

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ  
XXVII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA  
NÚCLEO CURITIBA**

**LUISA PADOAN**

**EXAME DA PENA DE INABILITAÇÃO NO DECRETO-LEI 201/67 A LUZ DA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA DOGMÁTICA PENAL**

**CURITIBA  
2009**

**LUISA PADOAN**

**EXAME DA PENA DE INABILITAÇÃO NO DECRETO-LEI 201/67, A LUZ DA  
CONSTITUIÇÃO E DA DOGMÁTICA PENAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Alessandro Silvério

**CURITIBA  
2009**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**LUISA PADOAN**

### **EXAME DA PENA DE INABILITAÇÃO NO DECRETO-LEI 201/67, A LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DA DOGMÁTICA PENAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. Alessandro Silvério

Avaliador: Prof. \_\_\_\_\_

Curitiba, de \_\_\_\_\_ de 2009.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	06
<b>2</b>	<b>A NORMA JURÍDICO-PENAL</b> .....	09
2.1	CONCEITO DE NORMA JURÍDICA .....	10
2.2	CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS PENAIS .....	11
2.3	FUNÇÃO DA NORMA PENAL .....	12
2.4	NORMA E LEI PENAL .....	13
2.5	DA FORMULAÇÃO DA NORMA PENAL .....	15
2.5.1	Norma primária e norma secundária .....	17
2.6	DO ASSEGURAMENTO DA EXISTÊNCIA DA NORMA .....	18
<b>3</b>	<b>PRINCÍPIO DA LEGALIDADE</b> .....	21
3.1	CONCEITO .....	21
3.2	DIMENSÕES DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE .....	22
3.3	ASPECTOS DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE .....	24
3.4	EXTENSÕES DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE CRIMINAL .....	26
<b>4</b>	<b>BEM JURÍDICO PENAL</b> .....	30
4.1	CONCEITO .....	30
4.2	FUNÇÕES DO BEM JURÍDICO .....	31
4.3	A IMPORTÂNCIA DO BEM JURÍDICO NO DISCURSO PENAL.....	32
4.3.1	Norma e bem jurídico .....	35
4.4	O BEM JURÍDICO PENAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ....	35
<b>5</b>	<b>A PENA DE INABILITAÇÃO E A OFENSA A CONSTITUIÇÃO</b> .....	39
5.1	O DECRETO-LEI N 201/67 E A PENA DE INABILITAÇÃO .....	<b>Erro! Indicador</b>
5.1.1	A acessoriedade da pena de inabilitação nos crimes funcionais.....	41
5.2	A PENA DE INABILITAÇÃO E A AFRONTA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL .....	44
5.3	DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA .....	45
5.3.1	Correlação com o princípio da legalidade.....	47
5.3.2	Correlação com o princípio da isonomia.....	49

5.3.3	Correlação com o princípio da proporcionalidade .....	49
4.4	PONDERAÇÕES CONCLUSIVAS .....	51
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>53</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>Erro! Indicador</b>

## RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo o exame da pena de inabilitação prevista no Decreto Lei 201/67, que trata dos crimes funcionais de Prefeitos Municipais. Para tanto, analisa-se a fundamentação das normas jurídico-penais, sua função e seu conceito, sua coligação com a lei penal, bem como sua formulação em normas primárias – proposição -, e normas secundárias – sanção -. Sendo que as normas procuram resguardar os bens jurídicos, isto é, os valores caros à sociedade, necessário que elas sejam transpostas para o sistema jurídico material através de sua previsão em leis. Daí infere-se a necessidade de observância ao princípio da legalidade em todos os seus aspectos, tendo em vista que a imposição de uma pena está condicionada à sua previsão em lei, juntamente com sua exigibilidade. E quando transposta em lei, imprescindível que se observe a Lei Fundamental, com todos seus ditames e limites. Neste aspecto, extrai-se que a pena de inabilitação, por ter como previsão sancionatória um limite fixo de cinco anos, acaba por desprezar os princípios constitucionais da individualização da pena, da proporcionalidade e da isonomia, tornando-se patentemente inaplicável, por estar mortalmente eivada do vício da inconstitucionalidade.

**Palavras-chave:** Norma jurídica; princípio da legalidade; bem jurídico; decreto lei 201/67; pena de inabilitação; individualização da pena; inconstitucionalidade.

## 1 INTRODUÇÃO

Revela-se o Direito Penal em um instrumento privilegiado de política e utilidade social, pois, de um lado, a ação delituosa constitui, de regra, o mais grave ataque que o indivíduo desfere contra bens sociais máximos resguardados pelo Estado e, por outro lado, a sanção criminal também figura como a mais aguda e penetrante intervenção do Estado na esfera individual.

E por se tratar de tema tão sensível, a tipificação e penalização criminais contam com diversos parâmetros a serem respeitados, inclusive para estabelecimento de um Estado social pacífico e dotado de segurança jurídica.

O presente trabalho pretende examinar, através das lentes da dogmática penal, e à luz da Constituição Federal, a pena de inabilitação aplicável aos Prefeitos Municipais que incidam nas condutas típicas previstas no Decreto-Lei n 201/67.

Para tanto, analisar-se-á perfunctoriamente, no primeiro capítulo, a norma jurídico-penal, através de seu conceito, suas funções, sua coligação com a lei penal, e especialmente sua estruturação em normas primárias, através de um comando imperativo de obediência a valores, e normas secundárias, que prescrevem as sanções em caso de descumprimento do preceito primário.

Em função do sistema legal vigente, as normas penais, em sua formulação original, não se mostram automaticamente exigíveis, sendo necessária sua tipificação, com transmutação de seu comando em lei, para sua entrada no mundo jurídico penal, razão pela qual se mostra pertinente o estudo do princípio da legalidade.

Assim, observar-se-á que os tipos penais deverão obedecer ao princípio da legalidade em todos os seus aspectos, tendo em vista que a imposição de uma pena está condicionada à existência de uma ação cominada, sendo esta cominação da conduta na lei, com a respectiva sanção, um pressuposto juridicamente necessário para sua exigibilidade.

E tal atividade legal, tipificadora, deverá atender aos parâmetros fixados pelo princípio da legalidade - os quais serão adiante analisados - não se olvidando que o fim maior de tal baliza legislativa é a proteção dos bens jurídicos.

Isto porque os bens jurídicos são, em verdade, os valores tidos por essenciais à sociedade, portanto, merecendo essa tutela jurídica. Contam, ademais, com a importante função de organizar o sistema legal de tipificação, bem como auxiliar na individualização da pena, na medida em que ofensa ao bem jurídico deve ter uma pena, individualizada, que seja capaz de cobrir a extensão da lesão perpetrada.

E para a escolha dos bem jurídicos a serem legalmente protegidos, deve-se ter em mente os mandamentos derivados da Constituição Federal que, embora não elenque taxativamente quais sejam, estabelece limites e orientações, inclusive através de seus mandamentos principiológicos, aos quais deve se atentar o legislador quando ao formular os tipos penais.

Assim, tomando por parâmetro o Decreto Lei 201/67, ao tipificar os crimes funcionais observar-se-á a pretensão de garantia de bens jurídicos essenciais e legítimos respectivos, através da coação pela previsão de uma pena de inabilitação, cujo prazo sancionador é fixo em cinco anos, pode afrontar ditames constitucionais imprescindíveis como a o princípio da individualização da pena, da

proporcionalidade e da isonomia, o que, caso ocorra, levará o tipo sancionatório à inaplicabilidade, ante sua inconstitucionalidade, como a seguir pretende elucidar.

## 2 A NORMA JURÍDICO-PENAL

“O Direito disciplina condutas, impondo-se como princípio de vida social. O Direito leva as pessoas a se ligarem, comprometendo-se entre si, quer dizer, obrigando-se mutuamente<sup>1</sup>.” O princípio da intervenção mínima, vigente em nosso sistema penal, neste aspecto, pretende limitar as atividades legislativas de tipificação criminal, restringindo a criminalização e sanção de condutas que efetivamente surtam efeitos na vida em sociedade, gerando segurança social e jurídica, atendendo-se, também, ao viés de efetividade das leis editadas.

E para que o direito estabeleça-se no seio da sociedade, de forma a valer e imperar, inclusive com obediência de seus membros, ele precisa ser conhecido da sociedade, isto é, precisa exteriorizar-se, ganhar forma, tornar-se concreto. Esta necessária cientificação dá-se através de estruturas lógicas - as leis -, que são a exteriorização do desejo social e o reflexo das normas jurídicas ali inseridas.

Assim, a lei torna-se, segundo Rogério Greco, a “bandeira maior do Direito Penal. Sem ela, proibindo ou impondo condutas, tudo é permitido”<sup>2</sup>.

Neste aspecto, a existência de normas é imprescindível para a organização da convivência dos seres humanos, mostrando-se o único meio hábil e eficaz de evitar o caos social e obter a desejada coexistência harmônica.

Deste preceito, extrai-se a importância da norma e, especialmente da norma jurídica penal, que visa resguardar os bens jurídicos mais valiosos à sociedade.

---

<sup>1</sup> VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 01.

<sup>2</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. v. 1. 6ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 21.

Isto porque, conforme se verificará, a norma jurídico-penal é o meio pelo qual se pretende resguardar os bens jurídicos importantes para o bom convívio social, o que se dá através da lei. E o papel da norma penal é esse asseguramento de valores, cujo veículo transmissor e imperativo é a lei, que, por sua vez, também deve respeitar os parâmetros legais e principiológicos para ter sua validade reconhecida e seu papel de garantia e apaziguamento social cumpridos.

## 2.1 CONCEITO DE NORMA JURÍDICO-PENAL

Com efeito, o direito penal é composto pelo conjunto de normas jurídico-penais, podendo-se conceituar a norma jurídica como “uma regra de conduta, imposta coativamente pelo Estado. É um comando, uma ordem”.<sup>3</sup>

As normas jurídico-penais são assim, fundamentalmente, referências comportamentais, que devem ser eficazes na função de prevenir lesões a bens jurídicos caros à sociedade, o que ocorre, mais efetivamente, com a existência de um preceito sancionatório acoplado à norma de conduta.

