

DIREITO PENAL E DIREITOS HUMANOS: EXPERIÊNCIA ESPANHOLA E EUROPEIA*

JOSÉ CEREZO MIR

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Saragoça — Espanha

1. O reconhecimento da dignidade humana como fundamento da ordem política e da paz social — 2. Direitos e liberdades — 3. Colisão de Direitos fundamentais — 4. O princípio de legalidade — 5. A inconstitucionalidade das medidas de segurança pré-delitivas — 6. O princípio de culpabilidade — 7. Fundamento e fins da pena no Estado Social e Democrático de Direito.

1. O reconhecimento da dignidade humana como fundamento da ordem política e da paz social

O art. 1.º, 1, da Constituição espanhola enuncia: “A Espanha constitui-se em um Estado social e democrático de Direito, que afirma como valores superiores de seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político”. De seu turno, no art. 10,1, proclama-se: “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são fundamentos da ordem política e da paz social”.

A referência à dignidade da pessoa humana é transcendental, pois, segundo os jusfilósofos das mais diversas tendên-

cias o respeito à dignidade da pessoa humana é um princípio material de justiça de validade *a priori*.¹ Isto se o Direito não quer ser mera força, mero terror, se quer

1. V. nesse sentido, por exemplo, Welzel, *Vom Irrenden Gewissen*, Mohr, 1949, p. 28; *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4.ª ed., 1962, pp. 239-40; H. Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 3.ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1976, pp. 188 e ss.; Maihofer, *Recht und Sein*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1954, p. 92; “Die Würde des Menschen als Zweck des Staates”, *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, 1972, n. 12, fasc. 2.º pp. 38 e ss.; Eb. Schmidt, *Gesetz und Richter*, *Wert und Unwert des Positivismus*, Karlsruhe, 1952, p. 19; Fechner, *Rechtsphilosophie, Soziologie und Metaphysik des Rechts*, 2.ª ed., Tübingen, 1958, pp. 91 e ss.; Würtenberger, *Dies geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Verlag, Karlsruhe, 2.ª ed., 1959, pp. 26 e ss.; A. Verdross, “Die Würde des Menschen in der Abenländischer Rechtsphilosophie”, in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, I, Europa Verlag, Viena, 1968, pp. 838 e ss., especialmente, pp. 842 e ss.; E. Bloch, *Naturrecht und menschliche Würde*, Suhrkamp, 1975, especialmente, pp. 206 e ss., 227 e ss., e 232 e ss.; e Christian Stark, “Menschenwürde als Verfassungsgarantie”, in *Cristianesimo, secolarizzazione e Diritto moderno*, Giuffrè, Milão, 1981, pp. 805 e ss.

* Conferência proferida no auditório da APAMAGIS, São Paulo, em 23.11.92, no Seminário Internacional sobre Estado Democrático de Direito e Direito Penal (tradução do original espanhol pelo Dr. Luiz Regis Prado, Pós-Doutor em Direito Penal pela Universidade de Saragoça, Espanha; Professor Titular de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá; Promotor de Justiça e Membro de IBCCRIM).

obrigar aos cidadãos em sua consciência, há de respeitar a condição do homem como pessoa, como ser responsável, como um ser capaz de reger-se pelos critérios do sentido, da verdade e do valor (do que tem sentido ou é absurdo; do verdadeiro ou do falso; do que é valioso e do que não o é). O Direito já tem força obrigatória por sua simples positividade, por sua virtude de superar o *bellum omnium contra omnes*, a guerra civil, mas em caso de violação grave do princípio material de justiça, de validade *a priori*, do respeito à dignidade da pessoa humana, carecerá de força obrigatória e dada sua injustiça será necessário negar-lhe o caráter de Direito. Não basta para tal, qualquer infração ao princípio material de justiça para privar de obrigatoriedade ao Direito, é preciso que se trate de algo muito grave. Adota-se aqui, portanto, um critério diferente do mantido pelos jusnaturalistas, segundo o qual todo preceito que seja contrário a um pretensão Direito natural carece de obrigatoriedade.

O respeito à dignidade da pessoa humana aparece na mencionada corrente da moderna Filosofia do Direito europeia, como limite imanente ao Direito positivo. Considera-se, como já observava Radbruch, que não há outro Direito que o Direito positivo, mas nem todo Direito positivo é Direito. Há preceitos que ainda que emanem da autoridade competente e seu cumprimento possa ser imposto pela força não possuem a obrigatoriedade em razão da consciência, não são Direitos, se constituem uma grave violação ao respeito devido à dignidade da pessoa humana.

