

STJ00096987

GUILHERME MEROLLI

Professor Universitário

Advogado Militante em Florianópolis

Mestre em Direito das Relações Sociais (UFPR)

Fundamentos Críticos de
DIREITO PENAL
Dos Princípios Penais de Garantia

2ª Edição

Revista, ampliada e atualizada

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. – 2014

© 2013 by Editora Atlas S.A.

A primeira edição foi publicada pela Editora Lumen Juris; 2. ed. 2014



Capa: Leonardo Hermano
Composição: Formato Serviços de Editoração Ltda.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Merolli, Guilherme
Fundamentos críticos de direito penal: dos princípios penais de
garantia / Guilherme Merolli. – 2. ed. rev., ampl. e atual. –
São Paulo: Atlas, 2014.

Bibliografia.

ISBN 978-85-224-8095-1
epdf-ISBN 978-85-224-8096-8

1. Direito penal I. Título.

13-06989
CDU-343

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito penal 343

**TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total
ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos
direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184
do Código Penal.**

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Lei nº 10.994,
de 14 de dezembro de 2004.

Impresso no Brasil/Printed in Brazil



Editora Atlas S.A.
Rua Conselheiro Nébias, 1384
Campos Elísios
01203 904 São Paulo SP
011 3357 9144
atlas.com.br

978-85-224-8095-1

Sumário

Índice Doutrinário-Jurisprudencial (Prática Forense), xv

Introdução – Por um Novo Método de Conhecimento do Direito Penal, 1

- 1 Observação Inicial, 1
- 2 Materialismo Histórico-Dialético, 2
- 3 Ruptura Epistemológica, 6
- 4 Saber Jurídico Crítico e Saber Jurídico Instrumental, 8

1ª Parte – A CRISE DE LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL, 11

1 Superação do Método Histórico Tradicional, 13

- 1 Consideração Inicial, 13
- 2 Vingança Divina, 14
- 3 Vingança Privada, 17
- 4 Vingança Pública, 21
- 5 Método da Descontinuidade Histórica (Walter Benjamin), 22
- 6 “A Verdade e as Formas Jurídicas” (Michel Foucault), 23
- 7 Descontinuidade Histórica em Direito Penal, 25

2 Repensando a Gênese do Saber Penal Moderno, 29

- 1 Modelo Inquisitorial de Justiça Penal (“Antigo Regime”), 29
- 2 Modelo Jusracionalista de Justiça Penal (Período “Humanitário”), 33
- 3 “Vigiar e Punir” (Michel Foucault), 39
- 4 Controle Penal nas Sociedades de Controle (Gilles Deleuze), 46

- 3 **Continuidade Ideológica entre as Escolas Penais, 48**
 - 1 Escola Clássica de Direito Penal (“Classicismo Penal”), 48
 - 2 Escola Positiva de Direito Penal (“Positivismo Penal”), 54
 - 3 Falsa Oposição entre Clássicos e Positivistas, 61

- 4 **“Mudança” de Paradigmas na Ciência Criminológica, 65**
 - 1 Introdução, 65
 - 2 Criminologia Positivista (Paradigma Etiológico), 66
 - 2.1 Postulados Fundamentais, 67
 - 2.2 Visão Crítica, 70
 - 3 Criminologia Interacionista (Paradigma da Reação Social), 74
 - 3.1 Postulados Fundamentais, 75
 - 3.2 Visão Crítica, 83
 - 4 Criminologia Crítica ou Radical (“Nova Criminologia”), 85
 - 4.1 Postulados Fundamentais, 87
 - 4.2 Visão Crítica, 90
 - 5 Rumo a uma Criminologia Dialética, 94

- 5 **Do Conceito e da Missão do Direito Penal, 96**
 - 1 Conceito Formal (Direito Penal Objetivo), 96
 - 2 Missão do Direito Penal, 97
 - 2.1 Proteção Subsidiária e Fragmentária de Bens Jurídicos (Claus Roxin), 97
 - 2.2 Proteção dos Valores Ético-Sociais da Ação (Hans Welzel), 98
 - 2.3 Proteção da Vigência da Norma Jurídico-Penal (Günther Jakobs), 101
 - 3 Funções Manifestas e Latentes do Direito Penal, 105
 - 4 Falsa Universalidade do Bem Jurídico, 108
 - 5 Seletividade Qualitativa do Direito Penal, 115

- 6 **Das Finalidades da Pena de Prisão, 126**
 - 1 Introdução, 126
 - 2 Ineficácia Dissuasória da Ameaça da Pena, 127
 - 3 Fracasso da Prisão (Quanto aos seus Objetivos Declarados), 129
 - 4 Crise da Ideologia do Tratamento Ressocializador, 135
 - 5 Êxito Histórico da Prisão (Quanto aos seus Objetivos Reais), 139

- 7 **Inversão de Sinal na Política Criminal, 150**
 - 1 Introdução, 150
 - 2 Política Criminal Tradicional, 151
 - 3 Política Criminal Alternativa, 152

