

# As bases constitucionais do Direito Penal democrático

RENÉ ARIEL DOTI  
Advogado. Professor Titular de  
Direito Penal

## SUMARIO

- 1 — *Abertura*
- 2 — *Constituição e Direito Penal*
- 3 — *Constituição e Declarações de Direitos*
- 4 — *Constituição e Princípios Penais Básicos:*
  - A — *Intervenção mínima*
  - B — *Intervenção legalizada*
  - C — *Legalidade dos ilícitos e das sanções penais*
  - D — *Irretroatividade da lei mais grave. Retroatividade da lei mais benigna*
  - E — *Personalidade e individualização das sanções penais*
  - F — *A responsabilidade em função da culpa*
  - G — *A retribuição proporcionada*
  - H — *As reações penais como processo de diálogo*
  - I — *A humanidade das sanções*
- 5 — *A revisão do elenco das infrações*
- 6 — *Sistemas de garantia*

### 1 — *Abertura*

Toda e qualquer reflexão em torno das bases constitucionais de um direito penal democrático deve, fundamentalmente, recuperar a imagem e o ser do homem do cativo das opressões ideológicas e materiais.

As clássicas *declarações de direitos*, geradas no ventre das revoluções ou movimentos de independência, sempre consignavam em

---

Contribuição para a IV Conferência dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro -- Congresso Tancredo Neves (7/10 de agosto de 1985).

suas disposições frontais a crença na vida, na liberdade e na busca da felicidade como "direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem" (1).

A Constituição da Monarquia espanhola (1812) dispôs que a Nação estava obrigada a conservar e a proteger por "leis sábias e justas" a liberdade civil e outros direitos, declarando que a competência para a aplicação das leis nas causas cíveis e criminais era deferida exclusivamente aos tribunais. Os princípios e as regras atinentes ao juízo natural; a igualdade de foro para todas as classes de pessoas; a punição dos abusos de poder; a celeridade do processo; o controle jurisdicional da prisão e a proscricão da tortura constituíam generosas vertentes de reação às violências cometidas em nome do Estado e da Religião. Tal repertório se procurava harmonizar com o reconhecimento das liberdades públicas fundamentais como a liberdade de manifestação do pensamento das idéias políticas independentemente de censura e o direito de petição para o Rei ou para as Cortes, reclamando o cumprimento da Constituição.

Na Carta política posterior (1848) foram renovadas as generosas manifestações de amparo aos direitos humanos, declarando o art. 2º que ninguém poderia ser preso ou detido senão através da lei. E foi também naquele ano que a Espanha editou um Código Penal de feição liberal conservadora, inspirando-se nos modelos francês (1810), napolitano (1819) e brasileiro (1830). A pena de morte foi abolida para as infrações políticas.

O princípio da reserva legal e seus desdobramentos foram consagrados pela Constituição espanhola de 1876, proibindo-se todas as formas de prisão que não se conformassem às prescrições legais quanto à natureza do fato e à autoridade competente.

No século XX, o documento legislativo de maior relevo foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) que além de compendiar todo um patrimônio oriundo de leis fundamentais (México, 1917; Alemanha, 1919; Chile, 1925; Espanha, 1931; URSS, 1936; Foro dos espanhóis, 1945 e Itália, 1947) também se inseriu no espírito de outros textos de garantia como a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949), a Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), a Constituição da China (1954), a Constituição francesa (1958), a Carta Social Européia (1961), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e a Convenção Americana Relativa aos Direitos do Homem (1969).

(1) *Introduções à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América* (4-7-1776) e à *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (26-8-1789).

As *declarações de direitos* constituem o ponto de partida e a síntese das aspirações de segurança e felicidade da pessoa humana. São, também, o roteiro necessário para conduzir o jurista na elaboração dos novos textos de garantia e o instrumento para servir ao advogado em sua obra de sustentá-los.

O Direito Penal é a ciência destinada a proteger os valores e os bens fundamentais do homem. A sua tutela envolve também a comunidade e o Estado como expressões coletivas da pessoa humana, em torno de quem gravitam os interesses de complexa e envolvente ordem. Desde o direito à vida até o direito à sepultura, começo e fim da aventura da existência, movimenta-se um amplo repertório de bens e de interesses que têm no ser individual os pontos de partida e de chegada. Em todos os trechos do funcionamento do sistema, o homem deve ser a medida primeira e última das coisas, razão pela qual se proclama que, na categoria dos direitos humanos, o Direito Penal é o mais relevante, o de maior transcendência.

O desenvolvimento da teoria e da prática em torno da proteção dos direitos humanos conduziu a elaboração positiva ao resguardo da pessoa humana em si mesma, independentemente da categoria que se lhe atribua nos domínios do direito público ou do direito privado (2).

O regime jurídico de proteção dos direitos humanos, sociais, políticos, econômicos e culturais vertidos para os quadros do Direito Penal deve assentar em bases materialmente capazes de sustentá-lo. Fora de tal hipótese, as formulações abstratas perdem substância, transformando-se em meras *proclamações otimistas* divorciadas da realidade.

A categoria dos direitos econômicos sociais e culturais desponta como desdobramento e amparo dos direitos fundamentais ao homem. Através das novas dimensões dos direitos, das liberdades e das garantias constitucionais e da evolução dos direitos sociais, desenvolvem-se a doutrina e a *práxis* da autonomia e ao mesmo tempo da interação do ser humano quanto aos projetos da existência. No entendimento de GARCIA RAMIREZ, o progresso da doutrina das liberdades individuais traz consigo dupla consequência: o surgimento da defesa social da pessoa e a limitação, em nome do interesse social, de certos direitos fundamentais anteriormente proclamados. Assim, denomina-se *social* o regime jurídico que *reacciona contra el excesivo individualismo y para el que viene en cuenta una nueva concepción, más realista y eficaz, del ser humano. Se busca, así, la adecuación del Derecho a la realidad concreta del hombre — a su realidad social, a su realidad de perfecciona-*

(2) V. P. DOUCET. *La Protection Pénale de la Personne Humaine*. Liège, 1979, p. 29.

miento en la vida comunitaria — y no a una idealidad abstracta traducida en la igualdad civil, la máxima autonomía de la voluntad, el principio de libre contratación y el abstencionismo estatal (5).

Florescem em nosso País as investigações tendentes à busca das causas e das condições da criminalidade que, mercê de liberdades fundamentais (liberdades de expressão do pensamento, da imprensa, do Parlamento, da cátedra, das tribunas populares, das ruas e dos domicílios), oferecem vasto material para diagnóstico e tratamento. Os trabalhos se desenrolam em nível de Governo, do Parlamento, Universidade, associações de classe e também da doutrina dos criminólogos, penalistas e outros que trabalham com as ciências da conduta.

Com este movimento a comunidade é sensibilizada e passa a ansiar por um Direito Criminal “fundado nas sólidas bases de justiça e equidade”, assim como queria a nossa primeira Constituição. E, realmente, acreditar na construção de um sistema jurídico-penal que desponte no panorama das instituições culturais de nossa Civilização.

