

## § 12 – CLASSIFICAÇÕES DAS FONTES DE DIREITO PENAL

*Leandro Ayres França*<sup>1</sup>

*Fernanda Guerra Drummond*<sup>2</sup>

---

**Sumário:** 1. Referência Jurisprudencial. 2. O Caso. 3. Os Fundamentos da Decisão. 4. Problematização. 5. Referências.

### 1 REFERÊNCIA JURISPRUDENCIAL

Corte Interamericana de Direitos Humanos – Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs – Brasil – Juiz Presidente Diego García-Sayán, com voto fundamentado do Juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas – j. em: 24.11.2010.

### 2 O CASO

Em decorrência da morosidade das investigações oficiais de buscas dos corpos das vítimas da Guerrilha no Araguaia<sup>3</sup>, o Centro de Justiça e Di-

---

<sup>1</sup> Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Modernas Tendências do Sistema Criminal. Advogado e escritor.

<sup>2</sup> Graduada pela Universidade Federal do Paraná; e pós-graduanda pela Associação Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Modernas Tendências do Sistema Criminal. Assessora Jurídica do Ministério Público do Paraná.

<sup>3</sup> “Em meio à fase de exceção estabelecida no Brasil durante a ditadura, por volta de 1972, um dos grupos de resistência armada, dirigido pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), e contando com cerca de 70 pessoas, fazia seu treinamento na região de São João do Araguaia, no estado do Pará. (...), entre abril de 1972 e janeiro de 1975, um contingente entre 3 mil e 10 mil representantes das Forças Armadas e da polícia militar ocuparam a região, dizimando a resistência, no episódio que ficou conhecido como a Guerrilha do Araguaia. / Conforme relatórios sobre o Direito à Memória e à

reito Internacional (CEJIL), em conjunto com a Human Rights Watch – Americas, interpôs, em 07.08.1995, uma demanda para a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em representação aos familiares dos desaparecidos. A Corte Interamericana foi suscitada para que realizasse um *controle de convencionalidade* da Lei da Anistia (Lei 6.683/1979): questionava-se a compatibilidade da referida lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana<sup>4</sup>. Note-se que o pleito não solicitava que a CIDH realizasse um exame de constitucionalidade da Lei da Anistia – questão de direito interno brasileiro –, sequer se pretendeu que a CIDH revisasse o julgamento do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153 – vez que, quando da apresentação da demanda, sequer haviam sido emitidos os votos dos Ministros<sup>5</sup>.

*Verdade (referidos pela CIDH na sentença), a partir de 1973, sob o comando do General Médici, a repressão à Guerrilha do Araguaia se intensificou, sendo que a ordem oficial ‘passou a ser a eliminação dos capturados’. Por volta de 1974, segundo o informe, já não havia mais guerrilheiros no Araguaia; existem muitos relatórios que indicam que seus corpos foram desenterrados e queimados, ou então atirados nos rios da região: ‘o governo militar impôs silêncio absoluto sobre os acontecimentos do Araguaia e proibiu a imprensa de divulgar notícias sobre o tema, enquanto o exército negava a existência do movimento’”.* (FRANÇA, Leandro Ayres; OLIVEIRA, Roberta Cunha de. Quando o dia raiou sem pedir licença: a responsabilização internacional do Estado brasileiro pelos atos cometidos contra seus inimigos na Guerrilha do Araguaia (1972-1975). In: FRANÇA, Leandro Ayres (Org.). *Tipo: Inimigo*. Curitiba: FAE Centro Universitário, 2011.)

<sup>4</sup> O direito de não ser submetido a um desaparecimento forçado, decorrente dos arts. 3º, 4º, 5º e 7º; o direito à proteção judicial e às garantias judiciais relativos ao esclarecimento dos fatos e à determinação das responsabilidades individuais por esses mesmos fatos, decorrentes dos arts. 8º e 25; todos da Convenção Americana.

<sup>5</sup> Conforme previsão dos art. 102, § 1º, da Constituição da República, e do art. 1º da Lei 9.882/99, a ADPF é a ação por via da qual se suscita a jurisdição constitucional abstrata e concentrada do Supremo Tribunal Federal para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público. Na ADPF 153, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil questionou o teor do § 1º do art. 1º da Lei 6.683/79: “*Art. 1º. É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02.09.1961 e 15.08.1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações ligadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e complementares. § 1º Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política*”. Até o termo da redação deste artigo, a decisão não transitou em julgado, uma vez que o arguente interpôs Embargos de Declaração (13.08.2010) e apresentou relevante fato novo (23.03.2011) a ser apreciado pela corte: a juntada da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

### 3 OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO

Ao recordar que o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 estabelece que os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais, a CIDH explicou as consequências das obrigações convencionais dos Estados:

*Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um ‘controle de convencionalidade’ ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana<sup>6</sup>.*

Uma vez que o Brasil internalizou a Convenção Americana em 1992, tendo reconhecido a competência contenciosa da CIDH em 10.12.1998, a Corte Interamericana era competente para conhecer e julgar o pedido de controle de convencionalidade. Em sua decisão, a CIDH reconheceu que o regime militar implantado no Brasil foi responsável por práticas sistemáticas de detenções arbitrárias, torturas, execuções e desaparecimentos forçados perpetrados pelas forças de segurança do governo militar. E, em específico, que o extermínio ocorrido no episódio da Guerrilha do Araguaia fez parte de um padrão de repressão, perseguição e eliminação sistemática e generalizada da oposição política do regime ditatorial. Comprovou-se perante a Corte Interamericana que as vítimas dessa operação estiveram sob custódia – isolada e incomunicável – do Estado em algum momento antes de seus desaparecimentos. E que essas mesmas vítimas foram torturadas durante a custódia, conforme o “*modus operandi seguido pelos agentes estatais nas detenções da região, bem como em outros desaparecimentos forçados e prisões de opositores políticos no Brasil*”<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. p. 65-66 (da sentença).

