora aduziu que a antecipação terapêutica do parto não equivale ao abortamento, pois este envolve a vida extrauterina em potencial. A requerente citou literatura médica a esclarecer que a má formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o à morte intrauterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevida de, no máximo, algumas horas após o parto.

*As decisões monocráticas do Relator Ministro Marco Aurélio:*

1) Quando em férias coletivas o Tribunal, houve a impossibilidade de exame do litígio pelo Plenário, razão pela qual, diante do perigo de grave lesão, o relator prolatou decisão liminar determinando: **1.1.)** o sobrestamento de outros processos criminais e decisões não transitadas em julgado com mesmo objeto, até o crivo final do STF; **2)** o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto, submetendo, alfim, essa decisão monocrática ao referendo do Plenário. O fundamento dessa decisão foi a consideração de que no caso de anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%, concluindo-se que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos e quando se chega ao final da gestação a sobrevida é diminuta. Assim sendo a manutenção da gestação nessa hipótese representa impor à mulher e à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos pela medicina. A seguir, o colegiado do Plenário deliberou aguardar-se o julgamento final, mantendo vigente a decisão liminar. Em seguida o Procurador-Geral da República requereu a submissão do processo ao Plenário, em questão de ordem, para definir-se, preliminarmente, a adequação da ADPF. **1.2) Voto do Ministro Marco Aurélio em Plenário em questão de ordem:** reconhecendo o conflito entre os preceitos da Constituição Federal de 1988 e os preceitos do Código Penal sobre o abortamento a ela anterior, decidiu pela pertinência da ADPF e pelo aguardo da instrução do processo objeto da ADPF em tela, de modo a viabilizar a realização de audiências públicas dos amicus curiae admitidos (CNBB, Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família e Associação de Desenvolvimento da Família) para o pronunciamento ulterior acerca da matéria de fundo. **A seguir a apreciação da matéria da liminar concedida foi levada a julgamento pelo Tribunal que deliberou: 1)** por maioria,

**referendar a primeira parte da liminar concedida**, no que diz respeito ao sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, vencido o Sr. Ministro Cezar Peluso; **2) também por maioria, revogar a segunda parte da liminar concedida**, em que reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, vencidos os Sr. Ministros Relator, Carlos Britto, Celso de Mello Sepúlveda Pertence. O Tribunal entendeu, ainda, por maioria, a admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental no caso em tela. A seguir, o Tribunal deliberou pelo retorno dos autos ao relator para examinar se é caso ou não da aplicação do disposto do artigo 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, que faculta ao relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. E como já se disse o relator determinou a realização dessas audiências públicas, **encontrando-se o julgamento definitivo da ADPF em questão ainda pendente.**

**COMENTÁRIOS:** 1) no curso da fundamentação da liminar em tela constou uma alusão aos comentários de Nelson Hungria<sup>166</sup> à gravidez extrauterina querendo fazer crer que os argumentos aduzidos aplicar-se-iam ao caso de anencefalia, diagnóstico esse inalcançável pela tecnologia da medicina na época dos comentários. Pela autoridade doutrinária do comentarista – considerado o príncipe dos penalistas – vale reproduzi-lo:

No caso de gravidez extrauterina, que representa um estado patológico, a sua interrupção não pode constituir o crime de aborto. Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as consequências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher. O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto;

2) houve alusão à desinteligência de julgados acerca da temática da anencefalia, citando-se, como exemplo, o que ocorreu no emblemático caso do *Habeas Corpus* nº 84.025-6/RJ, sob a relatoria do Ministro do STF Joaquim Barbosa, assim sintetizada: 2.1.

---

<sup>166</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal. Volume V*. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1942, p. 260/261.

determinada gestante solicitou em primeira instância da Justiça Estadual do Rio de Janeiro/RJ autorização judicial para abreviar o parto em razão de anencefalia, todavia essa pretensão não foi acolhida; 2.2. houve recurso e em segunda instância, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a relatora, Desembargadora Giselda Leitão Teixeira, concedeu liminar, viabilizando a interrupção da gestação sob o seguinte argumento: “*a vida é um bem a ser preservado a qualquer custo, mas, quando a vida se torna inviável, não é justo condenar a mãe a meses de sofrimento, de angústia, de desespero*”; 2.3. o Presidente da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a que afeto o processo, Desembargador José Murta Ribeiro, afastou do cenário jurídico o pronunciamento da Relatora; 2.4. no julgamento de fundo o Colegiado da citada Corte Estadual de Justiça restabeleceu o entendimento da relatora pela autorização judicial; 2.5. foi impetrado *Habeas Corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça onde a Ministra Laurita Vaz concedeu a liminar pleiteada suspendendo a autorização judicial, óptica decisória essa que foi confirmada pelo Colegiado do STJ, ao fundamento de que a legislação penal e a própria Constituição Federal tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, prevalecendo o princípio da reserva legal. Além disso, considerou-se que o legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no artigo 128 do Código Penal, o caso de anencefalia, motivo pelo qual o máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que substitua o legislador; 2.6. alfim foi impetrado *Habeas Corpus* perante o STF, no entanto o julgamento foi prejudicado pela superveniência do parto sendo que o recém-nascido não sobreviveu mais que sete minutos; 3) esse caso está a demonstrar que acerca da mesma hipótese de anencefalia concorrem no cenário jurídico nacional desencontro de entendimentos e até mesmo desinteligência de julgados no mesmo processo. E essa constatação serve para ressaltar o caráter aberto do sistema jurídico-penal,

bem como a pertinência do modelo jurídico jurisprudencial como reserva de justiça penal; 4) e em arremate tomando as palavras emprestadas de Alberto Silva Franco<sup>167</sup>:

(...) Fetos anencefálicos sempre existiram. Há, no entanto, diferença marcante entre o passado e o presente. Antes, o anencéfalo era conhecido na interrupção espontânea da gravidez ou no ato do nascimento. Agora, meios tecnológicos permitem, em nível de absoluta certeza, denunciar a anencefalia em tempo precoce. A ultrasonografia detecta, até os fins do primeiro trimestre da gravidez, a ausência simétrica dos ossos da colta craniana, ou seja, a acrania, o que autoriza um diagnóstico específico e seguro de anencefalia. A antecipação diagnóstica coloca em discussão – o que seria sequer imaginável em época anterior – a questão da pertinência ou não, nessa hipótese, da interrupção da gravidez ou da indução do parto. Cuida-se, aqui, de mais uma situação clínica, entre outras decorrentes do desenvolvimento das ciências biomédicas, que provoca profundas transformações em várias áreas do conhecimento humano e exige, ao mesmo tempo, um olhar mais tolerante e aberto para que não se apliquem, a uma realidade científica cada vez mais mutante, posicionamentos jurídico-penais imobilistas.

Convém pôr de resalto que a hipótese de anencefalia como um caso de feto inviável não passou despercebida pela Comissão que projetou o *Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal*<sup>168</sup>, que no artigo 127, inciso III, estipulou que não constitui crime o aborto provocado por médico, se há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviável, acrescentando-se no § 1º do artigo 127 que nessa hipótese o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante ou, se menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou companheiro. Aguarda-se que o processo legislativo de formação das leis tome tal anteprojeto para renovar a legislação penal brasileira. E mais ainda. Recentemente o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.949/2010, publicada no DOU de 6/7/2010, revogando a Resolução CFM nº 1.752/2004, que tratava da autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante

---

<sup>167</sup> FRANCO, Alberto Silva. *Anencefalia, breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais*. Artigo publicado na RT 833/399. São Paulo: RT, 2005.

<sup>168</sup> O Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal contou com a participação do então Desembargador Dirceu de Mello Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e hoje Magnífico Reitor da PUC/SP, que integrou a Comissão Revisora do Anteprojeto.

autorização prévia dos pais, considerando que para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica.

**C) Caso 3 (diagnóstico de morte encefálica, transplante de órgãos e comércio de órgãos humanos):** a Lei nº 9.434/1997, promulgada em 4/2/1997, conhecida como lei dos transplantes, foi regulamentada através do Decreto Federal nº 2.268, de 30/6/1997 que dentre outras coisas criou no âmbito do Ministério da Saúde o Sistema Nacional de Transplantes – *SNT*, tendo como atribuição desenvolver o processo de captação e distribuição de tecidos e partes retiradas do corpo humano para finalidades terapêuticas e transplantes. E ainda foi editada a Portaria do Ministro de Estado da Saúde nº 3.407, de 5/8/1998, que aprova o Regulamento Técnico sobre as atividades de transplantes e dispõe sobre a Coordenação Nacional de Transplantes. Na verdade essa legislação infraconstitucional foi editada para regulamentar o § 4º, do artigo 199 da CF/1988 que estabelece que a lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização. O Brasil possui hoje um dos maiores programas públicos de transplantes de órgãos e tecidos do mundo dimensionado na forma federativa do Estado Nacional, em que à Administração direta federal, através do Sistema Nacional de Transplantes vinculado ao Ministério de Estado da Saúde compete a gestão e normatização da política nacional de transplantes. E às Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos – *CNCDOs*, vinculadas às Secretarias Estaduais de Saúde, constituem as unidades executivas das atividades do Sistema Nacional de Transplantes. Esse complexo legislativo objetiva, regulamentar e implementar o Sistema Nacional de Transplantes de modo a assegurar a maior amplitude possível do direito à vida dos potenciais receptores de órgãos e tecidos, bem assim definir critérios objetivos de morte

encefálica dos potenciais doadores de órgãos. Nesse particular cumpre destacar que a Resolução nº 1.480 de 8/8/1997 do Conselho Federal de Medicina – *CFM* estabeleceu, dentre outras disposições, que a morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias, sendo que os dados clínicos e complementares observados quando da caracterização da morte encefálica deverão ser registrados em formulário de “*termo de declaração de morte encefálica*”. E a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida, com parâmetros clínicos de morte encefálica, definidos como coma aperceptível com ausência motora supraespal e apneia. E os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca a ausência de atividade elétrica cerebral ou, ausência de atividade metabólica cerebral ou ausência de perfusão cerebral. Finalmente, constatada e documentada a morte encefálica, deverá o Diretor-Clínico da instituição hospitalar comunicar tal fato aos responsáveis legais do paciente e à Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos a que estiver vinculada a unidade hospitalar onde o paciente se encontrava internado. Salta aos olhos, pois, que o diagnóstico de morte encefálica consubstancia *conditio sine qua non* para a deflagração dos procedimentos de notificação aos familiares para fins de autorização de transplante e à *CNCDO* para mobilização das equipes de captação de órgãos do doador cadáver e implante de órgãos no potencial receptor de órgãos. E subjacente a esse cipoal legislativo sobre transplantes exsurge a possibilidade de ***diagnóstico precoce de morte encefálica*** com abertura à glosa penal para a definição dos elementos típicos do ***delito de homicídio doloso ou culposo***, bem assim para infrações penais tipificadas na lei de transplantes vinculados à venda ilícita de órgãos. E há ainda de se cogitar na espécie a seguinte indagação: o tratamento médico dispensado ao potencial doador de órgãos, no mais das vezes vitimado de acidente vascular cerebral – *AVC* ou traumatismo craniano, foi

