

# SACERJ

Sociedade dos Advogados Criminais  
do Estado do Rio de Janeiro

Boletim Informativo número 3 - Dezembro de 1.993

## *Editorial*

Neste número prossegue a publicação do trabalho inédito do prof. Heleno Fragoso sobre o princípio da reserva legal, que dava início aos "Comentários" que começou a escrever pouco tempo antes de falecer.

A seção de Notas ( uma espécie de "Febeapá Forense" ) está cada vez ocupando mais espaço em nosso Boletim. Aguardamos contribuições.

Abaixo, os dados impressionantes do recente Censo Penitenciário.

## *Censo Penitenciário*

Da obra de Edmundo Oliveira ( "O Censo Penitenciário e a Crueza Existencial das Prisões no Brasil", Min. Justiça, C.N.P.C.P., 1993, p. 13 ), extraímos para publicação o seguinte

### *Resumo do Quadro-Indicador do Censo (melo de 1.993):*

Número de presos no país: 126.152 Homens: 97% Mulheres: 3%  
Presos condenados: 88.784 Presos provisórios: 37.368  
Cumprindo pena, irregularmente, em cadeias públicas: 48%  
Número de estabelecimentos penais (penitenciárias e cadeias públicas): 297  
Vagas nos estabelecimentos: 51.638 Média nacional: 2,5 presos por vaga  
Déficit de vagas: 74.533 Rebeliões: 2 por dia Fugas: 3 por dia.  
Estabelecimentos penais em situação precária: 175  
Estabelecimentos penais em construção: 32  
Estabelecimentos necessários para acabar superlotação: 130  
Custo de construção (estabelecimento para 500 presos): US\$ 15 milhões  
Custo de construção de cada vaga: US\$ 40 mil  
Custo médio de manutenção do preso: 3,5 salários mínimos por mês  
Mandados de prisão expedidos e não cumpridos: 345.000  
Índice de crimes: Um milhão, em média, de crimes por ano. Furto e roubo: 72%. Homicídio, lesão corporal, aborto, estupro, corrupção, tráfico e porte de drogas: 28%. Reincidência no país: 85%  
Idade média do preso: 68% com menos de 25 anos. Negros e mulatos: 66%  
Presos sem trabalho fixo: 89% Analfabetos ou semi-alfabetizados: 76%  
Presos absolutamente pobres: 95% Sem poder ter advogado: 98%  
Relação entre o número de presos e funcionários: 11 presos para 1 funcionário (a ONU recomenda 3 presos para 1 funcionário ).  
Problemas humanos mais acentuados: a) ausência de vínculo familiar permanente; b) supressão da atividade sexual regular; c) solidão; d) apenas 40% dos presos alimentam projetos de vida a partir do lar.  
Ilícitos no sistema penal: a) desvio de alimentos; b) tráfico de drogas; c) facilitação de fugas; d) maus tratos; e) torturas; f) gerenciamento de prostitutas como falsas esposas.  
Reclamações mais acentuadas: a) carência de amparo médico; b) falta de assistência jurídica.

### Notas

\*\*\* Pablo Escobar e a Polícia Civil -- Somente aos olhos de uma figura como Pablo Escobar é que a nossa Polícia pode ser considerada inocente. Não se deve esquecer que Pablo Escobar, a ser efetivamente o autor daquela famosa carta, nada mais fazia do que negar que tivesse cometido o crime de corrupção ativa. Ora, tudo considerado, qual o valor probatório que tal documento pode ter? Mais um episódio vergonhoso (e multíssimo mal-explicado) na conta da Polícia Civil fluminense.

\*\*\* Por falar em bestairol policial -- Há poucos dias duas crianças foram libertadas por seqüestradores, após ficarem quatro dias em cativeiro. Levadas para a Divisão Anti-Seqüestro, o Delegado Hélio Vígio manteve aquelas crianças, por quase duas horas, dando entrevistas para a imprensa em seu gabinete, enquanto mantinha o casal de pais franceses na mais absoluta ignorância acerca da libertação de seus filhos. Quando o Delegado finalmente levou as crianças para casa, uma pessoa da família tomou um tal susto que desmalou. O Delegado Hélio Vígio deve ter adorado. Tudo em nome do estrelismo e da insensibilidade desta triste figura que diz não ser pela pena de morte, mas sim pela "morte sem pena". E o sr. Secretário reclama que ninguém respeita a Polícia...