<sup>7</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. p. 31 (da sentença).

Das 62 pessoas identificadas como supostas vítimas do caso, somente foram identificados os restos mortais de duas delas. Não por outra razão, a Corte Interamericana concluiu que o Estado brasileiro permanece<sup>8</sup> responsável pelo desaparecimento forçado de 60 pessoas.

A Corte Interamericana também identificou na tradicional interpretação da Lei da Anistia, referendada pelo Supremo Tribunal Federal, o maior obstáculo para o direito às garantias judiciais e à proteção judicial dos familiares dos desaparecidos. A forte censura às disposições da Lei da Anistia é justificada: agindo conforme a Lei, o Estado brasileiro não investigou os fatos ocorridos na Guerrilha do Araguaia, não os julgou e não responsabilizou e/ou puniu os atores dos crimes de lesa-humanidade, violando, assim, os direitos às garantias e à proteção judiciais. Ainda nesse âmbito, a CIDH aproveitou para criticar a ausência de tipificação do crime de *desaparecimento forçado*<sup>9</sup> no direito brasileiro conforme exigência da Convenção Americana e instou o Estado brasileiro para que adote, em prazo razoável, todas as medidas necessárias para ratificar a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas<sup>10</sup> e, enquanto isso, para que dê prosseguimento à tramitação legislativa dos projetos de lei referentes a esse crime:

*(...), de acordo com a obrigação decorrente do artigo 2º da Convenção Americana, o Brasil deve adotar as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas, em conformidade com os parâmetros interamericanos. Essa obrigação vincula a todos os poderes e órgãos estatais em seu conjunto. Nesse sentido, como esta Corte salientou anteriormente, o Estado não deve limitar-se a promover o projeto de lei de que se trata, mas assegurar sua pronta sanção e entrada em vigor, de acordo com os procedimentos estabelecidos no ordenamento jurídico interno*<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> E assim *permanece*, pois, para o Direito Internacional, o crime de desaparecimento forçado se inicia “com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanece enquanto não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e se determine com certeza sua identidade”. In: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. p. 38 (da sentença).

<sup>9</sup> “Art. 103. Adicionalmente, no Direito Internacional, a jurisprudência deste Tribunal foi precursora da consolidação de uma perspectiva abrangente da gravidade e do caráter continuado ou permanente da figura do desaparecimento forçado de pessoas, na qual o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanece enquanto não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e se determine com certeza sua identidade. (...)”. In: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. p. 38 (da sentença).

<sup>10</sup> A referida Convenção foi internalizada pelo Congresso Nacional, no princípio de 2011.

<sup>11</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. p. 64 (da sentença).

O voto do juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas ratificou esse *mandado “convencional” expresso de criminalização*:

*Para todos os Estados do continente americano que livremente a adotaram, a Convenção equivale a uma Constituição supranacional atinente a Direitos Humanos. Todos os poderes públicos e esferas nacionais, bem como as respectivas legislações federais, estaduais e municipais de todos os Estados aderentes estão obrigados a respeitá-la e a ela se adequar. (...) Mesmo as Constituições nacionais não de ser interpretadas ou, se necessário, até emendadas para manter harmonia com a Convenção e com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. De acordo com o artigo 2º da Convenção, os Estados comprometem-se a adotar medidas para eliminar normas legais e práticas de quaisquer espécies que signifiquem violação a ela e, também ao contrário, comprometem-se a editar legislação e desenvolver ações que conduzam ao respeito mais amplo e efetivo da Convenção*<sup>12</sup>.

Por essas e outras razões, a sentença da CIDH reconheceu a responsabilidade do Estado brasileiro por violação do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica; ofensa à integridade física e moral e à liberdade de pensamento e de expressão; desaparecimento forçado de, pelo menos, 60 cidadãos; descumprimento de adequação de seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos; violação do direito ao acesso às garantias e à proteção judiciais; enfim, por todas as violências cometidas contra os seus opositores políticos participantes da Guerrilha do Araguaia, as quais se extrapolaram também contra os seus familiares<sup>13</sup>.

Reconhecidas essas violências e determinada a incompatibilidade da Lei da Anistia com a Convenção Americana, a CIDH também se preocupou em ordenar o cumprimento de determinadas obrigações, além da recomendação de criação de uma Comissão da Verdade para a apuração das violações ocorridas durante a ditadura civil-militar: obrigações de investigar os fatos, julgar (em jurisdição ordinária e não, no foro militar) e, se for o caso, punir os responsáveis; de determinar o paradeiro das vítimas; de adotar medidas de reabilitação (atenção médica e psicológica), de satisfação (publicação da sentença e realização de ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional) e de garantias de não repetição (educação em direitos

<sup>12</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. p. 120-121 (da sentença).