destinado a salvação do paciente ou à manutenção da estabilidade homodinâmica para manutenção dos órgãos de modo a viabilizar ulteriores procedimentos de transplantes? A resposta a essa indagação dependerá do sopesamento e reconhecimento dos dados lançados no prontuário médico do paciente. E também subsiste a possibilidade de administração de medicamento no paciente de modo a alterar a pressão arterial – PA acarretando o menor nível possível a pressão arterial com o *animus necandi* de obtenção mendaz de ausência de perfusão sanguínea pelas carótidas, circunstância a ser registrada pela radiologia, dando um falso registro episódico de ausência de perfusão sanguínea e assim um exame complementar fraudulento e positivo para morte encefálica. Ministrando doses abusivas de anestésicos, analgésicos, sedativos e tranquilizantes, tal como o *Dormonid*, indutores do sono é possível obter um exame clínico fraudado, com parâmetros clínicos de morte encefálica, definidos como coma aperceptível com ausência motora supraespinal e apneia. E esse é um caso concreto de ação penal pública proposta contra quatro médicos por crime de homicídio qualificado que tramitou na Justiça Federal com declinação de competência para determinado Juízo de Direito Estadual com sentença de pronúncia para julgamento dos réus perante o Tribunal do Júri. E em conexão a esse crime de homicídio mascarado pelo diagnóstico antecipado de morte encefálica para fins de transplantes ilícitos, subjaz o “mercado” de órgãos humanos que representa uma das expressões do crime organizado através de conexões internacionais. No Brasil ocorreu rumoroso caso em que foi desarticulada uma quadrilha organizada para promover o tráfico de órgãos a partir de Recife/PE com destino ao exterior, principalmente África do Sul, com ramificações na Romênia, Rússia, Israel e Estados Unidos da América. Constam notícias da ocorrência até mesmo de “turismo transplantatório”. Esse breve estudo de caso revela que o modelo de direito penal clássico, fechado, pautado pela proteção de bens jurídicos individuais encontra-se superado pela sociedade de risco pós-

industrial a demandar proteção de bens jurídicos supraindividuais, tais como aqueles ligados às novas tecnologias dos transplantes no cenário do crime organizado transnacional.

**D) Caso 4 (transexualismo):** no ano de 1971, nas dependências do hospital Oswaldo Cruz, em São Paulo/SP, o cirurgião plástico Roberto Farina, a pretexto de mudar o sexo de Waldir Nogueira, indivíduo do sexo masculino, realizou nele uma cirurgia que consistiu na ablação de seus órgãos sexuais, ou seja, o falo, o escroto e os testículos, abrindo no períneo, mediante incisão, uma fenda imitando uma vulva postiça e artificial para onde transplantou a uretra. Houve prévio consentimento do paciente à cirurgia. Tal cirurgia foi realizada com base em diagnóstico de transexualismo, ou seja, o indivíduo possuía identificação psicosexual oposta aos seus órgãos genitais externos, com o desejo compulsivo de mudança dos mesmos. O paciente havia sido submetido a tratamento psicoterápico e psiquiátrico com resultados negativos. E apresentava pênis e testículos atrofiados e sexualmente inoperantes. Essa cirurgia permanecia em sigilo até que no final do ano de 1975 o paciente operado deduziu no juízo cível a pretensão de obter alteração de seu sexo em seu assento de nascimento. Essa pretensão foi acolhida em primeira instância, todavia rejeitada em segunda instância por acórdão unânime do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Durante o trâmite dessa ação cível no Tribunal o Procurador de Justiça oficiante nos autos pleiteou a instauração de inquérito policial para apuração de ofensa à lei penal. E foi assim que o cirurgião foi denunciado pela Justiça Pública pelo crime de lesão corporal gravíssima, tipificado no artigo 129, § 2º, inciso III, do Código Penal porque daquele ato cirúrgico teria resultado para o paciente a perda irreparável dos referidos órgãos e inutilização de suas respectivas funções. Essa imputação criminal levou o réu a ser condenado em primeira instância à pena de 2 (dois) anos de reclusão com *sursis*, sendo intentado recurso de apelação perante a então 5º Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo extinta após a Emenda Constitucional nº 45/2004 (Reforma do Poder Judiciário). Houve

manifestação da Procuradoria de Justiça pela condenação do réu com a imposição de pena de interdição de profissão de médico. O Tribunal absolveu o réu ao fundamento de inexistir procedimento doloso do acusado, pois não agiu dolosamente o médico que, através de uma cirurgia, procura curar o paciente ou reduzir o seu sofrimento físico ou mental. Considerou-se que a absolvição se impunha porque o acusado apenas seguiu a terapêutica indicada pelo consenso unânime de uma equipe de especialistas de vários setores relacionados com o caso. A cirurgia foi realizada em 1971, a denúncia penal foi recebida em 1976, a sentença penal condenatória foi prolatada pelo Juízo da 17ª Vara Criminal da Comarca da Capital em 1978 e o acórdão absolutório da 5ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal foi publicada em 6 de novembro de 1979, sustentando-se que

(...) as leis, regras, preceitos e demais aparelhos normativos têm a sua correspondente letra; mas têm, mui acima dela, o espírito que as ilumina e as faz úteis. Se assim não for, podem passar a ser até iníquas. É o momento de ver brilhar essa luz, de uma prudente mas atuante jurisprudência, que regule o bom exercício médico, mas não lhe tolha o avanço técnico, quando cientificamente válido (...).

