

Revista

JUSTIÇA CIDADANIA &

CONSTITUIÇÃO

PÚBLICA FEDERAL DO BRASIL

ROBERTO BUSATO

A POSIÇÃO DA OAB DIANTE DA CRISE POLÍTICA

Editorial: "Eu assumo"

LIMITES DO IUS PUNIENDI DO ESTADO

A atividade legislativa do Estado na esfera penal não pode ser ilimitada ou direcional, pois diante de um Estado social e democrático de Direito é inadmissível uma atuação ilimitada do Estado. No âmbito jurídico-penal do Estado, determinados princípios e critérios normativos limitam o poder punitivo:

- a) os princípios consagrados na Carta Política;
- b) os princípios jurídicos de correlação entre o Direito Penal e o ordenamento jurídico conjunto;
- c) os princípios singulares estruturais de fundamentação e legitimação do Direito Penal. Sem os limites jurídicos, estaríamos diante de um Direito Penal autoritário, antidemocrático, não-pluralista e inconstitucional. O Direito Penal apresenta como característica natural ser um ordenamento legal e juridicamente limitado, sujeito a garantias normativas e tem como escopo garantir direitos e liberdades.¹

Ferrajoli ao tratar dos princípios e modelos do Direito Penal elenca:

- a) princípio da retribuição ou consequência da pena em relação ao delito;
- b) princípio da legalidade em sentido lato ou estrito;
- c) princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal;
- d) princípio da lesividade ou da ofensa do resultado;
- e) princípio da materialidade ou exterioridade da ação;
- f) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade penal pessoal;
- g) princípio acusatório ou da separação entre o juiz e a acusação;
- h) princípio do ônus da prova ou da verificação;
- i) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falsidade. São princípios do modelo garantista do Direito Penal. Como diz Ferrajoli, “as regras do jogo fundamental” do Direito Penal se convertem em princípios jurídicos do moderno Estado de Direito.² Na realidade são limitações ao *ius puniendi* estatal.

Jakobs advogava também limitações ao direito de punir, diante da perspectiva de legitimação da intervenção na criação de normas que punam comportamentos sem referência precisa a bens jurídicos determinados, ou que supõem manifesta antecipação de sua proteção jurídico-penal. Lembro o trabalho “*Criminalização no estado prévio à lesão ao bem jurídico*”, em que faz oposição ao que denomina “*despreocupado positivismo*”, que diz caracterizar a doutrina e parte para fundamentar os estritos limites à atividade punitiva do Estado, tendo como marco inicial a definição da posição jurídica do cidadão em regime de liberdade, em cujo patamar realiza a reformulação do princípio do ato e da exigência da proibição de um comportamento sem referência a bens jurídicos. Aduza-se que Jakobs admite que não haveria vantagem em afastar a doutrina do bem jurídico e apelar diretamente para a doutrina da danosidade social da conduta,

Álvaro Mayrink da Costa
Desembargador do TJ/RJ e Presidente do Fórum de Execução Penal da EMERJ, Professor Titular de Direito Penal da UniverCidade e de Pós-graduação da Universidade Gama Filho

pois iria gerar o inconveniente do favorecimento da protelação de bens jurídicos marcadamente pessoais com base no princípio da utilidade pública. Assim, Jakobs defende uma desvinculação da missão do Direito Penal a respeito da função de proteção do bem jurídico, entendendo que tal missão é mais do que confirmar a vigência da norma, constituindo-se no asseguramento das expectativas normativas essenciais. Para Jakobs, o Direito Penal deve assegurar a vigência de valores positivos de caráter ético-social dentro do modelo welzeliano. Jakobs questiona a ilegitimidade da incriminação de condutas que têm lugar no estado prévio, em relação à possibilidade de neutralizá-las pela proteção de bens jurídicos antecipados (paz pública, segurança pública, clima favorável ao direito etc.). A título de exemplificação cita a delimitação da tentativa punível como postura do Estado de Direito. No campo das sanções prévias ao



início da tentativa figura no § 30 do StGB a punição à preparação da tentativa deflagrada, isto é, o limite da tentativa.³

