



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – DCJ
CURSO DE DIREITO

YAGGO LEITE AGRA

**A RECEPÇÃO LEGISLATIVA DA REFORMA DA PARTE GERAL DO CÓDIGO
PENAL PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

SANTA RITA
2019

YAGGO LEITE AGRA

**A RECEPÇÃO LEGISLATIVA DA REFORMA DA PARTE GERAL DO CÓDIGO
PENAL PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Leonam Baesso da Silva Liziero

SANTA RITA

2019

Catálogo na publicação
Seção de Catálogo e Classificação

A277r Agra, Yaggo Leite.

A RECEPÇÃO LEGISLATIVA DA REFORMA DA PARTE GERAL DO CÓDIGO
PENAL PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 / Yaggo
Leite Agra. - Santa Rita, 2019.
49 f.

Orientação: Leonam Baesso da Silva Liziero.
Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/SANTA RITA.

1. Recepção Legislativa. 2. Constituição Federal de 1988.
3. Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940. I.
Liziero, Leonam Baesso da Silva. II. Título.

UFPB/CCJ

YAGGO LEITE AGRA**A RECEPÇÃO LEGISLATIVA DA REFORMA DA PARTE GERAL DO CÓDIGO
PENAL PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Leonam Baesso da Silva Liziero

Data de aprovação: __/__/__

Nota: _____

Banca Examinadora:

Professor Dr. Leonam Baesso da Silva Liziero

1º Avaliador

2º Avaliador

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por todas as bênçãos que derramou sobre mim durante toda a minha vida, permitindo que eu pudesse alcançar inúmeras vitórias, sempre guiando meus passos.

Aos meus pais, Maria de Fátima e Joselito, e ao meu irmão Ítallo, por todo amor, incentivo e dedicação. Por não medirem esforços, movendo céus e terras para que eu pudesse chegar até aqui. Por todo suporte que me deram ao longo dessa jornada, me fortalecendo e me preparando para trilhar caminhos de sucesso.

À minha namorada, Celyane, pelo carinho, apoio e suporte, sempre me entendendo nos momentos de dificuldades e me proporcionando os melhores sentimentos desse mundo.

Aos meus amigos, que dividiram comigo as angústias e alegrias da graduação, me oferecendo a verdadeira amizade, a qual levarei para toda a vida.

Ao meu orientador, Leonam, pela paciência, prestatividade e orientações, que foram imprescindíveis para a realização deste Trabalho de Conclusão de Curso.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo discorrer sobre a recepção legislativa, por parte da Constituição Federal de 1988, das principais propostas aprovadas ao Código Penal de 1940 e dos princípios penais fundamentais, à luz da Reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984. Analisa-se também a relevância e contribuição dessas propostas inovadoras, dos princípios penais fundamentais e da recepção legislativa na construção e fortalecimento de um Estado democrático de direito. Ressalta-se ainda a necessidade vital do Direito Penal, sendo o último meio de controle social, de se modificar e atualizar conforme as necessidades sociais para que seja eficiente no que se propõe, na prevenção e no combate ao crime, para que não venha a comprometer sua eficácia. Na metodologia empregada, utilizou-se do método de procedimento bibliográfico e de abordagem dedutivo, a partir da avaliação da doutrina de livros, artigos e legislações; assim como o método comparativo, uma vez que se objetivou executar uma breve análise comparativa das normas pátrias que versam sobre a legislação penal. Objetiva-se, portanto, compreender sob quais parâmetros principiológicos penais – constitucionais, a reforma da parte geral do Código Penal brasileiro obteve, em 1984, sua recepção pela Constituição Federal de 1988.

Palavras - chave: Recepção legislativa. Constituição Federal de 1988. Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940.

ABSTRACT

This paper aims to discuss the legislative approval, by the Federal Constitution of 1988, of the main proposals approved to the Penal Code of 1940 and the fundamental criminal principles, guided by the Reform of the General Part of the Penal Code in 1984. It is analyzed the relevance and contribution of these innovative proposals, the fundamental criminal principles and the legislative reception in the construction and strengthening of a democratic State of law. It is also important to emphasize the vital need of criminal law, the last means of social control, to be modified and updated according to social needs so that it is efficient in what it proposes, in preventing and combating crimes, in order not to compromise its effectiveness. In the methodology used, the method of bibliographic procedure and deductive approach was used, based on the evaluation of the doctrine of books, articles and legislation; as well as the comparative method, since it was intended to carry out a brief comparative analysis of the national norms that deal with criminal law. The objective is, therefore, to understand to what extent the reform of the general part of the Brazilian Penal Code obtained, in 1984, its reception by the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Legislative approval. Federal Constitution of 1988. Reform of the General Part of the Penal Code of 1940.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	08
2. CONTEXTO SOCIAL BRASILEIRO E A REFORMA DO CÓDIGO PENAL EM 1984	09
2.1 Breves considerações sobre o Código Penal brasileiro de 1940	11
2.2 A reforma proposta à Parte Geral do Código Penal em 1984	13
2.2.1 Da aplicação da lei penal.....	14
2.2.2 Da anterioridade da lei penal.....	15
2.2.3 Do crime.....	15
2.2.4 Da imputabilidade penal.....	17
2.2.5 Do concurso de pessoas.....	17
2.2.6 Das medidas de segurança.....	19
2.2.7 Da exclusão de ilicitude.....	20
2.2.8 Das penas.....	20
3. AS PROPOSTAS APROVADAS AO CÓDIGO PENAL E OS PRINCÍPIOS PENAIS FUNDAMENTAIS RECEPCIONADOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	24
3.1 A análise das propostas aprovadas ao Código Penal e recepcionadas pela Constituição Federal de 1988	24
3.1.1 Das medidas de segurança.....	25
3.1.2 A reformulação do instituto do erro.....	26
3.1.3 Do concurso de pessoas.....	28
3.1.4 Das penas.....	29
3.1.5 Do crime continuado.....	30
3.2 Os princípios penais fundamentais da Reforma Penal de 1984, consolidados pela Constituição Federal de 1988	32
3.2.1 Princípio da legalidade.....	32
3.2.2 Princípio da intervenção mínima do Direito Penal.....	34
3.2.3 Princípio da culpabilidade.....	35
3.2.4 Princípio da irretroatividade da lei penal.....	37
3.2.5 Princípio da insignificância.....	38
3.2.6 Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal.....	39
3.2.7 Princípio da Humanidade da Pena.....	40
3.3 O fenômeno da recepção legislativa	42
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS	47

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo busca trazer à tona a discussão sobre: “A Recepção Legislativa da Reforma da Parte Geral do Código Penal pela Constituição Federal de 1988”, a partir da legislação constitucional e penal brasileira, com base em autores especialistas.

Em virtude da inadequação da legislação penal vigente à época, oriunda da década de 40, frente às demandas e transformações ocorridas na sociedade brasileira, foram realizados congressos, palestras e debates incentivando, e também demonstrando a importância da modernização penal brasileira.

No contexto social anterior à Reforma Penal de 1984 predominavam elevadas estatísticas oficiais atestando o crescimento da criminalidade, novas modalidades de delito, a manutenção da pena de prisão como resposta central ao crime e a superlotação carcerária, o desprezo da comunidade ao apenado e seu impacto no crescimento da reincidência criminal, o refinamento tecnológico na prática delitiva. Esses eram alguns dos elementos que clamavam pelo aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos no controle do crime.

Diante disso, o presente trabalho tem como objetivo discorrer sobre a recepção legislativa, por parte da Constituição Federal de 1988, das principais propostas aprovadas ao Código Penal de 1940 e dos princípios penais fundamentais, à luz da Reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984.

Dessa forma, o problema objeto deste estudo consiste em identificar sob quais parâmetros principiológicos penais – constitucionais, a reforma da Parte Geral do Código Penal Brasileiro, em 1984, obteve sua recepção legislativa pela Constituição Federal de 1988 ?

Assim como as demais ciências jurídicas, o Direito Penal fundamenta-se em certos princípios jurídicos, que servem para orientar todo o ordenamento penal. Os princípios penais formam o centro fundamental do Direito Penal, funcionando como alicerce para a construção da definição do delito, impondo limites ao poder de punição por parte do Estado, sustentando-se para a interpretação e aplicação da lei penal.

No primeiro capítulo, buscou-se contextualizar socialmente e relacionar o momento vivido pela sociedade brasileira com a reforma penal de 1984, elucidando diversas de suas propostas.

No capítulo seguinte, o fenômeno da recepção legislativa e seus atributos foram definidos, assim como os princípios fundamentais do Código Penal consolidados pela Constituição Federal de 1988, à luz da reforma penal de 1984. Além disso, procedeu-se também à análise detalhada das propostas aprovadas ao Código Penal e recebidas pela Constituição Federal de 1988.

Por fim, serão tomadas as considerações finais acerca deste estudo, conduzindo à reflexão do assunto abordado e as conclusões obtidas.

Para tanto, como metodologia, utilizou-se o método de procedimento bibliográfico e de abordagem dedutiva, a partir da avaliação da doutrina de livros, artigos e legislações; assim como o método comparativo, uma vez que se objetivou executar uma breve análise comparativa das normas pátrias que versam sobre a legislação penal.

2. CONTEXTO SOCIAL BRASILEIRO E A REFORMA DO CÓDIGO PENAL EM 1984

O discurso que instruiu a reforma penal de 1984 estava, segundo a exposição de motivos da Lei nº 7.209/1984, assentado na inadequação da legislação penal frente às demandas da sociedade brasileira. A tensão das estatísticas oficiais da criminalidade, as novas modalidades de delito, a manutenção do emprego da pena de prisão como resposta central ao crime, a superlotação carcerária, o desprezo da comunidade ao apenado e seu impacto no crescimento da reincidência criminal, o refinamento tecnológico na prática delituosa, eram alguns dos elementos que clamavam pelo aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos no controle do crime.

Logo, diante de inúmeras transformações sociais ocorridas desde a criação do Código Penal, em 1940, motivada por alguns desses elementos acima, sentia-se a necessidade de adaptação do ordenamento jurídico penal pátrio. Assim, a ciência jurídica lançou, especificamente no âmbito penal, teorias a fim de modernizar concepções em virtude da preocupação em preservar sua eficácia¹. A visão de crime, transgressor e pena também requereu cuidados do legislador para que a legislação penal não se afastasse da prática social.

Desejava-se a abolição do princípio da responsabilidade objetiva, da presunção do conhecimento da ilicitude, o redimensionamento do sistema de penas, a inserção de medidas de segurança de acordo com a necessidade brasileira e o emprego da pena como instrumento de reprovação político-jurídico do transgressor.

Também se almejava uma visão humana do infrator², não apenas uma visão através do conceito normativo de alguém que tenha praticado um crime, mas, prioritariamente, uma visão mais humana, instituindo-se a execução do exame de personalidade, sob pena da manutenção da ineficácia da sanção penal, sem o correto entendimento dos fatores criminológicos envolvidos.

