

Curso de Direito
Direito Penal – Parte Geral

1ª Unidade
Aspectos Sociais do Direito Penal Brasileiro



Prof.º Dr.º Eribelto Peres Castilho

Conteúdo Programático:

➤ Aspectos Sociais do Direito Penal Brasileiro:

1. Direito Penal e Sociedade.
2. Finalidade do Direito Penal.
3. Direito Penal e Sistema Penal:
 - 3.1. Direito Penal.
 - 3.2. Sistema Penal.
 - 3.2.1. Discurso do Sistema Penal.
4. Política Criminal.
5. “Direito Penal” ou “Direito Criminal”?
6. Fontes do Direito Penal.

1. Direito Penal e Sociedade:

Observa Nilo Batista que os “trabalhos brasileiros de iniciação ao direito penal costumam ser abertos com observações sobre as relações entre sociedade e direito. Tais observações, quase sempre, se limitam a assinalar **que a vida em sociedade não prescinde de normas jurídicas**”.¹

De fato, em vários autores podemos identificar tais observações:

“A vida em sociedade exige um complexo de normas disciplinadoras que estabeleça as **regras indispensáveis** ao convívio entre os indivíduos que a compõem.” (MIRABETE, J. Fabbrini & FABBRINI, Renato N.)²

“**Não há sociedade sem direito**; não há direito sem sociedade. *Ubi societas ibi jus*”. (COSTA JR, Paulo José)³

“O direito surge das **necessidades fundamentais** das sociedades humanas”. (JESUS, Damásio E.)⁴

Com efeito, diria Nilo Batista: “Certamente não há incorreções em lembrar – valham-nos as palavras de Losano – que ‘das sociedades pré-letradas até às pós-industriais, os homens movem-se dentro de sistemas de regras’”.⁵

Todavia, prossegue o jurista, devemos “questionar imediatamente as formas de aparição histórica do direito, para contornar riscos idealistas aos quais podem expor-se os iniciantes. O mais grave desses riscos é aquele que Miaille chama ‘**universalismo a-histórico**’; na medida em que as idéias constituíssem a matriz da realidade, **a história do direito seria autônoma e**

¹ (Grifos Nossos) BATISTA, Nilo. Introdução Crítica Ao Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001, p. 17.

² MIRABETE, Júlio Fabbrini & FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal – Parte Geral. V. I. 25ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2009, p. 1.

³ COSTA JR, Paulo José da. Curso de Direito Penal. 10ª ed. rev., atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 3.

⁴ JESUS, Damásio E. Direito Penal – Parte Geral, 1ª V, São Paulo: Ed. Saraiva, 1985, p. 3.

⁵ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica Ao Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001, p. 17.

destacada com respeito ao contexto histórico em que tal direito fora produzido, passando a compor um conjunto de noções universalmente válidas”.⁶

Já observava Karl Marx que “relações jurídicas, tais como formas de Estado, não podem ser compreendidas nem a partir de si mesmas, nem a partir do assim chamado desenvolvimento geral do espírito humano, mas, pelo contrário, elas se enraízam nas relações materiais da vida, cuja totalidade foi resumida por Hegel sob o nome sociedade civil, seguindo os ingleses e franceses do século XVIII: a anatomia da sociedade burguesa deve ser procurada na economia política”.⁷

Desse modo, portanto, para que possamos compreender efetivamente o direito, e mais especificamente o direito penal, necessário é advertir “para a ‘essência econômica’ que subjaz às definições jurídicas abstratas, compreendendo o verdadeiro processo social de criação do direito”.⁸

Nesse sentido, observa Nilo Batista, Tobias Barreto⁹ já asseverava que “não existe um direito natural, mas há uma lei natural do direito”¹⁰, ou seja, o homem não fala “língua alguma, não exerce indústria nem cultiva arte de qualquer espécie que a natureza lhe houvesse ensinado; tudo é produto dele mesmo, do seu trabalho, da sua atividade”¹¹. Assim sendo, continua Nilo Batista: “ao conceber o direito como algo não revelado ao homem (a exemplo de uma noção religiosa) nem descoberto por sua razão (a exemplo de uma regra de lógica formal), mas sim produzido pelo grupamento humano e pelas condições concretas em que esse grupamento humano e pelas condições

⁶ (Grifos Nossos) BATISTA, Nilo. Introdução Crítica Ao Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001, pp. 17 e 18.