Em favor da aceitação de antecipação da punibilidade, há várias explicações que Jakobs considera plausíveis, como a tendência à subjetivação de diversas fontes (o princípio da culpabilidade, a orientação do autor e a personalização do injusto). Para ele, não se pode excluir a tendência à antecipação alimentada de nova tendência à subjetivação, de forma que ambas se apóiam aparentemente em um modo recíproco e circular (argumentos preventivos e policiais em favor das antecipações). Cita setores notórios de atividade encoberta, como os relativos ao narcotráfico, à segurança do Estado e à falsificação de moeda.⁴

Não podemos olvidar no modelo de Direito Penal mínimo, perante o racionalismo jurídico garantista, os limites ou as proibições intervencionistas do Estado, na busca de um ideal de racionalidade e certeza, pois o Direito Penal é racional na proporção da previsibilidade das intervenções estatais. Repudiamos a postura de um modelo de aspiração autoritária, que é perseguida pelo Direito Penal máximo. Para Jakobs, o Direito Penal se converte em Direito Penal dos inimigos. A relação social preparatória de um delito é genuinamente privada. Assim, as regras da acessoriedade quantitativa, ou a determinação unitária para todos os partícipes do ato delitivo podem ser explicadas pelo princípio da divisão de trabalho do autor, que é uma questão dos intervenientes. Aquele que estivesse vinculado por um dever especial,⁵ responderia pelo que fica devendo ao bem jurídico (v.g.: Caio induz à morte sua companheira Mary May, mas ao fazê-lo, escapa-lhe

o curso causal do acontecimento; teria, assim, cometido uma tentativa acabada a título de autor, observando Jakobs que “da mesma maneira que constitui também uma tentativa acabada se deixa passar a oportunidade da inibir cursos causais que se separam sem intervenção”). Conclui que sem um comportamento externo perturbador não se pode obrigar uma pessoa a responder pelo que é interno, que abrange o âmbito privado e não somente pensamentos. Finaliza sustentado que, embora o

“Repudiamos a postura de um modelo de aspiração autoritária, que é perseguida pelo Direito Penal máximo.”

comportamento delitivo não possa ser antecipado de modo discricionário à lesão de um bem jurídico, “talvez seja possível antecipar a própria lesão” como proteção da paz pública.

Os limites normativos do Direito Penal subjetivo, de conformidade com os princípios constitucionais que fundamentam o direito de punir estatal, apresentam multifacetadas índoles:

a) limites jurídicos constitucionais em sentido estrito, que provêm de valores superiores do ordenamento positivo, de valores que transcendem

ao âmbito do Direito Penal;

b) limites objetivos funcionais, que derivam da própria natureza da coisa e da própria finalidade do Direito Penal, pois em tal esfera se desenvolve toda a virtualidade;

c) limites estruturais, que se deduzem de singulares princípios gerais informadores do ordenamento jurídico-penal. Não se pode olvidar a primazia normativa da lei constitucional nas hipóteses de conflitos normativos que exijam um tratamento técnico, jurídico, conceitual e sistemático, tendo como patamar os princípios fundamentais.⁶

Os conflitos podem ser permanentes entre a norma penal e a fundamental, entre a proibição abstrata e a garantia fundamental, tanto no âmbito do tipo quanto em relação às suas conseqüências. O conflito excepcional entre a norma e a Constituição conduz à análise de todas as circunstâncias concorrentes para se determinar no caso concreto a prioridade material da norma constitucional na proporção de sua incompatibilidade com a disposição penal. Há princípios constitucionais expressos (cláusula constitucional de reserva, princípio do Estado de Direito, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da humanidade, princípio da intolerância, princípio da proporcionalidade, princípio da intervenção mínima, princípio da ofensividade e princípio da lesividade) e funções (indiciária, determinante e orientadora) dos bens jurídicos penalmente relevantes.

Sabe-se que o conceito de bem jurídico deve ser procurado na realidade social, a qual deve ser conjugada com as plúrimas variantes do progresso e do bem-estar social. Fala-se da *perversão do bem jurídico* ao se referir à sua imprecisão

conceitual, daí o questionamento de se fixar o conceito concreto de bens jurídico-penais identificados como os bens constitucionalmente protegidos. Busato e Huapaya sustentam a sua impossibilidade com patamar em Morillas Cuevas e García-Pablos de Molina, “porque o texto constitucional não é sinônimo de legitimação de garantias democráticas (...)”. “Não cabe falar, portanto, do conceito de bem jurídico-penal como aquele que deriva da Constituição”.⁷