Nesse sentido, Dotti³ corrobora com a intenção de posicionar o homem como objetivo final dessas modificações:

¹CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Código Penal de 1984: Antecedentes. Ideologia. Princípios. Orientação. Finalidade. Revista de Informação Legislativa, Brasília, p. 148, abr. 1985. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181608>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

² CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Código Penal de 1984: Antecedentes. Ideologia. Princípios. Orientação. Finalidade. Revista de Informação Legislativa, Brasília, p. 148, abr. 1985. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181608>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

³DOTTI, René Ariel. Bases e alternativas para o sistema de penas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 234.

O destino da reforma do sistema de penas, portanto, deve constituir um fenômeno vertido para a comunidade, encarnada pelo Estado que respeita os princípios fundamentais de um pacto garantidor das relações entre os indivíduos e o público.

O delito é uma forma de expressão da personalidade resultante de aspectos antropológicos, psicológicos e sociais que explicam a ação de indisciplina social. Ou seja, a exata dimensão do delinquente só será conhecida a partir de seu cuidadoso estudo e dos elementos que influenciam a prática criminosa, para que a pena seja aplicada de forma que possa confrontar a origem da conduta ilícita exercida.

Ensejava-se, portanto, adiantar a remodelação do anacrônico e deficiente sistema penal brasileiro, já vista como imprescindível no período, assim como a tão pleiteada modernização dos procedimentos e da própria estrutura da justiça criminal, assim como a elaboração de uma política criminal capaz de reordenar o sistema penitenciário.

As concepções que basearam o rol de crimes foram sendo alteradas ao passar do tempo, modificando os modelos de comportamento, possibilitando descriminalização de condutas⁴. Ao mesmo tempo em que o progresso científico e tecnológico estimulou a introdução, no âmbito punitivo, de atos danosos ao interesse público.

Essa compreensão global da necessidade de reforma do Código Penal, de maneira que pudesse reproduzir, inclusive no âmbito científico, os mais modernos ideais doutrinários, vinculados à cultura local, fosse munido da eficácia imprescindível às normas legais.

Foi estabelecido então, o cenário de uma imensa transformação do sistema penal brasileiro, que seria implementada em duas fases: Parte Geral do Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Execuções Penais; depois, a Parte Especial do Código Penal e a Lei de Contravenções Penais⁵.

A Parte Geral que trata dos princípios básicos do direito penal foi totalmente reformada no ano de 1984, através da lei 7.209, sendo que esta reformulação se deu com o acréscimo de novos conceitos, e a nova consolidação do sistema de

⁴BRASIL. Lei nº 7.209/1984. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-exposicaodemotivos-148879-pl.html>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

⁵ TORELLY, Márcia Weinert de Abreu. Código Penal: Anteprojeto de Lei (Parte Geral) comparado ao Código Vigente. Revista de Informação Legislativa, Brasília, p. 306, abr. 1981. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181282>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

cumprimento de penas, progressão de regime, regressão, penas alternativas, prestação de serviços à comunidade e restrição de direitos, e ainda a lei 7.210, com a mesma data de aniversário reformulou amplamente e positivamente a lei execução penal – LEP.

A Parte Especial, por sua vez, poderia ser desenvolvida com maior aprofundamento e ponderação em virtude da relevância de matérias imensamente controversas. Assuntos envolvendo moral e religião, por exemplo, foram intensamente discutidos.

O envio do então anteprojeto de lei ao Congresso Nacional foi precedido de enorme exposição e discussão. Participaram da elaboração dessa reforma penal os juristas Francisco de Assis Toledo, Presidente da Comissão, Francisco de Assis Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Júnior, Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci e René Ariel Dotti. O anteprojeto foi aprovado e convertido na Lei 7.209, de 11 de junho de 1984, que começou a vigorar em 13 de janeiro de 1985.

2.1 Breves considerações sobre o Código Penal Brasileiro de 1940

O Código Penal vigente foi elaborado durante o período ditatorial, conhecido como Estado Novo, conduzido pelo então Presidente da República, Getúlio Vargas. O Ministro da Justiça, Francisco Campos, incumbiu o professor da Faculdade de Direito de São Paulo, Alcântara Machado⁶, para preparar um projeto do Código Criminal. Então, uma comissão de ilustres juristas da época, sob o comando de Alcântara Machado, ficou encarregada de elaborar o anteprojeto. Essa comissão era formada por renomados especialistas como Nelson Hungria, Antonio Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e Roberto Lira. O anteprojeto foi sancionado em 7 de dezembro de 1940 e começou a vigorar em 1º de janeiro de 1942, por meio do Decreto Lei nº 2.848/1940⁷.

As normas centrais que coordenam fundamentalmente a persecução penal permanecem sendo as da década de 40, condizentes com a época que entraram em vigor, o Estado Novo. Foi um regime autoritário que perdurou de 1937 a 1945, cuja

⁶ Inicialmente, provocou estranhamento a decisão por Alcântara Machado, que já teria sido um dos líderes intelectuais da Revolução Paulista de 1932 em prol da constitucionalização do poder contra o prolongado governo provisório de Getúlio Vargas.

⁷ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 221.

base jurídica foi a Carta ditatorial de 1937. O novo Código Penal buscou inspiração, no *Código Rocco*⁸ da Itália, concebido durante o regime fascista enfrentado pela Itália no decorrer de 1930.

Ele adotou uma política criminal de transação e conciliação, envolvendo princípios das escolas clássica e positivista, assim, a doutrina o qualifica como eclético⁹. No entanto, não teria assumido, abertamente, engajamento evidente com nenhuma das correntes que propunham respostas para as adversidades penais.

O código foi alvo de muitos elogios por parte da crítica estrangeira. O Congresso de Santiago do Chile revelou, em 1941, que a legislação penal brasileira simbolizou um relevante desenvolvimento jurídico, fosse em termos de estrutura, técnica ou das avançadas instituições que continham. Apesar de ter sido encomendado por um governo ditatorial, o Código Penal de 1940 apresenta, fielmente, princípios de um direito punitivo democrático e liberal. Esse louvor é bem ilustrado por Nelson Hungria:

Relembremos, com ufania, que penalistas e criminólogos de 19 países americanos, reunidos em Santiago do Chile, em 1941, proclamaram que o novo Código Penal brasileiro representa um notável progresso jurídico, tanto por sua estrutura, quanto por sua técnica e avançadas instituições que contém. Não se trata de uma obra de carregação. Derivou ele de aturados esforços, de conscienciosos estudos e longas meditações, que se vieram processando desde a fase primitiva do Projeto Sá Pereira. Nenhum dos seus dispositivos resultou de leviana improvisação. Tudo nele foi pensado, contado e medido. Os mais recentes Códigos Penais, as mais modernas doutrinas e teorias, as sugestões de política criminal contemporânea, os mais apurados ensinamentos da técnica jurídico- penal, as múltiplas lições da nossa experiência, todos os dados, em suma, indispensáveis à execução de trabalho de tal alta responsabilidade, foram perquiridos, analisados, balanceados e discutidos, a propósito de cada uma das fórmulas que vieram a ser definitivamente assentadas. Nada foi ali inserto arbitrariamente. Nada foi ali escrito porque já tivesse sido escrito antes, mas porque se entendeu, após demorada ponderação, que era realmente o que devia ser escrito¹⁰.

⁸Brasil. Projeto de Lei 236/2012. Disponível em: <http://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/unidades/procuradoria_geral/nicceap/legis_armas/Legislacao_completa/Anteprojeto_Codigo_Penal.pdf> Acesso em: 27 nov. 2018.

⁹ Nas palavras de Oscar Tenorio: Quando verificamos o ecletismo do vigente Código Penal, podemos dizer, mesmo na falta do registro dos trabalhos da Comissão, que ele resultou do entendimento e da transigência dos seus membros, sendo elemento de coordenação o espírito independente de Vieira Braga, que venceu os dissídios doutrinários dos demais componentes. TENORIO, Oscar. Da aplicação da lei penal. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto. p. 91-92. 1942

¹⁰ FRAGOSO, Heleno Claudio. In Notas explicativa. HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, volume I, tomo I: arts. 1º ao 10, por Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso. 5a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976.

O sistema duplo-binário foi implementado, no qual o semi-imputável cumpre inicialmente a pena privativa de liberdade e, ao seu final, caso tenha sido mantida a presença da periculosidade, deve ser sujeitado a uma medida de segurança.

Foi modificado por alguns dispositivos, como a lei nº 6.416/77 que o alterou para inserir e dispor acerca dos estabelecimentos prisionais abertos e semiabertos. É fragmentado pela parte geral que cuida de assuntos pertinentes a aplicabilidade, características, explicações e permissões contidas na lei penal; e pela parte especial que trata dos crimes em si, descrevendo condutas e penas a serem impostas.

A parte geral se divide em oito títulos, estabelecendo as penas e medidas de segurança, e a parte especial é organizada por onze títulos, representados cada um por um bem jurídico penalmente tutelado.

2.2 A reforma proposta à parte geral do Código Penal brasileiro em 1984

A nova legislação penal apresentou cinco artigos: A) o art. 1º deu nova redação aos cento e vinte artigos que compunham a Parte Geral do Código Penal de 1940, divididos em oito Títulos, adotando a mesma terminologia, com exceção ao Título III “Da Imputabilidade Penal” (ao invés de “Da Responsabilidade”), e o Título IV “Do Concurso de Pessoas” (ao invés de “Da Co-Autoria”); B) o art. 2º aboliu, na Parte Especial do Código Penal de 1940 e nas leis penais especiais, quaisquer referências a valores de multas, substituindo-se a expressão multa de por multa; C) o art. 3º, caput da Lei 7.209/84, determinou que “dentro de um ano, a contar da vigência desta Lei (ou seja, a partir de 13 de janeiro de 1985), a União, Estados, Distrito Federal e Territórios tomarão as providências necessárias para a efetiva execução das penas restritivas de direitos, sem prejuízo da imediata aplicação e do cumprimento dessas penas onde seja possível”. No parágrafo único do art. 3º foi demonstrado que “nas Comarcas onde ainda não for possível a execução das penas previstas nos incisos I e III do art. 43 do Código Penal (que dispõem sobre a “prestação de serviços à comunidade” e a “limitação de fim de semana”), poderá o juiz, até o vencimento do prazo de que trata este artigo, optar pela concessão da suspensão condicional, observado, no que couber, o disposto nos arts. 77 (que cuida dos requisitos da suspensão da pena) a 82 (ou seja, toda a matéria relativa, na reforma do Código, ao sursis); D) o art. 4º definiu que “o Poder Executivo fará republicar o Código Penal com seu texto atualizado”; E) e o art. 5º tratou da vacatio

legis, de seis meses, em que esta lei entrou em vigor a partir de 13 de janeiro de 1985.

Logo, dos cinco artigos da Lei 7.209/84, um (o art. 1º) modificou toda a Parte Geral do Código Penal de 1940; dois (art. 2º e -4º) foram disposições gerais; um (art. 3º e seu parágrafo único) foram disposições transitórias; e o último (art. 5º), disposições finais.

O anteprojeto apresentou diversas propostas visando efetuar as modificações necessárias para a adequação da legislação penal aos reclames sociais de sua época.

2.2.1 Da aplicação da lei penal

A aplicação da lei penal é o título inicial do Código Penal, tema de relevância extrema, pois regula o procedimento que deve ser dirigido à sua execução. O assunto aborda não só os delitos ocorridos no Brasil, mas também no exterior. Trata da lei penal no tempo e no espaço.