Para o cumprimento de seu papel, as normas jurídico-penais contam com algumas características essenciais que serão rapidamente apresentadas no transcorrer deste trabalho, especialmente no viés que as ligam com a proteção de bens jurídicos e o princípio da legalidade.

Já de início, Luiz Regis Prado<sup>4</sup> afirma que a norma penal tem tons de generalidade e de imperatividade. Ela é geral, tendo em vista que é endereçada a

---

<sup>3</sup> TELES, Ney Moura. **Direito Penal**. v.1. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 77

todos os cidadãos, possuindo eficácia *erga omnes*, pois “nem aqueles a quem não se pune, por considerá-los a lei inimputáveis, estão subtraídos à sua eficácia imperativa”<sup>5</sup>.

No mesmo passo, a norma também possui imperatividade, tendo em vista que, através de mandatos ou proibições, descreve o comportamento humano pretendido, indicando, impreterivelmente, também sua consequência jurídica. Diz-se imperativo por remeter ao valor que deve ser realizado na conduta, vez que a norma contém um *dever-ser imperativo*, isto é, estabelece o que deve acontecer, pois “é ela que separa a zona do lícito do ilícito penal.”<sup>6</sup>

## 2.2 CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS PENAIIS

Tratando-se o direito penal de um conjunto de normas harmônicas, necessário que abarque as diferentes possibilidades advindas do mundo fático. Assim, ao certo que não estariam de acordo com essa premissa se todas as tipificações criminais fossem estanques e absolutamente inflexíveis, sob pena de injustiça a casos exóticos ou sensíveis, que mereçam maiores detalhamentos.

Neste viés existem duas espécies de normas jurídicas penais, uma que visa incriminar, e outra em sentido oposto.

---

<sup>4</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v.1. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 89.

<sup>5</sup> JESUS, DAMÁSIO E, de, **Direito Penal – Parte Geral**. V. 1. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 21.

<sup>6</sup> JESUS, op. cit, p. 19.

As normas penais *incriminadoras*: “são aquelas que definem o crime e cominam a pena”, revestindo-se do caráter regular em que encontramos a tipificação dos crimes em nosso ordenamento jurídico.

Noutra mão, presentes também as normas penais *não incriminadoras*, pois há “algumas situações de fato, em que o Direito permite ao indivíduo realizar um comportamento por ele mesmo definido como crime, desde que se observem algumas condições”, como, por exemplo ao se tratar de crianças na autoria de crimes.

### 2.3 FUNÇÃO DA NORMA PENAL

A existência da norma penal justifica-se para o fim de atingir duas funções, que são inseparáveis e interdependentes, quais sejam, a proteção e a motivação.

Conforme assinala Muñoz Conde: “La norma penal funciona protegiendo las condiciones elementares mínimas para la convivencia, motivando, al mismo tiempo, en los individuos que se abstengan de dañar esas condiciones elementares”<sup>7</sup>. Na sequência, explicita:

protección a través de la motivación, son las dos funciones inseparables e interdependientes de la norma penal. La protección supone la motivación y solo dentro de los límites, en los que la motivación puede evitar determinados resultados, puede alcanzarse la protección de las condiciones elementales de convivencia<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> CONDE, Francisco Muñoz . **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosh, Casa Editorial S.A, 1975, p. 47.

<sup>8</sup> Idem.

Assim, pretende a norma penal garantir a convivência pacífica em sociedade, resguardando os valores que são a ela caros - os bens jurídicos -, assim, motivando os indivíduos a cumprir suas determinações, gerando um círculo virtuoso norma-ação.

## 2.4 NORMA E LEI PENAL

Conforme já estabelecido, a norma penal é o instrumento de salvaguarda do bem jurídico <sup>9</sup>. O cometimento de um delito é uma conduta antinormativa, a medida que é a referencia primordial da valoração, do conceito de bem jurídico. E essa infração da norma é, na realidade, também a infração da idéia de direito que ela determina, mas que, em respeito ao princípio da legalidade, deve estar transposta em direito positivo, transmutada, portanto, em forma de lei.

Observa-se, neste aspecto, que o Direito Criminal pretende proteger “com singular energia, esferas particularmente importantes da convivência social, e é então que a prática do delito vem a constituir uma agressão a esses bens jurídicos especialmente protegidos”. <sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Norma e Bem Jurídico no Direito Penal**. v. 5. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002, p. 23.

<sup>10</sup> FERRAZ, Sérgio. **A Norma Jurídica**. Biblioteca Jurídica Freitas Bastos S.A: Rio de Janeiro, 1980, p. 151.

Aqui, oportuna a lição advinda da Teoria de Binding, para a qual tomar-se-á por parâmetro o art. 1º, inciso I, § 1º e 2º do Decreto-Lei n 201/67, que inclusive será melhor analisada no decorrer da presente monografia.

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;

[...]

§ 1º Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos.

§ 2º A condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo, acarreta a perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular.<sup>11</sup>

Observa-se que a descrição literal da conduta dispõe que, se o agente, de fato, “apropriar-se” ou “desviar” rendas públicas, em proveito próprio ou alheio, a consequência jurídica será **pena de reclusão**, de dois a doze anos, mais a possibilidade de perda do cargo e, entre outras, a **inabilitação** para cargo ou função pública, eletiva ou de nomeação, pelo prazo de **cinco anos**.

Posto isso, Rogério Greco, apoiado no pensamento de Binding, concluiu que

o criminoso, quando praticava a conduta descrita no núcleo do tipo (que é seu verbo), não infringia a lei – pois que seu comportamento se amoldava perfeitamente ao tipo penal incriminador -, mas sim a norma penal que se encontrava contido na lei.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> LIMA FILHO, Altamiro de Araújo. **Prefeitos e Vereadores: Crimes e Infrações de Responsabilidade**. São Paulo: Editora de Direito, 2000, p. 21-30.

<sup>12</sup> GRECO, op. cit, p. 22.

Assim, entende-se que a norma tem o sentido inverso da lei. Ao passo que a norma estabelece o dever-ser não se apropriar de rendas públicas, a lei diz que o ato de apropriar-se gerará a sanção.

Já aponta Damásio de Jesus que a norma penal obedece a peculiar técnica legislativa, que deriva do princípio da legalidade, e esclarece que “o preceito imperativo que deve ser obedecido não se contém de maneira expressa na norma penal. A sanção e o comportamento humano ilícito é que são expressos.”<sup>13</sup>

É exatamente por isso, em que se pese a celeuma doutrinária neste aspecto e os vários entendimentos acerca do exato posicionamento entre lei e norma, é que, de regra, diz-se que, ao cometimento de um crime, a conduta do agente amoldou-se à descrição típica – subsumindo sua ação ao crime – infringindo, por outro viés, a norma penal.

Destarte, importante a análise da forma de imposição na norma penal no mundo jurídico, através do estudo de sua linguagem e sua estruturação.

## 2.5 DA FORMULAÇÃO DA NORMA PENAL

A norma jurídico-penal é uma espécie do gênero norma penal, advinda da necessidade de proteção dos bens jurídicos essenciais, sendo veiculada, inafastavelmente, no texto legislativo.

---

<sup>13</sup> JESUS, op. cit. p, 14.

A sua formulação advém da análise dos bens jurídicos que mereçam proteção e necessitem de sanção para garantir-los. Para tanto, constitui-se a norma jurídica de uma *proposição*, entendendo-se por proposição

“um conjunto de palavras que expressam um significado lógico. Neste sentido, a norma jurídica é a expressão de um significado, da relação entre duas idéias, ou seja, de um juízo. E juízo, seria a afirmação ou negação de uma relação entre duas idéias.”<sup>14</sup>

Destarte, a norma jurídica é uma proposição, sendo a proposição a *expressão verbal de um juízo*.

Possui, também, a norma, a finalidade de prescrever a conduta que deve ser seguida, tomando esta função prescritiva, e visando influenciar a conduta e o comportamento de seu destinatário, bem como impeli-lo a agir consoante a vontade do legislador. Portanto, a norma jurídica toma contornos de *proscrição prescritiva*, dotada, ainda, de mais um importante elemento coativo, a sanção.

Neste aspecto, conceitua Eliseu Suzuki:

a norma jurídica é uma proposição abstrata condicional expressa na forma de um juízo hipotético, definimos que, para ser completa, a norma deverá ser composta da descrição de uma situação hipotética e de uma prescrição que estabelecerá uma relação jurídica obrigacional, impondo de forma coativa determinada conduta a um sujeito passivo coletivo ou individual<sup>15</sup>.

Assim, observa-se que se revelam importantes a análise do conteúdo da norma jurídica, sua formulação, sua finalidade e seu meio de imposição no mundo fático e jurídico.

---

<sup>14</sup> SUZUKI, Eliseu Ioshito. **Apropriação Indébita e o Princípio da Legalidade**. Juruá: Curitiba, 2008. p. 73.

<sup>15</sup> Ibidem, p. 81.

### 2.2.1 Norma primária e Norma secundária

Sistematicamente, a doutrina preleciona que as normas penais podem ser divididas em duas categorias: as normas primárias e as normas secundárias.

As normas primárias, também chamadas de normas de conduta ou de valoração, estabelecem o limite da liberdade de ação para todos, delimitando o que é lícito ou não-lícito, sendo “normas de mandamento (determinam uma conduta), ou de proibição (proscvem uma conduta)”<sup>16</sup>.