Mas para esta obra é preciso ter em primeira linha de consideração a perspectiva fundante dos direitos humanos, muito bem posta por JOHANNES HESSEN:

“Não é o indivíduo, mas o gênero *homem*, pura e simplesmente, que aqui entra em causa. Os valores acham-se referidos ao sujeito humano, isto é, aquilo que há de comum em todos os homens. Referem-se àquela mais profunda camada do ser que se acha presente em todos os indivíduos e que constitui o fundamento objetivo do seu serem *homens*” (4).

A positivação do Direito Penal, portanto, deve ter, como vertente fundamental, a *condição humana* e, como centro de operações, a sociedade civil que se organiza para dar cumprimento a funções que nos períodos de autoritarismo lhe eram estranhas. Como acentua CAPELLA, “o novo tipo de direito não pode apoiar-se simplesmente na *sociedade*. Exige uma sociedade civil organizada, articulada em torno dos centros da própria relação social e, sobretudo, produtiva: organização de fábrica, da empresa, da comunidade camponesa, dos trabalhadores científicos, dos centros de estudo, do bairro, da juventude” (5).

(5) SERGIO GARCIA RAMIREZ. *Los Derechos Humanos y el Derecho Penal*. México, 1976, pp. 51, 52.

(4) *Filosofia dos valores*. Trad. de CABRAL DE MONCADA. Coimbra, 1967, p. 49.

(5) JUAN-RAMÓN CAPELLA. *Sobre a Extinção do Direito e a Supressão dos Juristas*. Trad. de MARIA LUIZA GUERREIRO. Coimbra, 1977, p. 99.

## 2 — Constituição e Direito Penal

Na apropriada síntese de NUVOLONE, as normas e princípios constitucionais são o parâmetro da legitimidade das leis penais ordinárias e delimitam o âmbito de sua aplicação (6).

A nossa Constituição introduz alguns limites penais e processuais relativos à segurança individual: proibição da pena de morte (ressalvada a legislação para o tempo de guerra); da prisão perpétua; do banimento; de prisão e detenção arbitrárias; o controle jurisdicional imediato para a tutela da liberdade admitida a prisão nas hipóteses explícitas; princípios da personalidade e individualização da pena; do respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário; a amplitude da defesa com os recursos a ela inerentes, vedados o foro privilegiado e os tribunais de exceção; a contraditoriedade da instrução e a legalidade quanto aos delitos e às penas; a proibição da prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo as hipóteses do depositário infiel e do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar; o impedimento da extradição de nacionais e a do estrangeiro por crime político e de opinião (art. 153, §§ 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 e 19).

Para assegurar efetivamente tais liberdades, direitos e garantias, a Constituição instituiu os mecanismos do *habeas corpus*, do mandado de segurança e do direito de petição (art. 153, §§ 20, 21 e 30). E como fórmula aberta do sistema, a Lei Fundamental estabelece que “a especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que adota” (art. 153, § 36).

Conforme SOUZA e BRITO, o Direito Penal “funda-se na Constituição, no sentido de que as normas que o constituem, ou são elas próprias normas formalmente constitucionais, ou são autorizadas ou delegadas por outras normas constitucionais. A Constituição não contém normas penais completas, isto é, normas que para ações ou omissões nelas previstas estatuem penas, medidas de segurança ou outras entidades jurídico-penais. Mas contém disposições de direito penal, que determinam em parte o conteúdo das normas penais” (7).

Por outro lado, o sistema de Direito Penal deve se harmonizar com as liberdades, os direitos e as garantias estabelecidas pela lei maior. A inviolabilidade, por exemplo, dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade (CF, art. 153) deve

(6) PIETRO NUVOLONE. *Il Sistema del Diritto Penale*. Pádua, 1975, p. 37.

(7) JOSÉ DE SOUZA E BRITO. “A lei penal na Constituição”, trabalho publicado em *Estudos sobre a Constituição*, Lisboa, 1978, 2.ª v., p. 197.

ser resguardada pelas normas penais. As opções axiológicas constitucionais devem ser respeitadas pelos textos penais e orientar a sua interpretação. São elas que, no dizer de Souza e Barro, "definem os valores fundamentais da vida em sociedade que o direito penal visa proteger" (8).

### 3 — *Constituição e declarações de direitos*

O relevo jurídico e social de determinados princípios garantidores de liberdades públicas, direitos e garantias individuais justifica a sua consagração em nível internacional, assim como ocorre com as *declarações de direitos*. A necessidade em se compatibilizar a letra e o espírito das leis fundamentais internas às declarações internacionais constitui exigência de uma ordem jurídica universal.

A Constituição de Portugal (1976) dispõe que "os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem" (art. 16, 2). Por *direitos fundamentais* se compreendem os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material. Daí a classificação em *direitos fundamentais em sentido formal* e *direitos fundamentais em sentido material* (9).

A Carta política espanhola também prescreve que as normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades reconhecidas constitucionalmente serão interpretadas em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os Tratados e Acordos Internacionais sobre as mesmas matérias, ratificados pela Espanha (art. 10, 2).

### 4 — *Constituição e princípios penais básicos*

A dignidade científica das normas penais e sua harmonia com a Constituição reclamam a adoção de princípios básicos. Alguns deles devem ser claramente enunciados na Lei Fundamental visando não somente informar materialmente a positivação do Direito Penal como também orientar a sua compreensão.

#### A — *Intervenção mínima*

A Constituição Imperial brasileira (1824) declarava a necessidade de se organizar "quanto antes" um código criminal "fundado nas sólidas bases de justiça e equidade" (art. 179, 18).

(8) Ob. cit., p. 198.

(9) JORGE MIRANDA. *A Constituição de 1976*. Lisboa, 1978, p. 303.

O Brasil conheceu, desde o tempo da descoberta até que se completasse o período de dominação portuguesa, os regimes fantásticos de terror punitivo, quando sobre o corpo do acusado ou condenado se lançavam as expressões mais cruentas da violência dos homens e da ira dos deuses. As *Ordenações Filipinas* (1603) marcaram durante dois séculos a *face negra* do Direito Penal. Hereges, apóstatas, feiticeiros, blasfemos, “benzedores de cães e outros bichos sem autorização do Rei” e tantos outros tipos pitorescos de autores eram submetidos às mais variadas formas de suplícios, com a aplicação de penas cruéis e infamantes. Narram os cronistas que o catálogo de infrações era tão vasto que um rei africano estranhou, ao lhe serem lidas as *Ordenações*, que nela não se cominasse pena para quem andasse descalço<sup>(10)</sup>.