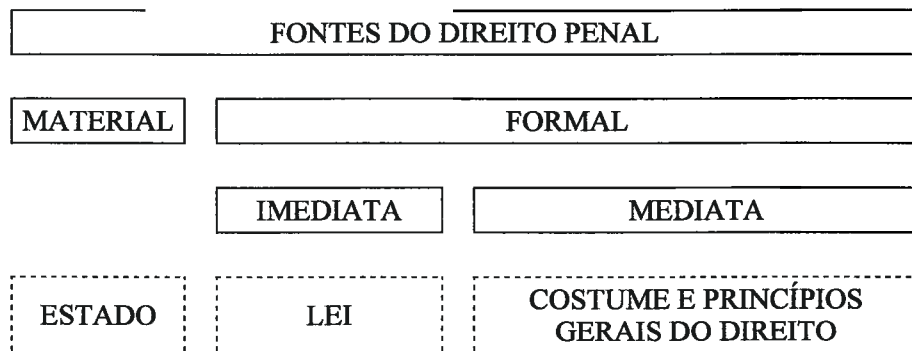
<sup>13</sup> Pois a violência contida nas práticas sistemáticas de detenções arbitrárias, de torturas, de execuções e de desaparecimentos forçados voltadas aos inimigos do regime militar persiste na privação do acesso à verdade dos fatos sobre o destino dos desaparecidos, na falta de investigações efetivas para o esclarecimento dos fatos, na ausência de iniciativas para sancionar os responsáveis, constituindo-se, assim, uma forma de tratamento cruel e desumano perene para as famílias.

humanos nas Forças Armadas; tipificação do delito de desaparecimento forçado; acesso, sistematização e publicação de documentos em poder do Estado); de pagar indenizações por danos materiais e moral<sup>14</sup>

#### 4 PROBLEMATIZAÇÃO

Que se folheiem todos os Manuais pátrios de direito penal; que se busquem as decisões de nossos Tribunais: nada explica como a Corte Interamericana é legítima para responsabilizar o Estado brasileiro, e a tal ponto que exige a investigação e o julgamento dos autores dos crimes por ela relatados. E tampouco nada se extrai daí, quanto ao citado *mandado convencional expreso de criminalização*, que se traduz na *auctoritas* da Convenção Americana de ordenar à potestade dos Estados signatários a tipificação do crime de desaparecimento forçado.

Não nos interessa a razão de as mais tradicionais classificações doutrinárias e jurisprudenciais das fontes de direito penal ignorarem contemporâneos eventos jurídicos: pode-se apontar a tendência à repetição de conceitos e discursos, sem o necessário exercício crítico; pode-se justificar tal postura pela defesa do didatismo acadêmico; pode-se denunciar uma miopia hermenêutica que impede que uma perspectiva acomodada mire além dos limites da soberania; ou, até mesmo, pode-se sugerir a dificuldade pela qual passam os autores na empresa de classificar as fontes, as formas de expressão e os instrumentos de interpretação do direito penal quando eles próprios são elementos desse conjunto, o que é um claro estorvo ao arranjo sistemático. Independente do motivo, tem-se como difundido este insuficiente quadro esquemático:



<sup>14</sup> As anotações deste tópico e do anterior foram extraídas e adaptadas de FRANÇA, Leandro Ayres; OLIVEIRA, Roberta Cunha de. *Op. cit.*

O primeiro equívoco revela-se na impropriedade da nomenclatura utilizada: a etimologia latina de fonte (*fons*) vincula-se à nascente, ao manancial de água, neste sentido de origem, causa ou princípio. Por essa razão, é sagaz a ressalva de Heleno Cláudio Fragoso<sup>15</sup>: a única fonte do direito penal é a fonte material (como *nasce* o Direito); o que é comumente chamado de *fonte formal* constitui-se, em verdade, por formas de expressão do direito penal (como é o Direito)<sup>16</sup>.

4.1 A *fonte de produção* (ou *material, substancial*) do direito penal é a gênese da norma penal, concretizada pelo órgão constitucionalmente competente à sua formulação. Conforme o art. 22, I, da Constituição da República, é o Estado na configuração que o toma a União Federal<sup>17</sup>. Mas o que precisa a resposta a torna vazia: a União é uma entidade coletiva e abstrata. Por isso, invoca-se a sociedade, então representada pela casa legislativa federal. Porém, também a sociedade é algo coletivo e abstrato. Doutrinadores designam, pois, a *consciência comum do povo*<sup>18</sup> ou a *vida social em seus imperativos e reclamos*, fatores e situações presentes e antecedentes à atividade estatal legislativa<sup>19</sup>. Um entendimento mais conforme às investigações criminológicas desenvolvidas nas recentes décadas, capaz de compreender que *crime* e *criminoso* são conceitos definidos pela organização política da sociedade, revela, contudo, que a verdadeira fonte material do direito penal é o *processo político*<sup>20</sup>. Até mesmo esse argumento merece uma conjunção adversativa (um *porém*), porque o processo político deve ser compreendido

<sup>15</sup> Somente Fragoso traz esta correção etimológica; e ainda apura seu argumento com a discriminação das fontes primárias do direito: “A *indagação sobre as fontes primárias do direito, no sentido de fontes originárias do fenômeno jurídico (consciência do povo, vontade social preponderante, moral, costumes, natureza humana, normas de cultura etc.)*, é *metajurídica*, e deve ser transferida para o campo da *Filosofia do Direito*”. (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. ed. rev. Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 94) Damásio de Jesus tenciona tratar desta peculiaridade, porém limita-se a repetir o uso comum do verbete. (JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 1, p. 9)

<sup>16</sup> SUANNES, Adauto. O costume como fonte do direito internacional: lembrando Nuremberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 59. p. 640, mar./abr. 2006.