A absolvição não foi unânime, havendo declaração de um voto vencido pela manutenção da condenação do réu, considerando que em momento algum o transexual poderá respirar o oxigênio da mulher ou as sensações da fêmea na extensão de seu órgão, pois a implantação do clitóris era impossível. Nesse voto vencido considerou-se que o acusado como médico estudioso e capaz sabia com antecipação o resultado da operação que se dispôs a realizar, com a transformação do apêndice humano, do falo, em um buraco, sem qualquer figura de sexo, ou melhor, em algo sem vida, tendo ciência de que iria tirar um órgão e substituí-lo por outro incapaz de produzir os mesmos efeitos de um normal.

**COMENTÁRIOS:** a ementa do acórdão absolutório com declaração de voto vencedor foi publicada na Revista dos Tribunais, ano 70, volume 545, em março de 1981. Emerge da leitura do relato desse caso que na década de 70 a cirurgia de redesignação de sexo foi considerada um crime de lesão corporal gravíssima. Após aproximadamente dez anos, no

início da década de 80, o fato foi considerado atípico por decisão do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. E na década de 90, precisamente em 1997, o CFM editou a Resolução nº 1.482/1997 autorizando, a título experimental, a realização de cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo, entendido este como desconforto com o sexo anatômico natural, desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto e permanência desse distúrbio de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos. Esse processo de mudança social de tolerância ao transexualismo que resultou na regulamentação da cirurgia de redesignação de sexo foi objeto de comentários de Antônio Chaves<sup>169</sup> que anotou visita da juíza francesa Sylvie Rodrigues ao Brasil em 1993, oportunidade em que comentara que no final do ano de 1992 a Corte de Cassação da França em decisão unânime havia aceito a possibilidade de mudança de sexo e nome de transexual. Essa decisão havia sido orientada pelo princípio de respeito à vida privada e à individualidade do transexual. Consta, também que esse *decisum* ocorreu após a Corte Europeia ter condenado a França em 25/3/1992 por ofensa ao artigo 8 da Convenção dos Direitos do Homem sobre o respeito à vida privada que assegura aos transexuais o direito de retificação do seu sexo, quando a Corte Europeia apreciou três pedidos de transexuais rejeitados pelo Tribunal francês. Registrou-se, também, que antes desse caso a Corte de Cassação havia aceitado, excepcionalmente em 1987, um caso de mudança de sexo em que uma vítima dos campos de concentração nazista havia sido submetida contra sua vontade a mudança de sexo. Atualmente a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.955/2010, de 3/9/2010, dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo, considerando ser o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do

---

<sup>169</sup> CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª edição revista e ampliada. 1994, p. 150 e ss.

fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio. Nesse ato administrativo o CFM considera que a cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários não constitui crime de mutilação previsto no artigo 129 do Código Penal brasileiro, haja vista que tem o propósito terapêutico específico de adequar a genitália ao sexo psíquico. Considerou-se, também, a viabilidade técnica para as cirurgias de neocolpovulvoplastia e/ou neofaloplastia e o suporte jurídico estabelecido pelo disposto no § 4º do artigo 199 da Constituição Federal, que trata da remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como o fato de que a transformação da genitália constitui a etapa mais importante no tratamento de pacientes com transexualismo. Levou-se em conta, também, o fato de não haver lei que defina a transformação terapêutica da genitália *in anima nobili* como crime para autorizar a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo, bem assim para autorizar, ainda a título experimental, a realização de cirurgia do tipo neofaloplastia. Considerou-se que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos seguintes critérios: 1) desconforto com o sexo anatômico natural; 2) desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; 3) permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo dois anos; 4) ausência de outros transtornos mentais. Por outro lado, é oportuno esclarecer que o Conselho Nacional de Saúde editou a Resolução CNS nº 196/1996, publicada no DOU de 16/10/1996, aprovando diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos fundamentando-se em documentos internacionais tais como: 1) Código de Nuremberg de 1947; 2) Declaração dos Direitos do Homem de 1948; 3) Declaração de Helsinque de 1964 e suas versões posteriores de 1975 e 1983 e 1989; 4) Acordo Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU de 1966, aprovado pelo

Congresso Nacional Brasileiro em 1992; 5) Propostas de Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos (CIOMS/OMS 1982 e 1993); 6) Diretrizes Internacionais para Revisão Ética de Estudos Epidemiológicos (CIOMS, 1991). Essa Resolução do Conselho Nacional de Saúde esclareceu expressamente que suas disposições incorporam, sob a ótica do indivíduo e das coletividades, os quatro referenciais básicos da bioética: autonomia, não maleficência, beneficência e justiça. Posto isto, exsurge deste caso prático, versando sobre transexualismo, que a imputação penal de lesão corporal gravíssima restou superada por disposições de direito internacional e pela evolução social assimilada pela jurisprudência que passou a não mais considerar como crime a cirurgia de redesignação de sexo. E esse caso está a demonstrar, mais uma vez, que o sistema penal é aberto e o modelo jurídico jurisprudencial reafirma-se como postulado de Justiça Penal.