A elaboração das normas primárias, pelo legislador, toma por base uma perspectiva anterior ao cometimento da infração, fundado em juízo de valor acerca do resguardo dos bens jurídicos que mereçam e necessitem dessa proteção (conforme adiante melhor se explicitará). Estas normas primárias, ou normas de conduta, devem “indicarle y prescribirle, antes de su actuar u omitir, qué es lo que debe o no debe hacer o dejar de hacer en el *futuro*. Portanto, las normas de conducta están dispuestas de modo *prospectivo*”.<sup>17</sup>

Já as normas secundárias, ou normas de sanção “*sanctio juris*”, são direcionadas ao juiz, e delimitam o castigo penal, cingindo a esfera do punível. Sua formulação enfoca o mesmo fato observado quando da elaboração da norma primária, entretanto, de uma “perspectiva *ex post* (o raciocínio é o seguinte: se

---

<sup>16</sup> GOMES, op. cit., p. 16.

<sup>17</sup> SÁNCHEZ, J.M. Silva. **Fundamento de un sistema europeo del derecho penal**: Libro homenaje a Claus Roxin. J.M. Bosch Editor, S.A. Barcelona, 1995. p. 133.

descumprida a norma primária, qual será a consequência jurídica para o infrator?)”<sup>18</sup>, verificada sua necessidade e sua adequação.

Ademais, pode-se concluir que todas as normas apresentam a mesma estrutura sintática, alterando apenas o conteúdo das normas. Daí porque se afirma<sup>19</sup> que o Direito se apresenta como um sistema cujas unidades – as normas jurídicas válidas – possuem homogeneidade sintática e heterogeneidade semântica. A primeira se justifica pelo fato de que as normas apresentam idêntica estrutura lógica; a segunda decorre da diversidade de conteúdos dirigidos à região material da conduta social nas suas iminentes relações de intersubjetividade.

## 2.6 DO ASSEGURAMENTO DA EXISTÊNCIA DA NORMA

Dado que as normas são programas de conduta com efeitos externos, é natural que sua força de aplicação possa ser alterada conforme as condições sociais também se modificam, inclusive em função do viés sociológico protetivo das normas.

Em função desta flexibilidade, é necessário mecanismo de proteção das normas - agora transmutadas em direito positivo -, que, no caso, é a sanção.

Segundo Hefendehl, a sanção tem esse efeito protetor, consistindo no agravamento da infração da norma de conduta com consequências que alertem os demais a não seguir o exemplo do infrator. Desta forma, a sanção protege a vigência

---

<sup>18</sup> GOMES, op. cit., p. 16.

<sup>19</sup> SUZUKI, op. cit., p. 77.

fática da norma. Essa medida tem outra consequência bastante importante: “elevantas normas de conducta penalmente protegidas a la condición de <bien jurídico> del Derecho penal”<sup>20</sup>.

Relativamente à própria estrutura da norma, a pena tem seu efeito imediato, que é a função de proteção de sua própria existência fática, reparando o dano infligido pelo infrator.

Ainda, há outra função, que é a de proteção da sociedade, pois as normas “en el plano social general las instituciones, son, según esto, elementos estructurales de los sistemas de interacción y comunicación de la sociedad, cumpliendo la protección de normas la función de protección de la sociedad”<sup>21</sup>, remetendo-se a idéia hobbesiana do contrato social.

Destarte, resta bem delineado o objetivo da norma penal em resguardar os bens jurídicos que prescindem dessa proteção, o que se realiza mediante a transmutação deste anseio em regras penais, cuja tipificação deve obedecer os limites impostos, conforme adiante se demonstrará.

E tendo em mente a função, estruturação e pretensão das normas penais, observa-se que elas transcendem a função de meras diretivas de condutas, sendo juízos de validade pra a tipificação criminal, ao resguardar a segurança da sociedade e os bens jurídicos de valor, revelando-se em um *dever-ser* dirigida a cada cidadão, como imperativo.

E ao ser transmutada em lei, realiza muito mais que a mera desvalorização da conduta que a ofenda: ela expressa um mandamento, um imperativo, que, se

---

<sup>20</sup> HEFENDEHL, Roland. **La Teoría del Bien Jurídico**. Marcial Pons. Madrid: 2007. p. 259.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 260.

desrespeitado, viola importantes valores jurídicos, e merece a sanção correspondente.

### 3 PRINCIPIO DA LEGALIDADE

#### 3.1 CONCEITO

O direito penal é o meio mais contundente e incisivo de controle social, dentre os outros ramos jurídicos, tendo em vista que a sanção penal atinge um dos valores fundamentais do homem, ou seja, a liberdade.

É neste viés que se calca o princípio da legalidade, segundo o qual “nenhum fato pode ser considerado como crime e nenhuma pena pode ser aplicada, sem que antes da ocorrência desse fato, exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente”.<sup>22</sup>

Este conceito, surgido no Iluminismo, consagrou-se no início do século XIX, por meio da expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, calcada por Feuerbach, significando que “a elaboração das normas incriminadoras e das respectivas sanções constitui matéria reservada ou função exclusiva da lei.”<sup>23</sup>

A previsão legal expressa desta garantia encontra-se em diversos diplomas, tais quais a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, e de maneira fundamental em nossa Constituição Federal, no artigo 5º, XXXIX, bem como em nosso Código Penal, no artigo 1º, onde se lê: “CP. Art. 1º: não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Saraiva. São Paulo: 2003. p. 10.

<sup>23</sup> TOLEDO, Francisco de Assis Toledo. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. Saraiva. São Paulo: 2002. p. 21.

<sup>24</sup> LEI

Quanto ao seu conteúdo, dissentindo da maioria dos autores, Fernando Capez entende que o princípio da legalidade e o princípio da reserva legal não são conceitos idênticos, afirmando ser o primeiro gênero, do qual o segundo é espécie.

E explica:

O princípio da legalidade corresponde aos enunciados dos arts. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e 1º do Código Penal e contém, nele embutidos, dois princípios diferentes: o da reserva legal, reservando para o estrito campo da lei a existência do crime e sua correspondente pena, e o da anterioridade.<sup>25</sup>

Assim, o princípio da legalidade é composto dos princípios da reserva legal e da anterioridade, que dão o sentido amplo e necessário a este norte penal que é o princípio da legalidade.

### 3.2 DIMENSÕES DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A ciência criminal divide o princípio da legalidade, basicamente, em quatro dimensões:

A um, há o *princípio da legalidade criminal*, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, cuja expressão legal está albergada no art. 1º do Código Penal, sendo seu brocardo latino *nullum crimen sine lege*. Para que faticamente exista o crime e haja a legítima possibilidade de puni-lo, imprescindível a sua tipificação legal, pois

---

<sup>25</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. v. 1. 6ª ed. Saraiva. São Paulo: 2003. p. 40.

“por mais socialmente nocivo e reprovável que se afigure um comportamento, tem o legislador de o considerar como crime (descrevendo-o e impondo-lhe como consequência jurídica uma sanção criminal) para que ele possa como tal ser punido.”<sup>26</sup>

A dois, há o *principio da legalidade penal*, que preleciona, também no art. 1º do Código Penal, que não há pena sem prévia cominação legal, ou seja, *nulla poena sine lege*. Tal previsão busca assegurar que “não poderão aplicar-se penas que não hajam sido previamente estabelecidas por lei. A garantia penal proíbe, em consequência, as denominadas penas arbitrárias e indeterminadas.”<sup>27</sup>

A três, observa-se o *principio da legalidade jurisdicional ou processual*, segundo o qual “não há processo sem lei, leia-se, ninguém pode ser privado de sua liberdade, ou de seus bens, sem o devido processo legal.”<sup>28</sup> Referida garantia está albergada no art. 5º, LIV, da CF, e tem por expressão *nulla coatio sine lege* ou *nemo damnetur nisi per legale iudicium*.

E por fim, o *principio da legalidade executiva*, encontra-se estampado na Lei de Execuções Penais, onde lê-se: “A jurisdição penal dos juízes ou tribunais de justiça ordinária, em todo território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei de do Código de Processo Penal”<sup>29</sup>, cuja expressão latina é *nulla execution sine lege*, e pretende garantir um processamento e julgamento regulares, pois “desta garantia deriva que ninguém pode ser

---

<sup>26</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral**. v. 1. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2001. p. 180

<sup>27</sup> BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2ª ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2001. p. 133

<sup>28</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**. v. 1. 2ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2004. p. 133.

<sup>29</sup> LEI.

condenado senão em virtude de uma sentença firme ditada por um juiz ou Tribunal competente, sob os marcos estabelecidos legalmente”.<sup>30</sup>

Portanto, para que um crime seja legalmente previsto, e materialmente exigível, necessário que cumpra os ditames previstos, sob pena de irregularidade formal e inexigibilidade factual.

### 3.3 ASPECTOS DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Conjuntamente às dimensões do princípio da legalidade, este também é observado de três diferentes aspectos, sob a ótica de seus fundamentos.

Em seu viés *político*, impede que o poder punitivo estatal esteja baseado no livre arbítrio, ficando os membros da sociedade protegidos da súbita invasão do Estado em sua esfera de liberdade, visto que só há punição após a prévia inscrição desta conduta como crime, na lei.

Logo, por ser o princípio da legalidade uma consequência imediata da inviolabilidade da dignidade humana, Capez, lembrando Alberto Silva Franco, aponta que “a origem e o predominante sentido do princípio da legalidade foram fundamentalmente políticos, na medida em que, através da certeza jurídica do próprio Estado de Direito, se cuidou obter a segurança política do cidadão.”<sup>31</sup>

Assim, tem-se que o princípio da legalidade é a transcendência de um desejo básico do ser humano, a segurança, garantida pela impossibilidade de tirania e

---

<sup>30</sup> BUSATO, op. cit, p. 133

<sup>31</sup> CAPEZ, op. cit, p. 40.

arbítrio dos poderosos, sem perigo de ter sua liberdade restringida, exceto e somente em caso de expressa previsão legal.