<sup>17</sup> “Art. 22. *Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (...) Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo*”.

<sup>18</sup> JESUS, D. E. de. *Op. cit.* p. 9; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 46.

<sup>19</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. Introdução e parte geral. 37. ed. atual. Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 45.

<sup>20</sup> GALVÃO, Fernando. *Direito penal*: parte geral. 4. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 129.

também em seu âmbito global: do antigo costume internacional de combate à pirataria marítima e ao tráfico de pessoas, passando pela experiência de punição dos crimes contra a humanidade iniciado pelo Tribunal Militar de Nuremberg (1945), até os contemporâneos Tribunal Penal Internacional, tratados e convenções internacionais, há demandas internas e sujeitas à soberania (*domestic affair*) e demandas extramuros às quais sujeita-se a soberania estatal (*international concern*)<sup>21</sup>.

4.2 As formas pelas quais se expressa e se cristaliza o direito punitivo na vida social são nominadas majoritariamente e equivocadamente de *fontes de conhecimento* (ou *formais, de cognição*). A superar a divisão didática, concordamos com Luiz Regis Prado quando ele escreveu que essas manifestações podem ser explicadas “*tão só em relação à maior ou menor proximidade da origem do fator de produção da norma, como diretas ou imediatas e indiretas ou mediatas*”<sup>22</sup>.

a) Fundamentada em um sistema jurídico escrito, de gênese romano-germânica, a *Lei* se destaca como uma manifestação imediata do direito penal<sup>23</sup>:

<sup>21</sup> RAMOS, André de Carvalho. O caso Pinochet: passado, presente e futuro da persecução criminal internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 25. p. 655-659, jan./mar. 1999. Gomes e Mazzuoli ressaltam a progressão expansiva do direito, que, nos séculos recentes, passou do legalismo ao constitucionalismo, deste ao internacionalismo e, finalmente, tende ao universalismo: “*Essa nova conformação jurídica do Direito forma o que se pode chamar de constitucionalismo mundial, que nada mais é que a soma do constitucionalismo mais a internacionalização e universalização do direito*”. (GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia”: aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs.). *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 58)

<sup>22</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral, arts. 1º a 120. 10. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1, p. 168.

<sup>23</sup> Salvo Eugenio Raúl Zaffaroni (RAÚL ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 1º v., p. 183-192.), quem traz uma excelente e particular interpretação quanto às fontes do direito penal, e Juarez Cirino dos Santos (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 4. ed. rev. ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 67.), que apresenta uma classificação única e esquizofrênica na qual as fontes formais do direito subdividem-se em *escritas e não escritas*, o restante da doutrina tradicional (Fragoso, Galvão, Greco, Jesus, Masson, Mirabete, Noronha, Nucci, Prado) é uníssona quanto a classificação da *lei* como fonte formal imediata. Esta postura inflexível nos remete à censura de Paulo Ferreira da Cunha ao *comodismo positivista*: “*A identificação lei-Direito é hoje praticamente total. E pode-se ter estudado ao pormenor a teorização das fontes de direito, conceptuais ou hipotéticas e institucionais ou legais, que não vale a pena: tudo isso é teoria. Com grande pragmatismo e sentido do real, quase todos sabem que a lei é que manda, e o resto é floreado*”. (CUNHA, Paulo

é o modo, por excelência, de revelação ou de exteriorização racional da norma jurídica (expressão de uma prescrição imposta pelo órgão competente)<sup>24</sup>. Sua constituição por um preceito e sua respectiva sanção revela que o princípio proibitivo encontra-se nela implícito; por essa razão, tornou-se comum argumentar que o delinquente viola a norma ao agir em conformidade com a lei penal. A lei é instrumento punitivo imperativo (sua violação traz como consequência uma pena), geral (*erga omnes*), impessoal e abstrata (não se refere a uma pessoa ou a categorias de indivíduos) e se projeta a fatos futuros<sup>25</sup>.

Decorrente do princípio da reserva legal (art. 5º, II e XXXIX, Constituição da República; art. 1º, Código Penal; art. 4º, Decreto-Lei 4.657/42), somente as leis estabelecem normas penais. No entanto, por lei deve-se entender qualquer expressão normativa legitimamente produzida pelo Poder Legislativo, desde *mandados constitucionais expressos de criminalização*<sup>26</sup> até a lei ordinária. Essa concepção mais abrangente permite introduzirmos no mesmo conjunto das formas de expressão imediatas as *Emendas Constitucionais* (limitadas pelo art. 60, § 4º, IV, Constituição) e as *Leis Complementares* (porque resultam de processo legislativo mais complexo do que o da lei ordinária). O mesmo não pode ser feito com as Leis Delegadas, nem com as Medidas Provisórias.

b) Os *Tratados e Convenções Internacionais* podem ser considerados expressões imediatas do direito penal a partir do momento em que ingressam no ordenamento jurídico brasileiro<sup>27</sup>. Opinião dissonante quanto à exigência de um referendo integrativo era a de Roberto Lyra, para quem, “*os tratados e as convenções internacionais, como verdadeiras leis entre as partes, constituem, também, fonte imediata de Direito Penal. Em nossos dias, sobretudo, quando se estreita a interdependência econômica dos povos e se faz, com a maior franqueza, o jogo dos interesses em choque, ou das conveniências comuns, adquirem grande importância esses ajustes diplomáticos*”<sup>28</sup>.

