

STJ00096975

PAULO CÉSAR BUSATO

# Fundamentos para um Direito Penal Democrático

4ª Edição

SÃO PAULO  
EDITORA ATLAS S.A. – 2013

© 2012 by Editora Atlas S.A.

As duas primeiras edições foram publicadas pela Editora Lumen Juris;  
4. ed. 2013



Capa: Roberto de Castro Polisel  
Composição: Formato Serviços de Editoração Ltda.

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

Busato, Paulo César  
Fundamentos para um direito penal democrático / Paulo César Busato.  
– 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

Bibliografia.  
ISBN 978-85-224-7634-3  
eISBN 978-85-224-7752-4

1. Direito penal 2. Direito penal – Brasil 3. Pena (Direito) I. Título.

12-15430  
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

sys: 966782

# Sumário

*Apresentação da 4ª edição, xiii*

*Apresentação da 3ª edição, xvii*

*Apresentação da 2ª edição, xxi*

*Apresentação, xxiii*

*Prefácio, xxv*

## **CAPÍTULO I – A CIÊNCIA PENAL, 1**

### **§ 1º Conceito de Direito penal e ciência penal, 1**

- 1 Conceito de Direito penal, 1
- 2 Considerações sobre aspectos do conhecimento penal, 3
  - 2.1 A dogmática jurídico-penal, 4
  - 2.2 A Criminologia, 9
    - 2.2.1 A criminologia positivista, 11
    - 2.2.2 A criminologia social ou sociológica, 14
    - 2.2.3 A criminologia crítica, 15
    - 2.2.4 A criminologia pós-moderna, 17
  - 2.3 A política criminal, 20
  - 2.4 A penologia, 24
  - 2.5 A vitimologia, 25
- 3 O modelo integrado de Ciência penal, 28

## **§ 2º Missões do Direito Penal, 31**

- 1 Generalidades, 31
- 2 As missões do Direito penal, 32
  - 2.1 Posição da Criminologia crítica, 32
  - 2.2 Posicionamentos teóricos a respeito das missões do Direito penal, 35
    - 2.2.1 A missão de reforço dos valores ético-sociais da atitude interna, 35
    - 2.2.2 A missão de confirmação do reconhecimento normativo, 37
    - 2.2.3 A missão de defesa de bens jurídicos, 38
- 3 Função simbólica do Direito penal, 40

## **§ 3º Proteção de Bens Jurídicos, 42**

- 1 Generalidades, 42
- 2 Evolução histórica e diferentes concepções de bem jurídico, 45
  - 2.1 Origens. As concepções de Feuerbach e Birnbaum, 45
  - 2.2 A influência do positivismo. As concepções de Binding e Von Liszt, 46
  - 2.3 O rompimento com a norma. A concepção neokantista e a posição da Escola de Kiel, 48
  - 2.4 O pós-guerra. O neonaturalismo de Radbruch e o neo-ontologismo de Welzel, 49
  - 2.5 O abandono do bem jurídico em favor da norma. O funcionalismo sistêmico, 50
  - 2.6 O bem jurídico como referência político-criminal, 51
    - 2.6.1 Conceito jurídico-constitucional de bem jurídico, 51
    - 2.6.2 Conceito sociológico de bem jurídico, 52
- 3 Indefinição do conceito de bem jurídico, 54
  - 3.1 O problema dogmático. Bem jurídico e objeto material do delito, 54
  - 3.2 Tendência abstrata do conceito de bem jurídico, 55
- 4 A função garantista do bem jurídico no conteúdo da norma, 57
- 5 O monismo e o dualismo em relação ao bem jurídico, 58
- 6 Vantagens do bem jurídico como missão do Direito penal, 60
- 7 Funções que cumpre o bem jurídico, 62

## **§ 4º Direito Penal e Controle Social, 64**

- 1 Conceito de controle social, 64
- 2 O papel ideal e real do Direito penal como instrumento de controle social, 65
  - 2.1 O modelo ótimo de estruturação do controle social, 66
  - 2.2 Diferenças entre a instância penal e as demais instâncias de controle social, 67

- 2.3 A crise da sociedade moderna e a inversão do padrão de intervenção no controle social, 67
- 2.4 Estrutura básica das instâncias de controle, 68
- 3 O Direito penal como instrumento de controle social formalizado, 68
  - 3.1 Missões da formalização, 69
- 4 O delito como comportamento desviado: o poder de definição da sociedade para a seleção dos fatos danosos, 71
  - 4.1 Critérios para determinação da danosidade social, 72
  - 4.2 O problema da seleção e hierarquização dos valores e interesses sujeitos à proteção do sistema penal, 73
- 5 Natureza seletiva e discriminatória do controle social jurídico-penal, 75
  - 5.1 Controle social e modelo de Estado, 76
  - 5.2 Seletividade e discriminação do controle social, 84