O *princípio da intervenção* mínima visa restringir a incidência das normas incriminadoras aos casos de ofensa aos bens jurídicos fundamentais, reservando-se para os demais ramos do ordenamento jurídico a vasta gama de ilicitudes de menor expressão em termos de dano ou de perigo de dano. A aplicação do princípio resguarda o prestígio da ciência penal e do magistério punitivo contra os males da exaustão e da insegurança a que conduz a chamada *inflação legislativa*.

Como recorda SOUZA e BRITO, uma vez que a pena se traduz por restrições ou sacrifícios importantes dos direitos fundamentais do delinqüente, cujo respeito é uma finalidade essencial do Estado, é indispensável que tal sacrifício seja necessário à paz e à conservação sociais, ou seja, à própria defesa dos direitos e liberdades e garantias em geral que são a base do Estado.

“É este o princípio da necessidade ou da máxima restrição da pena e das medidas de segurança (art. 18, n.ºs 2 e 3), que está ligado ao princípio da legalidade (art. 29), e ao princípio da jurisdicionalidade da aplicação do direito penal, como garantia da máxima objetividade e do mínimo abuso”<sup>(11)</sup>.

#### B — *Intervenção legalizada*

Através deste princípio se pretende evitar o exercício arbitrário e ilimitado do poder punitivo. Constitui ele um antecedente lógico do primado da reserva legal na descrição dos fatos puníveis e na cominação das sanções.

Na observação de MUÑOZ CONDE, o princípio da *intervenção legalizada* — que nasce com o Estado de Direito — supõe, ao mesmo

(10) Cf. FREDERICO MARQUES. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo, 1964, v. I, pp. 85, 86.

(11) *Ob. cit.*, p. 200.

tempo, um freio para a política demasiadamente pragmática que, "decidida a acabar a toda costa con la criminalidad y movida por razones defensistas o resocializadoras demasiado radicales, sacrifique las garantías mínimas de los ciudadanos, imponiéndoles sanciones no previstas ni reguladas en ley alguna" (12).

### C — *Legalidade dos ilícitos e das sanções penais*

A Constituição deverá tratar com maior rigor do princípio da legalidade, ou da reserva legal, também chamado de princípio de anterioridade da lei penal quanto aos ilícitos penais (crimes e contravenções) e às reações penais (penas e medidas de segurança).

Conforme SANTIAGO MIR PUIG, um direito penal democrático deve desenvolver-se com "estricta sujeción a los límites propios del principio de legalidad, tanto en su vertiente formal — solo pueden establecer delitos y penas disposiciones dotadas de rango de ley anteriores al hecho enjuiciado —, como en su realización material — "exigencia de determinación" de las proposiciones jurídico-penales" (13).

Não é possível aludir-se ao princípio da legalidade sem considerá-lo também sob uma perspectiva formal e outra material. Somente a lei (e não o decreto-lei ou o decreto) pode definir os ilícitos penais e as sanções respectivas, considerando-se a lei como o reflexo formal da vontade e da soberania popular. Em nenhuma hipótese a positivação do Direito Penal pode ficar a cargo de outros poderes do Estado que não o Legislativo.

No entanto, a garantia formal não é suficiente para a elaboração de um Direito Penal democrático. É imprescindível que na descrição dos tipos legais de ilicitude haja um rigoroso controle a respeito daqueles mecanismos que a doutrina acertadamente denomina de "técnicas de elusión del principio de legalidad" (14).

A propósito, tal situação foi assim exposta por COBO DEL ROSAL:

"El exorbitado Derecho Penal preventivo, las ideas totalitarias imperativistas, la llamada defensa social tan acertadamente criticada en relación con nuestro tema por RODRÍGUEZ MOURULLO —, los elementos valorativos del tipo, las cláusulas generales, los tipos penales abiertos (flexibles), las leyes penales indeterminadas o en blanco, la incriminación de puros talentos subjetivos, el uso y el abuso de elementos subjetivos del tipo, la valoración mo-

(12) *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, 1975, p. 80.

(13) "Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho", trabalho publicado em *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, Colombia, 1982, p. 78.

(14) RODRÍGUEZ MOURULLO. *Derecho Penal*. Madrid, 1977, v. I, pp. 61 e s.

ralista de las pruebas y un largo etc., son los enemigos naturales, por supuesto desde la propia legalidad — y de ahí su grave crisis — del principio de legalidad, mediante la utilización de refinada técnica jurídica por el Estado moderno en su deseo de exigir cada vez más poder, en detrimento de las garantías jurídicas formales y sustanciales de los derechos individuales de la persona” (15).

A fórmula adotada pela Constituição vigente a respeito do princípio da legalidade, é muito insuficiente (art. 153, § 16). Além de embutir a matéria em preceito destinado a garantir a contrariedade da instrução criminal, a nossa lei maior é omissa quanto à formulação que deve declarar não somente a necessidade do princípio (enunciado formal) como também o seu conteúdo e a sua extensão (enunciado material).

O mesmo problema quanto à debilidade da fórmula constitucional estabelecendo o princípio da reserva legal é constatado na Espanha (16) em face da redação do art. 25.1:

“Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones y omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.”

O princípio (*rectius*: o dogma) de legalidade para ser realmente eficaz deve ser conexionado com o princípio da taxatividade. A doutrina esclarece que, enquanto o primado da anterioridade se vincula às fontes do Direito Penal, o princípio da taxatividade deve presidir a formulação técnica da lei penal. Indica o dever imposto ao legislador de proceder, quando elabora a norma, de maneira precisa na determinação dos tipos legais de ilicitude, a fim de se saber, de modo taxativo, o que é penalmente lícito ou proibido (17). Esta é uma tendência muito viva no panorama das reformas em outros países a exemplo do projeto de Código Penal espanhol e do Código Penal português. Dispõe este último diploma que “só pode ser punido criminalmente o fato descrito e declarado passível de pena por lei anterior ao momento de sua prática. A medida de segurança só pode ser aplicada a estado de perigosidade desde que os respectivos pressupostos estejam fixados em lei anterior ao seu preenchimento. Não é permitida a analogia para qualificar o fato

(15) “Princípio de legalidad y Ministerio Fiscal” em *Cuaderno de Política Criminal*, n.º 2, de 1977, p. 25.

(16) JAVIER BOIX-REIG. “El principio de legalidad en la Constitución”, conferência pronunciada em 7-3-1983 e publicada em *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal*, Bilbao, 1983, pp. 56 e s.

(17) FERRANDO MANTOVANI. *Diritto Penale*, parte geral. Pádua, 1979, pp. 95 e ss.; RENÉ ARIEL DOTTI. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. Curitiba, 1980, p. 152.

como crime, definir um estado de perigosidade, ou determinar a pena ou medida de segurança que lhes corresponde" (art. 1º, n.ºs 1, 2 e 3).

O direito deve ser um sistema de garantias de ação. Como consequência, devem ser evitadas todas as formas de negação das proclamações de princípios, assim como ocorre com as práticas da legislação ordinária quanto aos tipos penais abertos, às leis penais em branco e aos elementos subjetivos do tipo, situações que devem ser reduzidas ao mínimo possível.