\*\*\* País civilizado é outra coisa -- O jornal "O Globo", de 30/11/93 (p.20), publica que um juiz de Ontário/Canadá proibiu a circulação na cidade de um jornal americano que trazia notícia sobre o julgamento de um "chocante caso criminal". Trata-se de um casal acusado de "seqüestrar, torturar, abusar sexualmente e assassinar meninas adolescentes". A decisão do juiz baseia-se no fato de que "informações sobre o caso na imprensa poderiam tornar o processo injusto e parcial". Como se sabe, outros países proíbem rotineiramente que se exponha a pessoa acusada em processo criminal ao sensacionalismo -- quase sempre mórbido -- dos meios de comunicação. No Brasil, a imprensa efetua verdadeiros linchamentos de pessoas sem culpa formada, o que acaba por exercer sobre os juizes da causa uma pressão que sempre atrapalha a melhor distribuição de Justiça.

\*\*\* Justiça seja feita ao Supremo Tribunal Federal -- Após o resultado parcial de empate por 4 x 4 no julgamento do Mandado de Segurança impetrado em favor do ex-Presidente Fernando Collor, as críticas mais estapafúrdias foram feitas à Côrte. Para uns, o Tribunal contrariou a vontade do povo; para outros, o STF ficou mal ao deixar o resultado empatado; para outros mais, a decisão da Côrte deveria ser política, e não jurídica... Tais críticas, provenientes de jornalistas e parlamentares, mostram (para dizer o menos) que nem mesmo os setores pretensamente esclarecidos têm idéia do que constitui a função de uma Côrte de Justiça.

\*\*\* Que tal experimentar uma pena de morte? -- Jornais noticiaram entrevista atribuída ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, segundo a qual o Des. Antonio Carlos Amorim defenderia a pena de morte "experimentalmente". Visto que não se trata exatamente de uma nova marca de margarina ou um novo tipo de sabão em pó, a sugestão causou um justificado *frisson*. Opiniões divergem, por exemplo, em torno de um detalhe inicial: o objeto da experiência. Não apareceram voluntários, que a pátria não é mais a mesma. Há os que insistem, então, em algum tipo de recrutamento e seleção, mas aí surgiu o problema do critério. Os mais intransigentes sustentam que o critério deve ser infalível. A minoria liberal objetou que, infalível, só a morte. Uma parlamentar sugeriu que, "experimentalmente" -- e jurando não ir a qualquer segunda intenção -- cada deputado fornecesse um nome que, a seu arbítrio, merecesse fazer parte do universo dos cobaias. A reação foi imediata, inclusive por parte de representantes dos outros dois poderes. Finalmente, um mineiro sugeriu como cobaia o cachorro do Magri, afinal "um ser humano como outro qualquer". Os juristas argüíram inimputabilidade do cachorro. Um advogado pediu a palavra pela ordem, e aí ninguém mais conseguiu se entender.

## Princípio da reserva legal

Helena Fragoso

## II - Fundamento jurídico

O princípio da legalidade dos delitos e das penas surge como exigência de natureza política. Trata-se de garantir a generalidade dos súditos, ou seja, as pessoas submetidas ao poder punitivo do Estado, contra o arbítrio e a prepotência.

A fórmula latina, no entanto, foi introduzida por Feuerbach, na primeira edição de seu *Tratado*, publicado em 1801, como consequência de sua teoria da coação psicológica. Feuerbach estabelece da seguinte forma o que ele chamava de princípios supremos do direito penal, válidos sem qualquer exceção: I. Toda imposição de pena pressupõe uma lei penal (*Nulla poena sine lege*). Só a ameaça de um mal através da lei fundamenta o conceito e a possibilidade jurídica da pena. II. A imposição de uma pena está condicionada pela existência de uma ação ameaçada (*Nulla poena sine crimine*). Através da lei a pena se liga ao fato como pressuposto jurídico necessário. III. O fato legalmente ameaçado (pressuposto legal) é condicionada através da pena legal (*Nullum crimen sine poena legalis*). Através da lei liga-se a determinada lesão jurídica o mal como consequência jurídica necessária<sup>22</sup>.