Já no âmbito *histórico ou democrático*, vislumbra-se o princípio da legalidade em sua origem, conforme relata Capez <sup>32</sup>, no ano de 1215. Passado o tempo, efetivou-se a idéia, sob influência do Iluminismo, com o impulso de Rousseau e Beccaria, para restar consagrada na Declaração de Direitos do Homem.

Hodiernamente, observa-se sua influência na separação funcional dos poderes, pois

ao legislador passou a competir a função exclusiva de selecionar, dentro o imenso rol de comportamentos humanos, os mais perniciosos ao corpo social e, assim, defini-los como crimes e cominar-lhes a correspondente sanção penal. <sup>33</sup>

Destarte, somente o Poder Legislativo, representante do povo, pode regular crimes e penas, resguardando-se ao Judiciário o dever de aplicar aos casos concretos o estritamente estabelecido nas regras penais formuladas.

Por fim, no aspecto *jurídico*, a legalidade preconiza que somente haverá crime quando existir a subsunção da conduta criminosa ao tipo penal legalizado.

Conforme já citado, a idéia de Binding é que

as normas penais incriminadoras não são proibitivas, mas descritivas; portanto, quem pratica um crime não age contra a lei, mas de acordo com esta, pois os delitos encontram-se pormenorizadamente descritos em modelos legais, chamados de tipos. <sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Ibidem, p. 41.

<sup>33</sup> Idem

<sup>34</sup> CAPEZ, op. cit., p. 44.

Isto por que a lei é prévia e tem claro tem efeito intimidativo. Desta forma, observa-se que as diferentes origens e direções do princípio da legalidade visam outorgar maior âmbito de aplicação e alargamento de sua esfera de proteção.

### 3.4 EXTENSÕES DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE CRIMINAL

Conforme entendimento adotado, o princípio da legalidade compõe-se de dois princípios, o da reserva legal e o da anterioridade da lei penal, que possuem sete extensões, que dão a tônica do princípio da legalidade criminal, vinculando o julgador e a o intérprete.

a) *Lex scripta*: proíbe a criação de crimes e penas pelo costume, ou seja, somente a lei pode criar crimes. Os costumes são fontes formais mediatas do Direito Penal, sendo úteis para a interpretação da lei. Ademais, para ter vigência, a lei precisa ser “aprovada, promulgada, sancionada e publicada. Só pode ter valor jurídico a lei publicada na imprensa oficial, e desde que sem vícios”.<sup>35</sup> Adentra esta regra a impossibilidade de uso dos usos e costumes para a fundamentação das decisões, pois “não é possível admitir a criação de crimes e penas pelo costume. Só a lei pode ser fonte de normas incriminadores”.<sup>36</sup>

b) *Lex populi*: preleciona que somente o Poder Legislativo pode criar crimes e penas, pois “somente os representantes diretos do povo é que podem deliberar

---

<sup>35</sup> GOMES (2004), op. cit., p. 134.

<sup>36</sup> FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. 16ª ed. Forense. Rio de Janeiro: 2003. p. 114.

sobre o proibido ou sobre a sancionabilidade do fato”<sup>37</sup>. O princípio da legalidade adentra no universo jurídico através da tipificação de condutas, revestindo-se de um toque garantidor, inclusive.

c) *Lex certa*: Também chamada de principio da taxatividade ou do mandado de certeza. O tipo penal deve ser rigorosamente delimitado pelo legislador, pois “a segurança jurídica do cidadão exige precisão no texto legal”.<sup>38</sup>

Existem, porém, situações que essa delimitação certa não é possível, hipótese em que o legislador lança mão de conceitos mais indeterminados, como os elementos normativos. Inobstante, imperioso que este viés do princípio da legalidade cumpra sua função de garantia, tendo em vista que “el tipo tiene que estar redactado de tal modo que a través de su texto se pueda deducir con claridad y certeza la conducta prohibida: la materia de prohibición”.<sup>39</sup>

d) *Lex clara*: pretende determinar que as leis penais devam ser escritas, inteligíveis, extirpando-se o uso de expressões por demais rebuscadas, que impossibilitem o entendimento pela população, sendo “uno de los puntos principales es que el legislador use en la redacción de los tipo un *lenguaje* claro y preciso, asequible al nivel cultural medio de los ciudadanos”.<sup>40</sup>

e) *Lex determinata*: Normas criminais devem descrever fatos possíveis de comprovação em Juízo.

---

<sup>37</sup> GOMES (2004), op. cit., p. 135.

<sup>38</sup> Ibidem, p. 144.

<sup>39</sup> CONDE, op. cit., p. 95.

<sup>40</sup> Idem.

f) *Lex stricta*: “a lei penal deve ser interpretada restritivamente” <sup>41</sup>, sendo proibido o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas, vez que é uma “operação mental de aplicação de um dispositivo legal a fato não regulado pelo legislador, que possua, contudo, circunstâncias de coincidência com a situação regulada” <sup>42</sup>, que vai contra os ditames da necessidade de lei para criminalização de condutas – a legalidade. Cuide-se, entretanto, que a analogia se divide em dois aspectos: *in bonam partem* e *in malam partem*. A primeira é admitida no Direito Penal, a segunda não.

g) *Lex praevia*: define que a lei penal só vale para fatos ocorridos a partir de sua vigência, configurando-se numa expressão do princípio da anterioridade, que “significa que a lei penal deve entrar em vigor antes e só vale para fatos que ocorram a partir dela” <sup>43</sup>, sendo vedado seu alcance a fatos passados.

Esta dimensão está intimamente atrelada à segurança jurídica, ao possibilitar à sociedade ter ciência, de antemão, acerca das condutas reprováveis, pois

una persona tiene derecho a saber de antemano qué conductas están prohibidas e cuáles no. La función de motivación de la norma penal perdería toda su eficacia y ala punición de las conductas quedaría siempre al arbitrio de que las concepciones ideológicas cambiantes las declararan, posteriormente a su ejecución, como punibles. <sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> GOMES (2004), op. cit., p. 145.

<sup>42</sup> SANTORO FILHO, Antônio Carlos. **Fundamento de Direito Penal**. Melhoramentos: São Paulo. 2003. p. 62.

<sup>43</sup> GOMES (2004), op. cit., p. 145.

<sup>44</sup> CONDE, op. cit., p. 93

É porque a aplicação irretroativa da lei “apóia-se na reflexão sensata, à primeira vista, de que as medidas não são uma resposta para o passado (retribuição do injusto perpetrado), mas uma segurança para o futuro (defesa de perigos futuros).”<sup>45</sup>

Cuide-se, entretanto, que a analogia se divide em dois aspectos: *in bonam partem*, isto é, em favor do acusado, e *in malam partem*, contra ele. A primeira é admitida no Direito Penal, a segunda não.

Portanto, assim, em linhas gerais, é possível inferir que o princípio da legalidade, na atividade legislativa, tem papel primordial, inclusive na fixação das penas. Assinala Muñoz Conde:

“El sistema ideal consiste, pues, en el sistema de las penas *relativamente determinadas*. Estas penas oscilan entre un máximo y un mínimo de duración y permiten adecuarlas a la personalidad del culpable y las distintas circunstancias que se presetan en la comisión de un delito”.<sup>46</sup>

Nesta seara, percebe-se que o princípio da legalidade dá as mãos com o princípio da individualização da pena, na medida em que a o tipo penal, e sua respectiva pena, devam respeitar o princípio da legalidade e todas suas dimensões, nas quais se inclui a atividade legislativa, devendo o representante do povo ater-se à necessidade de individualização da pena, com estabelecimento de limites dentre os quais pode transitar a medida de aplicação das sanções cabíveis, por respeito, inclusive, à Constituição Federal.

---

<sup>45</sup> HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal. 2ª ed.** Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 2005. P. 343.

<sup>46</sup> CONDE, op. cit., p. 97

## 4 BEM JURÍDICO PENAL

### 4.1 CONCEITO

O conceito de bem jurídico, em que pese a superficial imprecisão de conteúdo, foi bem delineada por Eugénio Zaffaroni, ao entender o doutrinador que: “bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam.”<sup>47</sup>

Neste sentido, deve-se entender que a tutela jurídica se direciona a proteger não a própria coisa, mais sim a relação de disponibilidade sobre esta, sendo “bens jurídicos os direitos que temos a dispor de certos objetos.”<sup>48</sup>

Com efeito, o conteúdo do conceito de bem jurídico encontra-se vazio, nada havendo que se reporte a necessidade ou a materialidade de juízos de valores para converter algo em bem jurídico. Assim, o bem jurídico encontra-se aberto a valorações diversas, transferindo-as ao sistema dogmático jurídico-penal.

Aludida flexibilidade é necessária em vista de sua necessidade de adaptação e reconstrução valorativa a cada nova norma, inclusive, para cumprir sua função de conexão entre a política e a dogmática, bem colocando Hefendehl ao dizer que: “el concepto de bien jurídico es un concepto complementário de la

---

<sup>47</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 4ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2002. p. 462.

<sup>48</sup> Ibidem. p. 463.

positividade del derecho que traslada el dinamismo de lo político a la estabilidad del sistema jurídico”<sup>49</sup>.

E esta característica elástica do conteúdo de bem jurídico, adaptável a cada tipo penal, é oriunda de nossa sociedade, axiologicamente plural, multicultural, não havendo um conteúdo de valores delimitados de forma satisfatória, não se revelando possível a construção de uma teoria do bem jurídico que seja taxativa, vinculante e consensual.

Mesmo porque o bem jurídico resguardado pela norma jurídica penal, e a respectiva ofensa que oriunda o delito, devem ser analisadas no caso concreto, inclusive, para o primordial fim sancionatório da norma.

## 4.2 FUNÇÕES DO BEM JURÍDICO

Seriam três funções do bem jurídico, reputadas como essenciais, quais sejam, a sistemática, a da individualização da pena, e a limitadora pré-legislativa.

A *função sistemática* visa “facilitar o conhecimento do injusto pelos destinatários da lei penal e o mister da interpretação pelos operadores”<sup>50</sup>, servindo de parâmetro classificatório decisivo para a organização da formação dos grupos de tipos na legislação.