2. Direitos e liberdades

Em nossa Constituição, a Constituição espanhola de 1978 consagra um amplo elenco de direitos e liberdades, no Cap. II do Tít. I.

Em primeiro lugar, proclama-se no art. 14 o princípio da legalidade: "Os espa-

nhóis são iguais perante a lei, sem que possa prevalecer qualquer discriminação em razão do nascimento, raça, sexo, religião, opinião ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal e social". Em seguida, são enumerados na Seção 1.^a os *direitos fundamentais e as liberdades públicas*: o direito à vida e à integridade física e moral (art. 15; a liberdade ideológica, religiosa e de culto (art. 16; e a liberdade e segurança no art. 17 (onde figura uma série de preceitos referentes à prisão preventiva e está prevista a regulamentação legal do procedimento de *habeas corpus*). Garante-se o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem (art. 18); a liberdade de residência e de locomoção (art. 19); a liberdade de expressão (art. 20); o direito de reunião (art. 21); o direito de associação (art. 22; o direito de se obter uma efetiva prestação jurisdicional; ao juiz legalmente competente; à defesa e à assistência de um advogado, informado da acusação; a um processo público, sem dilações indevidas e com todas as garantias; a utilizar os meios de prova pertinentes para a defesa; a não se confessar culpado e à presunção de inocência (art. 24). Enuncia-se o princípio da legalidade penal (art. 25), ao qual dedicaremos especial atenção, e afirma-se, ainda assim, que a Administração civil não poderá impor sanções que, direta ou subsidiariamente, impliquem em privação de liberdade (art. 25); disposição louvável, mas que não restringe suficientemente a potestade sancionadora da Administração. Reconhece-se a liberdade de ensino; o direito à educação; a autonomia universitária (art. 27); a liberdade sindical; o direito de greve (art. 28) e o direito de petição (art. 29).

Na Seção 2.^a do Cap. II, que tem como rubrica "Dos direitos e deveres dos cidadãos, são inseridos outros direitos e deveres, não contidos na Seção anterior, dos direitos fundamentais e das liberdades públicas, entre o que se destaca o de propriedade (art. 33).

A inclusão dos direitos na Seção 1.^a (Dos direitos fundamentais e das liberdades públicas), ou na 2.^a (Dos direitos e deveres dos cidadãos) tem uma grande transcendência. Pois o desenvolvimento dos direitos fundamentais e das liberdades públicas só pode ser realizado mediante uma lei orgânica e a aprovação, modificação ou derrogação das leis orgânicas exige maioria absoluta no Congresso, numa votação sobre o conjunto do Projeto (art. 81).

Na ciência do Direito Penal espanhola coloca-se o problema se todas as leis penais devem ter o caráter de lei orgânica.² No meu entender, somente aquelas leis penais que, pelo bem jurídico protegido ou pela índole das sanções que estabeleçam (p. ex., penas privativas de liberdade), afetem os direitos fundamentais e as liberdades públicas regulados na Seção 1.^a do Cap. II do Tít. I da Constituição devem ter o caráter de lei orgânica. Uma lei penal que não tutela, como bem jurídico, um dos direitos fundamentais ou liberdades públicas contidas na Seção citada, como por exemplo que regule os delitos ou contravenções contra a propriedade ou os delitos relativos ao controle de câmbio e que preveja algum tipo de sanção que não atinja os direitos e liberdades mencionados (p. ex., uma pena de multa), poderia ter o caráter de lei ordinária. O Tribunal Constitucional, em seu acórdão 160, de 16.12.86 declarou acertadamente a inconstitucionalidade do art. 7.1 da Lei 40, de dezembro de 1979, sobre o regime jurídico de controle

de câmbio, ao estabelecer pena privativa de liberdade sem ter o caráter de lei orgânica.

3. Colisão de Direitos Fundamentais

Entre as hipóteses de colisão de direitos fundamentais há uma especialmente relevante, não só do ponto de vista jurídico-constitucional, senão também do ponto de vista social e político: a colisão entre os direitos de liberdade de expressão e de informação e os direitos à honra, à intimidade e à própria imagem.

No art. 20 de nossa Constituição "são reconhecidos e protegidos os direitos: a) De expressar e difundir livremente o pensamento e as idéias e opiniões pela palavra, por escrito ou por qualquer outro meio de reprodução; b) De produção e criação literária, artística, científica e técnica; c) De liberdade de cátedra; d) De comunicar ou receber livremente informação verídica por meio de qualquer meio de difusão". Mas assinala-se, entre outros aspectos, que: "4. As liberdades enunciadas no presente artigo têm como limite o respeito aos direitos reconhecidos neste Título, os preceitos das leis que o desenvolvem e, especialmente, o direito à honra, à intimidade, à imagem e à proteção da juventude e da infância".