O anteprojeto continuou adepto ao critério da lei mais favorável ao réu de processo criminal. Esse princípio determina que em caso de superveniência de lei penal mais benéfica ao réu, ainda que após sentença condenatória transitada em julgado, o acusado seja contemplado pelo dispositivo. Esse princípio era amparado, inclusive, pela Constituição Federal de 1967 em seu artigo 153, § 16.

Nesse sentido, disciplinavam o artigo 2º e seu parágrafo único do anteprojeto:

Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - A lei posterior que, de qualquer modo, favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, mesmo que já julgados.

O tempo do crime, regulado pelo artigo 6º, se caracteriza pelo instante em que a conduta, ação ou omissão, foi efetuada. O momento da produção do resultado provocada pela conduta delituosa é irrelevante para essa classificação. Essa é a denominada teoria da atividade.

Quanto à lei penal no espaço, os artigos 4º e 5º regulavam sobre, respectivamente, o princípio da territorialidade e o lugar do crime. O princípio da

territorialidade é a regra geral na qual a lei brasileira deve ser aplicada aos crimes praticados em território nacional. Enquanto o art. 4º, §1 definiu o conceito de território nacional, o parágrafo segundo estipulou outras hipóteses de aplicação da lei penal brasileira.

O artigo 5º estabeleceu, por sua vez, o lugar do crime como sendo aquele em que o delito fosse cometido, por meio de conduta total ou parcial, assim como onde o resultado foi produzido ou deveria ter sido. É chamado de princípio da universalidade.

O princípio da extraterritorialidade, que consiste na aplicação da lei penal brasileira ainda que o crime tenha sido cometido no exterior, foi adotado pelo artigo 7º.

2.2.2 Da anterioridade da Lei Penal

O princípio da anterioridade da lei foi totalmente preservado no anteprojeto. Ele está positivado em nosso ordenamento desde a Constituição do Império. Logo, não faria sentido algum invalidá-lo. Ele garante que nenhum fato possa ser considerado crime sem a existência de uma lei anterior que defina a conduta realizada como ilícita. Trata-se de um marco absoluto na promoção do direito à liberdade e à segurança jurídica. É uma forma de limitar abusos do poder estatal no campo das liberdades individuais do cidadão. Também é conhecido como o princípio da reserva legal.

2.2.3 Do Crime

A legislação criminal brasileira não define, especificamente, o conceito de crime. A Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro (Decreto lei 3.914/41), sem nenhuma intenção científico-doutrinária, em seu artigo 1º, apenas diferencia as infrações penais tomadas como crimes daquelas que constituem contravenções penais: *“Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”*

O artigo 13 do anteprojeto explicava o crime a partir do nexo de causalidade. A teoria do nexo de causalidade adotada pela legislação penal brasileira exige, para a devida responsabilização penal, a produção do resultado do delito por meio da conduta ilícita, comissiva ou omissiva, adotada pelo agente. Segundo o qual, “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

Assim, a primeira parte do dispositivo afirma que a relação de causalidade limita-se aos crimes de resultado (materiais)¹¹. A segunda parte consagra a adoção da teoria da equivalência das condições¹², para determinar a relação de causalidade.

No entanto, existem três circunstâncias necessárias à responsabilização penal do autor do crime, segundo Roxin¹³: 1) o agente deve ter criado diante de sua conduta um risco proibido; 2) a realização desse risco no resultado; 3) o resultado produzido entre no âmbito de proteção da norma penal.

Essa teoria é a teoria da imputação objetiva. Ela visa afastar a responsabilidade penal antes de se adentrar no juízo do elemento subjetivo do delito, o dolo ou a culpa. Não pretende, portanto, responsabilizar de forma objetiva qualquer infrator, conforme seu nome pode dar a entender, até mesmo porque a legislação penal brasileira veda essa possibilidade, exceto no caso de crimes ambientais por parte de pessoas jurídicas.

O anteprojeto manteve, nos seus artigos 14, 15, 17 e 18, os preceitos relativos aos artigos 12, 13, 14 e 15 do Código Penal de 1940. Esses preceitos eram relativos às definições de crime consumado, tentado, desistência voluntária, arrependimento eficaz, crime impossível, crime doloso e culposos.

Contrariamente ao Código Penal, o anteprojeto destaca a importância da omissão e especifica suas espécies. Nele, o dever de agir compete a quem tenha

¹¹ Classificação do crime em que sua consumação é indispensável para a produção de um resultado separado do comportamento que o precede. Conferir em: BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 281. v. 1.

¹² É a chamada teoria da *conditio sine qua non*, que não distingue como preponderante nenhum dos diversos antecedentes causais de um determinado resultado. Todo fator - seja ou não atividade humana - que contribui, de alguma forma, para a ocorrência do evento é causa deste evento. Conferir em: BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 317. v. 1.

¹³ Conferir em: BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 329. v. 1.

por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; a quem tenha assumido a responsabilidade de impedir o resultado; a quem criou o risco da ocorrência do resultado por meio de comportamento anterior. Dessa forma, considera-se relevante a omissão na qual o agente fique inerte e deixe de cumprir seu dever, ou não impeça resultados oriundos de suas condutas.

2.2.4 Da imputabilidade Penal

O Código Penal de 1940 adotava, antes da reforma, a terminologia “responsabilidade penal”. A mudança terminológica do nomen iuris para imputabilidade ocorreu, tendo em vista que a imputabilidade é um pressuposto da responsabilidade penal.

Enquanto a imputabilidade é a aptidão para ser culpável, a responsabilidade é, por sua vez, o princípio segundo o qual a pessoa dotada de capacidade de culpabilidade (imputável) deve responder por suas ações¹⁴.

Dessa forma, o inimputável é aquele que, no instante da conduta comissiva ou omissiva empregada, não tenha nenhuma aptidão para compreender a natureza ilícita do ato, ou de autodeterminação, de acordo com o artigo 26 do anteprojeto. Os preceitos sobre embriaguez, emoção e paixão não foram modificados, assim como a inimputabilidade penal do menor de dezoito anos.

A principal inovação ficou por conta da adoção do sistema vicariante em face do sistema duplo binário consagrado pelo Código antes da reforma. O sistema duplo binário consistia na aplicação de pena privativa de liberdade e depois uma medida de segurança ao condenado, caso fosse considerada a manutenção da sua periculosidade à sociedade após o fim do cumprimento da pena. O sistema vicariante preza pela aplicação de pena ou de medida de segurança, de forma alternativa.

2.2.5 Do concurso de pessoas

O Título IV do anteprojeto trata do concurso de pessoas. Foi proposta a modificação demandada pela doutrina e jurisprudência na tentativa de rompimento

¹⁴ Conferir em: BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 473-474. v. 1.

com a teoria monística, do Código de 40, promovendo a distinção entre autoria e participação. Na Exposição de Motivos, inclusive, o então Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel declarou: “A co-autoria não esgota as hipóteses do *concursum delinquentium*¹⁵”.

O sistema anterior apresentava fragilidades e lacunas que promoviam o sentimento de injustiça que o direito não deve suportar, já que visa alcançar a justiça¹⁶.

O anteprojeto buscou determinar, através do caput de seu artigo 29, que cada agente que tenha contribuído, de qualquer modo, para a ocorrência do delito deverá responder penalmente “na medida de sua culpabilidade”.

O delito não se restringe ao elemento objetivo da conduta ilícita, não se podendo esquecer seu elemento subjetivo que orienta e determina a vontade na alteração do mundo físico. Além do mais, a culpabilidade constitui a ontologia do direito. Desse modo, não pode ser ignorada, caso contrário, o crime seria definido apenas de forma objetiva.¹⁷

Um exemplo clássico é nos casos de homicídio. Se João e Maria pactuam de assinar duas pessoas, porém, durante a execução do crime, Maria desiste de forma voluntária da consumação do delito, enquanto João realiza o homicídio pretendido. Teríamos em ação o princípio *nullum crimen sine culpa*¹⁸, que anularia a unidade do crime acordado inicialmente, pois não seria justo punir igualmente ou não conceder tratamento mais benigno a Maria que não consumou a conduta ilícita. A ideia é que cada agente seja responsabilizado pela conduta adotada. Caso contrário, esse cenário resultaria no âmbito da *responsabilidade pelo fato de terceiro*¹⁹.

O art. 29, §1º estipula que a pena pode ser reduzida, em caso de participação de menor relevância, de um sexto a um terço. Isso porque a sanção penal deve ser

¹⁵Reunião de pessoas no cometimento de uma infração penal

¹⁶ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Código Penal de 1984: Antecedentes. Ideologia. Princípios. Orientação. Finalidade. Revista de Informação Legislativa, Brasília, p. 163, abr. 1985. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181608>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

¹⁷ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Código Penal de 1984: Antecedentes. Ideologia. Princípios. Orientação. Finalidade. Revista de Informação Legislativa, Brasília, p. 164, abr. 1985. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181608>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

¹⁸ Princípio da Culpabilidade no qual “não há crime sem culpa”. Conferir mais em: BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 63. v. 1.

¹⁹ Modalidade da responsabilidade objetiva civil por ato de terceiro. Segundo Maria Helena Diniz: é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem responda, por algo que a pertença ou de simples imposição legal. Conferir em: DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. (Coleção direito civil); v.4 p.45.

dimensionada a partir da gravidade da conduta ilícita desempenhada, conforme dispõe o princípio constitucional da proporcionalidade.

2.2.6 Das medidas de segurança

As medidas de segurança sofreram imensas modificações no anteprojeto, sendo regulamentadas do artigo 96 ao 99. Uma novidade impactante foi a completa desconsideração do capítulo presente no Código Penal de 1940 a respeito do tema.

O anteprojeto passou a dispor sobre: A) a lei aplicável às medidas de segurança (art. 75); B) os critérios de identificação da periculosidade, que pode ser verificada (art. 77) ou presumida (art. 78); C) a aplicação provisória da medida de segurança (art. 80); D) a revogação do instituto (art. 81); E) sua execução (art. 82); F) a superveniência de doença mental (art. 83); G) a inobservância da medida detentiva (art. 85); H) os efeitos da extinção da punibilidade (art. 86); I) a extinção por decurso do tempo (art. 87).

As medidas de segurança se dividem em: I - internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; II - sujeição a tratamento ambulatorial (art. 96).

O prazo mínimo da medida é de um a três anos (art. 97, §1º), a critério do juiz, com base, porém em perícia médica, realizada ao término do prazo mínimo fixado, e repetida anualmente (art. 97, §2º). O anteprojeto previu ainda a possibilidade de conversão do tratamento ambulatorial em internação do agente, se necessária para a sua cura (art. 97, §3º).

A substituição da imposição de pena por medida de segurança foi estipulada pelo artigo 98, no caso do relativamente imputável (art. 26, parágrafo único), consequência da adoção do sistema vicariante em detrimento do duplo binário. Os direitos do internado são fixados pelo artigo 99.

O projeto consagrou dois modelos de medida de segurança, o detentivo e o restritivo. O modelo detentivo trata da internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, sendo estabelecido o prazo mínimo de internação entre um e três anos.

Outra grande inovação foi a previsão da medida de segurança restritiva, que compreende a submissão do agente a tratamento ambulatorial, devendo estar

presente ao hospital nos dias estabelecidos pelo médico, com o intuito de ser submetido ao tratamento terapêutico prescrito.