Mostra-se também necessária a existência da *função de individualização da pena*, pois a ofensa ao bem jurídico necessita de uma regra básica de sanção,

---

<sup>49</sup> HEFENDEHL, op. cit., p. 232.

<sup>50</sup> SANTORO FILHO, op. cit, p. 148.

transmutada na pena base, sendo “um critério de medição da pena, no momento de sua fixação, levando-se em conta a gravidade da lesão ao bem jurídico”.<sup>51</sup>

Já através da *função de limitação pré-legislativa* é que se pretendem fixar os limites que devem ser observados pelo legislador quando da formulação da tipificação penal, vez que somente ofensa a bens jurídicos penalmente e socialmente relevantes merecem sanção, e “inexistindo possibilidade de lesão a bem jurídico, não pode haver atuação do direito penal, pois este nem está legitimado nem adequado para a educação moral dos cidadãos”.<sup>52</sup>

Desta forma, observa-se que a função do bem jurídico, também, é estabelecer limites à atuação legislativa, inclusive fixando parâmetros de incriminação e sanção legais.

#### 4.3 A IMPORTÂNCIA DO BEM JURÍDICO NO DISCURSO PENAL

Com o passar do tempo, a teoria de proteção dos bens jurídicos evoluiu e deixou de preocupar-se com a organização social humana, para ocupar-se com o juízo de valor do bem jurídico, realizado pelo legislador.

A discussão acerca do entendimento do conceito de bem jurídico e sua valoração se melhor realizada pela coletividade, por cada indivíduo, ou pelo legislador -, achou vantagens em se entender pelo filtro do legislador. Mesmo assim, há limitações, vez que

---

<sup>51</sup> PRADO, Luiz Regis Prado. **Bem jurídico-penal e a Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 41.

<sup>52</sup> SANTORO FILHO, op. cit., p. 148.

a noção de proteção de bens jurídicos é um trabalho para a aplicação do direito penal com um instrumental que é especialmente indicado para compreender o jeito que cria o Direito, e ter em vista que suas valorações inclusas ali, onde se pronunciou. A análise das funções das normas e dos sistemas sociais, sem dúvida, precisa ser investigado científico-socialmente <sup>53</sup>.

Destarte, tem-se, na realidade, que o conceito de bem jurídico deve ser analisado tanto do âmbito político-criminal, ao se questionar “qual bem jurídico pode legitimamente ser objeto da tutela penal” <sup>54</sup>, isto é, quais seriam merecedores deste resguardo, bem como do âmbito dogmático, ao verificar “quais bens são concretamente tutelados em cada norma penal”<sup>55</sup>, realizando uma verificação de cada norma penal concreta, se haveria ou não correspondência entre o conceito ideal e o real, cabendo ao penalista não ser mais somente um penalista, senão um político-criminal, para alcançar a finalidade de proteção e efetividade do Direito Penal.

De fato, tendo em vista a inexistência de uma função positiva no conceito de bem jurídico, por não haver um rol taxativo e inquestionável de bem jurídicos que sejam objeto da tutela penal, conseqüente é a impossibilidade que referido conceito indique, positiva e concretamente, quais são os bens jurídicos que efetivamente mereçam esta proteção penal. Inobstante sua existência é imprescindível cumprindo dois papéis bastante relevantes no direito penal.

---

<sup>53</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**: Introdução e princípios fundamentais. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 407.

<sup>54</sup> Ibidem, 408.

<sup>55</sup> Idem.

O primeiro papel é de natureza *indicativa*, em razão do princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, que indica que “somente os bens existenciais (individuais ou supraindividuais) mais importantes para o ser humano merecem ser contemplados em uma norma como objeto da proteção penal.”<sup>56</sup>, isto é, somente os bens indispensáveis para o desenvolvimento da personalidade é que merecem ser protegidos da ofensa penal.

Assim, é pressuposto lógico que o legislador, ante a infinita gama de bens que pretenda positivamente proteger, selecione os bens jurídicos relevantes, inclusive em razão de sua posição constitucional, sua legitimidade democrática e sua “vinculação à Constituição e aos princípios político-criminais que emanam dela”.

57

Já o segundo papel é de caráter negativo, vez que existem bens que não podem ser objeto de tutela penal, ante o respeito ao princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, tais quais os apontados por Luiz Flávio Gomes “a moral, a ética, a religião, a ideologia, os valores culturais como tais”.<sup>58</sup>

Ao que o mesmo autor comenta que, em que pese tais parâmetros para a conversão dos bens jurídicos penais, muitas vezes não são respeitados, deixando de ou criminalizando condutas ofensivas a bens jurídicos que não seriam passíveis de tal atividade, alertando que “não vem observando praticamente nenhuma barreira em sua atividade criminalizadora (criminalização primária), até o extremo de haver expandido o Direito penal a níveis nunca antes vistos”<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> Ibidem, p. 401.

<sup>57</sup> Ibidem, p. 408.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 400.

<sup>59</sup> Idem.

E como bem alerta Zaffaroni “ambas funções são necessárias para que o direito penal se mantenha dentro dos limites da racionalidade dos autos de governo, impostos pelo princípio republicano (art. 1º da CF)”.<sup>60</sup>

#### 4.3.1 Norma e bem jurídico

O ponto inicial para o entendimento da estrutura da norma penal é que ela se baseia em um juízo de valor, em que o legislador indica que “ciertos estados de cosas <deben ser>. Esto es: deben ser conservados”<sup>61</sup>.

E é exatamente essa análise dos bens jurídicos resguardados pela norma que dá plausibilidade e legitimidade às diferentes valorações das penas aos diferentes crimes, inclusive, a ofensividade dá o tom da pena entre o mínimo e máximo previstos no tipo.

#### 4.4 O BEM JURÍDICO PENAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Diante do sistema legal pátrio, inegável que o ponto de referência mais idôneo para a análise da seara do bem jurídico é a Constituição Federal, inclusive porque ela sistematiza valorativamente as referências que devem ser tomadas por base para a normatização do ordenamento jurídico. É da Carta Magna que exsurge

---

<sup>60</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 466.

<sup>61</sup> HEFENDEHL, op. cit., p. 288.

a legitimidade do poder jurídico-político do Estado, e é para ela que os olhos devem se voltar a cada criação ou interpretação normativo-legislativa. Isto é,

A construção e interpretação de todos e cada um dos componentes normativos do sistema devem ser orientados pela exigência indiscutível de que o conteúdo das referidas normas, incluindo as penais, evidentemente, se ajuste, para que conte com validade material, ao predicado no sistema de valores que, definitivamente, determina o verdadeiro alcance e significado do texto constitucional.<sup>62</sup>

Nisto conclui-se que qualquer norma infraconstitucional que abertamente negue ou viole os ditames constitucionais é patentemente inconstitucional. E mais.

O bem jurídico, conseqüentemente, deve então ser idealizado nesta ótica, não significando dizer que será a Constituição que determinará *numerus clausus* quais bens jurídicos serão protegidos pelo Direito penal, senão para fixar o âmbito e limites para que sejam reconhecidos no sistema social, pois a Constituição é o ponto de referência, em que “o objeto da tutela penal encontra fundamento, na ordem de valores e bens jurídicos constitucionalmente estabelecidos”<sup>63</sup>, havendo uma relativa seleção e hierarquização dos valores ou interesses penalmente protegíveis.

Portanto, em que pese a impossibilidade de se extrair da CF uma listagem de regras exatas para a escolha e valoração hierarquizada dos bens jurídicos, inegável que existam limitações constitucionais para a atividade normativa incriminadora infraconstitucional, para impedir que ele se volte a injustiças, por exemplo

---

<sup>62</sup> GOMES, (2007), op. cit., p. 418.

<sup>63</sup> RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o princípio da legalidade no direito penal e o Estado democrático de direito. **Revista dos Tribunais**, v. 847, p. 406-418, maio de 2006, vol. 847, p. 411.

(a) que não é função do Direito penal a proteção de interesses exclusivamente morais; (b) que não se podem ser puníveis as condutas que lesionam valores ou interesses vinculados a simples costumes sociais (condutas extravagantes); (c) que com o Direito penal (democrático) não se pode impor uma determinada ideologia; (d) que deve ser lavado a cabo um amplo processo de descriminalização, não só das infrações de bagatela, senão também [e especialmente] de um elevado número de delitos contra a propriedade ou contra a dignidade do cargo.<sup>64</sup>

Na realidade, tem-se então como inafastável a presença de alguns limites constitucionais materiais à criminalização, sendo indispensável que, nesta atividade, tome-se em conta a relevância constitucional do bem jurídico, não se olvidando de ater-se também à sua importância social e sua pertinência pessoal. Assim pode-se delimitar, conforme preleciona Luiz Flávio Gomes, três limites ao legislador: “(a) que o bem jurídico não seja contrário ou incompatível com o quadro axiológico constitucional; (b) que haja uma afetação individual; (c) que conte esse bem jurídico com repercussão social.”<sup>65</sup>

Ademais, e de uma forma mais palpável, esta proteção os bens jurídicos vem diretamente ligada à Carta Magna, por intermédio dos princípios que norteiam o pensamento jurídico penal, como elenca Luiz Regis Prado, os princípios fundamentais da “personalidade e individualização da pena, da humanidade, da insignificância, da culpabilidade, da intervenção penal legalidade, da intervenção mínima e da fragmentariedade.”<sup>66</sup>

Ainda mais incisiva a classificação dos princípios ressaltados neste trabalho, conforme expõe Francesco Pallazo, delineando-os não somente como princípios

---

<sup>64</sup> GOMES, (2007), op. cit., p. 423.