## 12 CONCLUSÕES

A sociedade industrial tradicional e individualista, caracterizada pela modernidade simples, foi transformada pela denominada modernidade reflexiva na sociedade contemporânea marcadamente de massa voltada para o interesse coletivo. Essa nova atmosfera cultural refletiu no campo jurídico na busca de uma maior efetividade da tutela jurisdicional do Estado.

No campo do direito processual civil exsurgiu a Lei Federal nº 7.347/1985, conhecida como lei da ação civil pública para a tutela dos interesses difusos e essa tutela jurisdicional foi ampliada com a promulgação da Lei Federal nº 8.078/1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor com a disciplina dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, tutelando os direitos fundamentais de terceira geração.

No campo de direito privado essa modernidade reflexiva trouxe aportes importantes para nova regulação do direito civil que emergiu do novo Código Civil, Lei Federal nº 10.406/2002, orientado por novas proposições, tais como o princípio da socialidade que reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, o princípio da eticidade, que funda-se no valor da pessoa humana como fonte de todos os demais valores e o princípio da operabilidade, pelo qual o Direito deve ser interpretado de maneira a ser efetivo, evitando-se *bizantismos*<sup>170</sup>.

A sociedade de risco pós-industrial também afetou a seara do direito comercial, donde há que se destacar que a teoria dos atos de comércio foi substituída pela teoria da empresa desde 1942 por influência do direito italiano. E no direito brasileiro a teoria da empresa foi consolidada pelo artigo 966 do novo Código Civil que estipulou que pode ser

---

<sup>170</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais inovações no Código Civil de 2002*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 5.

considerado empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

E no âmbito do direito penal essa nova perspectiva do modernismo reflexivo não podia ser diferente. A realidade do crime organizado, dos crimes praticados através da *internet*, do terrorismo, dos crimes contra o meio ambiente e dos crimes contra o consumidor, trouxeram a necessidade da tutela penal de direitos supraindividuais.

A dogmática jurídico-penal tradicional, centrada na teoria geral do crime, mostrou-se incapaz de solucionar esses novos conflitos que avultam na sociedade de risco pós-industrial. E assim entreabre-se a crise da dogmática penal para lidar com esses novos conflitos sociais. Bem por isso surgiram as teorias funcionalistas a defender o primado da lei e da ordem no direito penal, gerando o fenômeno da inflação legislativa com a crescente criminalização de condutas e tipificação de delitos de perigo abstrato.

Essa tendência foi robustecida pela deterioração difusa do tecido social e pelo aumento da criminalidade de massa e teve o seu ponto culminante com a proposta do direito penal do inimigo, cujos postulados já haviam sido repugnados há mais de duzentos anos, às vésperas da Revolução Francesa de 1789 pelo médico, jornalista e revolucionário francês, Jean-Paul Marat em seu *Plano de Legislação Criminal*.

E essa segunda via da lei e da ordem no direito penal não merece acolhida por malferir o caráter subsidiário do direito penal que somente deve ser chamado a atuar quando ineficazes os demais ramos do direito para solucionar o conflito de interesses instalado, razão pela qual exsurge a proposta de uma terceira via que sem abandonar o método sistemático jurídico-penal, complementa-se com posturas tópicas para problematização e solução das novas questões jurídicas que surgem no mundo globalizado do século XXI.

A terceira via consiste na valorização da formação jurisprudencial do direito, com a pronúncia do *stare decisis* e com a força dos precedentes jurisprudenciais na aplicação do

direito, valendo ressaltar que essa nova tendência do direito penal robusteceu-se com a introdução da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional nº 45/2004, valorizando-se a cultura e os padrões anglo-saxônicos em detrimento da tradição jurídica romano-germânica apegada ao formalismo jurídico.

Esse formalismo jurídico associa o direito a um sistema fechado e racional de normas jurídicas divorciadas da realidade e se mostrou inapto a resolver os conflitos que surgem no mundo globalizado da biotecnologia. Nada obstante, a verdade é que o sistema jurídico penal é aberto e zetético, no sentido de comportar aberturas de suas normas jurídicas de dever / ser para a constante vivificação do direito, ou seja, para o ser e para o mundo da realidade fenomênica.

A ciência do direito penal, sua metodologia e o sistema jurídico propriamente dito deve associar o mundo jurídico da dogmática jurídica ao mundo fático da zetética jurídica. Merece acolhida a lição de Pontes de Miranda<sup>171</sup> no sentido de que se há de um lado o fato de legislar, que é editar a regra jurídica, há de outro lado o suporte fático do mundo das relações e dos pensamentos humanos, ou seja, há o fato de existir despregado do legislador. E a regra jurídica incide sobre o suporte fático.

A investigação científica comporta a regra jurídica, o suporte fático e a incidência jurídica. A regra jurídica não é criada para coincidir com a realidade, mas para incidir na realidade. Como já se disse, se a lei reina no mundo jurídico-penal é a jurisprudência que o governa. Daí a relevância do modelo jurídico jurisprudencial no campo penal.

Na doutrina pátria Ricardo Antunes Andreucci<sup>172</sup> registrou que o Direito Penal possui dupla necessidade. É dizer: o seu estudo demanda critérios dogmáticos cada vez mais precisos em homenagem aos imperativos da certeza e segurança jurídica, no entanto há a

---

<sup>171</sup> Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado: parte geral*. Tomo I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi. 3ª edição. 1970.