O projeto restringe as hipóteses de tratamento ambulatorial, somente possibilitando quando a conduta praticada for tipificada como delito punível com detenção. A liberação do tratamento ambulatorial, a desinternação e a reinternação foram hipóteses estipuladas aos casos em que a verificação da cura ou a persistência da periculosidade as recomendem.

2.2.7 Da exclusão de ilicitude

A doutrina costuma usar terminologias como “causas legais de exclusão da antijuridicidade”, “causas excludentes de ilicitude”, “causas excludentes de antijuridicidade”, “causas de justificação”, “causas de exclusão do crime” e similares para se referir a esse instituto.

O anteprojeto optou, em seu artigo 23, por utilizar o nomen iuris “exclusão de ilicitude” e em seu artigo 19, por dar prosseguimento às três espécies já previstas pelo Código Penal em 1940. São elas: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito.

As concepções normativas sobre as modalidades acima foram mantidas pelo anteprojeto. Assim, nesses casos específicos, a configuração do ilícito foi impedida em virtude de expressa previsão legal.

O parágrafo único do art. 23, que trata sobre o excesso punível, foi abordado de outro ângulo. No Código Penal de 1940, diante do texto legal apresentado, ficou a imagem de que o excesso seria restrito apenas à legítima defesa.

2.2.8 Das penas

Esse instituto foi o ponto central da reforma da legislação penal em 1984. A sua relevância foi de vital importância para todo o sistema penal, visto que buscava punir o infrator, promover sua ressocialização e a prevenção de novos delitos. Todo o Título V, dos arts. 33 ao 95, foi totalmente dedicado às penas²⁰.

²⁰ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Código Penal de 1984: Antecedentes. Ideologia. Princípios. Orientação. Finalidade. Revista de Informação Legislativa, Brasília, p. 167, abr. 1985. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181608>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

A tripla finalidade da pena, por exemplo, é evidenciada a partir do artigo 1º da Lei de Execução Penal nº 7.210/1984, que determina o objetivo de efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

O artigo 59 do Código Penal vigente também é claro ao determinar a fixação da pena para atender a reprovação e prevenção do crime. Trata-se da teoria unitária da pena adotada pela legislação penal, que une os objetivos da teoria absoluta e da teoria relativa que pregam como objetivos da pena, respectivamente, a punição do infrator e a prevenção de novos delitos de forma a conferir uma natureza intimidatória à pena.

A comissão do anteprojeto optou por modificar a classificação das penas, que foram dispostas entre: privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa. Foram excluídas as penas acessórias, acabando com a ramificação existente entre penas principais e acessórias.

A pena de reclusão deveria ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto e a de detenção em regime semiaberto ou aberto, de acordo com o caput do artigo 33 do anteprojeto.

Regime fechado foi definido, pelo art. 33, §1º, I, como a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média. No semiaberto, segundo art. 33, §1º, II, a execução da pena era realizada em colônia agrícola, industrial ou em estabelecimento similar. Já o regime aberto deveria ser executado em casa de albergado ou estabelecimento similar, de acordo com o art. 33, §1º, III.

Foi adotada a progressividade no cumprimento das penas privativas de liberdade, conforme §2º do art. 33, iniciando do regime fechado, atravessando o regime semiaberto e finalizando no regime aberto.

Foram estipulados requisitos relativos à determinação do regime mediante a duração da pena fixada, segundo os incisos I, II e III, §2º, do art. 33 do anteprojeto. O cumprimento de pena em regime fechado só ocorreria acima de oito anos de reclusão. O regime semiaberto foi direcionado à pena de reclusão superior a quatro e menor ou igual a oito anos. O regime aberto estava apto a ser cumprido por aqueles condenados à pena inferior a quatro anos de reclusão.

Admitiu-se a possibilidade de trabalho externo no regime fechado, em serviços ou obras públicas (§3º, art. 34); e o direito do condenado a frequentar cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (§2º,

art. 35). No regime aberto não foi inserido qualquer instrumento policial capaz de restringir a liberdade do infrator, visto que essa modalidade de regime se baseava na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado (art. 36, caput).

Os direitos dos detentos ganharam importante relevância no anteprojeto. Segundo o art. 38, todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade deverão ser preservados e respeitados. Também foi instituído o direito à remuneração pelo trabalho do presidiário, sendo-lhe assegurados os benefícios da Previdência Social, conforme dispõe o art. 39.

Com o intuito de aperfeiçoamento da pena de prisão e de sua substituição, quando recomendável, por outras formas de sanção penal munida de eficiente poder corretivo, o anteprojeto patrocinou um novo rol de penas.

Foram adotadas as penas restritivas de direitos, substitutivas da pena de prisão, classificadas em: I - prestação de serviços à comunidade; II - interdição temporária de direitos; III - limitação de fim de semana (art. 43).

Essas penas substituem as penas privativas de liberdade em três situações: I - quando a pena privativa de liberdade aplicada for inferior a um ano ou se o crime for culposos; II - quando o réu não for reincidente; III - quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias (art. 44).

Essa troca das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direitos consistiu numa das inovações das novas modalidades de penas. Teve caráter de medidas alternativas à pena de prisão.

O anteprojeto também revalorizou a pena de multa, cujo ímpeto retributivo se tornou ineficiente no país, em virtude da desvalorização dos valores fixados na legislação vigente na época. Por isso, o critério dia-multa foi oficializado.

Foi definido o seu pagamento em parcelas mensais, assim como o abatimento no vencimento do infrator, contanto que não ameaçasse o seu sustento ou de sua família. Previu-se a conversão da multa em detenção quando não fosse paga. Cada dia-multa equivale a um dia de detenção e sua conversão não poderia exceder um ano. As condenações inferiores a seis meses poderiam ser substituídas por multa, desde que o condenado não fosse reincidente e se essa troca significasse uma medida eficiente (art. 60, §2º).

O anteprojeto de reforma da Parte Geral do Código Penal demonstrou algumas inovações de forma e conteúdo. Suas novidades foram promissoras, pois

propuseram, por exemplo, a liberalização do tratamento do indivíduo que viesse a praticar uma infração penal. Houve ainda, outras modificações muito relevantes, como a ampliação da soberania nacional, relativo à territorialidade, cuja concepção transcendeu a noção de território propriamente dito.

Outros instrumentos incorporados como a individualização da responsabilidade penal do agente em concurso delitivo, mediante o seu grau de participação no crime, e também a introdução do sistema vicariante, que veio substituir o sistema duplo binário, impedindo que o condenado sofresse, simultaneamente, condenação por pena e medida de segurança, foram de inestimável valor ao ordenamento jurídico penal brasileiro.

No capítulo seguinte, pretende-se analisar a recepção jurídica pela Constituição Federal de 1988, das propostas que foram aprovadas à Parte Geral do Código Penal de 1940; e também os princípios fundamentais do Código Penal que foram consolidados pela Constituição Federal de 1988.

3. AS PROPOSTAS APROVADAS AO CÓDIGO PENAL E OS PRINCÍPIOS PENAIIS FUNDAMENTAIS RECEPCIONADOS PELA CF88

3.1 A análise das propostas aprovadas ao Código Penal e recepcionadas pela Constituição Federal de 1988

A comissão elaboradora do anteprojeto da reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940 buscou preservar as diretrizes básicas do Código de 1940, conservando a linguagem empregada, no que fosse possível, reunindo as alterações propostas dentro dos 120 artigos daquele Código, para que a Parte Especial continuasse a iniciar no art. 121, que tipifica o homicídio.

Entretanto, não se tratou de simples reprodução do Código de 1940, pois foram efetuadas diversas modificações importantes destinadas a atualizar a doutrina apresentada em 1940. A inserção de capítulos totalmente inéditos, principalmente relacionado ao sistema de penas, proporcionou um alto índice de alterações substanciais.

Nesse sentido, serão analisadas as principais modificações que foram aprovadas à Parte Geral do Código Penal de 1940 e que foram recebidas pela Constituição Federal de 1988.

Zaffaroni, por exemplo, comentou algumas dessas alterações substanciais aprovadas ao Código:

A reforma de 1984 constitui a prova definitiva da vitalidade do CP 1940, expungido de vícios que a conjuntura penalística daquela ocasião lhe impusera (como a má influência italiana quanto às medidas de segurança) e aperfeiçoado por aportes teóricos então indisponíveis (como a nova disciplina do erro). Afastou-se a restrição anterior quanto à retroatividade da lei mais benigna (comparar a redação do parágrafo único do artigo 2º), que colidia com a fórmula constitucional do princípio da legalidade então vigente (art. 153, parágrafo 16) e colidiria com a fórmula futura (art. 5º, incs. XXXIX e XL CR). Procurou-se disciplinar a omissão imprópria, caracterizando-se o garantidor (art. 13, parágrafo 2º). Atribui-se função minorante à reparação do dano, em crimes sem violência ou grande ameaça (art. 16). O princípio da culpabilidade foi ressalvado na hipótese, sempre ameaçadora para ele, dos crimes preterintencionais (art. 19). Notável modificação, ajustada à teoria limitada da culpabilidade, sofreu a disciplina do erro, cabendo perceber aí especial influência da paixão de Francisco de Assis Toledo pelo tema. Embora preservada a infecunda concepção extensiva de 1940, temperada agora por uma referência à culpabilidade (art. 29), as regras sobre autoria e participação foram enriquecidas. Para não se afastar da teoria puramente objetiva, no crime continuado, criou-se a regra própria para ofensas similares a bens personalíssimos (art. 71, par. ún.). Baniram-

se as medidas de segurança para sujeitos imputáveis, e substitui-se pelo vicariante o irracional regime do duplo binário para semi-imputáveis²¹.

3.1.1 Das medidas de segurança

As medidas de segurança foram uma das colaborações do Código Rocco, muito influente nas legislações anteriores. O sistema duplo binário conquistou adeptos, inclusive sendo adotado pelo Código Penal de 1940.

A reforma removeu as hipóteses de presunção de periculosidade dos imputáveis e remodelou drasticamente a sistemática do instituto, abolindo sua aplicação ao imputável. Apenas os inimputáveis que tenham praticado ato considerado como delito serão submetidos às medidas de segurança, com exame específico de periculosidade, que se reforça pela conduta, formalmente ilícito penal, não ocorrendo a aplicação da pena em função das características pessoais do infrator, consiste em resposta jurídica a quem atinge o plano da ilicitude, porém, sem caráter retributivo, notadamente terapêutica e pedagógica.

Caso seja cominada ao fato pena de detenção, o juiz poderá impor, ao invés de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, sujeição a tratamento ambulatorial (art. 97 do Código Penal vigente). Comparativamente, antes da reforma no Código Penal, o quase crime (ajuste, determinação ou instigação, e o auxílio, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado - art. 27) e o crime impossível (art. 14) justificavam a aplicação de medida de segurança, enquanto após a reforma penal isso só ocorre mediante a prática do crime, exceto quando o infrator seja um inimputável.

Em virtude da considerável limitação ao direito de liberdade, recomenda-se ponderação na aplicação das medidas de segurança. Seu rol foi restringido a duas espécies, internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou em caso de falta, noutro estabelecimento adequado e a sujeição a tratamento ambulatorial.