<sup>65</sup> GOMES, (2007), op. cit., p. 426

<sup>66</sup> PRADO, (1996), p. 47.

constitucionais pertinentes a matéria penal, mas sim princípios de direito penal constitucional, pois “apresentam um conteúdo típico e propriamente penalístico (legalidade do crime e da pena, individualização da responsabilidade etc), e, sem dúvida, delineiam a “feição constitucional” de um determinado sistema penal”<sup>67</sup>.

Assim, em toda e qualquer hipótese, teve-se ter em mente, para a formação do esqueleto normativo de proteção dos bens jurídicos, que a Constituição é sua espinha dorsal, rememorando que a alma da Norma Fundamental está sempre o ladeando, dado o poder de organização, limitação e orientação indissociáveis da Carta Magna, pois “os valores constitucionalmente estabelecidos concretizam-se nos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito, os quais, por sua vez, visam conformidade com o ideal de Justiça.”<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 22.

<sup>68</sup> RIOS, op. cit., f. 411.

## 5 A PENA DE INABILITAÇÃO E A OFENSA A CONSTITUIÇÃO

Expostos, de maneira sucinta, os conceitos de norma jurídico-penal, dos bens penais tutelados e do princípio da legalidade, passar-se-á à análise do diploma legal objeto do presente estudo, especialmente de sua pena de inabilitação, acerca da qual se pretende demonstrar sua acessoriedade à pena privativa de liberdade, bem como a irregularidade de sua tipificação, ante o desrespeito aos parâmetros constitucionalmente impostos.

### 5.1 O DECRETO-LEI N 201/67 E A PENA DE INABILITAÇÃO

Com, efeito, o Decreto-Lei n. 201/67, conforme alerta sua ementa, visa tipificar “os crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais e dos vereadores”, remetendo à imprescindível necessidade de uma regulamentação e tipificação específicas acerca das possíveis condutas ilícitas cometidas por agentes públicos, no exercício de tais funções.

Em que pese o inafastável dever do combate à corrupção e a inderrogável luta pelo bom uso dos meios e recursos públicos, também é certo que as figuras típicas e suas respectivas conseqüências jurídicas devam estar de acordo com os limites legais e racionais, sob pena de injustiça e insegurança jurídica.

Já de início, alerta João Gualberto Garcez Ramos que a expressão utilizada pela lei, de que o DL 201/67 trata de *crimes de responsabilidade*, é equivocada,

ensejando um entendimento indevidamente genérico, devendo ser substituída pela expressão *crime funcional* ou *de função*, conceituando que “são *crimes funcionais*, para todo e qualquer efeito, os crimes qualificados pela circunstância de ser o agente servidor público, agindo ele com abuso de sua posição”.<sup>69</sup>

Uma vez feito o alerta conceitual, focar-se-á no art. 1º do aludido diploma legal, que traz em seu corpo vinte e três incisos com a finalidade de tipificar as condutas realizadas pelo Prefeito Municipal, que geram repercussão e merecem reprimenda penal.

Em termos processuais, uma vez verificado o cometimento de aludidas condutas típicas, por se tratarem de ilícitos penais, independentemente de autorização da Câmara Municipal, o prefeito será processado e julgado perante o Tribunal de Justiça do Estado, nos termos da Constituição Federal, art. 29, inciso X, frisando-se que

onde há similaridade de condutas, as sanções estimadas do Decreto-lei n. 201 são mais severas do que aquelas estipuladas no CP. Assim, em matéria de crimes funcionais, o primeiro constitui-se lei especial em relação aos crimes contra a Administração, inscritos no segundo. Como *Lex specialis derogat legem generale*, se o prefeito, v.g., comete peculato, aplica-se-lhe a norma especial e não o estatuto penal ordinário.<sup>70</sup>

Não ocorrendo, entretanto, *bis in idem* caso inexista correspondência nas tipificações entre os diplomas legais, podendo incorrer em crimes de ambas legislações.

---

<sup>69</sup> RAMOS. João Gualberto Garcez. **Crimes Funcionais de Prefeitos**. Belo Horizonte: Del Rey. 2002. p. 15.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 39.

Para os fins deste trabalho, devem se voltar os olhos, especialmente, ao preceito secundário deste artigo 1º, consubstanciado em seus parágrafos 1º e 2º. É o seu conteúdo:

§ 1º Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, **punidos** os dos itens I e II, com a **pena de reclusão, de dois a doze anos**, e os demais, com a **pena de detenção, de três meses a três anos**.

§ em qualquer dos crimes definidos neste artigo, **2º A condenação definitiva** acarreta a **perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos**, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular. (sem grifos no original) <sup>71</sup>

Observa-se que este diploma legal estabelece penas de mais de uma natureza: a privativa de liberdade, a restritiva de direito, havendo também possibilidade de resposta na esfera cível.

#### 5.1.1 A acessoriedade da pena de inabilitação nos crimes funcionais

Para o desiderato deste estudo, pertinente a concentração na pena de inabilitação, a qual, aqui, defende-se tratar de pena acessória à pena corporal, não se tratando de pena com natureza autônoma, pois entende-se que ela não sobreviveria independentemente da condenação definitiva, por estar visceralmente ligada à pena restritiva de liberdade.

Entendendo também ser a inabilitação um efeito da condenação, e não uma pena autônoma, João Gualberto Garcez Ramos conceitua:

---

<sup>71</sup> LEI

**Entre os efeitos específicos da condenação encontram-se “a perda do cargo e inabilitação**, pelo prazo de 5 (cinco) anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular”. E este efeito não se confunde com a perda de mandato operada em sede política, através do *impeachment*.”<sup>72</sup> (sem grifo no original)

Deste excerto é possível inferir que o doutrinador entende ser a pena de inabilitação um mero efeito da condenação, e não uma pena autônoma.

E continua sustentando o automatismo desses efeitos específicos da condenação, ao afirmar

“que no Dec.-lei 201/67 foi integralmente recepcionado pela Magna Carta, de modo que basta o implemento da condição estabelecida naquele (condenação definitiva) para que ocorra a perda do cargo e a inabilitação funcional futura, pelo prazo de cinco anos”.<sup>73</sup>

Alerta ainda, a divergência jurisprudencial existente quanto a natureza da inabilitação, apontando que:

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, não os considera automáticos. E, de fato, segundo a sistemática dos “efeitos da condenação”, implantada a partir de 1984, eles precisam ser expressa e motivadamente consignados na sentença condenatória.<sup>74</sup>

No mesmo entendimento segue José Nilo de Castro, ao categorizar como pena acessória a inabilitação para o exercício da função pública, assim destacando em seu escrito:

---

<sup>72</sup> RAMOS, op. cit., p. 27

<sup>73</sup> Ibidem, p. 30.

<sup>74</sup> Ibidem, p. 31.

**§ 2º - Penas acessórias**

b) Inabilitação para exercício de função pública

**Impõe-se, ainda, a condenação criminal definitiva a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para O exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação.** Assim, o Prefeito punido criminalmente, além da perda de seu cargo, isto é, de seu mandato, durante o prazo de cinco anos não poderá exercer outro cargo eletivo, nem tornar-se *servidos público ou autárquico ou fundacional*, nem empregado de sociedades de economia mista, das empresas públicas, enquanto não for *reabilitado* criminalmente, na forma da lei. Conta-se o prazo de cinco anos a partir do término ou extinção da pena criminal imposta. Assim sendo, a par do transcurso do prazo, é imperativa a *reabilitação* processualmente requerida, para estar o ex-Prefeito em condições de pleitear o exercício da função pública.<sup>75</sup>

Do mesmo modo, Tito Costa entende não se tratar a inabilitação pena autônoma, mas sim acessória à pena privativa de liberdade, conceituando que:

Outra conseqüência da condenação definitiva é a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação. É pena acessória que visa incompatibilizar o condenado para a vida pública, em decorrência de seu comportamento, revelado no cargo, e que lhe valeu a punição. Esse prazo conta-se independentemente do da condenação e da pena imposta. Só depois de transcorrido esse lapso de cinco anos, e após sua reabilitação criminal, poderá o Prefeito condenado retornar à vida pública.<sup>76</sup>

Abalizados pela doutrina, inobstante divergentes do hodierno entendimento jurisprudencial, o entendimento pela acessoriedade da pena de inabilitação advém, fundamentalmente, do princípio da legalidade, vez que, da simples leitura do início do dispositivo legal, numa interpretação literal, mostra-se indissociável o entendimento pela acessoriedade da pena de inabilitação, na medida em que a lei tipifica a expressão “condenação definitiva” para que haja incidência da pena de

<sup>75</sup> CASTRO, José Nilo de. **A defesa dos prefeitos e vereadores em face do decreto-lei n. 201/67.** 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 262.

<sup>76</sup> COSTA, Tito. **Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 133.

inabilitação, sendo que se não houver referida condenação, à obriedade, inabilitação também não deverá ocorrer.

Assim, em um primeiro momento, fixa-se o entendimento aqui defendido, de que a pena de inabilitação, caso aplicada, deva ser entendida como acessória à pena privativa de liberdade, jamais podendo ser tida como autônoma.

## 5.2 A PENA DE INABILITAÇÃO E A AFRONTA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Ainda que estabelecido, prefacialmente, que a pena de inabilitação seja acessória, a realidade é que sua própria existência no ordenamento pátrio, da maneira em que se apresenta, encontra-se eivada de inconstitucionalidade, dada a medida da pena imposta em casos de inabilitação.

Conforme já assinalado, as normas penais, baseados nos bens jurídicos caros à sociedade, visam resguardá-los das mais diferentes ofensas, por intermédio da legislação penal, a qual, sempre e sempre, deverá ater-se, irrestritamente, ao princípio da legalidade e aos demais princípios constitucionais pertinentes.

No caso da pena de inabilitação, a determinação de que deva haver a restrição deste direito, pelo prazo único de cinco anos, fere mortalmente os ditames constitucionais da individualização da pena, da isonomia e da proporcionalidade, o que torna este preceito secundário absolutamente irregular frente ao nosso sistema jurídico, sendo, portanto, inaplicável.