Ferreira. *Pensar o direito*. t. I. Coimbra: Livraria Medina, 1990. p. 3. *Apud* SUANNES, A. *Op. cit.*, p. 630

<sup>24</sup> PRADO, L. R. *Op. cit.*, p. 177-178.

<sup>25</sup> NORONHA, E. M. *Op. cit.*, p. 48.

<sup>26</sup> Art. 5º, XLI, XLII, XLIII, LIV, art. 7º, X, art. 225, § 3º, art. 227, § 4º, da Constituição da República. *Vide* FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 42-45.

<sup>27</sup> GOMES, L. F.; MAZZUOLI, V. de O. *Op. cit.*, p. 59. Verifica-se que, em Estado de Direito Internacional, devem os Tratados Internacionais adentrarem o rol das fontes do direito penal, juntamente, porém não primariamente, à lei e aos princípios de ordem constitucional e infraconstitucional.

<sup>28</sup> *Apud* NORONHA, E. M. *Op. cit.*, p. 53.



Essa incorporação pode ocorrer como direito constitucional<sup>29</sup>, como equivalente às Emendas Constitucionais<sup>30</sup>, como norma infraconstitucional<sup>31</sup> ou como instrumento supraconstitucional (v.g., o Tribunal Penal Internacional, com jurisdição internacional)<sup>32</sup>.

c) O *Costume*, por sua vez, é forma de expressão mediata do direito penal<sup>33</sup>. Heleno Fragoso o define como a “*repetição uniforme e constante de determinado comportamento de caráter geral, acompanhado da convicção ou da consciência de sua obrigatoriedade*”<sup>34</sup>. Compõe-se de dois elementos: a constância da prática de determinados atos (aspecto objetivo) e a crença de que a regra de conduta deve ser observada (aspecto subjetivo, que o diferencia do *hábito*)<sup>35</sup>. O costume comporta um valor subsidiário pela impossibilidade de fundamentar a criação de crimes e o agravamento de sanções ou de revogar lei (*contra legem*)<sup>36</sup>. Serve como elemento de interpretação (*secundum legem*) para completar conceitos indeterminados de elementos normativos dos tipos penais: *ato obsceno, decoro, gestão temerária, honra, indevidamente, inexperiência, pudor, repouso noturno, reputação*. É também

<sup>29</sup> “Art. 5º. (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (Constituição da República)

<sup>30</sup> “Art. 5º. (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. (Constituição da República)

<sup>31</sup> “Nos demais casos, a incorporação da norma internacional ao direito interno se dá como lei ordinária, por meio de sua aprovação, por um decreto do Poder Legislativo emanado do Congresso Nacional e, posteriormente, com a promulgação do presidente da República, por decreto do Executivo”. (GALVÃO, F. *Op. cit.*, p. 124.)

<sup>32</sup> GOMES, L. F.; MAZZUOLI, V. de O. *Op. cit.* p. 64. Sobre a discussão quanto à recepção dos Tratados de direitos humanos, indicamos a leitura dos julgados RE 466.343-1/SP e HC 87.585/TO, do Supremo Tribunal Federal.

<sup>33</sup> Luiz Regis Prado defende ser o costume uma modalidade imediata do direito penal (*Op. cit.*, p. 169).

<sup>34</sup> FRAGOSO, H. C. *Op. cit.* p. 95. Nos mesmos termos: JESUS, D. E. de. *Op. cit.* p. 22; MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*: parte geral. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. v. 1, p. 17; MIRABETE, J. F. *Op. cit.*, p. 46; NORONHA, E. M. *Op. cit.*, p. 50.

<sup>35</sup> GALVÃO, F. *Op. cit.*, p. 125; JESUS, D. E. de. *Op. cit.*, p. 22; MASSON, C. *Op. cit.*, p. 17.

<sup>36</sup> O costume, na prática, pode fazer com que os legisladores repensem a necessidade ou não, da permanência de determinado tipo penal incriminador ou da necessidade de criação de um novo. Sobre a contradição entre lei penal e costume, recomendamos a leitura das decisões dos Tribunais quanto à prática do *jogo do bicho* ou à manutenção de casas de prostituição.

admitida a sua função supletivo-integradora (*praeter legem*), porque pode o costume servir para a exclusão da ilicitude do fato ou da culpabilidade<sup>37</sup>.

d) Também previstos no art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro<sup>38</sup>, os *Princípios gerais do direito* são também considerados expressões mediatas do direito penal. São premissas éticas extraídas do ordenamento jurídico que conferem sentido às normas jurídicas quando aplicadas a casos concretos específicos. Nas palavras de José Frederico Marques:

*No campo da licitude do ato, há casos onde só os princípios do direito justificam, de maneira satisfatória e cabal, a inaplicabilidade das sanções punitivas. É o que sucede nas hipóteses onde a conduta de determinada pessoa, embora perfeitamente enquadrada nas definições legais da lei penal, não pode, ante a consciência ética e as regras do bem comum, ser passível de punição*<sup>39</sup>.