- 3.1 Abolicionismo Penal, 155
 - 3.1.1 Exposição Geral, 155
 - 3.1.2 Principais Críticas, 163
 - 3.1.3 Conclusões Parciais, 171
- 3.2 Direito Penal Mínimo (Minimalismo Penal), 176
 - 3.2.1 Exposição Geral, 176
 - 3.2.2 Teoria do Garantismo Penal (Luigi Ferrajoli), 178
- 4 Política Criminal Reacionária (“Lei e Ordem”), 181
- 5 Globalização da Política de “Tolerância Zero” (Loïc Wacquant), 183
- 6 Rumo ao Minimalismo Radical (Zaffaroni-Baratta), 186

2ª Parte – REFUNDAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA DO DIREITO PENAL, 193

- 1 Necessidade de uma Nova Dogmática Jurídico-Penal, 195
 - 1 Introdução, 195
 - 2 Conceito, 195
 - 3 Dogmática Jurídica Tradicional (Positivista), 197
 - 3.1 Objetividade da Lei, 198
 - 3.2 Neutralidade do Intérprete, 199
 - 4 Dogmática Jurídica Crítica (Pós-Positivista), 201
 - 4.1 Poder da Ideologia (Teorias Críticas do Direito), 203
 - 4.2 Fenômeno da Pré-Compreensão (Hermenêutica Filosófica), 204
 - 4.3 Eficácia Normativa dos Princípios, 207
 - 4.4 “Filtragem Constitucional”, 210
 - 5 Rumo a uma Nova Dogmática Penal, 211
- 2 Do Princípio da Legalidade ou da Reserva Legal, 215
 - 1 Introdução, 215
 - 2 Significado Jurídico (*Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege*), 218
 - 3 Origem Histórica, 221
 - 4 Importância Política (Reserva Absoluta da Lei), 223
 - 5 Medidas Provisórias e o Princípio da Legalidade, 225
 - 6 Inconstitucionalidade das “Normas Penais em Branco”, 227
- 3 Dos Desdobramentos do Princípio da Legalidade, 237
 - 1 Formulação Geral, 237
 - 2 Princípio da Irretroatividade da Lei Penal (*Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege Praevia*), 238

- 2.1 Inconstitucionalidade do art. 3º/CP (Leis Temporárias e Excepcionais), 246
 - 2.2 *Lex Mitior* em *Vacatio Legis* e Variações da Jurisprudência Penal, 247
 - 3 Princípio da Exclusão dos Costumes (*Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege Scripta*), 251
 - 3.1 *Costume in Malam Partem*, 251
 - 3.2 Função Interpretativa, 252
 - 3.3 *Costume in Bonam Partem*, 253
 - 3.4 Questão da Admissibilidade do Desuso, 254
 - 4 Princípio da Proscrição da Analogia (*Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege Stricta*), 257
 - 4.1 *Analogia in Malam Partem*, 257
 - 4.2 *Analogia in Bonam Partem*, 259
 - 4.3 Interpretação Extensiva e Analogia, 260
 - 5 Princípio da Taxatividade da Lei Penal (*Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege Certa*), 262
- 4 Do Princípio da Intervenção Mínima, 271**
- 1 Introdução, 271
 - 2 Fundamento (*Nulla Lex Poenalis Sine Necessitate*), 272
 - 3 Critério da Fragmentariedade do Direito Penal, 275
 - 4 Critério da Subsidiariedade do Direito Penal, 277
 - 5 Hipertrofia Penal, 280
 - 6 Direito Penal do Terror, 281
- 5 Dos Princípios Referentes à Teoria do Fato Punível, 283**
- 1 Princípio da Ofensividade ou da Lesividade (*Nullum Crimen Sine Iniuria*), 283
 - 1.1 Sociedade de Risco, Administrativização do Direito Penal e Direito Penal Simbólico, 300
 - 2 Princípio da Adequação Social (Hans Welzel), 304
 - 3 Princípio da Insignificância ou da Bagatela (Claus Roxin), 307
 - 4 Princípio da Responsabilidade Penal Pessoal, 319
 - 5 Princípio da Responsabilidade Penal Subjetiva, 322
 - 6 Princípio da Culpabilidade (*Nulla Poena Sine Culpa*), 326
 - 6.1 Admissão da Tese da “Coculpabilidade” (“Culpabilidade pela Vulnerabilidade”), 328
- 6 Dos Princípios Referentes à Teoria da Sanção Penal, 332**
- 1 Princípio da Individualização da Pena, 332
 - 2 Princípio da Personalidade ou Intranscendência da Pena, 335

- 3 Princípio da Racionalidade ou Humanidade da Pena, 338
- 4 Princípio da Proporcionalidade da Pena (“Proibição de Excesso”), 343
 - 4.1 Falácia Garantista, Proibição de Insuficiência e Garantismo Positivo, 349

Conclusão – Divagações Finais, 355

- 1 Racionalidade Abolicionista, 355
- 2 Dimensão Positiva das Teorias Críticas do Direito, 356
- 3 Direito Penal Conforme à Constituição, 357
- 4 Garantismo Positivo, 358
- 5 Um Sonho Possível?, 359

Referências Bibliográficas, 361