Explica-se.

### 5.3 DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Trata-se a individualização da pena de um direito, bem como de uma garantia fundamental, elencada como princípio constitucional expresso no art. 5º, XLVI, da Carta Magna. Seu mandamento espraia-se pelo âmbito da aplicação da pena, na medida em que todo condenado faz jus a uma pena justa, em condição individualizada, como pelo âmbito da elaboração legislativa do tipo penal, “impedindo que o Estado-legislador construa tipos incriminadores com sanções estandardizadas”<sup>77</sup>, devendo haver critérios que possibilitem essa singularização da pena a cada caso, sendo inexoráveis os limites da legalidade, da necessidade e da proporcionalidade.

Nesta senda, observa-se que a individualização dá-se em três etapas distintas, mas integradas, a legislativa, a judiciária e a executória, o que leva a individualização da pena iniciar na lei e terminar na conclusão da execução penal.

No nível legislativo, a função do elaborador da lei é, quando da formatação do tipo penal incriminador, fixar as “penas mínima e máxima, suficientes e necessárias para a reprovação e prevenção do crime”<sup>78</sup>.

No caso do preceito secundário que prevê a pena de inabilitação, o legislador olvidou-se do estabelecimento de limites que dessem azo à individualização da pena, uma vez que não fixou as penas mínima e máximas a que pode se sujeitar o Prefeito que mereça a pena de inabilitação.

---

<sup>77</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais,. 2005, p. 09.

<sup>78</sup> Ibidem, p. 33.

Isto porque, em sua finalidade, o legislador deve manter em mente que “a lei penal não se limita as previsões normativas mencionadas, mas também, fixa regras que vão permitir ulteriores individualizações”.<sup>79</sup> “É na lei que hão de encontrar as diretrizes balizadoras da execução as sanções penais”.<sup>80</sup>

Assim, na atividade legislativa, necessária o estabelecimento de um preceito secundário da norma que respeite os ditames constitucionais, havendo sim “necessidade de a pena cominada indicar o grau máximo e o grau mínimo. Determinada, explícita, precisa, sim. Quantidade fixa, sem possibilidade de eleição para a aplicação, nunca”.<sup>81</sup>

Esta possibilidade de oscilar entre dois valores é fundamental.

E dentro desta faixa é que deve se dar a individualização no nível judiciário, cabendo ao

juiz penal a tarefa de medir e eventualmente escolher, no interior do quadro traçado pela lei, a pena que deva ser pronunciada frente a um delinqüente determinado, de forma a adaptá-la à personalidade deste delinqüente. O Juiz criminal, tem, pois o dever de individualizar a pena.<sup>82</sup>

havendo, na sequência, lugar para a individualização executória, na qual o magistrado da execução penal deverá zelar pelo cumprimento individualizado na pena, com observância, por exemplo, da progressão de regime e livramento condicional.

---

<sup>79</sup> LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre. 1991. p. 39.

<sup>80</sup> Idem.

<sup>81</sup> CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JR., Paulo José. **Direito Penal na Constituição**. 2ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1991. p. 132.

<sup>82</sup> GOULART, José Eduardo. **Princípios Informadores do Direito da Execução Penal**. Revista dos Tribunais: São Paulo. 1994. p. 97

Cumpridos estes três estágios de concreção e individualização da pena é que se encontrará suprido o dever constitucional de singularizar cada situação, ao passo que, havendo deslize em qualquer das fases, a proteção à individualização da pena pode restar comprometido.

E o comprometimento ocorre no caso da fixação da pena de inabilitação, tendo em vista que a restrição foi estabelecida pelo prazo único de cinco anos, inexistindo pena mínima ou pena máxima a qual o julgador possa transitar a fim de individualizar a pena.

Ademais, o princípio da individualização da pena relaciona-se com outros princípios constitucionais - legalidade, isonomia e proporcionalidade -, os quais restam, também, ofendidos nos casos de desrespeito do princípio da individualização da pena, pois a ele intimamente ligados, conforme a seguir explicita-se.

### 5.3.1 Correlação com o princípio da legalidade

As leis positivadas, dentro do Estado Democrático de Direito, devem irrestrita obediência ao princípio da legalidade, em suas variadas formas. Em seu aspecto formal, o tipo penal incriminador deve respeitar o pressuposto formal de que “só o legislador – como representante do desejo da maioria – poderá incriminar condutas e fixar abstratamente a pena correspondente”<sup>83</sup>, mas, além deste, igualmente necessária à obediência a seu aspecto material, pois,

---

<sup>83</sup> BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da Pena na Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 200, p. 113.

enquanto no sentido formal tem-se a garantia de elaboração de leis por meio de um processo legislativo democrático, no sentido material há salvaguarda de um sistema valorativo de nossa Constituição, em especial o respeito à dignidade da pessoa humana.<sup>84</sup>

Assim, no sentido aqui proposto, imprescindível o tipo penal, e por conseguinte, sua sanção, atendam aos ditames constitucionais, e consagrem o princípio da individualização da pena, que, cruamente, remete à necessidade de estabelecimento de uma pena mínima e de uma pena máxima para cada tipo penal.

Em suma,

o ponto de equilíbrio entre os princípios da legalidade e da individualização da pena reside na predeterminação legal, para cada figura da infração penal, de uma moldura de pena, ou seja, um mínimo e um máximo, dentro do qual o juiz deve escolher a pena adequada ao caso concreto.<sup>85</sup>

Trata-se, portanto, o princípio da legalidade, em sua finalidade de “um instrumento de concretização da idéia de Estado de Direito, já que se caracteriza por garantir a segurança dos cidadãos, mediante uma vinculação da atualização do Estado a normas e princípios da Justiça”, cujo objetivo deve ser buscado conjuntamente ao princípio da individualização da pena, formulando-se tipos penais com as correspondentes sanções, que dêem azo ao estabelecimento de reprimendas penais que obedeçam às finalidades constitucionais da pena, bem como da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>84</sup> RIOS, op. cit., p. 411.

<sup>85</sup> NUCCI, op. cit., p. 37.

### 5.2.2. Correlação com o princípio da isonomia

O princípio da isonomia visa, em linhas gerais, tratando-se o ser humano de maneira igualitária, entretanto, e sendo este seu acento mais importante, entendendo-se por igual o tratamento que respeite as diferenças, como já disposto na máxima: tratar a todos igualmente, na medida de suas desigualdades.

Assim, pode-se entender que a igualdade é um princípio que se volta tanto ao aplicador do direito, quanto ao legislador, cabendo a este representante do povo “a construção de normas viáveis de modo a garantir, no momento da aplicação, que as diferenças naturais entre os destinatários dessas normas sejam respeitadas, viabilizando a concretização da isonomia”.<sup>86</sup> Destarte, inafastável a necessidade da elaboração de tipos penais que dêem azo a esta necessária igualdade, sobretudo da elaboração do preceito secundário – sua sanção, pois “outra não é a função do princípio constitucional da individualização da pena, visando à concretização da igualdade perante a lei, mas desigualando, na prática, os desiguais, rendendo culto à isonomia”<sup>87</sup>. E, ademais, “evitam-se, assim, excessos na interpretação da lei e tratamento igual a desiguais”.<sup>88</sup>

### 5.3.3 Correlação princípio da proporcionalidade

---

<sup>86</sup> NUCCI, op. cit., p. 38.

<sup>87</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>88</sup> BARROS, op. cit., p. 113.

Na seara penal, o princípio da proporcionalidade deve ser observado desde a tipificação legislativa do crime e sua sanção penal, até o momento da execução da pena.

Imprescindível, da mesma forma, que haja uma unidade de sentidos na aplicação do princípio da individualização da pena com o princípio da proporcionalidade, vez que há “necessidade de adotar-se alguma forma de adequação entre pena e fato desde a cominação penal, permitindo a graduação da pena em razão do fato praticado”<sup>89</sup>, que é exatamente a finalidade do princípio da proporcionalidade.

A pena deve respeitar os critérios de prevenção geral e proporcionalidade, razão pela qual “o legislador assinala uma quantidade genérica de pena que considera necessária e suficiente para a intimidação” (...) devendo a “medida da pena ser adequada à gravidade da lesão do bem jurídico ocorrida.”<sup>90</sup>

E isto também porque o princípio da proporcionalidade traz em si inserido o princípio da individualização da pena, vez que “a graduação da sanção penal se faz tendo como parâmetro a relevância do bem jurídico tutelado e a gravidade da ofensa contra ele dirigida e deve ser fixada, pois, tanto na espécie e no quantitativo que lhe sejam proporcionais”.<sup>91</sup>

Sem a proporcionalidade, impede-se a realização da justiça material. Extrai-se, finalmente, portanto que “a pena deve ser determinada, explícita e precisa, mas

---

<sup>89</sup> Idem.

<sup>90</sup> Ibidem, p. 114

<sup>91</sup> LUISI, op. cit., p. 40.

nunca fixa em sua quantidade. Do contrário, fica seriamente comprometido o princípio da individualização da pena”.<sup>92</sup>

#### 5.4 PONDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Destarte, observa-se que a cominação de uma pena de inabilitação com um prazo fixo, sem possibilidade de trânsito entre uma pena mínima e máxima fere o princípio constitucional da individualização da pena, que

exige uma estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e uma sanção a ser aplicada, de maneira que atinja suas finalidades de prevenção e repressão. A imposição da pena depende do juízo individualizado da culpabilidade do agente.<sup>93</sup>

Ademais, observa-se o ferimento, também, dos princípios a eles correlatos, vide o desrespeito ao princípio da isonomia e da proporcionalidade, o que torna a sanção ora em tela inaplicável, pois “a lei não pode restringir a extensão do princípio”<sup>94</sup>, devendo, sim, respeitar todas suas nuances.