O Supremo Tribunal espanhol mantém até há pouco tempo a tese de que o respeito à honra representava em todo caso um limite infranqueável para o exercício dos direitos à liberdade de expressão e de informação. Em sua jurisprudência mais recente, segue ele a nova linha traçada pelo Tribunal Constitucional, que considera que a licitude da conduta típica, no caso de delitos contra a honra (tipicidade que requer, segundo a opinião dominante, a presença do *animus iniuriandi*³ dependerá do resulta-

2. V. a esse respeito, meu *Curso de Derecho penal español, Parte General*, I, Introducción. *Teoría Jurídica do Delito*, 1, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 1985, pp. 153-4, no qual faz-se referência do desconcertante e ambíguo acórdão 25, de 23.2.84, do Tribunal Constitucional. Também J. R. Casabo Ruiz, "La Capacidad Normativa de las Comunidades Autónomas en la Protección del Medio Ambiente", in *Estudios Penales y Criminológicos V*, Santiago de Compostela, 1982, pp. 255-6.

3. Afastam-se da opinião majoritária, entre outros, Rodriguez Devesa-Serrano Gomez, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 15.^a

do de uma cuidadosa ponderação de interesses. O acusado de injúria, calúnia ou desacato poderá invocar a causa de justificação de atuar no estrito cumprimento de um dever ou no exercício legítimo de um direito, ofício ou cargo sempre que, numa ponderação de interesses, tenham preferência a liberdade de expressão e de informação sobre o direito à honra. O Tribunal Constitucional, após ressaltar que as liberdades de expressão e de informação implicam "o reconhecimento e a garantia de uma instituição política fundamental, que é a opinião pública livre, indissoluvelmente ligada ao pluralismo político que é um valor fundamental e um requisito de funcionamento do Estado democrático", exige que se leve em conta na ponderação de interesses, entre outros fatores, se a expressão injuriosa afeta unicamente à intimidade e à esfera privada da pessoa ou à sua gestão em um cargo público e "a intenção da crítica política enquanto formadora da opinião pública".⁴

Essa tese é compatível com o teor literal do inc. 4.º do art. 20 da Consti-

tuição. As liberdades de expressão e de informação devem encontrar seu limite nos restantes direitos fundamentais, protegidos no Tít. I da Carta e especialmente no direito à honra, à intimidade e à própria imagem. Isto não quer dizer que *em todo caso* devam ceder frente aos mesmos, ou seja, que se reconheça aos demais uma posição superior. Só no marco de uma cuidadosa ponderação de interesses poderá se estabelecer, em cada caso, a relação de hierarquia entre os direitos fundamentais e concretamente entre as liberdades de expressão e de informação e os direitos à honra, à intimidade e à própria imagem.⁵

Para que as liberdades de expressão e de informação tenham primazia sobre o direito à honra, por exemplo, não será bastante que seu exercício tenha por objeto participar na formação da vontade política da comunidade, em cuja hipótese teriam preferência, em princípio, sobre o direito à honra, como assinala o Supremo Tribunal,⁶ mas ainda será preciso que quando se tratar de uma informação, esta seja verdadeira⁷ e que, em todo caso, as expressões desonrosas sejam necessárias para o exercício de ditas liberdades.⁸

5. V. nesse sentido, Berdugo y Gómez de la Torre, *Honor y Libertad de Expresión*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 68 e ss., que propugna por uma interpretação do inc. 4.º do art. 20 da Constituição, com lastro na doutrina da interação dos direitos fundamentais e o princípio da ponderação, considerando este último como expressão do princípio da proporcionalidade.

6. Por exemplo: acórdãos de 12.5.89 (A. 4714), 24.9.89 (A. 6278), 3.10.89 (A. 7544), 26.4.91 (A. 2969) e 16.5.91 (A. 3679).

7. V. nesse sentido, Bajo Fernández, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, Madrid, Ramón Areces, 2.ª ed., 1991, pp. 289 e 297.

8. V. nesse sentido, os acórdãos do Tribunal Constitucional de 6.9.90 e 85 de 8.6.92 e do Supremo Tribunal já citados (nota 6). Na moderna ciência penal espanhola, Bacigalupo, *Colisión de Derechos Fundamentales y Justificación Penal*, p. 24; Bajo Fernández, op.