No contexto brasileiro, a discussão quanto à amplitude de extração desses princípios (direito positivo em vigor, direito comparado, regras deduzidas da ciência do Direito, direito natural, necessidades sociais etc.), perde dimensão porque o próprio texto constitucional prevê expressamente princípios fundamentais do ordenamento jurídico, político e econômico do país.

4.3 A *Analogia*<sup>40</sup> é a forma de autointegração do sistema normativo que utiliza a solução jurídica prevista para determinado caso em outro, o qual não tem solução expressamente contemplada. Impedida de descrever crimes e de impor sanções, sua aplicação se restringe aos processos de integração jurídica em que figurem casos de excepcional licitude, de isenção de culpabilidade<sup>41</sup>, ou de mitigação de pena<sup>42</sup>. Admite-se, pois, sua aplicação *in bonam partem*, sendo defesa qualquer utilização sua *in malam partem*.

4.4 Menos trabalhada pela doutrina, a *Equidade* constitui-se na perfeita correspondência jurídica e ética das normas às circunstâncias do

<sup>37</sup> FRAGOSO, H. C. *Op. cit.*, p. 95; MASSON, C. *Op. cit.*, p. 18; NORONHA, E. M. *Op. cit.*, p. 50; PRADO, L. R. *Op. cit.*, p. 169.

<sup>38</sup> Decreto-Lei 4.657/42.

<sup>39</sup> *Apud* NORONHA, E. M. *Op. cit.*, p. 51.

<sup>40</sup> Mirabete (*Op. cit.* p. 47.) ressalta que só podem ser supridas as *lacunas legais involuntárias*. Do mesmo modo: “*Não se deve confundir analogia com integração analógica. A analogia pressupõe a lacuna da lei, e a integração analógica, um comando normativo que determine que se utilize a lei existente aos casos semelhantes não previstos*”. (GALVÃO, F. *Op. cit.*, p. 125)

<sup>41</sup> JESUS, D. E. de. *Op. cit.*, p. 22; MIRABETE, J. F. *Op. cit.*, p. 47.

<sup>42</sup> NORONHA, E. M. *Op. cit.*, p. 52.

caso concreto a que estas se aplicam<sup>43</sup>. Para Magalhães Noronha, a equidade é fonte de direito objetivo; para Damásio de Jesus, é procedimento interpretativo com dupla função: assistir a elaboração da norma (como critério político e ético) e auxiliar na interpretação da norma (como princípio de igualdade)<sup>44</sup>.

4.5 Pertencer a um conjunto atrapalha sua classificação; talvez por isso, como apontado acima, os doutrinadores tenham dificuldade em definir seu papel no campo do direito penal. Dentre os estudiosos pátrios<sup>45</sup>, parece consenso que sua produção, a *Doutrina*<sup>46</sup>, não é fonte do direito penal; seus trabalhos são considerados tarefas de interpretação:

*Os ensinamentos contidos nos tratados, nas lições dos professores, nos Congressos, por serem de grande valia, não têm, entretanto, força obrigatória, não podem vincular o intérprete às suas conclusões. Apontando defeitos, mostrando lacunas, indicando aperfeiçoamento etc., a communis opinio doctorum presta relevante serviço da elaboração da nova lei, pois o legislador não pode ter ouvidos moucos para os erros da anterior e às necessidades da porvindoura, apontados por aquela*<sup>47</sup>.

Não dissentimos dessa perspectiva; no entanto, parece-nos bastante apurado o entendimento de Eugenio Raúl Zaffaroni, para quem a literatura penal (tratados, manuais, compêndios, cursos, enciclopédias, comentários, artigos, revistas especializadas, monografias, ensaios etc.) constitui uma *fonte de informação*<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> *Idem. Ibidem*, p. 51.

<sup>44</sup> JESUS, D. E. de. *Op. cit.*, p. 24.

<sup>45</sup> JESUS, D. E. de. *Op. cit.*, p. 25; MASSON, C. *Op. cit.*, p. 17; MIRABETE, J. F. *Op. cit.*, p. 47.