E mais, “os princípios são vetores do sistema jurídico, pois, além de lhe conferir estrutura, apontam para determinado sentido ou direção que devem ser seguidos pela legislação hierarquicamente inferior a ser elaborada”.<sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> SCHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA Júnior, Alceu. **Teoria da Pena: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal.** Revista dos Tribunais: São Paulo. 2002. 84.

<sup>93</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Humanos Fundamentais: teoria geral: Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 237.

<sup>94</sup> CERNICHARRO, op. cit., 134.

<sup>95</sup> SANTORO FILHO, op. cit., p. 55.

Como bem aponta Zaffaroni,

“na medida em que o legislador se omite de sua função específica de determinar, de forma adequada, um mínimo e um máximo de pena, e, por comodismo ou por não querer assumir responsabilidades, estabelece regras extremamente largas, em meio às quais atua o juiz, estará em jogo a segurança dos cidadãos”.<sup>96</sup>

Analisados os pressupostos legais, constitucionais e principiológicos a que estão submetidas as normas penais, focando-se na pena de inabilitação, conclui-se que suma cominação inflexível pelo prazo de cinco anos desrespeita as bases do sistema jurídico vigente.

Destarte, observa-se que, desde a atividade legislativa, onde o representante do povo observou o bem jurídico que prescindia de proteção, correlacionado com a norma penal correspondente, infelizmente, estabeleceu o preceito secundário do tipo penal em desconformidade com os limites constitucionais, ferindo princípios imprescindíveis à segurança jurídica, tornando inaplicável a sanção de inabilitação, pois havendo ofensa aos preceitos constitucionais, está mortalmente eivado do vício da inconstitucionalidade.

---

<sup>96</sup> ZAFFARONI. op. cit., p. 825.

## 6 CONCLUSÃO

Hodiernamente, é implacável a imperiosidade de uma integração de perspectivas e conceitos de política criminal e de dogmática jurídico-penal para a compreensão holística da ciência penal, cuja finalidade preponderante é o resguardo dos bens jurídicos de possíveis lesões.

E a este o desiderato do Direito Penal, são postos certos parâmetros e limites ao regramento e penalização criminais, especialmente no que atine às balizas constitucionalmente delineadas.

O primeiro ponto registrado é o das normas jurídicas, que se consubstanciam em normas de conduta impostas pelo Estado, expressando verbalmente um juízo de valor. A norma jurídico-penal conta, fundamentalmente, com estas funções de proteção e motivação, vez que ao mesmo tempo em que procura proteger as condições mínimas de convivência social, também instiga os indivíduos a respeitá-la, sob pena de sanção.

E formulação das normas penais constrói-se exatamente neste sentido, estruturando-se nos preceito primário - na qual expressa-se um comando imperativo, que deve ser obedecido -, e no preceito secundário - que prevê a sanção respectiva, em caso de descumprimento daquele *praeceptum legis* -.

Nesta perspectiva, extrai-se que a norma cria o ilícito, e a lei o delito, vez que a obediência à norma é o comportamento que se pretende inculcar na sociedade, ao passo que a lei é a descrição do comportamento proibido mas que, se cometido, subsume-se ao texto legal (tipifica-se) e será merecedor da sanção penal.

Assim, observa-se esta intimamente ligada a norma jurídico-penal o princípio legalidade, vez que ele é o instrumento que dá vida, isto é, efetividade à finalidade norma, qual seja, a proteção aos bens jurídicos.

Fundamentalmente, o princípio da legalidade determina que só existirá crime quando lei anterior assim o definir, bem como a pena só será válida se estiver na lei anteriormente prevista, e cujo processamento, da mesma forma, só poderá se dar nos termos previamente articulados em lei.

Seus fundamentos calcam-se no respeito à segurança jurídica e social, outorgando aos componentes da sociedade ciência prévia acerca das condutas que serão tratadas como criminosas, revelando-se num verdadeiro norte para o tratamento jurídico criminal.

E por se tratar de questão tão importante, necessário o estabelecimento de diversos parâmetros para a tipificação de crimes, que deve respeitar a necessidade de suas diretrizes estarem previamente escritas em lei, por meio de instrumento legal efetivo para tanto, exarado pelo órgão competente, devendo seu enunciado contar com clareza, objetividade e factibilidade, tudo no sentido de tornar a justiça palpável e digna do respeito de todos.

E o estudo dos componentes do princípio da legalidade é importante tanto em razão da crítica realizada neste trabalho à sanção de inabilitação presente no Decreto Lei 201/67, bem como para analisar a proteção ao bem jurídico que esta regra pretendeu assegurar.

Como bem assinalado, os bens jurídicos são valores tidos pela sociedade como importantes, e que traduzem o dinamismo e estabilidade do sistema jurídico,

razão pela qual é necessário que o Estado tome em mãos a incumbência de protegê-los de qualquer atentado.

E o âmbito conceitual do bem jurídico também auxilia o Direito Penal a manter-se dentro dos limites de racionalidade, sistematizando a legislação penal, e apontando quais são os bens existenciais importantes que prescindem de resguardo legislativo, inclusive ponderando a sanção penal necessária, em caso de ofensa, que deve corresponder ao tipo e extensão de afronta sofrido por cada bem jurídico sistematizado.

Na realidade, para a formação do sistema normativo, e legal, que visa proteger os bens jurídicos, a Constituição sempre deverá ser a pedra de toque, ao redor da qual e para onde devem as finalidades serem remetidas, e cujos limites devem ser respeitados.

Nesta senda, da análise da pena de inabilitação prevista no Decreto Lei 201/67, relativamente aos crimes funcionais de prefeito, observou-se a ocorrência de certos deslizes, especialmente no desrespeito a princípios constitucionalmente fundados, conforme se demonstrou.

O legislador infraconstitucional, ao prever que a pena de inabilitação será aplicada no prazo único de cinco anos, impossibilitou a realização de fase indispensável de aplicação da pena, qual seja, sua individualização.

O princípio da individualização da pena, previsto art. 5, .... da CF, determina, que na fase legislativa, devam ser previstas sanções que dêem julgador a possibilidade de condenar o criminoso em pena que seja compatível ao nível de lesão perpetrado ao bem jurídico afetado, o que, certamente, altera-se de caso a caso, o que deverá, por sua vez, ser observado pelo aplicador da lei.

Neste sentido, toda doutrina inclina-se em conceituar que elemento básico do preceito secundário da norma – a pena -, deva respeitar o princípio da individualização da pena, de forma a estabelecer, inafastavelmente, uma pena mínima e uma pena máxima a todos os crimes. E não só isso.

A ausência de um espaço de trânsito para fixação da pena de inabilitação afeta, também, o princípio da proporcionalidade e o princípio da isonomia, na medida em que impede que seja aplicada ao condenado uma pena proporcional à conduta realizada, impossibilitando, da mesma forma, tratar cada um da forma como merece, respeitando as desigualdades.

Destarte, observa-se que a ausência de estabelecimento legislativo de uma pena mínima e máxima para a pena de inabilitação fere o âmago de nosso sistema jurídico, na medida em que a lei jamais poderá deixar de atender os comandos constitucionalmente impostos. A previsão constitucional de que a pena deverá ser individualizada e proporcional é de obediência inafastável, sob pena de perda dos parâmetros de justiça que o texto constitucional vis inserir na legislação e aplicação da lei.

A verdade é que, havendo uma afronta tão visível aos ditames constitucionais, a outra conclusão não se chega, exceto a de que a pena de inabilitação é patentemente inconstitucional.

Destarte, revela-se a pena de inabilitação prevista no Decreto Lei 201/67 em sanção inaplicável no sistema jurídico pátrio, por patente afronta aos ditames constitucionais, já desde seu nascimento, quando o legislador se omitiu de sua função de permitir a individualização da pena, não estabelecendo sanção de forma

legal, o que gerou um desencadeamento de irregularidades, de forma a tornar sua previsão inconstitucional.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da Pena na Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 200.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. v. 1. 6ª ed. São Paulo: 2003.

CASTRO, José Nilo de. **A defesa dos prefeitos e vereadores em face do decreto-lei n. 201/67**. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JR., Paulo José. **Direito Penal na Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CONDE, Francisco Muñoz . **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosh, Casa Editorial S.A, 1975.

COSTA, Tito. **Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ, Sérgio. **A Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos S.A, 1980.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. 16ª ed. Forense. Rio de Janeiro: 2003.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**. v. 1. 2ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Introdução e princípios fundamentais**. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e Bem Jurídico no Direito Penal**. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOULART, José Eduardo. **Princípios Informadores do Direito da Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. v. 1. 6ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2005.

HEFENDEHL, Roland. **La Teoria del Bien Jurídico**. Marcial Pons. Madrid: 2007.

JESUS, DAMÁSIO E, de, **Direito Penal – Parte Geral**. V. 1. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Imposto Sobre Serviços na Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

LIMA FILHO, Altamiro de Araújo. **Prefeitos e Vereadores: Crimes e Infrações de Responsabilidade**. São Paulo: Editora de Direito, 2000.

LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1991.

MORAES, Alexandre de. **Direito Humanos Fundamentais: teoria geral: Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais,. 2005.

PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PRADO, Luiz Regis Prado. **Bem jurídico-penal e a Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v.1. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Crimes Funcionais de Prefeitos**. Belo Horizonte: Del Rey. 2002.

RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o princípio da legalidade no direito penal e o Estado democrático de direito. **Revista dos Tribunais**, v. 847, p. 406-418, maio de 2006, vol. 847, p. 411.

SÁNCHEZ, J.M. Silva. **Fundamento de un sistema europeo del derecho penal**: Libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: J.M. Bosch Editor, S.A. 1995.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. **Fundamento de Direito Penal**. São Paulo: Melhoramentos. 2003.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA Júnior, Alceu. **Teoria da Pena**: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

SUZUKI, Eliseu Ioshito. **Apropriação Indébita e o Princípio da Legalidade**. Curitiba: Juruá, 2008.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal**. v.1. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis Toledo. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. . São Paulo: Saraiva, 2002.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.