<sup>172</sup> ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Direito penal e criação judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1989.

necessidade de sua aproximação permanente à realidade cultural para que não se isole em construções formais divorciadas no mundo secundante. Disso resulta a pertinência da conjugação entre o pensamento sistemático e o tópico difundido por Judith Martins-Costa<sup>173</sup> como *novo pensamento sistemático*.

Afirma-se o modelo jurídico jurisprudencial no campo penal face à relatividade do princípio da reserva legal decorrente das lacunas e antinomias jurídicas. A ausência de parâmetros legais para as fixações de pena nas hipóteses de tentativa (artigo 14, inciso II, do CP), de concurso formal (artigo 70 do CP) e de crime continuado (artigo 71 do CP) constituem amostras de lacunas jurídicas preenchidas pela jurisprudência.

Amostra de antinomia jurídico-penal se dá pela contraposição entre o disposto no artigo 83, parágrafo único, do Código Penal e a disposição do artigo 112, § 2º, da Lei de Execução Penal, pois enquanto o primeiro dispositivo exige exame criminológico do sentenciado por crimes violentos ou com grave ameaça à pessoa como condição para obtenção do livramento condicional, a segunda regra jurídica estabelece que a simples apresentação de atestado de boa conduta carcerária é suficiente para auferir o livramento condicional. E essa contradição deverá ser dirimida pelo juiz casuisticamente. Daí a pronúncia do modelo jurídico jurisprudencial.

Outro exemplo de contradição jurídico-penal: caso de exame criminológico determinado no artigo 35 do Código Penal como obrigatório para o cumprimento de pena em regime semiaberto em contradição com o estipulado no parágrafo único, do artigo 8º da Lei de Execução Penal, a estipular o exame criminológico como facultativo e não obrigatório.

E nos tipos penais abertos pronuncia-se a relevância da jurisprudência no esclarecimento do sentido de termos de interpretação valorativo-cultural, tais como o estado

---

<sup>173</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1ª edição, 2ª tiragem. 2000, p. 366.

puerperal no tipo penal de infanticídio (artigo 123 do Código Penal) e a culpa penal prevista no artigo 18, inciso II, do Código Penal.

Esse modelo jurisprudencial é compatível com o modelo denominado garantístico de Luigi Ferrajoli em que o Juiz passa a ser o garantidor do sistema jurídico-penal em contraposição ao modelo positivista.

Nesse diapasão vale destacar as disposições normativas que regulam o processo legislativo de elaboração das leis penais, iniciando pelo disposto no parágrafo único do artigo 59, da Constituição Federal de 1988, que estabelece que Lei Complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. A referida norma constitucional de eficácia limitada dependia de regulamentação a qual sobreveio com a promulgação da Lei Complementar nº 95/1998.

O artigo 18 da Lei Complementar nº 95/1998 estabelece que eventual inexatidão formal da norma elaboradora mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para o seu descumprimento. Analisando tal disposição normativa à luz do princípio constitucional do devido processo legal, com Celso Limongi<sup>174</sup>, infere-se, *contrario sensu*, que eventual inexatidão material constitui escusa válida para seu descumprimento.

E o citado jurista conclui que se o princípio do devido processo legal material, positivado no artigo 5º, inciso LIV da CF/1988, já permitia pelo texto magno que o juiz deixasse de dar cumprimento à lei que se mostrasse desarrazoada para o caso concreto, tal permissivo viu-se robustecido pela edição da citada lei complementar que deixa implicitamente vinculada a aplicação da lei à sua exatidão material e não apenas formal.

E mais ainda. A citada Lei Complementar encontra-se regulamentada pelo Decreto Federal nº 4.176/2002, cujo artigo 11, sob a rubrica da *Lei Penal* estabelece que o projeto de lei penal manterá a harmonia da legislação em vigor sobre a matéria, mediante a

---

<sup>174</sup> LIMONGI, Celso. *Um bom exemplo de análise da lei penal, à luz do princípio constitucional do devido processo legal*. Artigo publicado no Boletim do IBCCRIM nº 101 de abril de 2001.

compatibilização das novas penas com aquelas já existentes, tendo em vista os bens jurídicos protegidos e a semelhança dos tipos penais descritos e a definição clara e objetiva de crimes, sendo que a formulação de normas penais em branco deverá ser evitada.

Dir-se-á, pois, que a dogmática penal deve buscar a melhor forma de interagir com os tradicionais valores do constitucionalismo anglo-saxão que já há algum tempo penetram no universo jurídico romano-germânico, do que resulta a pertinência do modelo jurídico jurisprudencial no direito penal como reserva de Justiça.

E ao se falar em Justiça recorre-se aos postulados construtivistas do pós-positivismo como espécie de terceira via entre as concepções jusnaturalistas e juspositivistas, por meio da revalorização da razão prática, na inserção dos princípios de justiça no interior da ordem jurídica, buscando superar a legalidade estrita sem o desprezo do direito posto.

Diante do exposto arremata-se com a correta observação Thomas Würtenberger<sup>175</sup> no sentido de que à conjugação do pensamento sistemático ao pensamento problemático vincula-se o penalista que deve endereçar seu máximo interesse aos valores da justiça, da certeza do direito e respeito aos direitos fundamentais.

---

<sup>175</sup> WÜRTEMBERGER, Thomas. *Op. cit.*, p. 18.

**BIBLIOGRAFIA**

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes. 2007. ISBN 978-85-336-2356-9.