Observamos os limites constitucionais em sentido estrito através do:

a) princípio da legalidade (exigência jurídica fundamental do Direito Penal moderno);

b) princípio da igualdade (abolição dos privilégios e das prerrogativas para prover a garantia da estabilidade social);

c) princípio da humanidade (respeito à dignidade humana, desde toda intervenção punitiva em geral, compreendendo os aspectos valorativos (natureza e conteúdo) e os aspectos teleológicos da pena (fim perseguido formal e executivo);

d) princípio da proporcionalidade ou proibição de excesso (gravidade da ação e pena prevista no tipo penal), que pode ser abstrata (cominação) ou concreta (aplicação);⁸

e) princípio do *ne bis in idem*⁹ (análise da tríplice identidade de fato, fundamento e sujeito, como direito de defesa do cidadão junto ao Estado, evitando-se a duplicidade de sanções e do princípio da intolerabilidade, que rege a necessidade ou não da incriminação ou descriminalização do comportamento que se torna insuportável ou admitido pela macrosociedade, quanto à instrumentalização dos controles sociais a fim de garantir a paz social).

Nos limites constitucionais¹⁰ objetivos e funcionais, elencamos:

a) o princípio da ação ou conduta (Direito Penal de ato). O Direito Penal moderno é um Direito Penal de ato (*Tatstrafrecht*) e não de autor (*Täterstrafe*) ou da vontade (*Willensstrafe*): o princípio do *nullum crimen sine actione*. Não se punem meros pensamentos ou qualidades psicológicas, ideológicas, raciais, pessoais ou de qualquer índole. Aduza-se o princípio *cogitationes nemo patitur* – pensamentos não

“O Direito Penal moderno é um Direito Penal de ato (Tatstrafrecht) e não de autor (Täterstrafe) ou da vontade (Willensstrafe) (...)”

delinqüem (impede considerar atitudes puramente internas exigindo a manifestação exterior da vontade, bem como o modo de ser da pessoa humana);

b) princípio de culpabilidade normativa pessoal (culpabilidade como fundamento e limite da pena: não é concebível uma pena sem culpabilidade e que a pena correspondente seja proporcional ao grau de culpabilidade do autor). A medida de segurança se rege pelo princípio de periculosidade criminal de um sujeito que realiza um injusto

típico não culpável. O Direito Penal da culpabilidade por injusto típico enfrenta a responsabilidade objetiva pelo resultado, inspirado no princípio da *versari in re illicita*;

c) princípio de proteção dos bens jurídicos (princípio de ofensividade ou lesividade – *nullum crimen sine injuria*, diante das duas formas de vulnerabilidade: a lesão e o colocar em perigo; missão protetora do bem jurídico (o Estado está legitimado para intervir punitivamente diante da necessidade social expressada pela vontade dos cidadãos na proteção de certos bens e valores que traduzem unidades de função social para garantir a paz pública em razão da intolerabilidade do conflito social);

d) princípio de prevenção (conjugua-se com o princípio da tutela do bem jurídico, pois confluem para o mesmo efeito, visto que o Direito Penal tem uma tarefa seletiva, valorativa e protetora de bens e valores da pessoa humana e da macrosociedade). A garantia dos objetos de tutela não é de índole formal e programática, mas social e coercitiva para os programas legislativos propostos pela política criminal;¹¹

e) princípio de ressocialização (a pena não pode ser uma ferramenta política do legislador de uso arbitrário no Estado de Direito e a sua legitimação material e específica função preventiva geral está direcionada para o cumprimento da função preventiva especial por meio da reinserção social do apenado). Preferimos a expressão “reinscrção social” a “reeducação do delinqüente”.

Ainda se poderiam alinhar outros princípios penais em relação ao ordenamento jurídico conjunto (princípios de relevância em outras instâncias normativas), podendo ser

“O princípio de lesividade (...), possui um valor de critério polivalente de minimização das proibições legais, (...), reduzindo a intervenção estatal ao mínimo necessário.”

citados os critérios de caracterização do Direito Penal (princípio da intervenção mínima e necessária subsidiariedade, fragmentação e o princípio de singular coercitividade das normas penais). Os limites estruturais do Direito Penal derivam das próprias características subjetivas estatais (titularidade estatal, legalidade positiva, garantia processual, garantia jurisdicional e garantia de execução penal).¹²

A Constituição Federativa de 1988 estatui quatro princípios básicos:

- a) princípio da legalidade;
- b) princípio da igualdade;
- c) princípio da humanidade da pena;
- d) princípio da responsabilidade pessoal.