As medidas de segurança devem ser impostas pelo prazo que perdurarem as causas que as motivaram, entre, pelo menos, um e três anos. Elas serão suspensas, mesmo durante esse período, caso perícia médica demonstre a cessação da periculosidade.

²¹ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 482-483.

Visando respeitar o direito do internado, o art. 97, §2º dispõe que: *A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução. A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade* (art. 97, §3º). O art. 99 determina o recolhimento a estabelecimento dotado de características hospitalares, onde será submetido a tratamento.

3.1.2 A reformulação do instituto do erro

Era adotado antes da reforma penal de 1984, o princípio *ignorantia legis neminem excusat*, decorrente do positivismo ortodoxo, que reduzia o direito à lei. Esse princípio sustenta que uma pessoa que não tem conhecimento de uma lei não pode escapar da responsabilidade por violá-la, simplesmente porque desconhecia seu conteúdo.

Se houvesse a possibilidade de alegar como escusa a ignorância de lei, seria gravemente afetada a ação social contra o crime, pois os criminosos utilizariam amplamente desse argumento para se livrar da responsabilização penal. Tal princípio é incompatível com a concepção de justiça que o direito visa alcançar.

A reestruturação do instituto do erro foi realizada tendo-se em vista os dois tipos de erros considerados pela doutrina alemã, o erro de tipo (art. 20) e o erro de ilicitude (art. 21). O erro de tipo prevê que *o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei*. Nessa modalidade, a culpabilidade é excluída, já que o agente praticou a conduta ilícita pensando que seu comportamento não era proibido legalmente. É o caso em que o engano recai sobre elemento constitutivo da descrição legal, afastando-se o dolo. Como o elemento subjetivo é integrante da ação e está previsto no tipo, é declarada a atipicidade da conduta.

O desconhecimento da ilicitude de um comportamento e o desconhecimento de uma norma legal são coisas completamente distintas. A ignorância da lei não pode confundir-se como desconhecimento do injusto (ilicitude), até porque, no dizer de Francisco de Assis Toledo, “a ilicitude de um fato não está no fato em si, nem nas leis vigentes, mas entre ambos, isto é, na relação de contrariedade que se estabelece entre o fato e o ordenamento

jurídico”. A ignorantia legis é matéria de aplicação da lei que, por ficção jurídica, se presume conhecida por todos. Enquanto o erro de proibição é matéria de culpabilidade, num aspecto inteiramente diverso. Não se trata de derrogar ou não os efeitos da lei, em função de alguém conhecê-la ou desconhecê-la. A incidência é exatamente esta: a relação que existe entre a lei, em abstrato, e o conhecimento que alguém possa ter de que seu comportamento esteja contrariando a norma legal. E é exatamente nessa relação — de um lado a norma, em abstrato, plenamente eficaz e válida para todos, e, de outro lado, o comportamento em concreto e individualizado — que se estabelecerá ou não a consciência da ilicitude, que é matéria de culpabilidade, e nada tem que ver com os princípios que informam a estabilidade do ordenamento jurídico²².

O delito de furto pode ser utilizado como um exemplo claro. Caso o agente se engane sobre a propriedade alheia, afeta atributo fundamental, tendo em vista que o crime apenas se consuma quando a coisa alheia é subtraída. No entanto, caso o infrator imagine que o objeto alheio pertença a Maria e não a João, o atributo fundamental não seria afetado, pois, de qualquer forma, o delito se consuma quando coisa alheia é subtraída.

Já o erro de ilicitude está envolvido no contexto da cultura local. A vida em sociedade possui normas de cultura que os indivíduos vão assimilando diariamente diante do convívio social. Portanto, ainda que haja desconhecimento do texto legal, existem plenas condições que permitem saber o que é permitido e proibido. Conforme explana Bitencourt:

Com a evolução do estudo da culpabilidade, não se exige mais a consciência da ilicitude, mas sim a potencial consciência. Não mais se admitem presunções irracionais, iníquas e absurdas. Não se trata de uma consciência técnico-jurídica, formal, mas da chamada consciência profana do injusto, constituída do conhecimento da antissocialidade, da imoralidade ou da lesividade de sua conduta. E, segundo os penalistas, essa consciência provém das normas de cultura, dos princípios morais e éticos, enfim, dos conhecimentos adquiridos na vida em sociedade²³.

O agente que comete crimes de roubo, homicídio ou estupro, até pode não saber onde essas condutas estão tipificadas penalmente, mas, desde que adquire um desenvolvimento mental capaz de diferenciar o que é permitido ou não, tem consciência da ilicitude da conduta. O que importa não é o conhecimento do artigo de lei, mas sim que o direito não compactua com determinada conduta.

²²BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.p. 502.

²³BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.p. 503.

Portanto, o erro de ilicitude consiste na ignorância da antijuridicidade penal, sendo o desconhecimento de que a conduta empregada é incompatível com o direito; enquanto o erro de tipo consiste no desconhecimento de lei, dos dispositivos tipificados.

3.1.3 Do concurso de pessoas

O Código de 1940 utilizava a expressão “coautoria” para designar o concurso eventual de infratores. No entanto, a coautoria é apenas uma das espécies do gênero “codeliquência”. Ciente deste deslize, o Código Penal de 1969 usou a terminologia “concurso de agentes”, que incluiria as duas modalidades de concurso. A reforma penal de 1984 considerou, no entanto, que “concurso de agentes” não era o tratamento mais adequado por ser demasiadamente abrangente, podendo incluir até mesmo fenômenos naturais, pois agentes físicos também provocam modificações no mundo exterior²⁴. Assim, definiu “concurso de pessoas” acreditando se adequar melhor à natureza das coisas.

É frequente a prática delituosa mediante o produto da concorrência de diversas condutas realizadas por indivíduos distintos. O concurso de agentes é utilizado para facilitar a realização de uma empreitada criminosa. A cooperação no cometimento do delito pode acontecer desde o planejamento até a consumação do crime.

Logo, são responsabilizados pelo delito quem as pessoas que ajudaram a planejá-lo, forneceram os meios materiais para a execução, participaram da execução e contribuíram para a sua consumação.

A reforma penal de 1984 não se distanciou da teoria monística adotada pelo Código Penal de 1940, na medida em que o caput do art. 29 foi escrito influenciado por uma visão causalista do fenômeno da codeliquência, vinculado à teoria da equivalência das condições. De fato, apenas repetiu o texto do Código de 1940, adicionando, apenas, o trecho “na medida de sua culpabilidade”.

A teoria monista impõe que todos os participantes de um delito incorrem nas punições de um único e mesmo crime. Sobre a valoração das condutas dos indivíduos participantes, adotou um sistema diferenciador distinguindo a atuação de

²⁴René Ariel Dotti. Reforma Penal brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 96-97.

autores e partícipes, proporcionando uma dosagem racional da pena conforme a real participação e efetividade causal do comportamento de cada participante, na medida da culpabilidade, perfeitamente individualizada²⁵.

A comissão que elaborou o projeto que modificou a Parte Geral do Código Penal de 1940 buscou esclarecer, precisamente, a punibilidade de autoria e participação. Definiu alguns princípios disciplinando certos graus de participação, que possibilitam a interpretação da legislação vigente sobre o concurso de pessoas no sentido do sistema diferenciador.

3.1.4 Das penas

As penas foram o principal foco de mudanças na reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940. Na época, predominava a crença de que o encarceramento era uma injustiça manifesta, porque, além de outros diversos fatores, os criminosos de *colarinho branco*²⁶ não eram alvos da repressão penal da mesma forma que outros criminosos.

O rol de penas do século passado também não mais satisfazia à repressão criminal de forma eficiente. A pena privativa de liberdade, que chegou em seu ápice na segunda metade do século XIX, sofria sua derrocada antes mesmo do final desse século. Inicialmente, as reprovações sociais incidiam mais efetivamente sobre as penas de curta duração.

A inaptidão para efetivar o estímulo educativo sobre o condenado, a carência de eficácia intimidativa diante do delinquente entorpecido, a remoção do réu do seu meio de vida, forçando-o a deixar seu círculo social, os estigmas promovidos pela passagem na prisão, são vários dos argumentos que reforçam os ataques iniciados na *União Internacional de Direito Penal (Congresso de Bruxelas 1889)*²⁷.

A Reforma Penal de 1984 tentou adotar essa política criminal liberal, seguindo, entre outras novidades, modernas alternativas à pena de prisão, como as

²⁵COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Comentários ao Código Penal. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 1. p. 232

²⁶ Crime realizado por profissionais de negócios motivados financeiramente.

²⁷ Congresso internacional sobre direito penal realizado em Bruxelas por iniciativa de renomados penalistas como Hans Von Liszt.

penas restritivas de direitos, além de revitalizar a pena de multa com o sistema dias-multa, além de transformar o *sursis*²⁸ num instituto eficaz e sério.

Foi com esse objetivo de aperfeiçoamento do sistema penal que foi criado, pela Lei 7.209/84, um novo elenco de penas. São elas: IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos; III - limitação de fim de semana. Posteriormente, com a edição da Lei 9.714/98, se uniram à essas três espécies as penas de: I - prestação pecuniária e II - perda de bens e valores. Todas essas sanções criminais foram dotadas de caráter alternativo à pena de prisão, sendo reguladas pelo art. 43 do Código Penal, assim como também a pena de multa (art. 49).

O Título V, dos arts. 32 ao 95, foi inteiramente dedicado às penas após a reforma no Código Penal de 1940. As penas foram classificadas em privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa (art. 32). As penas acessórias foram removidas, extinguindo a divisão entre penas principais e acessórias.

A substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direitos foi uma das grandes inovações da Reforma Penal de 1984. Essa novidade foi prevista pelo art. 44 do Código Penal.

As modalidades do regime de execução da pena de reclusão foram dispostas em: regime fechado, regime semiaberto e regime aberto (art. 33). O local de cumprimento foi disciplinado pelas alíneas “a”, “b” e “c”, §1º, art. 33; enquanto as hipóteses de cabimento foram reguladas pelas alíneas “a”, “b” e “c”, §2º, art. 33. As regras pertencentes à cada tipo de regime foram definidas do art. 34 ao art. 37 do Código Penal.

A reforma ainda revitalizou a pena de multa, cujo critério dia-multa foi adotado em virtude da ineficiência da natureza retributiva da pena de multa. Isso ocorreu em decorrência da desvalorização dos valores fixados pela legislação em vigor na época.

3.1.5 Do crime continuado

O crime continuado é uma ficção jurídica criada por motivos de política criminal, que considera os delitos seguintes devem ser vistos como continuação do

²⁸Suspensão condicional da pena, aplicada à execução da pena privativa de liberdade, não superior a um ano.

primeiro, impondo, um tratamento único a um conjunto de atos delitivos, estabelecendo uma forma específica de punição.

A Reforma Penal de 1984 deu atenção especial ao crime continuado, dando tratamento totalmente oposto ao que o Código Penal de 1969 e a doutrina vinham lhe conferindo.