Dykinson, Madrid 1992, pp. 237-8; E. Bacigalupo, "Colisión de Derechos Fundamentales y Justificación Penal", in *Revista de Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Homenaje al Prof. José A. Sáinz Cantero, n. 12, I, 1987, pp. 18 e ss. e M. Jaén Vallejo, *Libertad de Expresión y Delitos contra el Honor*, in *Colex*, Madrid, 1992, pp. 201 e ss. Só emerge, portanto, o problema da possível concorrência da causa de justificação do exercício legítimo de um direito, ofício ou cargo (n. 11 do art. 8.º, CP), em caso de coexistência do *animus iniuriandi* ou *calumniandi* com o *animus informandi* ou *criticandi*, vide a respeito meu *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II Teoría Jurídica del Delito 2*, Tecnos, Madrid 1990, pp. 59-60.

4. V. os acórdãos: 104/86 de 17.7., Fundamentos Jurídicos 5/6 e o de 6 de junho de 1990, Fundamentos Jurídicos 2,3 e 4b e os acórdãos do Supremo Tribunal de 3.6.88 (A. 4430), 12.5.89 (A. 7544), 24.7.89 (A. 6278), 3.10.89 (A. 7544) e 16.5.91 (A. 3679).

No que se refere à veracidade da informação surge um problema muito importante. O Tribunal Constitucional espanhol considera suficiente que o jornalista tenha levado a cabo *ex ante* uma comprovação da veracidade da informação “empregando a diligência exigível de um profissional”, ainda que a informação não possa ser provada ou se revela *ex post* como errônea.⁹ Este é o critério mantido também pelo Supremo Tribunal, que considera suficiente a fundada credulidade *ex ante* na veracidade da informação¹⁰ e na ciência penal espanhola, Bacigalupo, Berdugo, Carmona Salgado y Jaén Vallejo.¹¹ De acordo com essa opinião, bastaria, portanto, um exame prévio, conforme ao dever, da veracidade da informação.

O fato de depender a aplicação da causa de justificação de atuar em cumprimento de um dever ou do exercício legítimo de um direito, cargo ou ofício, de que o sujeito tenha ou não realizado um exame conforme ao dever, não me parece convincente. Isto porque de conformidade com esse posicionamento, haveria de se entender que ainda que a informação fosse veraz e o sujeito tivesse

atuado com ânimo de cumprir com o dever ou de exercer legitimamente sua profissão (ou cargo), sua conduta seria ilícita, caso atuasse levemente, sem proceder a um exame conforme ao dever de veracidade da informação.¹² Caso o sujeito crê erroneamente que a informação é verdadeira, encontra-se em erro sobre as circunstâncias que servem de base à uma causa de justificação, que constitui, a meu juízo, um erro de proibição, regulado no § 3.º do art. 6.º bis *a* do CP espanhol. Se o erro era invencível ficará isento da responsabilidade penal por ausência de culpabilidade e se seu erro era vencível terá sua pena atenuada, conforme o previsto no art. 66, por ser menor a culpabilidade.

A doutrina do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal sobre a colisão entre as liberdades de expressão e de informação e os direitos à honra e à intimidade fez-se presente na regulação da *exceptio veritatis* nos delitos de injúrias no projeto de Novo Código Penal, de 1992. Segundo o art. 211: “1. O acusado do delito de injúria, descrito no art. 208, 2, 1.ª deste Cap.¹³ ficará isento de pena provando a veracidade do fato imputado sempre que seja legítima sua difusão. 2. Presume-se a difusão legítima quando os fatos se referirem a pessoas que tenham alguma espécie de relevância pública e sua difusão satisfaça a função do livre fluxo da informação em uma sociedade democrática, salvo quando afete fatos protegidos pelo seu direito à intimidade pessoal ou familiar”. Há que ressaltar, neste preceito, que tem, sem dúvida, a natureza de uma causa de justificação

cit., pp. 289 e 296-7; Berdugo y Gómez de la Torre, op. cit., pp. 124 e ss.; e Jaén Vallejo, *Libertad de Expresión y Delitos contra el Honor*, pp. 272-3 (segundo o qual a necessidade deve ser apreciada *ex ante*).

9. Cf. acórdão de 6.6.90, Fundamento Jurídico n. 5.

10. Cf. por exemplo, os acórdãos de 3.6.88; 15.4.89; 3.10.89 e 20.2.91.

11. Cf. Bacigalupo, op. cit., pp. 23-4; Berdugo y Gómez de la Torre, “Los Límites entre Libertad de Expresión y los Derechos de la Personalidad”, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991, fasc. 2.º, pp. 346 e ss.; Concepción Carmona Salgado, *Libertad de Expresión e Información y sus Límites*, Madrid, Edersa, 1991, pp. 174 e 190 e Jaén Vallejo, op. cit., pp. 50 e ss., 235 e 272 (segundo o qual, quando a informação é objetivamente verdadeira falta já a lesão ao bem jurídico e não é preciso lançar mão da causa de justificação do n. 11 do art. 8.º, CPE).