AFTALION, Enrique R., OLANO, Fernando Garcia e VILANOVA, Jose. *Introducción al derecho: nociones preliminares – teoría general – enciclopedia jurídica – historia de las ideas*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho Y Ciencias Sociales. 9ª edición. 1972.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direito fundamentais*. São Paulo: Editora Malheiros. 2008. ISBN 978-85-7420-872-5.

ANDERSON, Perry. *Linhagens do Estado Absolutista*. São Paulo: Editora brasiliense. 2ª edição. 1989. ISBN 85-11-13049-7.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 3ª edição. 2005. ISBN 85-7147-481-8.

ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal: concepto del derecho penal y de la criminología, historia y legislación penal comparada*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A. 5ª edición. 1992.

ATALIBA, Geraldo. *Pena sem prisão*. São Paulo: Editora Saraiva. 2ª edição. 1956.

BARRETO, Tobias. *Estudos de direito: filosofia do direito, direito criminal, direito público, direito civil, processualística, vários escritos e programas*. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora. 1ª edição. 2000. ISBN 85-7468-064-8.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Editora Saraiva. 1ª edição. 2ª tiragem. 2009. ISBN 978-85-02-07279-4.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Volume I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1966.

\_\_\_\_\_. *O problema penal*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Editora LZN. 2003. ISBN 85-88387-63-8.

\_\_\_\_\_ e BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de direito e processo penal*. São Paulo: Editora Pillares. 2008. ISBN 978-85-89919-56-2.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Editora Forense. 3ª edição. 1967.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação objetiva e Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Editora Cultural Paulista. 2002.

\_\_\_\_\_. *Sistema de penas: dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Editora Cultural Paulista. 2002. ISBN 85-86776-19-X.

\_\_\_\_\_. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1982.

CAMARGO, Joaquim Augusto de. *Direito penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2ª edição. 2005. ISBN 85-203-2799-0.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad. 2002. ISBN 85-7549-002-8.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2ª edição. 1996. ISBN 972-31-0295-1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Edições Almedina. 7ª edição. 2003. ISBN 978-972-402106-5.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Editora Saraiva. 21ª edição. 2009. ISBN 978-85-02-07709-6.

COMPARADO, Fábio Konder. *O direito como parte da ética*. Artigo publicado no livro *O que é filosofia do direito?* / Alaôr Caffé Alves e outros. Barueri: Editora Manole. 2004. ISBN 85-204-2134-2.

COSTA E SILVA, Antonio José da. *Código Penal*. Volume I: publicação póstuma. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 1943.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2008. ISBN 85-336-0498-X.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999. ISBN 85-203-1798-7.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Editora Saraiva. 3ª edição, atualizada e aumentada. 1997. ISBN 85-02-01922-8.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkan. 10ª edição. 2008. ISBN 978-972-31-0192-8.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 3ª edição. 2010. ISBN 978-85203-3651-9.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Editora Atlas. 1986.

\_\_\_\_\_. *Direito, retórica e comunicação*. São Paulo: Editora Saraiva. 2ª edição. 1997. ISBN 85 02 02371 3.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Editora Atlas. 5ª edição. 2007. ISBN 978-85-224-4650-6.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Editora Saraiva. 4ª edição. 2007. ISBN 978-85-02-06080-7.

FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui (Coordenadores). *Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: 8ª edição revista, atualizada e ampliada. 2007. ISBN 978-85-203-3134-7.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. Volume I. Tomo I. São Paulo: Editora Max Limonad. 4ª edição.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 5ª edição. 2008. ISBN 978-972-31-0193-5.

GOMES COLOMER, Juan-Luiz. *El processo penal aleman. Introduccion y normas basicas*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A. 1ª edição. 1985. ISBN 84-7162-966-6.

GOMES, Luiz Flávio e CUNHA, Rogério Sanches (Coordenação). *Direito Penal: Introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2ª edição. 2009. ISBN 978-85-203-3410-2.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Editora Atlas. 2008, ISBN 978-85-224-5174-6.

GRANGER, Gilles-Gaston. *Pensamento formal e ciências do homem*. Volume I. Lisboa: Editorial Presença. São Paulo: Livraria Martins Fontes. 1967.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Editora Malheiros. 3ª edição. 2005. ISBN 85-7420-623-7.

GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin. 2005. ISBN 85-7674-027-3.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal libertário*. Belo Horizonte: Editora Del Rey Ltda. 2007. ISBN 85-7308-881-8.

\_\_\_\_\_. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 2005. ISBN 85-7525-258-5.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1949.

\_\_\_\_\_. *Novas questões jurídico-penais: coleção "teoria e prática do direito"*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito Ltda. 1945.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO. 2001. ISBN 85-7283-329-3.

KANT, Immanuel. *Manual dos cursos de lógica geral*. Tradução, apresentação e guia de leitura de Fausto Castilho. Campinas: Editora Unicamp. Coleção Multilíngue de Filosofia Unicamp. Série A. 2ª edição em alemão e em português. 2006. ISBN 85-268-0591-6.

KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do Direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbendian. 2002. ISBN 972-31-0952-2.

LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. São Paulo: Editora Martins Fontes. 1999. ISBN 85-336-1096-3.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 5ª edição. 2009. ISBN 978-972-31-0770-8.

LIMA VAZ, Henrique Claudio de. *Antropologia filosófica*. Volume I. São Paulo: Edições Loyola. 7ª edição. 2004. ISBN 85-15-00320-1.