Os princípios constitucionais não expressos diante dos bens jurídicos relevantes são:

- a) princípio de intolerância;
- b) princípio de intervenção mínima;
- c) princípio de proporcionalidade;
- d) princípio de lesividade;
- e) princípio de ofensibilidade.¹³

O princípio de proporcionalidade, surgido no século XVIII, exige uma ponderação na cominação e na resposta penal perante o lesionado ou colocado em perigo, incluindo-se o regime prisional, diante de um controle de razoabilidade da sanção e a liberdade restringida.

O princípio de intervenção mínima, tão exposto no varejo das medidas penais oportunistas no contexto do denominado Direito Penal do inimigo e, em razão da sua função simbólica, deve atuar para reprimir as graves distorções, pois o Direito Penal é a última forma de controle do conflito social.

O princípio de ofensividade, repita-se, é informador do princípio de insignificância e o princípio de lesividade veda a incriminação para a defesa de meros valores éticos ou morais e de condutas socialmente inócuas.¹⁴

No que tange ao princípio da lesividade, como lembra Nilo Batista, citando Roxin, “só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral... O Direito Penal só pode assegurar a ordem pacífica externa da sociedade, sem estar legitimado nem adequado para a educação moral dos cidadãos”.¹⁵ Para Nilo Batista, “à conduta puramente interna, ou puramente individual, seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou indiferente, falta lesividade que possa legitimar a intervenção penal”. Assim, admite quatro funções principais do princípio de lesividade:

- a) proibir a incriminação de uma atitude interna;
- b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor;
- c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais. A nosso sentir, o Direito Penal do autor é incompatível com as exigências de certeza e segurança jurídicas do Estado de Direito.¹⁶ Conclui, com razão, que “o que é vedado pelo princípio da lesividade é a imposição de pena a um simples estado ou condição desse homem (que está no centro da experiência jurídico-penal), refutando-se, pois, as propostas de um Direito Penal do autor e suas derivações mais ou menos dissimuladas (tipos penais do autor, culpabilidade pela conduta ao longo da vida etc.), que conduz à exclusão das medidas de segurança”;
- d) proibir a incriminação de condutas desviantes que afetem qualquer bem jurídico.¹⁷

O princípio de lesividade, segundo Ferrajoli, possui um valor de critério polivalente de minimização das proibições legais, correspondendo a um princípio de tolerância, reduzindo a intervenção estatal ao mínimo necessário. Saliente-se a cautela que deve ter o legislador no processo de cominação, pois a criminalização de certos comportamentos desviantes dos padrões ético-sociais pode gerar a realização de novas atividades delitivas e sua repressão arbitrária pode conduzir à organização de uma criminalidade. Em tais casos, não há uma função contramotivadora, mas alimentadora e organizadora dos atores envolvidos. Daí, ao minimizar a violência, deve-se ter presente o princípio de proibições mínimas necessárias.

BIBLIOGRAFIA

¹Miguel Polaino Navarrete, *Derecho Penal, Parte General*, Bosch, 4ª ed., t. 1, 364.

²Cf. Ferrajoli, *op. cit.*, 75.

³§ 30: “Versuch der Beteiligung. Wer einem anderen zu Bestimmen versucht, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften, wird nach den Vorschriften über den Versuch des Verbrechens bestraf, ...”

⁴Günther Jakobs, *Fundamentos do Direito Penal*, trad. André Callegari, RT, 2003, 102-110.

⁵Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 4ª ed., 1984, 352, 459, 621 ss; e Jakobs, *AT*, 1983, 21-115 ss.

⁶Cf. Rupert Eilsberger, *Rechtstechnische Aspekte der verfassungskonformen Strafrechtsanwendung*, im *JS*, 10, 1970, Helft7, 321.

⁷Cf. Busato-Huapaya, *Introdução ao Direito Penal, Fundamentos para um Sistema Penal Democrático*, Lumen Juris, 2003, 184-185.

⁸V. Teresa Aguado Coma, *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Madrid, 1999; Juan Lascurain Sánchez, *La proporcionalidad de la norma penal*, in *Cuadernos de Derecho Básico*, 5, 1998, 159.