A extensão do princípio da legalidade deve alcançar a execução das penas e das medidas de segurança e não se restringir às etapas de cominação e aplicação do direito aos casos concretos. O dogma da legalidade deve se projetar em todos os quadrantes de execução para cobrir tristes lacunas que ao longo dos séculos estão abrindo margem ao exercício autoritário do poder administrativo. Assim sendo, os direitos e os deveres; a disciplina; o trabalho e a assistência não podem existir como únicos "*pontos cardiais* para guiar os navegantes dos mares sombrios do cárcere e da marginalização, porém como as indicações de grande ressonância humana"<sup>(18)</sup>.

Um grande passo neste domínio foi dado através da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11-7-1984) ao consagrar o princípio da legalidade que, segundo a *exposição de motivos*, "domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal" (nº 19).

A propósito do novo diploma, NILO BATISTA o considerou "uma espécie de *bill of rights* dos presos. Para que se tenha uma idéia da importância dessa lei, registre-se que só a partir de janeiro se poderá falar numa reserva legal e num procedimento devido em matéria disciplinar penitenciária; só a partir de janeiro os direitos e deveres do preso, bem como a assistência a ele ministrada, encontram ressonância e regulamentação legal". E, aliando a esperança à saudação, o renomado penalista salienta que a nova legislação "pode auxiliar na tarefa de modificar o tenebroso quadro atual, no qual o preso se vê arbitrariamente (ao talante da administração) espoliado em todos os seus direitos, inclusive os que não foram atingidos pela condenação"<sup>(19)</sup>.

Há necessidade, portanto, na Constituição, de norma expressa e clara a respeito da legalidade do procedimento de execução das penas e das medidas de segurança. Nesse futuro passo a lei

(18) RENÉ ARIEL DOTTI. "Os princípios fundamentais na reforma da execução penal". *Anais do I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília, 1982, v. II, p. 603.

(19) NILO BATISTA. *Minorias e Democratização* (Tese apresentada na X Conferência Nacional da OAB). Recife, outubro/novembro, 1984, p. 13.

fundamental ansiada pela Nova República demonstrará a mesma reação experimentada pelos constituintes de 1824 quando se preocuparam com o estado das prisões e a promiscuidade dos presidiários, ao escreverem que “as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes” (art. 153, § 21).

D — *Irretroatividade da lei mais grave. Retroatividade da lei mais benigna*

O princípio da irretroatividade da lei mais severa é declarado também de forma deficiente pela Constituição federal.

Diz o § 16 do art. 153 que “a instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu”.

Em linguagem adequada, estabelecem o art. 2º e seu parágrafo único do Código Penal:

“Ninguém pode ser punido por fato que a lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”

Quanto à ultratividade da lei excepcional ou temporária (CP, art. 3º), a melhor doutrina entende que a aplicação ao fato praticado durante sua vigência, mesmo decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, não derroga o princípio da retroatividade da *lex mitior*, sempre que possam elas ser substituídas por outras da mesma natureza. Assim é possível que a lei mais benéfica retroaja em caso de lei excepcional ou temporária que suceda outra lei de igual natureza, porém mais grave (20).

O princípio da retroatividade da lei penal mais benigna estava expressamente consagrado na Constituição de 1946 (art. 141, § 29) embora como um complemento do princípio da individualização. A partir de tal redação, a doutrina considerou revogada a limitação constante do parágrafo único do art. 2º do Código Penal de 1940 (“A lei posterior, que de outro modo favorece o agente, aplica-se ao fato não definitivamente julgado”).

Diante da deficiente redação da Carta de 1967 (art. 150, § 16) e da Emenda nº 1, de 1969 (art. 153, § 16), há necessidade de se consagrarem, em texto autônomo, os princípios de irretroatividade da *lex gravior* e de retroatividade da *lex mitior*.

(20) HELENO CLAUDIO FRAGOSO. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro, 1977, v. I, t. I, p. 239.

## E — *Personalidade e individualização das sanções penais*

O delito é produto da ação humana individualmente considerada mesmo quando o evento típico decorre do concurso necessário ou voluntário de mais de uma pessoa. A sanção penal, tanto sob a forma de pena como da medida de segurança, não pode ser aplicada ou executada contra quem não foi o autor e nem contribuiu para o fato delituoso.

A Constituição dispõe que “nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente” (art. 153, § 13), omitindo a medida de segurança que, embora não tenha caráter penal, constitui, sem dúvida, aflição pela perda ou restrição da liberdade e pela sujeição de tratamento compulsório, além da restrição ao *status dignitatis* da pessoa humana.

Repugna à consciência de todos os homens de bem a inflição de um mal a pessoas inocentes do delito. O infeliz paradigma da sentença de Tiradentes (“... declaram o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os...”) mantém-se como lembrança do terror e do martírio sofridos pelas vítimas da intolerância política.

Corolário natural do princípio da personalidade é o princípio, também constitucional, da *individualização da pena* (CF, 153, § 13, última parte). Ele se reflete nos Códigos Penal (arts. 59 e 60) e de Processo Penal (art. 387) exigindo a motivação como requisito formal-material de validade do ato.

A individualização da pena não se esgota no momento de sua aplicação. Vai adiante para a etapa de cumprimento da pena ou medida de segurança. Com tal providência é possível demarcar o alcance da sentença e a reserva dos direitos do condenado ou da pessoa submetida à medida de segurança, que não foram afetados pela condenação. Modernas legislações têm proclamado formalmente que o sentenciado não pode sofrer privações ou restrições para além dos limites necessários à execução. A propósito, os arts. 3º do Código Penal e 3º da Lei de Execução Penal.

A classificação dos condenados à pena privativa de liberdade, segundo seus antecedentes e personalidade, constitui o prolongamento necessário do procedimento de individualização concreta da pena, operado através da sentença (CP, art. 59 e LEP, arts. 5º e ss.).

As medidas de assistência; a regulação do trabalho (conforme as “aptidões e capacidade”); a exigência dos deveres; o atendimento dos direitos; a imposição da disciplina; a movimentação dos regimes (progressão ou regressão, considerando também o mérito do condenado); as autorizações de saída, o livramento condicional etc., caracterizam amplas e fecundas situações para tornar factível a exigência constitucional da individualização da pena, também (e necessariamente) no quadro da execução penal.

Também as penas restritivas de direitos e a multa conferem possibilidades muito generosas para que a individualização efetiva atenuie as distorções materiais entre a jurisdição de julgamento e a jurisdição de execução.

#### F — A responsabilidade em função da culpa

A Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, que reformou a parte geral do Código Penal brasileiro, harmoniza-se com a concepção democrática da pena segundo a perspectiva e os princípios que regulam as atividades de um Estado social e democrático de direito. O primado *nulla poena sine culpa* é expressamente declarado no art. 19 do Código Penal. E a culpabilidade é indicada como o primeiro elemento referencial para a fixação judicial da pena “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (art. 59).