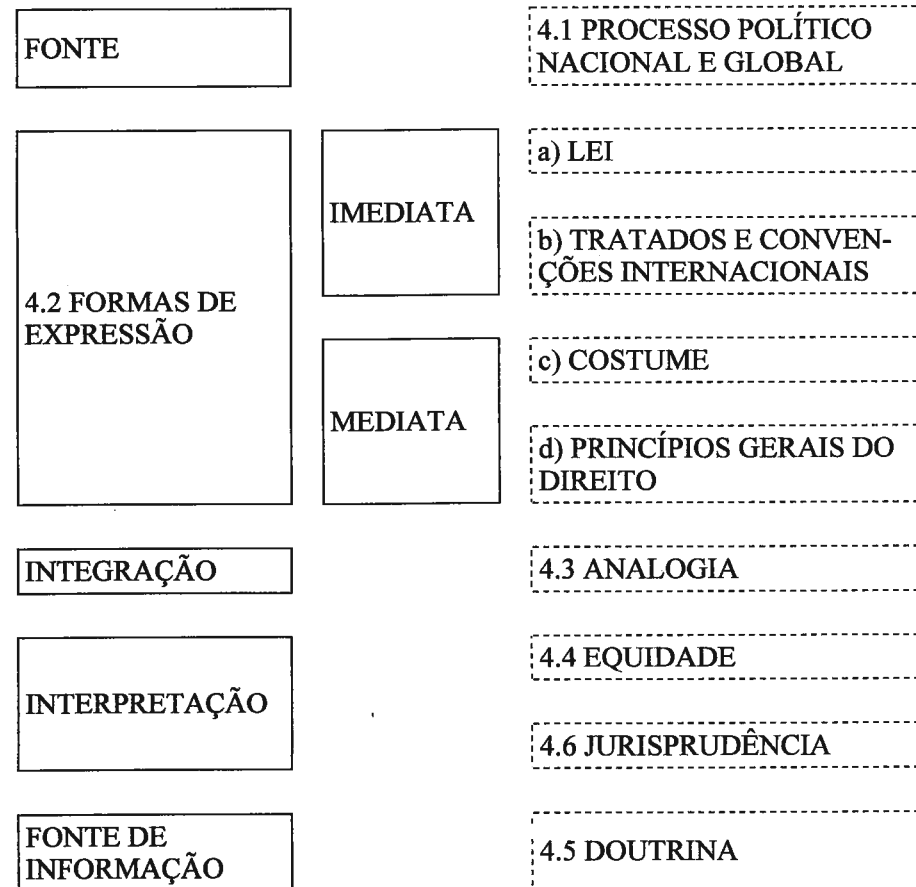
<sup>46</sup> Vale reproduzir a definição de *Doutrina* que Damásio de Jesus emprestou de Cunha Gonçalves: “*Doutrina é o conjunto de investigações e reflexões teóricas e princípios metodicamente expostos, analisados e sustentados pelos autores e tratadistas, no estudo das leis. São as opiniões e as idéias emitidas pelos juriscônultos ou escritores de Direito, que não se limitam a fazer a exegese dos textos legais, mas sistematizam todo o Direito, formulam princípios, propugnam idéias, aconselham reformas legislativas, guiam e encarreiam jurisprudência*”. (JESUS, D. E. de. *Op. cit.*, p. 25) Também é válida a transcrição de Luiz Regis Prado: “*Tem natureza peculiar – cognoscitiva e indiretamente prescritiva – na manifestação do Direito, visto que a lei e a jurisprudência não poderiam atualizar-se sem o contributo da doutrina, e sequer atingiriam sua plenitude aplicativa sem que fossem antecedidas, lógica e necessariamente, pela atividade construtiva dos juristas*”. (PRADO, L. R. *Op. cit.*, p. 171)

<sup>47</sup> NORONHA, E. M. *Op. cit.*, p. 52.

<sup>48</sup> RAÚL ZAFFARONI, E. *et al. op.cit.*, p. 185.

4.6 Semelhante compreensão é aplicada à *Jurisprudência*. Sendo ela construída no trabalho exegético dos magistrados, serve unicamente como vetor aos operadores e aplicadores do direito<sup>49</sup>.

Não é nossa intenção formular uma nova classificação das fontes do direito penal. Ao reordenar a fonte de produção normativa, as formas de expressão do direito punitivo, os elementos de integração e de interpretação, pretendemos exclusivamente comprovar a complexidade do novo enquadramento:



<sup>49</sup> MASSON, C. *Op. cit.*, p. 17; NORONHA, E. M. *Op. cit.*, p. 52. O breve conceito aqui apresentado é ligeiramente mais amplo que o de Damásio de Jesus: “*Interpretando e aplicando o direito ao caso concreto, de maneira constante e uniforme, o trabalho dos tribunais tem relevância para os juizes de instância inferior*”. (JESUS, D. E. de. *Op. cit.*, p. 25)

Se a campanha rumo à fonte de produção do direito penal assume tamanha profundidade estrutural e fenomenológica<sup>50</sup>, se a manifestação do poder punitivo tem uma morfologia tão dinâmica e plural<sup>51</sup>, o conhecimento e a aplicação do direito penal não podem se restringir àquele esquema simplório, muito menos ser concebidos como algo imiscível a outros saberes e imune às demandas de uma sociedade que vence fronteiras à velocidade da luz.

Como bem salienta Boaventura de Sousa Santos, como forma de vencer esses obstáculos, impõe-se a necessidade de um diálogo entre culturas, compondo um multiculturalismo emancipatório a ser inserido no ordenamento jurídico nacional<sup>52</sup>. No mesmo sentido, explicita o filósofo Otfried Höffe que deve o sistema penal nacional estar adequado à moral jurídica moderna, a qual, por trazer à baila direitos entendidos como irrenunciáveis, alterou a própria concepção do que é o ser humano, fazendo com que seus direitos sejam garantidos sob a ética jurídica da reciprocidade, o que fatalmente altera o conceito e o rol daquilo que denominamos fontes do direito penal, e o modo de solução dos casos penais postos<sup>53</sup>.

Evidencia-se, pois, que novos processos políticos, jurídicos e sociais estabelecem novas questões:

É correta a classificação dos atos administrativos – como complementos de leis penais em branco – como forma de expressão mediatas do direito penal?<sup>54</sup>

- Com a capacidade de aprovar ou rejeitar lei penal materializada pelo parlamento (v.g., art. 35, Lei 10.826/03), que papel cumprem o *referendo* e o *plebiscito*?