O Código Penal de 1969, em seu art. 66, §1º e §2º, determinava que “não é reconhecível a continuação quando se trata de crimes ofensivos de bens jurídicos inerentes à pessoa, salvo se as ações ou omissões sucessivas são dirigidas contra a mesma vítima”.

Na mesma forma de concepção, o Anteprojeto de 1981, art. 71, parágrafo único: “não se reconhece crime continuado na hipótese dos delitos previstos nos crimes de homicídio, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro e estupro”.

Já o novo Código Penal, art. 71 e parágrafo único, admite o crime continuado “contra vítimas diferentes, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa”, hipótese em que a pena pode ser aumentada até o triplo, respeitando o limite de trinta anos de pena privativa de liberdade (arts. 71 c/c o art. 75).

Existem três teorias sobre a natureza do crime continuado: 1) teoria da unidade real – determina que as diversas ações lesivas dos infratores configuram um crime único; 2) teoria da ficção jurídica – admite que a unidade delitiva é uma criação legal, já que na prática existem diversos crimes. Defende que caso se tratasse realmente de um crime único, a pena deveria ser a mesma definida para um só dos crimes concorrentes. 3) teoria da unidade jurídica – para essa corrente o crime continuado nem é uma unidade real e nem ficção legal. Consiste numa realidade jurídica e não numa ficção jurídica, e prega que se trata do crime de concurso.

O Código Penal vigente adotou a teoria da ficção jurídica para fins exclusivos de aplicação da pena, visando atenuar a sanção penal. Os requisitos estabelecidos foram: a) pluralidade de condutas; b) pluralidade de crimes da mesma espécie; c) nexos da continuidade delitiva.

A pluralidade de condutas define que o mesmo agente deve praticar duas ou mais condutas. Caso haja apenas uma conduta, ainda que desdobrada em vários resultados, o concurso poderá ser formal. A respeito da pluralidade de crimes da mesma espécie, a maior parte da doutrina entende que são os crimes que lesam o mesmo bem jurídico, ainda que tipificados em dispositivos diferentes. O nexo da

continuidade delitiva deve ser apurado pelas circunstâncias de tempo, lugar, modo de execução.

3.2 Os princípios penais fundamentais da Reforma Penal de 1984, consolidados pela Constituição Federal de 1988

3.2.1 Princípio da Legalidade

A magnitude de meios utilizados pelo Estado na punição do crime, a profunda intervenção nos direitos mais básicos do cidadão, a natureza de *última ratio*²⁹ que essa intromissão deve possuir, obriga necessariamente a busca por um princípio capaz de restringir o poder punitivo do Estado e que submeta sua aplicação a limites que impossibilitem qualquer arbitrariedade e exageros desse poder punitivo.

Logo, o princípio da legalidade representa uma real restrição ao poder punitivo do Estado. Ainda que atualmente seja um princípio fundamental do Direito Penal, seu reconhecimento percorreu um longo caminho, com progressos e retrocessos. Muitas vezes serviu como uma mera “fachada formal” em alguns países³⁰.

A única fonte do Direito penal é a norma jurídica. Não existe Direito penal senão na lei escrita. Por isso, em âmbito penal, não há qualquer distinção entre lei e direito. Ainda que a norma apresente omissões ou lacunas, não se admite que seja preenchida pelo arbítrio judicial, nem tampouco pela analogia *in malam partem*, princípios gerais do direito ou costume³¹.

Dessa forma, pelo prisma do princípio da legalidade, a criação de normas incriminadoras³² é uma atribuição exclusiva da lei. Nenhuma conduta pode ser considerada criminosa e nenhuma sanção penal pode ser aplicada sem que antes

²⁹ Princípio que estabelece que o Direito Penal somente será chamado a intervir quando os outros meios extrapenais de controle social se revelarem incapazes de dar a devida tutela aos bens jurídicos essenciais do indivíduo.

³⁰BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 54. v. 1.

³¹HUNGRIA, Nélson. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal, volume I, tomo I: arts. 1º ao 10, por Nélson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso. 5a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976, p.21.

³²Dispositivos que definem as infrações penais proibindo a prática de condutas (crimes comissivos) ou impondo a prática de condutas (crimes omissivos), sob a ameaça expressa e específica de uma pena.

da prática do fato, houvesse uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a punição correspondente.

É dever da lei estabelecer de forma clara e precisa a conduta proibida. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXIX, impôs que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Portanto, é irrelevante ao Direito Penal que alguém tenha praticado um ato antissocial, repleto de reprovação popular, ofensivo do ponto de visto moral, desde que não esteja positivada como uma conduta considerada ilícita e merecedora de sanção penal.

O princípio da legalidade simboliza uma defesa à liberdade individual em face da autoridade estatal. Trata-se, segundo Martinez (1990, p. 99, apud BITENCOURT, 2014, p. 50), de um princípio que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado.

Esse princípio, tradicionalmente expresso na regra *nullum crimen, nulla poena sine lege* e geralmente consagrado nos dispositivos de abertura dos Códigos penais modernos, tem raízes na *Magna Carta*, da Inglaterra (1215), e nas *Petitions of rights*, norte-americanas, mas foi formulado em termos precisos na *Declaração dos Direitos do Homem*, da Revolução Francesa: ‘Ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada’(art. 8o)³³.

Conforme afirma Francisco de Assis Toledo³⁴, o princípio da legalidade pode ser dividido em outros quatro princípios: 1) *Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*; 2) *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*; 3) *Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*; 4) *Nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.

O *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* determina que exista uma lei anterior à conduta definida como criminosa para que o delito seja imputado a certo indivíduo e lhe seja aplicada a pena correspondente.

O *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* proíbe o emprego do direito consuetudinário para criação de delitos e sanções. No entanto, Toledo³⁵ ressalta que

³³BRUNO, Aníbal. Direito Penal v.1. Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 206/207.

³⁴TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 22.

³⁵TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 25.

o costume pode ser utilizado pelo magistrado como instrumento de compreensão e de interpretação dos textos legais:

[...] equívoco de supor que o direito costumeiro esteja totalmente abolido do âmbito penal. Tem ele grande importância para a elucidação do conteúdo dos tipos [...].

Desse modo, o juiz não desrespeitaria o princípio da legalidade, pois o direito consuetudinário somente lhe serviria como apoio para aplicação da lei penal, sem, no entanto, criar crimes ou sanções.

O *Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* veda a utilização de analogia³⁶ *in mallam partem*, ou seja, a aplicação da lei penal em casos por ela não disciplinados, seja amparando a aplicação ou agravando sanções penais, ou ainda possibilitando qualquer prejuízo à condição do réu.

O *Nullum crimen, nulla poena sine lege certa* determina que a lei penal seja o mais clara possível em seus termos, para evitar a promoção de injustiças através de interpretações subjetivas e demasiadamente ampliadas pelos operadores jurídicos.

3.2.2 Princípio da intervenção mínima do Direito Penal

Um dos princípios básicos adotados pela reforma de 1984 foi o da intervenção mínima do Direito Penal. Segundo Dotti³⁷ (1985), um de seus co-autores, a atuação do Direito Penal deveria se restringir aos casos de evidente necessidade para a proteção dos bens indispensáveis ao desenvolvimento do homem e da comunidade, quando verificadas ofensas insuportáveis ao livre desenvolvimento da personalidade humana.

Esse é mais um princípio que impõe limitações ao arbítrio estatal, pois estabelece que a criminalização de uma conduta só se legitima caso revele-se como meio indispensável à prevenção de ofensas aos bens jurídicos mais relevantes do indivíduo. Além disso, caso outras formas de sanção estabelecidas por outros meios de controle social se demonstrem ineficazes para a devida tutela desse bem, a sua criminalização é indevida e não recomendável.

³⁶Consiste na criação ou formação de direito novo, isto é, aplicação extensiva da lei a casos de que esta não cogita. Com ela, o juiz faz-se legislador, para suprir as lacunas da lei. Conferir em: TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 95.

³⁷DOTTI, René Ariel. Reforma Penal. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 85-86

Logo, caso outros ramos do Direito sejam capazes de retomar a ordem jurídica, deverão ser utilizados, tornando o Direito Penal o último instrumento a ser empregado na contenção da desordem legal. É nesse contexto que Maurach³⁸ apontava:

Na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito Penal deve representar a ultima ratio legis, encontrar-se em último lugar e entrar somente quando resulta indispensável para a manutenção da ordem jurídica.

Portanto, o Direito Penal assume natureza subsidiária, e sua intervenção se justifica quando esgotados todas as outras formas extrapenais de controle social, e em função da gravidade da agressão ou da ameaça, e da relevância ao bem jurídico em tutela.

3.2.3 Princípio da Culpabilidade

O princípio da culpabilidade estabelece que não há crime sem culpabilidade. Porém, o Direito Penal primitivo caracterizou-se pela responsabilidade objetiva, ou seja, pela mera produção do resultado. Entretanto, essa forma de responsabilidade objetiva está praticamente erradicada do Direito Penal contemporâneo, vigorando o princípio nullum crimen sine culpa.

A culpabilidade, conforme afirma Muñoz Conde³⁹, não se trata de um fenômeno isolado, individual, afetando apenas o autor do crime, mas é um fenômeno social:

Não é uma qualidade da ação, mas uma característica que se lhe atribui, para poder ser imputada a alguém como seu autor e fazê-lo responder por ela. Assim, em última instância, será a correlação de forças sociais existentes em um determinado momento que irá determinar os limites do culpável e do não culpável, da liberdade e da não liberdade.

Assim, não existe uma culpabilidade em si, individualmente concebida, mas uma culpabilidade em relação aos demais indivíduos da sociedade. Ainda de acordo com Muñoz Conde⁴⁰, a culpabilidade:

³⁸ MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal, trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona:Ariel, 1962, t. 1, p. 31

³⁹CONDE, Muñoz. Derecho Penal y control social. Sevilla: FundaciónUniversitaria de Jerez, 1985. p. 63.

Não é uma categoria abstrata ou a-histórica, à margem, ou contrária às finalidades preventivas do Direito Penal, mas a culminação de todo um processo de elaboração conceitual, destinado a explicar por quê, e para quê, em um determinado momento histórico, recorre-se a um meio defensivo da sociedade tão grave como a pena, e em que medida se deve fazer uso desse meio.

Atribui-se um triplo sentido ao conceito de culpabilidade: como fundamento da pena; como elemento de determinação ou dosagem da pena; como conceito contrário à responsabilidade objetiva.

A primeira modalidade consiste num juízo de valor que possibilita atribuir a responsabilidade pelo cometimento de um crime a um indivíduo para posterior aplicação da pena. Nesse contexto, exigem-se requisitos como a capacidade de culpabilidade, a consciência da ilicitude e a exigibilidade da conduta. Uma eventual ausência de qualquer desses requisitos é o bastante para evitar a execução da pena.

A segunda espécie compreende a culpabilidade como elemento de determinação ou dosagem da pena. Nessa visão, a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como o seu limite, conforme a gravidade do delito. Assim, exige-se que o limite e a medida da pena estabelecida sejam proporcionais à gravidade da conduta empregada, associada a certos aspectos de política criminal, relativos à finalidade da pena.

O último tipo compreende a culpabilidade como concepção contrária à responsabilidade objetiva. Nesse caso, ninguém responderá por um resultado completamente imprevisível, desde que não tenha havido dolo ou culpa em sua conduta.