O princípio da reserva legal recebia, desta forma, fundamentação jurídica. Sob esse aspecto pode dizer-se que o princípio da legalidade é essencial à estrutura jurídica do crime e da pena no Estado de Direito. Não se pode obedecer ou violar senão ao que é previamente imposto. Como ensina Soler, esse princípio, entendido em sua forma abstrata, ou seja, dando-se à palavra lei o sentido de *norma preestabelecida à ação que se julga delituosa*, é algo mais que mero acidente histórico ou garantia que hoje possa outorgar-se, ou não. Assume o caráter de verdadeiro princípio necessário para a construção de toda atividade punitiva, que hoje possa ser qualificada como jurídica, e não como puro regime de força<sup>23</sup>.

Não se apresenta mais, em nossos dias, o direito de punir, como poder absoluto do Estado sobre a pessoa do cidadão. O direito de punir constitui limitação jurídica do poder punitivo do Estado, pois no Estado moderno o exercício da soberania está subordinado ao direito. Assim, o poder político penal de punir, originariamente absoluto e ilimitado, sendo juridicamente disciplinado e limitado, converte-se em *poder jurídico*, ou seja, em faculdade ou possibilidade jurídica de punir conforme ao direito<sup>24</sup>. Não se admite, em consequência, num sistema de direito, que o Estado imponha pena a ação que não tenha sido previamente incriminada.

## III - As funções do princípio

O art. 1.º CP fixa a exigência de anterioridade da lei para a definição de crimes e a cominação da pena. A anterioridade de que aqui se cogita é relativa ao fato, e não ao julgamento, como é óbvio. Nossa Constituição de 1934, aliás, fazia expressa referência à anterioridade ao fato: "Ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita" (art. 113, § 26)<sup>25</sup>.

A expressão *lei* alcança aqui todas as normas jurídico-penais elaboradas na forma prevista pela Constituição Federal<sup>26</sup>. O princípio da reserva legal tem hoje múltiplas funções.

<sup>22</sup> Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14a.ed., 1847, atualizada por Mittermaier, § 20. Feuerbach formulou o princípio com alcance meramente científico. Jimenez de Asúa, *Tratado*, II, 330.

<sup>23</sup> Soler, *Der. Pen. Argentino*, I, 123.

<sup>24</sup> Liszt-Schmidt, *Lehrbuch*, 1; Rocco, *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, *Opere Giuridiche*, 1932, III, 132 ss.

<sup>25</sup> O vigente CP alemão ( § 1.º ) também é preciso: "*Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen werden*"

<sup>26</sup> É perigosa a faculdade concedida ao Poder Executivo de editar decretos com força de lei em matéria penal, sobretudo quando se trata de governos autoritários, como foi o caso do Brasil, após 1964. A Constituição francesa de 1958 reservou aos regulamentos baixados pelo Executivo toda a matéria das contravenções penais. Cf. Bricole, *Limiti di operatività*

(a) Por força dessa regra basilar, é inadmissível a retroatividade da lei penal. Historicamente, o princípio da reserva legal surgiu para impedir a retroatividade, como vimos. Não há crime nem pena sem lei anterior. (*Nullum crimen nulla poena sine lege praevia*).

A proibição da retroatividade, de que aqui se cogita, refere-se a todas as características do fato, no conjunto de todas as normas jurídicas que o qualificam, estabelecendo conseqüências jurídicas. Assim sendo, uma alteração pejorativa de dispositivos da *Parte Geral* do CP não pode dar lugar à aplicação com efeito retroativo. Como diz Mezger, a expressão *lei* se refere à totalidade da situação jurídica de que a pena depende<sup>27</sup>. A proibição da retroatividade, todavia, não alcança as alterações da jurisprudência em prejuízo do réu<sup>28</sup>.