<sup>50</sup> “Subirmos o regato da norma jurídica até atingirmos o local onde essa água brota jamais nos mostrará como a água se formou, pois isso se dá nas profundezas da terra, lá onde o oxigênio, casando-se adequadamente com o hidrogênio, dará nascimento ao precioso líquido. Tudo o que a fonte pode nos proporcionar é o conhecimento do Direito, jamais como ele se forma, diz ele [Oppenheim]”. (SUANNES, A. *Op. cit.*, p. 640)

<sup>51</sup> “A primeira e principal característica do Estado e do Direito, depois da internacionalização dos direitos humanos, reside na pluralidade de fontes normativas, heterogêneas e hierarquicamente distintas. Essa proliferação de normas (sem contar as de *soft law* e as de direito ‘vago’ ou *fuzzy*) parece ocorrer de forma anárquica, necessitando um ponto de equilíbrio. Esse ponto de equilíbrio reside justamente na incidência do chamado princípio ‘pro homine’, que manda aplicar sempre a norma mais favorável ao ser humano”. (GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Op. cit.*)

<sup>52</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 45.

<sup>53</sup> HÖFFE, Otfried. *Derecho intercultural*. Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2008. p. 193.

<sup>54</sup> MASSON, C. *Op. cit.*, p. 19.

- Como classificar a decisão judicial que se caracteriza como *exercício legislativo positivo* (ou *negativo*) do magistrado (v.g., ADI 4.277, ADPF 132)?
- A natureza cogente da *súmula vinculante* (art. 103-A, Constituição da República) permite sua classificação como manifestação imediata do direito penal?
- A sentença judicial internacional, proveniente de um órgão internacional – como é o caso da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos –, necessita de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme previsão do art. 105, I, i, da Constituição (que constitui um mecanismo de cooperação judicial entre Estados para o cumprimento das sentenças estrangeiras) ou se aplica *ex officio*?<sup>55</sup>
- É possível negar à filosofia e ao direito comparado o caráter de fonte de conhecimento do direito penal?<sup>56</sup>

Nota-se que a investigação não se exaure aqui.

## 5 REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. ed. rev. Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FRANÇA, Leandro Ayres; OLIVEIRA, Roberta Cunha de. Quando o dia raiou sem pedir licença: a responsabilização internacional do Estado brasileiro pelos atos cometidos contra seus inimigos na Guerrilha do Araguaia (1972-1975). In: FRANÇA, Leandro Ayres (Org.). *Tipo: Inimigo*. Curitiba: FAE Centro Universitário, 2011.
- GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia”: aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs.). *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- <sup>55</sup> RAMOS, André de Carvalho. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, L. F.; MAZZUOLI, V. de O. (Org.). *Crimes da ditadura militar, Op. cit.*, p. 211.
- <sup>56</sup> RAÚL ZAFFARONI, E. *et al. Op. cit.*, p. 187-190.



- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.
- HÖFFE, Otfried. *Derecho intercultural*. Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2008.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 1.
- MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado: parte geral*. 6. ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. v. 1.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. Introdução e parte geral. 37. ed. atual. Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 2 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.
- RAMOS, André de Carvalho. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs.). *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- \_\_\_\_\_. O caso Pinochet: passado, presente e futuro da persecução criminal internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1999.
- RAÚL ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: primeiro volume: teoria geral do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- SANTOS, Juez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito, 2010.
- SUANNES, Adauto. O costume como fonte do direito internacional: lembrando Nuremberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 59. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar./abr. 2006.

## § 13 – LEI PENAL EM BRANCO E ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO

Almério Vieira de Carvalho Júnior<sup>1</sup>

Fábio André Guaragni<sup>2</sup>

**Sumário:** 1. Referência Jurisprudencial. 2. O Caso. 3. Os Fundamentos da Decisão. 4. Problematização. 4.1. O Surgimento da Categoria Dogmática. 4.2. Classificação a partir do Desenvolvimento de Edmund Mezger. 4.3. Conceito. 4.4. A Lei Penal em Branco e a Sucessão de Leis Penais. 4.5. Considerações Finais. 5. Referências.

### 1 REFERÊNCIA JURISPRUDENCIAL

Superior Tribunal de Justiça – 5ª T. – *Habeas Corpus* 150.032/MG Rel. Min. Jorge Mussi – j. em 04.08.2011.

### 2 O CASO

Explora-se, no texto, a decisão proferida pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça na *Habeas Corpus* 150.032 – MG (2009/0197341-9), em 04.08.2011. O julgado recebeu a seguinte ementa:

**Habeas corpus. Crime contra a ordem econômica. Art. 1º, I, da Lei 8.176/91. Norma penal em branco. Regulamentação anterior pela Portaria 248/00 da**

<sup>1</sup> Mestrando do programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Professor da graduação do Centro Universitário Campos de Andrade. Advogado.

<sup>2</sup> Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Professor do Programa de Mestrado, Pós-Graduação *lato sensu* e graduação do UNICURITIBA. Coordenador da fundação Escola do Ministério Público do Paraná. Professor da Escola da Magistratura do Paraná, Rede LFG e CEJUR.