Desse triplo conceito de culpabilidade decorrem três importantes consequências: 1) a inadmissibilidade da responsabilidade objetiva pelo simples resultado; 2) apenas permite-se atribuir responsabilidade penal pela prática de um fato típico e antijurídico, sobre o qual incide o juízo de culpabilidade, de forma que a responsabilidade é pelo fato e não pelo autor; 3) a culpabilidade é a medida da pena.

Assim, o princípio de culpabilidade representa uma garantia essencial dentro do processo de atribuição de responsabilidade penal, refletindo diretamente na constituição da culpabilidade enquanto categoria dogmática.

⁴⁰CONDE, Munõz. Teoria Geral do Delito. Trad. Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1988. p. 129.

3.2.4 Princípio da Irretroatividade da Lei Penal

O princípio da irretroatividade da lei penal proporciona imensa segurança jurídica e liberdade na sociedade. Está positivado pelo art. 5º, XL, da Constituição Federal e pelo caput do art. 2º do Código Penal. Esta disposição legal veda a alteração das normas penais em detrimento da situação jurídica preexistente.

A ideia é que desde a vigência de uma lei até que seus efeitos sejam cessados, essa lei irá reger todos os atos compreendidos por sua destinação. Desse modo, não irá alcançar os fatos ocorridos antes ou após de sua vigência. Não retroage e nem possui ultra-atividade, portanto. É o princípio do *tempus regit actum*.

Existe, entretanto, uma exceção a essa regra. A parte final do inciso XL, art. 5º, CFRB/88, determina que a lei apenas poderá retroagir em benefício do réu. Segundo Bitencourt⁴¹:

É indispensável investigar qual a que se apresenta mais favorável ao indivíduo tido como infrator. A lei anterior, quando for mais favorável, terá ultratividade e prevalecerá mesmo ao tempo de vigência da lei nova, apesar de já estar revogada. O inverso também é verdadeiro, isto é, quando a lei posterior foi mais benéfica, retroagirá para alcançar fatos cometidos antes de sua vigência.

O Supremo Tribunal Federal tem adotado entendimento literal do princípio: “A lei nova é *lex in melius* e por isso deve retroagir, por força do disposto no art. 5º, inc. XL, da Constituição: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar. Precedentes: HHCC 110.040, Rel. Min. GILMAR MENDES, 2ª Turma, DJ e de 29/11/11; 110.317, Rel. Min. Carlos Britto, (liminar), DJe de 26/09/11, e 111.143, Rel. Min. DIAS TÓFFOLI (liminar), DJe de 22/11/11”. (STF. HC 113717 / SP. Rel. Luiz Fux. 1ª T. Julg. 26/02/2013).

Logo, o princípio da irretroatividade penal proíbe que, uma vez tipificada por lei, a conduta ilícita, os seus efeitos penais, incriminantes e condenatórios retroajam de forma a anteceder sua vigência. Portanto, toda prática de conduta, realizada antes da vigência da sua lei tipificadora, torna-se intocável pelo Direito Penal. O efeito retroativo é vedado *in malam partem*, isto é, para prejuízo do réu.

⁴¹BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1. p. 162.

3.2.5 Princípio da Insignificância

O princípio da insignificância foi utilizado pela primeira vez por Claus Roxin em 1964, que tornou a repeti-lo em sua obra “Política Criminal y Sistema del Derecho Penal”.

A tipicidade penal requer uma ofensa de relevante gravidade aos bens jurídicos tutelados, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens é suficiente para configurar um delito. Também é conhecido por Princípio da Bagatela. Defende uma razoável proporcionalidade entre a gravidade da conduta praticada e a vigorosa intervenção do Estado. A escolha dos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal e os critérios empregados nessa seleção competem ao Poder Legislativo.

Este princípio encontra fundamento jurídico na concepção de tipicidade, que deve ser interpretada sob dois planos: a tipicidade formal e a tipicidade material. A tipicidade formal é a correspondência precisa entre o fato e os elementos constantes de um tipo penal. Já a tipicidade material é a efetiva lesividade social da conduta. E é justamente, na tipicidade material, que se revela o real sentido do princípio da insignificância.

Não é suficiente que a conduta praticada tenha apenas correspondência nos elementos de um tipo penal. É imprescindível que a conduta seja apta a lesar ou expor terceiros a risco, provocar lesões significantes ao bem jurídico tutelado.

O princípio da insignificância ou da bagatela está diretamente relacionado ao princípio da intervenção mínima do Direito Penal. Este, por sua vez, parte do pressuposto que a intervenção do Estado no âmbito de garantias do indivíduo deve ser sempre a menor possível, a fim de que a atuação estatal não se torne exageradamente desproporcional e indesejada, mediante uma conduta inapta a gerar lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado.

O entendimento jurisprudencial de nossos Tribunais Superiores têm apontado determinadas condições para que o magistrado possa identificar a insignificância de certa conduta. São eles: a) mínima ofensividade da conduta; b) a ausência de periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) a inexpressividade da lesão jurídica (HC 92.463 e HC 92.961 no STF e Resp 1084540 no STJ).

É necessário investigar se a identificação do princípio da insignificância deve ser realizada apenas pelo nível mínimo da lesão sofrida, ou seja, pelo desvalor do

resultado. Ou se, aliado ao grau da lesão, devem ser averiguadas se as circunstâncias judiciais, como a culpabilidade do agente, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos do crime, consequências, circunstâncias, são favoráveis ao infrator.

Caso alguém fure um alfinete, mesmo que possua maus antecedentes e tenha personalidade voltada ao mundo do crime, deve ser favorecido pelo princípio da insignificância, tendo em vista que o dispositivo proibitivo do artigo 155 do Código Penal certamente não foi elaborado para um furto tão diminuto. Porém, caso o furto seja mais relevante, mesmo que as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal sejam favoráveis, não há como aplicar o princípio da insignificância.

3.2.6 Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal

A Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão, de 1789, já exigia que fosse cumprida a proporcionalidade entre a gravidade da conduta adotada e a punição a ser aplicada: “a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito” (art. 15).

Apesar disso, esse princípio é uma conquista do constitucionalismo moderno (ainda que já fosse reclamado por Beccaria), tendo sido recebido pela Constituição Federal brasileira, em inúmeros dispositivos: individualização da pena (art. 5º, XLVI), vedação a determinadas sanções criminais (art. 5º, XLVII), aceitação de maior rigidez para delitos mais gravosos (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV).

A partir do movimento iluminista buscou-se reduzir, na medida do possível, toda e qualquer interferência indesejada estatal na vida privada dos indivíduos. Assim, explana Mariângela Gama de Magalhães Gomes⁴²:

No entanto, o conceito de proporcionalidade como um princípio jurídico, com índole constitucional, apto a nortear a atividade legislativa em matéria penal, vem sendo desenvolvido, ainda hoje, a partir dos impulsos propiciados, principalmente, pelas obras iluministas do século XVIII e, posteriormente, pela doutrina do direito administrativo.

Dessa forma, os ideais iluministas contribuíram para reduzir a arbitrariedade estatal, garantido ao cidadão alguns direitos fundamentais. Essa libertação do

⁴²GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade no Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 40-41.

cidadão das relações autoritárias provocou a rejeição automática a qualquer tipo de interferência desnecessária e abusiva. Essa modificação filosófica de concepção por parte do cidadão e do Estado conquistou maior reconhecimento à dignidade humana.

Essa conquista passou a vincular toda a conduta estatal a partir desse princípio. Esse êxito promoveu maior limitação a todo o ordenamento jurídico ordinário⁴³. Dessa forma, o Estado passou a ter vinculados os fins de seus atos e os meios escolhidos para o alcance desses objetivos.

Apesar de estarem diretamente associados, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não se misturam. Enquanto o princípio da proporcionalidade tem origem germânica, o da razoabilidade é decorrente da construção jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana.

Um exemplo bem elucidativo é a “Lei de Talião” que, obviamente, sem nenhuma razoabilidade, adotava o princípio da proporcionalidade. Portanto, o princípio da razoabilidade consiste na capacidade de alcançar as metas propostas, sem, no entanto, utilizar de qualquer excesso. Além disso, ele exerce controle na aplicação do princípio da proporcionalidade. Logo, é adequado investigar se existe a chance de escolha de outro meio menos oneroso ao indivíduo nas condições existentes.

3.2.7 Princípio da Humanidade da Pena

O princípio da humanidade, na concepção de Maria Garcia, consiste na “compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente” (GARCIA, 2004, p. 211)⁴⁴.

A dignidade da pessoa humana tem um valor superior aos demais bens jurídicos tutelados e é imprescindível a todas as garantias fundamentais do indivíduo. Relaciona-se diretamente com todos outros valores constitucionais. Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli⁴⁵ e Artur Cortez Bonifácio⁴⁶:

⁴³ De natureza infraconstitucional.

⁴⁴ GARCIA, Maria. Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade. São Paulo: RT, 2004.

⁴⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional de convencionalidade das leis. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 128.

A constituição brasileira elevou a dignidade da pessoa humana a valor fundante da ordem normativa interna, reflexo do movimento expansionista dos direitos humanos iniciados no período pós Segunda Guerra.

É um dos princípios de maior grau de indeterminação e também uma das fontes mais recorridas da Constituição, especialmente por: justificar as ações do Estado Democrático de Direito em favor dos direitos fundamentais, consolidando um encadeamento lógico-jurídico de um modelo de democracia voltada para a justiça social; conferir um sentido unitário à Constituição; ou realizar uma ponderação de valores tendo em conta as normas e valores constitucionais.

O princípio da humanidade é o maior obstáculo para a imposição de pena de morte e da prisão perpétua, pois não permite que o Estado aplique sanções que afetem a dignidade da pessoa humana. O banimento de punições cruéis e infamantes, a vedação a tortura e maus-tratos durante os interrogatórios policiais e a determinação voltada ao Estado para prover sua infraestrutura carcerária de instrumentos que evitem a humilhação dos condenados são frutos do princípio da humanidade.

Zaffaroni⁴⁷ defende que esse princípio estabelece a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do crime que promova uma degradação física, assim como qualquer efeito jurídico permanente do delito.

A Constituição Federal de 1988 garante aos detentos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX), proibindo a aplicação de pena de caráter cruel e degradante (art. 5º, XLVII). Assim, o regime disciplinar diferenciado, criado pela Lei 10.792/2003, que prevê o isolamento celular de 360 dias, prorrogável por igual período, impõe pena cruel e desumana, portanto, completamente inaplicável no Brasil.

Esse tipo de pena arruína totalmente o aspecto moral, físico e psicológico do detento, que ficaria condicionado a esse isolamento exagerado, vindo a potencializar a depressão, raiva, desespero e demais efeitos irreversíveis. Logo, o regime disciplinar diferenciado representa o exemplo mais significativo e recente no ordenamento jurídico nacional de desrespeito ao princípio da humanidade da pena.

⁴⁶ BONIFÁCIO, Artur Cortez. O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais. São Paulo: Método, 2008. p. 174-175.

⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal: Parte General. 6. Ed. Buenos Aires: Ediar, 1991. p. 139.