A culpa do autor é também o fundamento e o limite da pena em regimes políticos orientados pelos princípios e regras que materializam o Estado de direito democrático, como na República Federal da Alemanha e Portugal quando tratam da individualização da medida concreta da pena (CPs, arts. 46, I, e 72, I, respectivamente).

No sistema proposto pela Lei nº 7.209/84, a culpa é o fundamento para a escolha e a quantificação da pena enquanto que a periculosidade é a base para a medida de segurança. Tal rumo implicou em eliminar o sistema do duplo binário (CP, art. 98) de notórios inconvenientes e irreversíveis danos.

Um Direito Penal próprio de um Estado social e democrático de direito rejeita a periculosidade como fundamento ou limite da pena assim como ocorre nos regimes totalitários quando a indefinição das imputações criminais se concilia com o caráter fluido do estado perigoso e permite a imposição de sanção de cariz evidentemente preventivo. Ao reverso, nos regimes inspirados pela democracia efetiva, a culpa pelo ato concreto deve ser a base sobre a qual incidirão a quantidade e a qualidade da pena adequada (21).

Nos termos da Constituição brasileira em vigor, o princípio da culpa é extraído da dignidade da pessoa humana e do seu direito à liberdade. Essa compreensão do generoso princípio através de texto constitucional implícito também se verifica em Portugal. Na correta afirmação de SOUZA E BRITO, “a culpa pressupõe a consciência ética e a liberdade do agente, sem admissão das quais não se respeita a pessoa nem se entende o seu direito à liberdade. Implica

---

(21) RENE ARIEL DOTTI. *Os Limites Democráticos do Novo Sistema de Penas*. Curitiba, 1984, p. 18.

que não há pena sem culpa, excluindo-se a responsabilidade penal objetiva, nem medida de pena que exceda a da culpa" (22).

No terreno da dogmática penal e, ainda mais adiante, ou seja, das antigas discussões entre livre arbitristas e deterministas, a importância do princípio da culpabilidade como limitação estatal e a distinção entre pena e medida de segurança devem-se manter e aprimorar (23).

Com o propósito de eliminar qualquer resíduo de responsabilidade objetiva, a Constituição deve proclamar o *princípio da culpabilidade*, assim como o fez a Carta política de Costa Rica (1949, art. 39).

#### G — A retribuição proporcionada

A proporcionalidade da pena revela, por um lado, a força do interesse da defesa social e, por outro, o direito do condenado em não sofrer uma punição que exceda o limite do mal causado pelo ilícito. A retribuição, como a "alma de todas as penas", é uma das imposições fundamentais de um Direito Penal realmente democrático. Por outro lado, cumpre-se uma das antigas exigências de justiça, consubstanciadas no aforismo *suum cuique tribuere*, cuja inspiração popular não pode ser posta em dúvida.

O repertório das medidas antidelituais e a sua modulação, tendo como ponto de partida a natureza do bem jurídico afetado e a intensidade da lesão, também revelam a perspectiva democratizante do sistema de sanções do Código Penal, posto que a objetividade jurídica corresponda à valoração dos bens e interesses penalmente tutelados.

Os sistemas positivos em geral adotam o critério da classificação dos bens jurídicos para estabelecer, através da ordenação dos diversos tipos de ofensa, as penas correspondentes. Trata-se de orientação que sofreu críticas ao longo dos anos (24), pois a teoria da retribuição não explica como (e quanto) se deve punir (25). No entanto, o pensamento jurídico-penal ainda não concebeu outro critério mais adequado (26).

(22) Ob. cit., p. 200.

(23) ROBERTO BERGALI. "Observaciones críticas a las reformas penales tradicionales", em *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, cit. p. 262; ROXIN. "El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto alternativo", em *Doctrina Penal*, a. 2, n. 7, p. 505.

(24) Por todos, ENRICO FERRI. *Principii di Diritto Criminale*. Turim, 1928, p. 308.

(25) ROXIN. "Sentido y límites de la pena estatal" em *Problemas Básicos del Derecho Penal*. Trad. de DIEGO-MANUEL LUZOU PENA. Madrid, 1976, p. 13.

(26) RENÉ ARIEL DOTTI. "O novo sistema de penas", em *Reforma Penal*. São Paulo, 1985, p. 93.

Na lição de ZAFFARONI, a exigência da segurança jurídica impõe um limite para a reação penal, limite este que deve ser procurado através da racional proporção entre "la cuantía del injusto y de la culpabilidad con la cuantía de la pena" (27). Embora afirmando que tal limite não deve ser chamado de *retribuição*, admite o penalista argentino que o limite não é imposto por nenhuma idéia, senão pela realidade em si mesma da segurança jurídica que não é um conceito abstrato, porém concreto e socialmente estabelecido (28).

Independentemente, porém, das discussões em torno da compreensão e da validade do princípio da proporcionalidade, é indispensável que a Constituição declare a natureza necessária e o sentido utilitário da pena criminal. A *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* proclamava, pelo artigo 8º, que a lei "apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias", enquanto a Constituição imperial brasileira dispunha que "nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública" (art. 179, § 2º). E o Projeto de Código Criminal de Melo Freire (1789) já alinhava entre os chamados *axiomas criminais* os seguintes princípios:

"5. A pena a ser infligida deve ser inteiramente proporcionada à quantidade e à gravidade do delito e à maldade do delinqüente"; "8. Na imposição das penas somente se deve olhar a utilidade pública" (29).

Tratando da reforma penal portuguesa, EDUARDO CORREIA alega que a necessidade de defesa e proteção dos bens jurídicos não pode ser arbitrária ou de qualquer tipo conceitual, como seria a que partisse da idéia de um mínimo ético, de saúde pública ou da sua particular importância para a organização da vida em sociedade. "Ela deve ser, desde logo, limitada materialmente, pela maior coincidência possível com uma concepção majoritária e obtida através dos órgãos constitucionais competentes (art. 168). Até porque, deste modo, se reduzirão ao mínimo os conflitos entre a visão do Estado e a dos particulares, entre a lei penal e a consciência de cada um, limitando, até um limite possível, os chamados crimes de consciência" (30).

O Código Penal brasileiro refere-se expressamente à exigência da proporcionalidade ao estabelecer que a pena aplicada (atendendo aos índices da culpabilidade, dos antecedentes etc.), deve ser

(27) *Tratado de Derecho Penal*, parte geral. Buenos Aires, 1980, v. I, p. 89.

(28) *Ob. e loc. cit.*

(29) Em AUGUSTO THOMPSON. *Esboço histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro*. São Paulo, 1976, pp. 107, 108.

(30) "As grandes linhas da reforma penal", em *Para uma Nova Justiça Penal*. Coimbra, 1983, p. 14.

conforme à necessidade e suficiência (art. 59). Sob outro aspecto, a pena restritiva de direito substitui a pena privativa de liberdade quando, além de outros requisitos, “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja *suficiente*” (art. 44, III).