Na Alemanha nazista encontramos exemplos de aplicação retroativa da lei penal, entre os quais o da lei van der Lubbe, de 20 de março de 1933, que impôs a pena de morte aos incendiários do Reichstag<sup>29</sup>. O banimento imposto pelo Ato Institucional n.º 13 e pelo Ato Complementar n.º 64, de 5 de setembro de 1969, editados por um triunvirato militar que então exercia o poder, constitui caso de efeito retroativo dado à lei penal. Na hipótese, tratava-se de medida repressiva de caráter político. Com esse sentido, o banimento foi aplicado à família imperial, quando se proclamou a república. Em realidade, no entanto, constituiu *pena* e como tal violou, a um tempo, o princípio da reserva legal; e a justiça, pois foi aplicado sem prévia cominação legal a qualquer ato ilícito, recaindo sobre os que não eram autores do malefício, (o seqüestro em que a saída dos presos do território nacional constituía condição do resgate). De notar que a imposição de pena sem julgamento reedita o sistema dos *bills of attainder* e das *lettres de cachet* do antigo regime, violando a regra do *due process of law*<sup>30</sup>.

(b) Em segundo lugar, estabelece este princípio que não há crime nem pena sem lei escrita (*Nullum crimen nulla poena sine lege scripta*). Não é possível admitir a criação de crimes e penas pelo costume; só a lei pode ser fonte de normas incriminadoras.

(c) Proíbe ainda o princípio da legalidade a aplicação analógica das normas que definem crimes e estabelecem sanções, as quais não podem abranger casos por elas não expressamente contemplados (*Nullum crimen nulla poena sine lege stricta*). O mesmo vale para as medidas de segurança. Não podem ser aplicadas por analogia. A aplicação analógica da lei, para criar crimes e sanções, compromete a segurança do indivíduo em face do poder punitivo do Estado, que o princípio visa garantir, como conquista democrática liberal.

(d) Finalmente, atinge o princípio da legalidade a incriminação vaga e indeterminada de certos fatos, deixando incerta a esfera de ilicitude e comprometendo, desta forma, a segurança jurídica do cidadão. A Constituição da República Federal Alemã ( § 103 ) expressamente proíbe ao legislador o estabelecimento de "leis penais imprecisas, cuja descrição típica seja de tal forma indeterminada, que possa dar lugar a dúvidas intoleráveis sobre o que seja ou não permitido ou proibido". A Comissão Redatora do CP Tipo para a América Latina, entre os *Princípios Fundamentais* que fixou, em Santiago do Chile, em 1963, para "inspirar e orientar a elaboração de leis penais na América e sua ulterior aplicação", estabeleceu: "As leis penais devem descrever fatos puníveis de maneira precisa e inequívoca, sem deixar dúvidas sobre sua proibição"<sup>31</sup>.

É este um aspecto novo do velho princípio, que pode ser formalmente observado, com a existência de uma lei prévia, mas violado na

---

della regola "Nullum Crimen nulla poena sine lege" nel diritto penale francese, L'Indice Penale, n.º 1 (1967), 22.

<sup>27</sup> Mezger, *Tratado*, I, 113.

<sup>28</sup> Schönke-Schröder, *Kommentar*, § 2, n.º 9.

<sup>29</sup> Maurach, *Lehrbuch*, § 12, II.

<sup>30</sup> A pena de banimento prevista no antigo direito nunca foi aplicada no Brasil (salvo o já citado caso da família imperial). É curioso assinalar que a Constituição de 1824 a previa (art. 7.º, § 3.º), e o Código Criminal de 1830 dela tratava (art. 50), embora não estivesse cominada a qualquer crime. A Constituição de 1891 a aboliu expressamente (art. 72, § 20). Sobre as limitações da pena de banimento no direito romano, cf. Mommsen, III, 318. Vejam-se também as sempre eloqüentes palavras de Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § XVIII.

<sup>31</sup> O autor integrou a comissão que redigiu esses princípios, juntamente com os professores Alvaro Bunster e Francisco Laplaza. Cf. *El Código Penal Tipo para Latinoamérica*, Instituto de Derecho Penal, Rosario, 1968, 72.

substância com a indeterminação da conduta delituosa. Como ensina Soler, "a só existência de lei prévia não basta; esta lei deve reunir certos caracteres: deve ser concretamente definitiva de uma ação; deve traçar uma figura cerrada em si mesma, por meio da qual se conheça não apenas qual é a conduta compreendida, mas também qual é a não compreendida"<sup>32</sup>.

A incriminação vaga e indeterminada faz com que, em realidade, não haja lei definindo como delituosa certa conduta, pois entrega, em última análise, a identificação do fato punível ao arbítrio do julgador. Trata-se, como se percebe, de exigência dirigida ao legislador, proibindo a formulação de tipos imprecisos, de contornos incertos. Estando, no entanto, o princípio da reserva legal inscrito na Constituição, a consequência será o reconhecimento da inconstitucionalidade das leis que não permitem conhecer com segurança o conteúdo do fato proibido.