12. V. meu *Curso de Derecho Penal Español, Parte general*, cit., pp. 410-11.

13. Trata-se, na realidade, de uma figura delitiva de difamação, incluída na regulação do delito injúria: “2. Considera-se, em todo caso, como injuriosa: 1.ª A imputação de fatos que possam prejudicar o crédito, a imagem, a dignidade ou a honorabilidade de outrem”.

baseada no princípio do interesse preponderante, que a exclusão da responsabilidade depende, entre outros requisitos, da prova da veracidade da informação, não bastando a mera crença subjetiva do autor, lastreada em um exame conforme ao dever e que se concede em todo caso a preferência ao direito à intimidade pessoal ou familiar diante das liberdades de expressão ou informação.

4. O Princípio de Legalidade

O art. 25 da Constituição espanhola enuncia o princípio de legalidade, nos seguintes termos: "Ninguém pode ser condenado ou punido por ações ou omissões que no momento de sua prática não constituam delito, contravenção ou infração administrativa, segundo a legislação vigente naquele momento".

A primeira vista, parece que se estabelece unicamente o princípio de legalidade dos delitos e não o das penas. O Tribunal Constitucional declarou, todavia, no acórdão n. 25 de 23.2.84, que o princípio de legalidade das penas está implícito no mesmo art. 25, 1, da Constituição.

Como de hábito, desde as declarações norte-americanas de direitos (Filadélfia de 1774 e as de Virgínia e Maryland de 1776) e a declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão de 26.8.89, o princípio de legalidade aparece unido ao da irretroatividade das leis penais, *nullum crimen, nulla poena sine previa lege penale*, ainda que, conceitualmente, sejam independentes.¹⁴ O fato de que os delitos e as penas tenham de estar previstos em lei, não prejudica se a lei deve ser aplicada ou não com caráter retroativo.

A irretroatividade das leis penais desfavoráveis está estampada expressamente no art. 9, 3 da Constituição: "A Cons-

tituição garante o princípio de legalidade, a hierarquia normativa, a publicidade das normas, a irretroatividade das disposições sancionadoras não favoráveis ou restritivas dos direitos individuais, a segurança jurídica, a responsabilidade e a interdição da arbitrariedade dos poderes públicos".

A irretroatividade das leis penais favoráveis ao réu não é estabelecida explicitamente na Constituição, mas unicamente no art. 24 do CP espanhol, ainda que a tome possível o art. 9, 3 do texto constitucional ao proclamar somente a irretroatividade das disposições sancionadoras não favoráveis ou restritivas dos direitos individuais. O Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal têm entendido, no entanto, em alguns acórdãos, que a aplicação retroativa das leis penais favoráveis ao réu é deduzível, *a sensu contrario*, do art. 9, 3 da Constituição.

Uma característica peculiar da regulação do princípio de legalidade na Constituição espanhola é sua aplicação às sanções administrativas. Isto é algo muito satisfatório do ponto de vista das exigências do Estado de Direito, mas suscita alguns problemas na prática.

A aplicação do princípio de legalidade à todas as infrações e sanções administrativas não me parece viável sem um amplo recurso à técnica das leis penais em branco, ou a uma simples habilitação legal para regular infrações ou sanções administrativas. A aplicação do princípio de legalidade deveria ser limitado às infrações e sanções administrativas graves.

As leis penais em branco dão lugar a problemas sob o prisma do princípio de legalidade quando para a descrição das ações proibidas (ou ordenadas) faz-se remissão a disposições jurídicas de grau inferior à lei. Esta técnica só é aceitável quando seja necessária,¹⁵ isto é, no caso

14. V. nesse sentido, Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, op. cit., p. 210.

15. V. nesse sentido, Arroyo Zapatero, "Principio de Legalidad y Reserva de Ley en Materia Penal", in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1983, p. 34.