⁹Schmidt-Blei-Klein, *Kommentar zum Grundgesetz*, 7ª ed., Frankfurt, Luchterhand, 1990; Schumann, *Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen gerichtliche Entscheidungen*, Duncker & Humblot, 1963; Schönke/Stree, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 24ª ed., München Beck, 1991; Silva Sánchez, *Delitos contra el medio ambiente*, Tirant lo Blanc, 1999; *La expansión del Derecho penal*, Madrid, Civitas, 1999; Bacigalupo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, Bosch, 1989; Benloch, *El principio de non bis in idem en las relaciones entre Derecho penal y Derecho disciplinario*, *PJ* núm. 51, 1998, 303; Cobo/Vives, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanc, 1999; Narváez, *Princípio “non bis in idem”: uma nueva doctrina constitucional?*, in *Tribunal Constitucional*, nº 1, 2000, 35; Queralt, *El principio no bis in idem*, Madrid, Tecnos, 1992; “Ne bis in idem”. Significados constitucionales, en *Política criminal y reforma penal*, LH Del Rosal, 1993, 885; García Albero, “Non bis in idem” material y concurso de leyes penales, Cedecs, 1995; León Villalba, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio “ne bis in idem”*, Barcelona, Bosch, 1998; Mata y Martín, *El principio non bis in idem de la reforma de las responsabilidades penal y disciplinaria de jueces y magistrados*, in *PJ*, nº 41-42, 1996, 185; Mir Puig, *Derecho Penal. Parte general*, 5ª ed., Barcelona, 1998; Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte General*, 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanc, 2000; Muñoz Lorente, *Vulneración del principio non bis in idem en el ámbito medioambiental; Imposición de sanción penal existiendo ya previa sanción administrativa por los mismos hechos y com idéntico fundamento*, in *Gestión Ambiental*, nº 12, 1999, 37; García Torres, *Consideraciones sobre el principio “ne bis in idem” en la doctrina constitucional*, in *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 1, 1995, 59; Górriz Royo, *El principio “ne bis in idem” y la regla de la preferencia del orden jurisdiccional penal a la luz de la STc 177/1999, de 11 de octubre*, in *Revista de Ciencias Penales*, vol. 3, nº 1 y 2, 2000, 263; Herzberg, *Ne bis in idem – Zur Sperrwirkung des rechtskräftigen Strafurteils*, *JuS*, 1972, 113.

¹⁰O constitucionalismo, palavra nova de raízes antigas, ainda não consolidado, não se confunde com o liberalismo, filho do iluminismo, que se caracterizou como reação burguesa ao Estado absolutista, um obstáculo ao advento da democracia. Registre-se a busca político-jurídica pelo primado da lei, da lei fundamental. O governante não poderia mais ser *legibus solutus*, pois qualquer cidadão estava jungido às normas legais. É lapidar a frase de Cícero (106-43 a.C.): *Legum servi debemus, ut liberi possimus* (Sejamos escravos da lei para que possamos viver em liberdade). O liberalismo e o constitucionalismo buscavam ferramentas jurídicas para garantir as liberdades fundamentais (Adhemar Maciel, *Observações sobre o Constitucionalismo brasileiro antes do advento da República*, in *Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Direito*, Renovar, 2003, 1-4).

¹¹Jeschek, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, Berlin, 1966, 256, 864.

¹²V. Polaino Navarrete, *Derecho Penal, Parte General*, § 7º, *Princípios Constitucionais del Derecho Penal*, 257-276.

¹³No que tange aos princípios expressos em nossa Carta Política, citamos: a punição às discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); incriminação à prática do racismo (art. 5º, XLII); a inafiançabilidade e vedação de graça ou anistia dos crimes de tortura (art. 5º, XLIII); a intranscendência da pena (art. 5º, XLV); a individualização da pena (art. 5º, XLVI); a proibição das penas desumanas, cruéis e infamantes (art. 5º, XLVIII e L); a dignidade do arguido (art. 5º, XLIX).

¹⁴Maurício Antônio Ribeiro Lopes, *Teoria Constitucional do Direito Penal*, RT, 2000, 550-564.

¹⁵Roxin, *Iniciación al derecho penal de hoy*, Madrid, Reus, 1976, 25/28.

¹⁶Nilo Batista, *Introdução Crítica ao Direito Penal brasileiro*, Renovar, 8ª ed., 2001, § 11, 91-96.

¹⁷Nilo Batista, *op. cit.*, § 11, 91-93.