LIMA, Oliveira. *História da civilização*. São Paulo: Edições Melhoramentos. 9ª edição. 1954.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Traduzido por José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores. 2003. ISBN 85-89251-10-1.

LOPES, Paulo Guilherme de Mendonça e RIOS Patrícia. *Justiça no Brasil: 200 anos de história*. São Paulo: Conjur Editorial. 2009. ISBN 978-85-60530-01-4.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. Vols. 1 e 2. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2008. ISBN 978-85-7827-029-2 e 978-85-7827-064-3.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2ª edição, revista e aumentada. 2003. ISBN 858827859-6.

LYRA, Roberto. *Iniciação ao estudo do direito criminal*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito. 1946.

\_\_\_\_\_. *Novo direito penal: Volume I*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi. 1972.

MAGGIORE, Giuseppe. *Principi di Diritto Penale: parte generale*. Volume I. Bologna: Nicola Zanichelli. 1932.

MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora. 1997.

MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Editora Quartier Latin. 2007. ISBN 85-7674-217-9.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 19ª edição. 2009. ISBN 978-85-309-1031-0.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: parte general*. Tradución de la 6ª edición, Alemana (1955). Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina. 1958.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil. 11ª edição. 2008. ISBN 978-85-286-0579-2.

MOTA, Carlos Guilherme e SALINAS, Natascha Schmitt Caccia (Coordenadores). *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro. (de 1930 aos dias atuais)*. São Paulo: Editora Saraiva. 2010. ISBN 978-85-02-08598-5.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2010. ISBN 978-85-7827-303-3.

\_\_\_\_\_. *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona: Editora Ariel Derecho. 11ª edición. 2003. ISBN 84-344-1504-6.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. Volume I: Introdução e parte geral. Atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Editora Rideel. 38ª edição revista e atualizada. 2009. ISBN 978-85-339-1144-4.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010. ISBN 978-85-203-3697-7.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. ISBN 85-203-2374-X.

PEREIRA, Aloysio Ferraz. *O direito como ciência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1980. ISBN 82-203-0048-0.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2ª edição. 2004. ISBN 85-203-1818-X.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: parte geral*. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Borsoi. 3ª edição. 1970.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes. 1999. ISBN 85-336-1023-8.

\_\_\_\_\_. *O espírito do direito inglês e a jurisprudência anglo-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. 2010. ISBN 978-85-375-0791-9.

\_\_\_\_\_ e GWINNER, Enrique. *Historia de la criminalidad: ensayo de una criminologia histórica*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial. 1955.

RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos: Noções gerais. Direito Positivo. Direito Objetivo. Teoria geral do Direito Subjetivo. Análise dos elementos que constituem os direitos subjetivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 6ª edição. 2004. ISBN 85-203-2596-3.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Dos estados de necessidade*. São Paulo: José Buschatsky Editor. 1971.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito penal: parte geral*. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2ª edição. 2004. ISBN 85-309-1680-8.

\_\_\_\_\_. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1ª edição. 1983.

\_\_\_\_\_. *Teoria do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2ª edição. 2000. ISBN 85-203-1818-5.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Editora Saraiva. 20ª edição. 2009. ISBN 978-85-02-04147-9.

\_\_\_\_\_. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Editora Saraiva. 1ª edição. 2002. ISBN 85-02-01481-1.

\_\_\_\_\_. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Editora Saraiva. 27ª edição. 2007. ISBN 850204126-6.

\_\_\_\_\_. *O direito como experiência*. São Paulo: Editora Saraiva. 1992. ISBN 85-02-00967-2.

\_\_\_\_\_. *Paradigmas da cultura contemporânea*. São Paulo: Editora Saraiva. 2ª edição. 2005. ISBN 85-02-04913-5.

ROBLES, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Barueri: Editora Manole. 2005. ISBN 85-204-2225-X.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2ª edição. 2008. ISBN 978857147-682-0.

\_\_\_\_\_; ARZT, Gunther e TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey Editora. 2007. ISBN 978-85-7308-913-4.

SILVA FERRÃO, Francisco Antonio Fernandes da. *Theoria do direito penal: applicada ao Código Penal Portuguez comparado com o Código do Brazil, leis pátrias, códigos e leis criminaes dos povos antigos e modernos offerecida a S.M.I. o Sr. D. Pedro II. Imperador do Brazil*. Lisboa: Tipografia Universal. 1856.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Colección Maestros del Derecho penal, nº 31. Buenos Aires: Editora B de F. Segunda edición ampliada y actualizada. 2010. ISBN 978-9974-676-39-8.

SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Tomo I. Primera reimpression. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina. 1951.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11/7/1984, e a Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Saraiva. 4ª edição. 1991. ISBN 85-02-00785-8.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2004. ISBN 85-203-2567-X.

VIEHWEB, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2008. ISBN 978-857525-438-7.

VIZENTINI, Paulo Fagundes. *Manual do candidato: história mundial e contemporânea (1776-1991)*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG). 2006. ISBN 85-7631-062-7.

WÜRTEMBERGER, Thomas. *La situazione spirituale della scienza penaloistica in Germania*. A cura di Mario Losano e Franco Giuffrida Répaci. Milano: Giuffré Editore. 1965.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Revan. 3ª edição. 2006. ISBN 85-7106-274-9.

\_\_\_\_\_ e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2ª edição. 1999. ISBN 85-203-1774-X.