3.3 O fenômeno da recepção legislativa

A expressão recepção legislativa encontra raízes na famosa obra “Teoria geral do direito e do Estado” de Hans Kelsen⁴⁸. Ele a retrata como o evento de derrocada de uma ordem jurídica que dá lugar a outra, particularmente instigada a diante do surgimento de uma nova Constituição em substituição da anterior.

Kelsen comparou esse fenômeno ao momento no qual a Alemanha, durante os séculos XV e XVI, foi palco de “adoção de uma nova ordem jurídica, ordem essa, até certo ponto, completamente estranha àquilo que mais tarde se chamaria ‘germanismo’. Este acontecimento se chamou de recepção⁴⁹”.

Esse mecanismo, portanto, refere-se à associação entre a nova Constituição e as leis que lhe são anteriores. Essa associação decorre da suplantação de ordenamentos jurídicos no mesmo plano espacial definida pela substituição de uma Constituição por outra e pelo aproveitamento fragmentário do conjunto de normas elaboradas pelos processos legislativos anteriormente em vigor, através da transposição para o novo sistema jurídico não por simples incorporação, mas por transmutação do velho para o novo⁵⁰.

Seria irracional e oneroso que uma nova ordem constitucional, oriunda da criação de uma nova Constituição, revogasse todo o ordenamento infraconstitucional anterior. Então, é com o intuito de evitar todo esse penoso processo que existe a recepção normativa do direito pré-existente, que promove o prosseguimento da legislação ordinária prévia, desde que sejam normas compatíveis com a nova ordem jurídica.

Bobbio também abordou o assunto para esclarecer que:

É certo, portanto, que com a revolução tem-se uma interrupção na continuidade (do ordenamento jurídico); ela é um divisor de águas entre um ordenamento e outro. Mas essa divisão é absoluta? O ordenamento velho e o ordenamento novo estão em relação de exclusão recíproca entre si? Eis o problema. A resposta só pode ser negativa: a revolução opera uma interrupção, mas não uma completa solução de continuidade; há o novo e o

⁴⁸KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. Tradução de Luís Carlos Borges. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 172.

⁴⁹FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. Aspectos da chamada recepção prática do direito romano na Alemanha. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, São Paulo, v. 45, p. 25-47, jul.-ago. 1987.

⁵⁰HERANI, Renato Gugliano. Direito pré-constitucional e “a crise do Supremo”. Revista de Informação Legislativa, Brasília, p. 109, abr. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194919>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

velho, mas também o velho que se trasvaza no novo e o novo que se mistura com o velho. É um fato que, normalmente, parte do velho ordenamento, passa para o novo e apenas alguns princípios fundamentais referentes à Constituição do Estado se modificam. Como se explica essa passagem? A melhor explicação é aquela que recorre à figura da recepção. No novo ordenamento tem lugar uma verdadeira e autêntica recepção de boa parte do velho (...). A recepção é um ato jurídico com o qual um ordenamento acolhe e torna suas as normas de outro ordenamento, onde tais normas permanecem materialmente iguais, mas não são mais as mesmas com respeito à forma⁵¹.

Dessa forma, conclui-se que as normas pré-constitucionais consideradas incompatíveis com a nova ordem jurídica não perduram, ao passo que as compatíveis permanecerão vigentes, por meio do procedimento de recepção legislativa.

Atualmente, a recepção legislativa se molda mediante a aceitação de determinadas premissas fundamentais do Estado constitucional: a da supremacia constitucional e a da rigidez constitucional. O advento de uma nova ordem constitucional provoca a renovação de todo o complexo normativo para a apropriada adaptação jurídica.

Não existe a possibilidade, durante a existência dos ordenamentos jurídicos, de nenhuma hipótese de imutabilidade absoluta, tendo em vista que, principalmente as Constituições, sentem a necessidade de se adequarem às demandas populares, diante de novos contextos históricos e valores sociais.

As hipóteses de alterações formais, no contexto do Direito Constitucional, são possíveis por meio da exteriorização do *Poder Constituinte*⁵², depois da quebra do processo constitucional e o surgimento do *Hiato Constitucional*⁵³, seja pela manifestação do *Poder de Reforma*⁵⁴, da maneira prevista pela Constituição vigente, ou ainda pela *Mutação Constitucional*⁵⁵, sendo que as causas dessas alterações podem ser internas ou externas.

⁵¹Norberto Bobbio. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: UNB, 1999. p. 177.

⁵² Poder capaz de editar uma Constituição, estabelecendo uma organização jurídica fundamental, dando forma ao Estado, constituindo poderes e criando normas de exercício de governo, tal qual o estabelecimento de seus órgãos fundamentais, os limites da sua ação e as bases do ordenamento econômico e social.

⁵³ Momento em que há um choque entre o conteúdo da Constituição política e a realidade social.

⁵⁴ Poder apto a realizar modificações na Constituição, exercido pelo poder constituinte derivado.

⁵⁵ Ocorre quando a redação da norma é mantida, mas atribui-se um novo sentido interpretativo de acordo com as mudanças da realidade social.

Plúrimas denominações têm sido utilizadas pelos comparatistas para referir-se ao fenômeno, como transplantes jurídicos, migração de modelos, importações jurídicas, aproximações legislativas, imitações jurídicas, dentre outras. Com efeito, denomina-se circulação de modelos o extenso fenômeno de exportação e importação de modelos jurídicos entre diferentes sistemas jurídicos. Nestes termos, os referidos modelos jurídicos podem ser regras singulares, princípios jurídicos, institutos ou instituições jurídicas, até mesmo leis ou códigos inteiros. Mas não somente o direito legislado pode ser objeto de circulação de modelos. Teorias, construções dogmáticas, construções ou entendimentos jurisprudenciais também podem circular até mesmo com mais facilidade em relação a estruturas normativas legais, com grande impacto e relevância... Uma das facetas de maior relevo no fenômeno da circulação de modelos é aquela da recepção de direito, denominação mais técnica que equivale ao fenômeno ao qual, até aqui, referiu-se como importação jurídica⁵⁶.

É, precisamente, nas inspirações externas em que eclode a relevância do fenômeno da Recepção Legislativa na concepção que compete ao Direito Público (Direito Constitucional, Direito Penal, por exemplo), ou mesmo no âmbito do Direito Privado (Direito Civil, por exemplo). Assim, é imprescindível que não se veja o ordenamento jurídico como algo estático, fixo, insuscetível a receber influências externas.

⁵⁶ SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. Elementos de Direito Comparado. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2008. p. 151-152.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo realizado, demonstra-se a ampla recepção legislativa das propostas mais importantes e inovadoras aprovadas à Parte Geral do Código Penal de 1940 pela Constituição Federal de 1988. Os princípios penais fundamentais também obtiveram plena consolidação diante da nova ordem constitucional que se introduzia.

Atualmente, a recepção legislativa se molda mediante a aceitação de determinadas premissas fundamentais do Estado constitucional: a da supremacia constitucional e a da rigidez constitucional. O advento de uma nova ordem constitucional provoca a renovação de todo o complexo normativo para a apropriada adaptação jurídica.

Seria irracional e oneroso que uma nova ordem constitucional, oriunda da criação de uma nova Constituição, revogasse todo o ordenamento infraconstitucional anterior. Então, é com o intuito de evitar todo esse penoso processo que existe a recepção normativa do direito pré-existente, que promove o prosseguimento da legislação ordinária prévia, desde que sejam normas compatíveis com a nova ordem jurídica.

Assim, as normas pré-constitucionais consideradas incompatíveis com a nova ordem jurídica não perduram, ao passo que as compatíveis permanecerão vigentes, por meio do procedimento de recepção legislativa.

Não existe a possibilidade, durante a existência dos ordenamentos jurídicos, de nenhuma hipótese de imutabilidade absoluta, tendo em vista que, principalmente as Constituições, sentem a necessidade de se adequarem às demandas populares, diante de novos contextos históricos e valores sociais.

O Direito Penal, sendo o último meio de controle social, apresenta vital necessidade de se modificar e atualizar conforme as necessidades sociais para que seja eficiente no que se propõe, na prevenção e no combate ao crime, para que não venha a comprometer sua eficácia.

Contém um conjunto de princípios e valorações que orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais. É nesse sentido que se estabelece a relevância fundamental da modernização de seu ordenamento jurídico de acordo com o interesse público e social.

O objetivo político-criminal do direito penal é a proteção de bens jurídicos da maneira mais racional possível, o que, dentro de um sistema democrático e humanista, apenas será realizado se a violência utilizada pelo Estado na repressão penal for empregada o mínimo necessário, nem mais, nem menos.

Os valores essenciais da Constituição Federal irão pautar o rumo do legislador penal e do julgador para impulsionar a seleção dos bens jurídicos mais relevantes. Os princípios penais fundamentais, que orientam a missão do direito penal, são frutos de inúmeras ideologias jurídicas e é dentro dessa diversidade principiológica que se encontra a segurança jurídica necessária para a construção e fortalecimento do Estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais. São Paulo: Método, 2008.

BRASIL. Lei nº 7.209/1984. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-expositivaodetivos-148879-pl.html>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

Brasil. Projeto de Lei 236/2012. Disponível em: <http://www.mpdfp.mp.br/portal/pdf/unidades/procuradoria_geral/nicceap/legis_armas/Legislação_completa/Anteprojeto_Código_Penal.pdf> Acesso em: 27 nov. 2018.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal v.1. Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 206/207.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Código Penal de 1984: Antecedentes. Ideologia. Princípios. Orientação. Finalidade. Revista de Informação Legislativa, Brasília, p. 147-204, abr. 1985. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181608>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

CONDE, Munõz. Teoria Geral do Delito. Trad. Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1988. p. 129.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Comentários ao Código Penal. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 1. p. 232

DE MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama. O princípio da proporcionalidade no Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DE OLIVEIRA MAZZUOLI, Valério. O controle jurisdicional de convencionalidade das leis. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DOTTI, René Ariel. Reforma Penal. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 85-86

DOTTI, René Ariel. Reforma Penal brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 96-97.

DOTTI, René Ariel. Bases e alternativas para o sistema de penas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. Aspectos da chamada recepção prática do direito romano na Alemanha. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, São Paulo, v. 45, p. 25-47, jul.-ago. 1987.

GARCIA, Maria. Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade. São Paulo: RT, 2004.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. Tradução de Luís Carlos Borges. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FRAGOSO, Heleno Claudio. In Notas explicativa. HUNGRIA, Nélon. Comentários ao Código Penal, volume I, tomo I: arts. 1º ao 10, por Nélon Hungria e Heleno Cláudio Fragoso. 5a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976.

HERANI, Renato Gugliano. Direito pré-constitucional e “a crise do Supremo”. Revista de Informação Legislativa, Brasília, p. 109, abr. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194919>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. (Coleção direito civil); v.4 p.45.

Norberto Bobbio. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: UNB, 1999. p. 177.

TORELLY, Márcia Weinert de Abreu. Código Penal: Anteprojeto de Lei (Parte Geral) comparado ao Código Vigente. Revista de Informação Legislativa, Brasília, p. 305-374, abr. 1981. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181282>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

TENORIO, Oscar. Da aplicação da lei penal. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto. 1942.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 22.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal: Parte General. 6. Ed. Buenos Aires: Ediar, 1991. p. 139.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 221.