#### H — As reações penais como processo de diálogo

Algumas Constituições modernas atribuem à pena o fim de reeducação, ressocialização ou reinserção social do condenado (Itália, 1947, art. 27, 2ª parte; e Espanha, art. 25, nº 2). A esperança no fim de recuperação social do infrator penetrou fortemente também em códigos penais da atualidade, como o de Portugal ao declarar que a recuperação social do delinqüente (além das exigências de reprovação e prevenção do crime) é um dos requisitos de suficiência para que o tribunal escolha entre a pena privativa e a não privativa de liberdade (art. 71).

Não é cientificamente adequada a proclamação formal de que a execução da pena e da medida de segurança tem como objetivos nucleares a emenda ou a reinserção do delinqüente<sup>(31)</sup>. Na verdade, tal expectativa é, não raro, frustrada conforme mostra a realidade penitenciária. No entanto, é indispensável que a futura Constituição brasileira afirme tal *compromisso de intenção*, declarando que tanto a pena como a medida de segurança, em qualquer de suas modalidades, devem proporcionar as condições necessárias ao processo de diálogo entre o condenado ou internado e a sociedade.

Muito significativamente, o artigo 1º da Lei de Execução Penal dispõe que

“A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e *proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.*”

A *exposição de motivos* ao aludido diploma declara que, “sem questionar profundamente a grande temática das finalidades da pena, curva-se o Projeto na esteira das concepções menos sujeitas à polêmica doutrinária, ao princípio de que as penas e medidas de segurança devem realizar a *proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade*” (nº 14).

(31) Sobre a crítica ao texto constitucional espanhol (de que as penas privativas de liberdade e as medidas de segurança devem se orientar para a reeducação e reinserção social), ver a doutrina de OSCAR ALZAGA, *La Constitución Española de 1978*, Madrid, 1978, p. 244.

Em síntese muito expressiva, CALIESS demonstra que tanto o Direito Penal como o direito positivo em geral constituem a estrutura dialogal de sistemas sociais e, por via de consequência, a pena deve ser concebida como um processo de diálogo entre o Estado e o condenado (32).

Esta dimensão do problema leva à convicção segundo a qual a pena cumpre uma importante função social quando oferece alternativas ao comportamento criminal através da criação de possibilidades de participação como um processo de contínua interação entre o delinqüente e o Estado: entre o delinqüente e a comunidade. Em tal sentido, MIR PUIG adverte que o condenado não pode ser tratado como puro objeto de um processo de condução do Estado Social, porém como verdadeiro sujeito de um processo de regulação e aprendizagem, o qual deve tender não só à adaptação das normas dominantes, como também a elaborar, num processo de interdependência, alternativas para o comportamento criminal e, com ele, a participação nas relações sociais (33).

A Constituição deverá, portanto, declarar o sentido utilitário e programático das penas e das medidas de segurança. A necessidade de se proclamar o processo de diálogo entre o condenado ou o internado e a sociedade, além do Estado, tem já uma forte carga dogmática e um ponto de partida através da lei ordinária. Com efeito, dispõe o art. 4º da Lei de Execução Penal que o Estado “deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança”.

### I — A humanidade das sanções

O princípio de humanidade das sanções penais, particularmente quando se trate da execução da pena privativa de liberdade, está expressamente indicado pela Constituição (art. 153, § 14). Mas o princípio deve também abarcar os quadros da cominação (proscrição da pena de morte, de prisão perpétua e outras penas cruéis ou infamantes) e da aplicação, quando o juiz leva em conta os índices legais (CP, art. 59; CPP, arts. 387 e ss.) para impor a medida penal adequada sem perder de vista o sentido humanitário de sua decisão.

A Constituição italiana declara enfaticamente que “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità” (art. 27, nº 2).

(32) Referido por SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1976, p. 86.

(33) Ob. e loc. citis.

Entre nós, a futura Carta deverá indicar expressamente tal princípio válido não somente para as penas como também para as medidas de segurança.

A tragédia dos manicômios judiciários tem sido escrita com tintas muito vivas <sup>(34)</sup> conduzindo o legislador de 1984 a dedicar um dispositivo sobre os direitos do internado (CP, art. 99).

Um sistema democrático de Direito Penal rejeita a pena de morte por reconhecê-la incompatível com o Estado de direito. A sanção capital é uma *contradição* insanável com a garantia de proteção da vida que as disposições frontais das Constituições consagram. O *homicídio legal* é uma das penas cruéis e infamantes. É cruel porque o ritual do suplício é tormentoso para o condenado, seus parentes e pessoas de suas relações, envolvendo frequentemente o sentimento de misericórdia para com a vitimização do procedimento de execução, o que contradiz o sentido do justo que deve ser imanente às penas racionais e humanas. É infamante porque não admite o eventual resgate do conceito moral e social do condenado que, assassinado pelo Estado, não tem condições de legar aos seus descendentes a memória de reversão à honestidade. É também infamante porque atinge o delinqüente em seu patrimônio *dell'onore*, conforme a clássica lição de CARRARA ao distinguir as situações de *infâmia de fato* (ou resultante da opinião), da chamada *infâmia de direito* (ou decorrente da lei) segundo "disonore s'infligge o *ex iudicio hominum*, o *ex legis sanctione*" <sup>(35)</sup>.

A Constituição brasileira deve abolir a pena de morte mesmo para as hipóteses da legislação penal militar em tempo de guerra. Neste passo, a Carta política de Portugal é muito eloqüente quando garante o direito à vida:

"A vida humana é inviolável. Em caso algum haverá pena de morte" (art. 24, n.ºs 1 e 2).

Na expressiva lição de BARBERO SANTOS, a sociedade, no termo de um processo ordinário, não pode dispor da vida de um homem sob o pretexto de sua culpabilidade. O direito à vida é absoluto e a pena de morte constitui uma das formas de menosprezo da vida humana <sup>(36)</sup>.

Uma "amarga história" sobre a execução da pena capital foi narrada por GARCIA MARQUES em 12 de maio de 1982 nas páginas de um jornal espanhol. Era a história verdadeira de um prisioneiro republicano fuzilado nos primeiros dias da guerra civil. O pelotão

(34) Por todos, PERCIVAL DE SOUZA, *A Revolução dos Loucos*, São Paulo, 1980.

(35) *Programma del Diritto Criminale*, parte geral, Florença, 1924, v. 2, §§ 683 e 684, p. 64.