A inexistência de expressa referência à taxatividade é indiferente, pois esta constitui, na formulação dos tipos, exigência lógica inafastável da função de garantia que tem o princípio da reserva legal.

Alguns critérios gerais podem ser fixados para identificar, no caso concreto, tipos vagos e indeterminados. Ensina Soler que o princípio da tipicidade pode ser violado de duas maneiras: ou deixando-se intencionalmente aberta uma figura de delito, criando-se um tipo em si mesmo analógico, ou fazendo-se uma lei que não tome por base um verdadeiro tipo de ação: "*Al primer resultado se llega formulando una incriminación en la que solo aparentemente exista un tipo, es decir, construyendo un delito desfigurado, borroso, sin contornos, sea por la falta o por la poca precisión del verbo mismo escogido como definitivo, sea por agregarle tantos y tales complementos que lo van dilatando hasta transformarlo, elevandolo a sentidos improprios, indefinidos y, por lo tanto, abiertos a muy diferentes posibilidades de aplicación*". A segunda maneira de iludir a exigência da tipicidade é a dos casos em que o núcleo da definição reside na parte objetiva da ação, ou seja, incriminando-se o fato com base em certos resultados ( e não na ação ), de tal forma que a pena depende não do que o agente faz, mas sim do que ocorre em virtude de seu comportamento<sup>33</sup>.

Nuvolone, por seu turno, recorre ao critério da *interpretação unívoca*, entendendo que o princípio da taxatividade é violado sempre que a fixação da conduta típica exige do juiz um ato de vontade criadora. A norma não taxativa se apresenta necessariamente com possíveis conteúdos heterogêneos: a primeira é unívoca; a segunda, equívoca<sup>34</sup>.

Em matéria política tem sido comum a violação do princípio da reserva legal, pela incriminação vaga e indeterminada, que remonta à velha definição do *crimen maiestatis*, contida no Digesto: *maiestatis crimen illud est, quod adversus populum romanum vel adversus securitatem eius committitur* (D. 48.4.11). É o caso também do crime de traição previsto no art. 76 do CP francês de 1810, que punia "maquinações ou entendimentos" com potências estrangeiras ou seus agentes<sup>35</sup>. Outros exemplos vamos encontrar em leis nazistas que incriminavam, ao tempo da guerra, "o rompimento da força defensiva do Estado" ou o "comportamento danoso ao povo". Em Cuba, a lei 425, de 9 de julho de 1959, definindo delitos contra-revolucionários, apresentava fórmulas ambíguas, como: "os que realizarem qualquer outra atividade considerada contra-revolucionária"; "os elementos contra-revolucionários de qualquer índole", ou "qualquer ato tendente a favorecer uma rebelião armada contra os poderes do Estado", etc.<sup>36</sup>. As leis de segurança nacional, que têm vigorado entre nós desde 1967, tem-se caracterizado por conter inúmeras incriminações vagas e indeterminadas. Deste defeito não escapa a última dessas leis, a L. 7170, de 14/12/83, que pretende definir condutas delituosas utilizando as expressões "praticar sabotagem" (art. 15) e "praticar atos de terrorismo" (art. 20).

<sup>32</sup> Soler, *La formulación actual del principio "nullum crimen"* no volume *Fe en el Derecho*, Buenos Aires, TEA, 1956, 283. Welzel, § 5, III, 3: "O perigo que ameaça o princípio *nulla poena sine lege* não vem da analogia, mas das leis penais indeterminadas". Comp já vimos, no direito americano entende-se que a incriminação vaga viola a regra do devido processo legal. Cf. M. Cherif Bassiouni, *The sources and limits of criminal law in the United States*, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1975, nos. 3 e 4, 352.

<sup>33</sup> Soler, *ob.cit.*, (nota 32), 284.

<sup>34</sup> Nuvolone, *Sistemas*, 42.

<sup>35</sup> Chaveau-Hélie, *Théorie*, II, 44.

<sup>36</sup> Cf. *Cuba et la primauté du droit*, Comissão Internacional de Juristas, Genébra, 1963, 127.