de uma regulação legal excessivamente casuística, ou devido o caráter extraordinariamente mutável da matéria que exigiria uma revisão muito freqüente das ações proibidas ou ordenadas.¹⁶ Ademais, é preciso que a lei penal em branco contenha a descrição do núcleo essencial da ação proibida.¹⁷ Não basta que na lei penal em branco venha determinado inteiramente o bem jurídico, como entendeu Casabó.¹⁸ O Tribunal Constitucional no acórdão n. 127 de 5.7.90 admite a constitucionalidade das leis penais em branco sempre que se verifiquem os seguintes requisitos: “que o reenvio normativo seja expresso e esteja justificado em razão do bem jurídico protegido pela norma penal; que a lei, além de assinalar a pena, contenha o núcleo essencial da proibição e seja satisfatória a exigência de certeza ou ocorra a suficiente concreção para que a conduta qualificada de delitiva fique suficientemente precisa com o complemento indispensável da norma à qual a lei penal se remete”.¹⁹ Bacigalupo mostra-se partidário, além disso, da exigência de uma “cláusula de remissão inversa” nas disposições complementares das leis penais em branco, como faz o Tribunal Federal Constitucional, na Alemanha.²⁰

5. A Inconstitucionalidade das Medidas de Segurança Pré-Delitivas

Uma das conseqüências mais importantes da proclamação do princípio de legalidade na Constituição espanhola foi a consideração de que as medidas de segurança pré-delitivas, previstas na Lei de Periculosidade e Reabilitação Social de 4.8.70 (reformada por leis posteriores), são inconstitucionais. Esta lei teve como antecedente e revogou a Lei de 4.8.33, redigida por Luis Jiménez de Asúa e Mariano Ruiz Funes, sob a influência das idéias da escola positivista italiana. Em nenhum outro país europeu, que eu saiba, existem medidas de segurança pré-delitivas. Em nossa Lei de Periculosidade e Reabilitação Social são estabelecidas uma série de categorias de estado perigoso pré-delituoso, quer dizer, que compreendem pessoas cuja perigosidade não se manifestou mediante a prática de um delito, pessoas que ainda não delinqüiram (ébrios habituais, toxicômanos, etc.).

Por outro lado, na Lei não se faz referência à perigosidade criminal, à probabilidade de comissão de delitos no futuro, senão que se utiliza do termo impreciso de perigosidade criminal com a perigosidade social. A primeira consiste

16. Cf. Casabó Ruiz, op. cit., p. 259.

17. V. nesse sentido, Bajo Fernandes, “Delitos Monetarios”, in *Comentarios a la Legislación Penal*, tomo IV, Madrid, Edersa, 1985, p. 51; Luis Garcia Martín, *La Infracción de deberes Contables y Registrables Tributarios en Derecho Penal*, Madrid, Trivium, 1990, pp. 37 e ss., e Luiz Regis Prado, *Direito penal Ambiental*, São Paulo, Ed. RT, 1992, p. 48.

18. V. Casabó Ruiz, op. cit., p. 260.

19. O acórdão do Supremo Tribunal de 25.10.91 asseverou que “quando a norma complementar não tenha hierarquia de lei, será preciso que a autoridade que a tenha ditado, esteja autorizada a fazê-lo por lei em sentido formal”.

20. V. Bacigalupo, *Sanciones Administrativas (Derecho Penal español y comunitario)*,

Madrid, Colex, 1991, pp. 30-1. O legislador espanhol lançou mão da técnica da habilitação legal para tornar possível a aplicação do princípio de legalidade à totalidade das infrações e sanções administrativas na Lei n. 30 de 26.11.92 sobre o Regime Jurídico das Administrações Públicas e o Procedimento Administrativo comum. Segundo o inc. 4 do art. 129 da citada Lei, “As disposições regulamentares de desenvolvimento poderão introduzir especificações ou graduações ao quadro de infrações ou sanções estabelecido legalmente que, sem constituir novas infrações ou sanções, nem alterar a natureza ou limites das que a Lei contempla, contribuam para uma mais perfeita identificação das condutas ou a mais precisa determinação das sanções correspondentes”.

na probabilidade de que um agente pratique no futuro uma conduta delitiva. "A perigosidade social", como diz Landecho:²¹ "é a possibilidade ou realidade de que o indivíduo venha a ser ou seja já um marginal, um parasita, prejudicial à convivência social e que seja portanto um associal, ainda que não costume cometer delitos propriamente ditos". Só para os antissociais, isto é, os perigosos criminalmente, deveriam ser estabelecidas na Lei medidas de segurança. A mera perigosidade social deve ser enfrentada com medidas preventivas de caráter assistencial, à margem do Direito Penal.

Os preceitos da Lei de Perigosidade e Reabilitação Social que estabelecem medidas de segurança para as pessoas compreendidas nas categorias de estado perigoso pré-delituoso, onde se vislumbra uma perigosidade social, atentam tão gravemente contra as exigências da segurança jurídica que deveriam ser consideradas anticonstitucionais, por infração ao disposto no art. 9, 3 da Constituição, onde se garante a segurança jurídica; e por violação ao princípio de legalidade, não destacado no art. 25, 1 para os estados perigosos e para as medidas de segurança, mas implícito no art. 53, 1, pois, a referência à perigosidade social lhes confere o caráter de leis penais indeterminadas.²²

21. V. Carlos M.^a Landecho, "Perigosidad Social y Perigosidad Criminal", in *Perigosidad Social y Medidas de Seguridad*, Valência, Univ. de Valência, 1974, p. 251.