(36) *Pena Capital y Estado Democrático*, Madri, 1984, p. 11.

de fuzilamento o arrancou de sua cela numa prisão de Ávila numa manhã glacial de inverno e o conduziu a pé através de um campo nevado para o local da execução. Os guardas civis estavam bem protegidos do frio com suas capas, luvas e outros agasalhos e ainda assim tiritavam no terreno gelado. O pobre prisioneiro, que somente trazia uma jaqueta de lã desfiada, não fazia mais que massagear o corpo quase petrificado enquanto se lamentava, em altas vozes, do frio mortal. Em certo momento, o comandante do pelotão, irritado com aqueles lamentos, gritou:

*“Coño, acaba ya de hacerte el martir con el cabrón del frío. Piensa en nosotros que tenemos que regresar”* (37).

Igualmente atentatória à dignidade humana é a pena de prisão perpétua. Todas as *sanções permanentes* devem ser proscritas dos ordenamentos jurídico-penais comprometidos com a defesa dos valores do homem.

Se a culpa é o fundamento e o limite da pena, a prisão eterna não se poderá fundar na culpabilidade posto ser inconciliável ao sentido espiritual do ser humano uma culpa irremissível, ou seja, uma culpa “para todo o sempre”. O caráter marcadamente preventivo da reclusão perpétua a coloca como uma medida de segurança atípica, fundada na periculosidade “infinita” do agente.

Conforme acentua TÓRIO LOPEZ, a reclusão perpétua contém tacitamente a prescrição de que o seu destinatário é incapaz de um projeto existencial do qual o delito esteja ausente. Para o mencionado escritor, a matéria antropológica de tal reação é a consideração do delinqüente como um *ser não aberto ao mundo* e cujo aparato instintivo biológico demonstraria uma periculosidade permanente.

*“Podría decirse que la reclusión perpetua es la verdadera zoología de la represión”* (38).

A destruição da vida humana e a supressão eterna da liberdade negam, aprioristicamente, o valor do homem como esperança de redenção e caracterizam reações desproporcionais ao delito, convertendo a pena em instrumento de terror. É consoante a lição de BERTIOL “*se è vero che il diritto penale comincia là dove il terrore finisce, è vero pure che il regno del terrore non è solo quello dove manca una legge ed impera l'arbitrio, ma anche quello dove essa supera i limiti della proporzione, nell'intento di fermare la mano ai delinquenti*” (39).

(37) Narrada por MARINO BARBERO SANTOS, ob. cit., p. 19.

(38) ANGEL TÓRIO LOPEZ. “Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio-asesinato)”, em *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal*. Bilbao, 1983, p. 97.

(39) “Il problema della pena”, em *Scritti giuridici*, Pádua, 1966, t. 2, p. 705.

A redação atual de nossa Constituição, ao declarar que não haverá pena de prisão perpétua (art. 153, § 11) é deficiente e não obsta a que a lei ordinária ofenda o princípio.

Na vigência do Código Penal de 1940, a regra de que a duração das penas privativas de liberdade não poderia, em caso algum, ser superior a trinta anos (art. 55), admitia a consagração da prisão perpétua por não tolerar o livramento condicional e as transferências de regime em função da pena unificada.

Com a redação do § 1º do art. 75 do Código Penal, introduzido pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, outra é a orientação. Diz o preceito que "quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a trinta anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo".

Em São Paulo, o 6º Congresso Nacional do Ministério Público aprovou conclusões sugeridas pelo Procurador Damásio de Jesús no sentido de que, no concurso de penas privativas de liberdade, cuja soma seja superior a trinta anos, a consideração dos requisitos objetivos de certos institutos, como o indulto, a remição, o livramento condicional etc., deve ser feita em face do total da pena efetivamente imposta e não sobre o *quantum* unificado do art. 75 do Código Penal; a denominada unificação dos trinta anos é mera expectativa de direito do condenado que somente poderá requerer um provimento jurisdicional a respeito quando ocorrerem as condições previstas em lei (40).

##### 5 — A revisão do elenco de infrações

O repertório dos ilícitos penais estabelecido pelo Código de 1940 e as leis posteriores — notadamente na década de 60 — não mais reflete adequadamente todos os interesses e os anseios da comunidade. Abstração feita aos *crimes fundamentais* (contra a pessoa, o patrimônio, os costumes, a família, a incolumidade e a paz pública, a fé pública e a administração), previstos pelo Código Penal e leis especiais (definindo ilícitos eleitorais, econômicos, tributários, políticos etc.), existe uma vasta gama de infrações meramente formais. Há necessidade de se promover um processo de *descriminalização*, isto é, abandonar a incriminação de certas condutas ou fazer com que uma infração perca o seu caráter criminal (41).

Em trabalho específico, já sustentei que a descriminalização, como projeto de revisão do elenco das infrações, reverterá em favor

(40) Em MAURICIO KUEHNE, "Limite das penas", artigo publicado em *O Estado de S. Paulo*, 21-7-1985.

(41) Sobre o tema, HULSMAN, "Descriminalização" em *Revista de Direito Penal*, n.º 9/10 de 1973, pp. 7 e ss.

de uma importante etapa de aprimoramento do direito positivo. A *inflação legislativa*, amplamente denunciada, não pode ser objeto de fantástica e monumental *consolidação*, pelas manifestas inconveniências que tal empreitada acarretaria. “Também o *custo* do crime é um dos aspectos relevantes do problema. Com efeito, nenhuma iniciativa para desburocratizar a justiça criminal poderá ter bons resultados se não houver, previamente, a declaração da irrelevância penal de muitos comportamentos” (42).

Se a descriminalização, a destipificação ou a despenalização traduzem-se em movimentos tendentes a reduzir a inflação legislativa e a depurar o ordenamento positivo de certas “excrecências morais ou políticas”, a criminalização revela o empenho social de enfrentar determinadas formas de lesão que não sofrem adequado combate através do Direito Penal ou são indiferentes a ele.

Os atentados contra o ambiente e a qualidade de vida; contra a economia nacional e popular; contra a memória nacional; contra as liberdades públicas, os direitos e as garantias individuais, merecem disciplina penal rigorosa para atender os anseios de um *novo tempo* de justiça.

Na oportunidade do 2º Encontro Preparatório ao VI Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins (Curitiba, 1978), o plenário aprovou as conclusões do Relatório no qual se destaca que a descriminalização e a criminalização constituem tendências atuais para a reforma do Direito Penal em vários setores, objetivando melhores resultados da justiça criminal. Para avaliar os problemas suscitados pelos movimentos de descriminalização e criminalização, reconheceu-se a conveniência de se designar, no Congresso Nacional, subcomissões das comissões de Constituição e Justiça com a finalidade de promover, entre outras, as investigações concernentes a:

“1ª) dados estatísticos; 2ª) fundamentos e hipóteses de descriminalização; 3ª) fundamentos e hipóteses de criminalização; 4ª) necessidade ou conveniência de se unificar e consolidar a legislação penal complementar” (43).

A sugestão constitucional para os processos legais-sociais da descriminalização e da criminalização deve partir da melhor indicação dos bens jurídicos tutelados. Com efeito, o atual Capítulo relativo aos direitos e às garantias individuais destaca somente

(42) RENE ARIEL DOTTI, “Descriminalização e criminalização”, Relatório ao 2º Encontro Preparatório do VI Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins (Curitiba, set. 1978). *Revista dos Tribunais*, 522/275 e ss.