## **CAPÍTULO II – DIREITO PENAL COMO SISTEMA NORMATIVO, 87**

### **§ 1º Dimensão técnica da norma penal, 87**

- 1 Generalidades, 87
- 2 Normas primárias e normas secundárias, 88
- 3 Estrutura da norma penal, 90
  - 3.1 Construção dinâmica da estrutura da norma, 92
- 4 Conteúdo da norma penal, 93
  - 4.1 A norma como regra de determinação, 93
  - 4.2 A norma como concepção valorativa, 97
  - 4.3 Posição mista, 99
  - 4.4 Pretensão oculta da norma, 101
- 5 As técnicas de formulação jurídica das normas penais: as normas penais em branco, 102
  - 5.1 As normas penais em branco, 103
  - 5.2 Norma penal em branco e bem jurídico, 108

### **§ 2º Dimensão Legislativa da Norma Penal, 110**

- 1 Generalidades, 110
- 2 A pretensão de validade da lei penal no espaço, 111
  - 2.1 Territorialidade, 112
    - 2.1.1 O princípio de territorialidade, 112
    - 2.1.2 Do conceito de território na lei penal brasileira, 112
  - 2.2 Extraterritorialidade, 114
    - 2.2.1 Hipóteses de extraterritorialidade. A necessidade ou não de submissão a condições prévias, 114

- 2.2.1.1 A extraterritorialidade incondicionada, 114
- 2.2.1.2 A extraterritorialidade condicionada, 115
- 2.2.2 Os princípios relativos à lei penal no espaço, aplicáveis às hipóteses de extraterritorialidade segundo a legislação brasileira, 115
  - 2.2.2.1 Princípio real, de defesa ou de proteção, 115
  - 2.2.2.2 Princípio da nacionalidade ou da personalidade, 116
  - 2.2.2.3 Princípio da universalidade ou cosmopolita, 116
  - 2.2.2.4 Princípio da representação ou bandeira, 116
- 2.3 Da limitação da aplicação do direito penal brasileiro em face das pessoas. As imunidades, 117
  - 2.3.1 Imunidades diplomáticas, 118
  - 2.3.2 Imunidades parlamentares, 119
    - 2.3.2.1 Imunidade material ou substancial, 119
    - 2.3.2.2 Imunidade formal ou relativa, 120
- 2.4 Lugar do crime, 121
- 2.5 A extradição, 122
  - 2.5.1 Espécies de extradição, 122
  - 2.5.2 O princípio de reciprocidade e a exigência de tratado bilateral para a concessão de extradição, 122
  - 2.5.3 Condições para a concessão de extradição, 123
  - 2.5.4 Vedações à concessão de extradição, 123
  - 2.5.5 Procedimento para a extradição, 124
- 3 A pretensão de validade da lei penal no tempo, 125
  - 3.1 A expressão do princípio de legalidade. Critério geral e exceção, 125
  - 3.2 Hipóteses comuns de conflitos de leis penais no tempo, 128
  - 3.3 As leis intermediárias, 129
  - 3.4 Leis temporárias ou excepcionais, 130
  - 3.5 Combinação de leis e normas. O caso da chamada *Lex Tertia*, 131
  - 3.6 Sucessão do complemento da lei penal em branco, 133
  - 3.7 Sucessão de leis processuais penais, 135
  - 3.8 Sucessão de jurisprudência, 137
  - 3.9 O tempo do crime, 138

### § 3º Os Limites do Direito Penal, 141

- 1 O Direito penal e o Estado social e democrático de Direito, 141
- 2 Princípio de legalidade, 145
  - 2.1 Limite formal do princípio de legalidade, 146
  - 2.2 Origem histórica, 146
  - 2.3 Significado do princípio de legalidade: político e técnico, 151

- 2.3.1 Significado e alcance político do princípio de legalidade, 151
- 2.3.2 Significado e conteúdo técnico do princípio de legalidade, 153
- 2.4 Das garantias individuais derivadas do princípio de legalidade, 155
  - 2.4.1 Garantia criminal (*nullum crimen sine lege*), 155
  - 2.4.2 Garantia penal (*nulla poena sine lege*), 156
  - 2.4.3 Garantia jurisdicional (*nemo damnatur nisi per legale iudicium*), 156
  - 2.4.4 Garantia de execução, 156
- 2.5 Requisitos das normas jurídicas, 157
  - 2.5.1 Reserva absoluta da lei (*lex scripta*), 157
    - 2.5.1.1 Exclusividade da lei, 157
    - 2.5.1.2 Exclusão do costume, 158
  - 2.5.2 Irretroatividade da lei penal (*lex praevia*), 159
  - 2.5.3 Comando de determinação (*lex certa* e *lex stricta*), 162
    - 2.5.3.1 O comando de determinação de *lex certa*, 162
    - 2.5.3.2 A proibição da analogia (*lex stricta*), 164
- 3 O princípio de intervenção mínima e suas vertentes, 166
  - 3.1 A fragmentariedade, 167
  - 3.2 A subsidiariedade, 170
  - 3.3 Critérios de determinação do princípio de intervenção mínima, 174
  - 3.4 Efeitos do princípio de intervenção mínima, 177
- 4 Princípio da culpabilidade, 181
  - 4.1 Origem do princípio, 182
  - 4.2 Momento atual do princípio de culpabilidade, 185
    - 4.2.1 A origem da crise: determinismo × livre-arbítrio, 186
    - 4.2.2 A capacidade de motivação normal: uma fraude, 187
    - 4.2.3 As verdadeiras raízes da crise da culpabilidade, 189
    - 4.2.4 Algumas propostas de solução, 193
      - 4.2.4.1 A diferenciação entre culpabilidade jurídica e culpabilidade ética, 193
      - 4.2.4.2 A culpabilidade como limite. A proposta de Roxin, 195
      - 4.2.4.3 A culpabilidade sem reprovação. A proposta de Hassemer, 197
      - 4.2.4.4 A liberdade como fundamento da linguagem jurídica da ação, 198
  - 4.3 As garantias derivadas do princípio de culpabilidade, 199
    - 4.3.1 A responsabilidade pessoal, individual, 200
    - 4.3.2 A responsabilidade subjetiva ou culpabilidade em sentido estrito, 201