22. V. nesse sentido, Toledo y Ubieto, *Sobre el Concepto del Derecho Penal*, Madrid, Univ. Complutense, 1981, p. 334; Cobo del Rosal-Vives Antón, *Derecho Penal*, P. G., Valência, *Tirant lo Blanch*, 1980, p. 785; Bustos Ramírez *Manual de Derecho Penal*, P. G. Barcelona, Ariel, 1989, p. 7; e Luzón Peña, "Alcance y Función del Derecho Penal", in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascs. 26-7 (nota 78), 1989, que apontam, também, a possível infração de outros preceitos constitucionais.

Morales Prats e Garcia Alberó²³ deduziram dos acórdãos do Tribunal Constitucional n. 23 de 14.2.86; n. 21 de 19.2.87 e n. 131 de 20.6.87 uma declaração de inconstitucionalidade das medidas de segurança pré-delitivas. Trata-se, no entanto, de acórdãos resolutórios de recursos de *amparo* e não de inconstitucionalidade. Nelas, o Tribunal Constitucional entendeu que deriva do direito fundamental à legalidade consagrado no art. 25, 1, da Constituição, a impossibilidade de se impor medidas de segurança pós-delitivas, antes de existir sentença condenatória pelo fato punível (versava a categoria de estado perigoso do art. 2.º, 8, da Lei de Perigosidade e Reabilitação Social, em relação com o delito de tráfico de drogas do art. 344 do CP). De outro lado, cabe objetar ao Tribunal Constitucional que as medidas de segurança pós-delitivas só requerem a realização de uma ação ou omissão típica e ilícita, não sendo necessário que sejam culpáveis e, portanto, que já haja sentença condenatória. Pense-se nas medidas de segurança previstas para os inimputáveis dos incisos 1, 2, e 3 do art. 8.º. De toda maneira, convém ressaltar que o Ministério Público abraçou a interpretação de Morales Prats e García Alberó dos acórdãos mencionados e na instrução número 3 de 13.5.91 determinou a todos os membros do Ministério Público que se abstenham de requerer a aplicação de medidas de segurança pré-delitivas, com o que carecem hoje praticamente de aplicação em nosso país. O resultado me parece satisfatório, ainda que a fundamentação não esteja correta.

6. O Princípio de Culpabilidade

O princípio de culpabilidade, segundo o qual "não há pena sem culpabilidade

23. "Doctrina del Tribunal Constitucional sobre Medidas de Seguridad. Requiem por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social?" in *La Ley*, ano XII, n. 2697, 1991, pp. 1 e ss.

e a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade”, não está proclamado expressamente na Constituição espanhola. Para alguns de nossos penalistas,²⁴ o princípio de culpabilidade está implícito no de legalidade, acolhido no art. 25 da Constituição: “Ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que no momento de sua prática não constituam delito... segundo a legislação vigente naquele momento”. Esta tese é, no meu sentir, discutível, pois, para a culpabilidade só é preciso a consciência atual ou possível da antijuridicidade, mas não da punibilidade da conduta.

Todavia, creio que se pode encontrar um fundamento constitucional para o princípio da culpabilidade no art. 10 da Constituição, ao ser proclamado neste preceito que a dignidade da pessoa humana é o fundamento da ordem política e da paz social. O princípio de culpabilidade é uma exigência do respeito à dignidade da pessoa humana. A imposição de uma pena sem culpabilidade supõe a utilização do ser humano como mero instrumento para se conseguir fins sociais, nesse caso, preventivos, o que implica um grave atentado à sua dignidade.

Na Alemanha, também, o Tribunal Federal Constitucional considera que o princípio de culpabilidade *nulla poena sine culpa*, tem base constitucional, por derivar do reconhecimento do direito à liberdade geral de atuação²⁵ e ter seu fundamento na dignidade da pessoa (art. 1,1).²⁶

24. V. p. ex. Córdoba Roda, “Principio de Legalidad Penal y Constitución”, in *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Verlag, 1989, pp. 92-3.

25. Cf. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, A. T. 4.ª ed., Duncker-Humblot, Berlim, 1988, pp. 19 e 22.

26. Cf. Roxin, *Strafrecht*, A. T., I, Grundlagen. *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Verlag Beck, 1992, p. 551.