(43) RENE ARIEL DOTTI, *Relatório*, cit. RT, 522/302.

a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade (art. 153) como as expressões da personalidade e da defesa do homem. Nas Cartas anteriores, a redação era praticamente a mesma (44).

Uma nova Constituição deve ter em seu primeiro artigo no Capítulo dos direitos, das liberdades e das garantias, uma especificação mais adequada e extensa dos valores e dos bens jurídicos respeitantes à vida, à integridade pessoal e outros direitos do mesmo gênero, à liberdade e à segurança, à paz pública e às liberdades cívicas (45), além da indicação referente ao patrimônio.

## 6 — *Sistemas de garantia*

As bases constitucionais de um Direito Penal democrático não podem prescindir de um sistema de garantias que permita não somente a elaboração formal do direito como também a sua sustentação legítima e eficiente.

A propósito desta perspectiva do problema, deve-se primeiramente aludir à legitimidade da Assembléia Nacional Constituinte em toda a sua compreensão. Desde a liberdade da participação coletiva na elaboração e defesa das propostas até a composição da Constituinte por pessoas representativas de setores da vida civil, independentemente do mandato parlamentar.

Sob um ângulo material, a revisão dos tipos penais de ilicitude depende da efetivação de direitos sociais e econômicos que possam mitigar as distorções encontradas em amplos domínios da comunidade. É necessário, também, reduzir as dramáticas consequências da marginalização social e a opressão das minorias.

A propósito do conceito de *minorias*, válido para as generosas teses de reivindicação de liberdades, direitos e garantias, NILÓ BATISTA sustenta que ele não deve ser procurado pelos advogados tão-só na idéia de minoria política do Direito Constitucional, precipuamente vinculado à representação.

“As ‘minorias’ se definem principalmente através da perspectiva da *cidadania*, enquanto grupos objetivamente excluídos de participação ou influência nos centros políticos que controlam o poder e o exprimem através de processos de dominação social” (46).

(44) CF de 1967, art. 150; CF de 1946, art. 141; CF de 1937, art. 122; CF de 1934, art. 113; CF de 1891, art. 72 e Constituição Imperial, art. 179.

(45) Sobre a relação dos vários delitos no campo das liberdades públicas, ver, LUIS RODRIGUEZ RAMOS, *Liberdades cívicas y Derecho Penal*, Madri, 1976.

(46) *Minorias e Democratização*, cit., pp. 14, 15.

Para melhor proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, há necessidade não apenas de sua declaração formal, como também da provisão de normas e mecanismos que a tornem efetiva.

Os preceitos referentes às liberdades públicas, aos direitos e às garantias individuais devem ser interpretados e aplicados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, os tratados e as convenções sobre tais matérias, ratificados pelo Brasil. Este é o caminho indicado pelas Cartas políticas de Portugal (art. 16, nº 2) e da Espanha (art. 10, nº 2).

Mas, além da atenuação das carências sociais econômicas, políticas e culturais, a efetivação de um Direito Penal realmente democrático depende da boa qualidade do processo penal. Não se pode ignorar a importância e o funcionamento do Direito Processual Penal que não deve ser considerado sob a ótica estreita de uma disciplina afim. Na expressiva linguagem de FIGUEIREDO DIAS, as conexões entre as duas ciências envolvem, sob diversos pontos de vista, uma relação de *complementaridade funcional* que permite concebê-las como participantes da mesma unidade (47).

E é justamente através do processo que o Direito Penal mostra a sua grandeza e revela as suas misérias. A dignidade e o relevo humano e social das normas materiais serão exaltadas ou lamentadas em razão de seu concreto funcionamento.

Um dos graves inconvenientes do descompasso entre o progresso dos conceitos formais do Direito Penal e a debilidade das infraestruturas do processo, reside na distância profunda entre o acusado e o juiz. Na candente reação de MARCO DEL PONTE "la justicia del crimen es administrada en forma tal, que el juez no conoce la mayoría de las veces al acusado a quien condena o absuelve, y ésto, ni en los casos más graves" (48).

A revisão de muitos princípios e regras até agora conservados com zelo arqueológico pelas instâncias formais de controle da criminalidade (polícia, tribunais etc.), deve acompanhar as modificações urgentes que pressionam as várias categorias comunitárias responsáveis pelo controle informal (família, grupos sociais, escola etc.).

A crise da administração da justiça criminal foi posta em termos contundentes por MANZANERA ao se referir aos "códigos procesales llenos de barroquismos y actuaciones inútiles, los

(47) *Direito Processual Penal*, Coimbra, 1974, v. I, p. 28.

(48) *Penalogia y Sistemas Carcelarios*, Buenos Aires, 1974, t. I, p. 178.

órganos de justicia burocratizados, la policía impreparada e descoordenada, las instituciones de pena superpobladas e ineficaces, todo coopera para esta crisis general de la justicia penal" (49).

A superação de fórmulas burocráticas de natureza tormentosa para as partes, as testemunhas e o magistrado, além de outros participantes do processo, é um dos primeiros passos para dignificar o trabalho de investigação, depurando os obstáculos humanos e materiais para o melhor exercício da jurisdição. Afinal e ao cabo de tudo é preciso que o processo penal, no dizer de ADA PELLEGRINI GRINOVER, "seja construído como um aperfeiçoado instrumento de garantia e de justiça, para o indivíduo e para a sociedade, sem jamais perder de vista as razões do homem" (50).

Finalmente, toda a expectativa assinalada para a existência e o funcionamento de um Direito Penal de feição democrática se frustra quando a execução das penas e das medidas de segurança é promovida à margem da legalidade e em holocausto de outros princípios fundamentais que devem presidir os atos do procedimento.

Com incontestável autoridade intelectual e profunda honestidade científica, HILDE KAUFMANN acentua que a tendência humanizadora na execução das reações penais não põe em perigo a ordem e a segurança pública (51).

Não obstante a existência de uma lei específica para regular os problemas da execução — após meio século de esperança na positivação do direito de execução penal —, a futura Constituição deverá ser bastante explícita quanto aos princípios básicos, a partir da legalidade e da garantia segundo a qual ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela condenação.

O estado das prisões em nosso País continua tão grave que o próximo legislador constitucional bem poderá socorrer-se da fórmula utilizada pelos constituintes de 1924 e repetir uma das regras fundamentais:

"As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e a natureza de seus crimes" (art. 179, § 21).

---

(49) "La descriminalización", artigo divulgado na *Revista Mexicana de Criminología*, México, nº 1 de 1976, p. 154.

(50) *Liberdades Públicas e Processo Penal — As Interceptações Telefônicas*, São Paulo, 1976, p. 68.

(51) *Principios para la Reforma de la Ejecución Penal*, Buenos Aires, 1977, p. 14.