- 4.3.3 A responsabilidade pelo fato, 203
- 4.3.4 A presunção de inocência ou não consideração prévia de culpabilidade, 205
- 4.3.5 A individualização da pena, 207

## **CAPÍTULO III – CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO DELITO, 209**

### **§ 1º Das Penas, 209**

- 1 Introdução, 210
- 2 Os discursos a respeito do fundamento da pena, 215
  - 2.1 As teorias absolutas. O retribucionismo, 215
    - 2.1.1 Generalidades, 215
    - 2.1.2 Exponentes da teoria retributiva da pena, 216
      - 2.1.2.1 A concepção retributiva da pena em Kant, 216
      - 2.1.2.2 A concepção retributiva da pena em Hegel, 217
      - 2.1.2.3 Outros expoentes do retribucionismo, 218
    - 2.1.3 Comentários críticos ao retribucionismo, 220
  - 2.2 Teorias relativas. A prevenção, 223
    - 2.2.1 Prevenção geral (negativa), 223
    - 2.2.2 Comentários críticos sobre a prevenção geral negativa, 224
    - 2.2.3 Prevenção especial (positiva e negativa), 227
    - 2.2.4 Comentários críticos sobre a prevenção especial, 231
  - 2.3 Teorias mistas ou da união. A pena como prevenção e retribuição, 233
    - 2.3.1 Linhas gerais, 234
    - 2.3.2 Comentários críticos às teorias mistas, 238
- 3 A prevenção geral positiva. Os modelos derivados das concepções sociológico-funcionalistas, 241
  - 3.1 Os modelos funcionalistas de prevenção geral positiva, 244
    - 3.1.1 Prevenção geral positiva fundamentadora, 244
    - 3.1.2 Prevenção geral positiva desde postulados garantistas (limitadora), 247
    - 3.1.3 Comentários críticos sobre a prevenção geral positiva, 249
- 4 O discurso criminológico da pena, 252
  - 4.1 Teoria materialista-dialética, 253
  - 4.2 Teoria negativa-agnóstica, 255
  - 4.3 Considerações críticas sobre as teorias criminológicas da pena, 258
- 5 Considerações finais sobre os fins e missões das consequências jurídicas do delito, 266



- 5.1 Os reflexos da adoção dessa perspectiva na questão da prisão processual, 271

## **§ 2º As Medidas de Segurança, 273**

- 1 Introdução, 273
- 2 Presença na legislação penal, 276
- 3 Periculosidade social frente à periculosidade criminal, 278
- 4 Pressupostos e fundamentos das medidas de segurança pós-delituais, 279
  - 4.1 A realização de um fato típico e antijurídico, 280
  - 4.2 A concorrência da periculosidade criminal como fundamento da medida de segurança, 281
- 5 Garantias que revestem a regulação das medidas de segurança, 282
  - 5.1 Legalidade das medidas de segurança, 282
  - 5.2 Jurisdicionalidade da aplicação das medidas de segurança, 282
  - 5.3 Garantia de execução das medidas de segurança, 282
  - 5.4 Periculosidade criminal como fundamento das medidas de segurança, 283
  - 5.5 Culpabilidade como leme das medidas de segurança, 283

## **§ 3º Semi-imputabilidade, Monismo e Dualismo, 285**

- 1 Os casos de semi-imputabilidade. Um problema não resolvido, 285
- 2 A reaproximação a um sistema unitário, 287
  - 2.1 A crise do sistema de dupla via, 289
    - 2.1.1 A inexistência da figura do semi-imputável, 289
    - 2.1.2 A afirmação do Estado de Direito através das consequências jurídicas do injusto, 291
    - 2.1.3 A “fraude de etiquetas”, 293
  - 2.2 O sistema vicariante. Uma forma de redução do problema, 295
  - 2.3 A tendência atual, 299
    - 2.3.1 A limitação da aplicação das consequências jurídicas do delito pela dimensão dogmática da culpabilidade, 300
    - 2.3.2 A limitação da aplicação das consequências jurídicas do delito pelo princípio de culpabilidade, 301
    - 2.3.3 Os efeitos da pena e da medida de segurança, 304
    - 2.3.4 A falta de exclusividade da pena e da medida de segurança, 307
- 3 De que sistema unitário estamos falando? A estrada circular e a espiral, 308