Na moderna ciência penal italiana existe uma importante corrente doutrinária que considera que o princípio de culpabilidade está implícito no art. 27,1, da Constituição daquele país, em que se declara: “A responsabilidade penal é pessoal”. Conforme esses penalistas, neste preceito está incluída a proibição da responsabilidade objetiva, posto que um resultado causado pelo agente, mas que não lhe seja atribuível psicologicamente não se pode dizer que dê lugar a uma responsabilidade de caráter pessoal. Portanto, não só a responsabilidade pelo fato de outro, senão também a responsabilidade objetiva devem ser consideradas inconstitucionais.²⁷

7. Fundamento e Fins da Pena no Estado Social e Democrático de Direito

Na Constituição espanhola há uma disposição que faz referência aos fins da pena. O § 2.º do art. 25 assenta: “As penas privativas de liberdade e as medidas de segurança serão orientadas para a reeducação e reinserção social e não poderão consistir em trabalhos forçados”. Emerge, nesse dispositivo, a influência do art. 27,3, da Constituição italiana, onde se assinala às penas (neste caso, em geral) o fim da reeducação do delinquente. Na Lei Fundamental alemã de 1949 não se inclui, ao contrário, preceito algum relativo aos fins da pena.

O texto constitucional espanhol dá lugar a problemas, porque as penas não podem encontrar seu fundamento exclusivamente nas exigências da prevenção especial. Se a pena buscasse unicamente o fim de prevenção especial — como pretendia o setor mais radical da nova defesa social — o Direito Penal não poderia cumprir sua missão de proteção dos bens jurídicos. A imensa maioria da criminalidade está constituída pelos de-

27. V. Ferrando Mantovani, *Diritto Penale*, 2.ª ed., Padova, 1988, pp. 287-8.

linqüentes ocasionais, nos que não cabe avaliar uma perigosidade criminal, quer dizer, uma probabilidade maior de que voltem a delinquir. Estes delinqüentes não estão necessitados de um tratamento corretivo de prevenção especial. Ter-se-ia que prescindir, por isso, nestes casos, de toda sanção, com grave menoscabo da função de proteção dos bens jurídicos, própria do Direito Penal. As exigências da prevenção especial poderiam dar lugar, ademais, nos casos de delinqüentes perigosos que sejam autores de delitos de escassa gravidade à aplicação de penas desproporcionadas à gravidade do delito e, portanto, injustas.

A norma constitucional espanhola, segundo a qual, as penas privativas de liberdade "serão orientadas para a reeducação e reinserção social", só pode ter sentido, sendo este um dos fins essenciais dessas penas, de modo que sempre que for necessário se faça todo o possível para conseguir a reeducação e a reinserção social do delinqüente. O Tribunal Constitucional espanhol²⁸ considera que: "o art. 25,2 contém um mandato dirigido ao legislador penitenciário e à Administração por ele criada para orientar a execução das penas privativas de liberdade... mas não estabelece que a reeducação e a reinserção social sejam as únicas finalidades legítimas das penas privativas de liberdade".

Na Itália, concedeu-se espaço, também, para a tese de que ainda que se

assinale à pena, no art. 27,3, da Constituição, o fim da reeducação do delinqüente, continua conservado, para a própria Constituição, sua essência retributiva e a finalidade intimidatória.²⁹

Da concepção de Estado social e democrático de Direito, que inspira nossa Constituição (art. 1,1), não é possível depreender a exigência de que a reeducação e reinserção social do delinqüente constitua o único fim da pena, nem sequer que devam ser atribuídas à pena funções exclusivamente preventivas (prevenção geral e especial).³⁰ A concepção de Estado social e democrático de Direito é incompatível unicamente com as teorias absolutas da pena, que justificam a pena exclusivamente pelo delito praticado e consideram que seus efeitos preventivos são alheios a sua essência. Uma concepção unitária da pena, que encontre sua justificação no delito praticado e na necessidade de evitar a comissão de delitos no futuro, isto é, que considere que a pena não só há de ser justa, senão também necessária, satisfaz, em maior medida aos reclamos de um Estado social e democrático de Direito, ao proporcionar um sólido fundamento à exigência de proporcionalidade entre os delitos e as penas.

29. Cf. Ferrando Mantovani, op. cit., p. 725.

30. Como entende Mir Puig, *Función de la Pena y Teoría del Delito en el estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, Bosch, 1982, pp. 29 e ss. e *Derecho penal, Parte General*, Barcelona, PPU, 1990, p. 73.

28. Acórdão 150 de 4.9.91.