⁷ MARX, K. *Prefácio – Para a crítica da Economia Política*, p. 135.

⁸ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica Ao Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001, p. 18.

⁹ **Tobias Barreto de Menezes** (Vila de Campos do Rio Real, 7 de junho de 1839 — Sergipe, 26 de junho de 1889) foi um filósofo, poeta, crítico e jurista brasileiro e fervoroso integrante da Escola do Recife (movimento filosófico de grande força calcado no monismo e evolucionismo europeu). Foi o fundador do condoreirismo brasileiro e patrono da cadeira 38 da Academia Brasileira de Letras.

¹⁰ MENESES, Tobias Barreto. Introdução ao Estudo do Direito. In: Estudos de Direito, Rio de Janeiro: Ed. Laemmert, p. 36. Apud. BATISTA, Nilo. Introdução Crítica Ao Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001, p. 18.

¹¹ MENESES, Tobias Barreto. Introdução ao Estudo do Direito. In: Estudos de Direito, Rio de Janeiro: Ed. Laemmert, p. 36. Apud. BATISTA, Nilo. Introdução Crítica Ao Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001, p. 18.

concretas em que esse grupamento se estrutura e se reproduz; ao ridicularizar a concepção do direito como ‘uma lei suprema, **preexistente à humanidade e ao planeta que ela habita**’, Tobias Barreto se antecipava extraordinariamente às concepções jurídicas no Brasil de sua época”.¹²

Em suma: Além de o direito penal ser uma construção humana, historicamente datada, também “vem ao mundo (ou seja, é legislado) para cumprir funções concretas *dentro de e para uma* sociedade que concretamente se organizou de *determinada maneira*”.¹³

Desse modo, portanto, quem “quiser compreender, por exemplo, o direito assírio, o direito romano, o direito brasileiro do século XIX, procure saber como assírios, romanos e brasileiros do século XIX **viviam, como se dividiam e se organizavam para a produção e distribuição de bens e mercadorias**; no marco da proteção e da continuidade dessa engrenagem econômica”.¹⁴

2. Finalidade do Direito Penal:

Observa Nilo Batista que o “direito penal existe para cumprir finalidades, *para que algo se realize*, não para a simples celebração de valores eternos ou glorificação de paradigmas morais”.¹⁵

Desse modo, resulta “claro que conhecer essas finalidades é importante para conhecer o direito penal”.¹⁶

Assim sendo, necessário asseverar que “o direito penal é disposto pelo estado para a concreta realização de fins; toca-lhe, portanto, uma missão política, que os autores costumam identificar, de modo amplo, na garantia das ‘condições de vida da sociedade’, como Mestieri, ou na ‘finalidade de combater

¹² BATISTA, Nilo. Introdução Crítica Ao Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001, pp. 18 e 19.

¹³ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica Ao Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001, p. 19.

¹⁴ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica Ao Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001, p. 19.

¹⁵ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica Ao Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001, p. 20.

¹⁶ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica Ao Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001, p. 20.

o crime', como Damásio, ou na 'preservação dos interesses do indivíduo ou do corpo social', como Heleno Fragoso".¹⁷

A despeito de todas as noções anteriores, importante observar, entretanto, que a efetiva função do direito penal consiste em "estruturar e garantir determinada ordem econômica e social"¹⁸, função esta que habitualmente é denominada de "função conservadora", ou "controle social".

Com efeito, diz-nos Lola Aniyar de Castro que o *controle social* estabelecido pela finalidade do direito penal "não passa da predisposição de táticas, estratégias e forças para a construção da hegemonia, ou seja, para a busca da legitimação ou para assegurar o consenso; em sua falta, para a submissão forçada daqueles que não se integram à ideologia dominante".¹⁹

Nesse sentido, portanto, é "fácil perceber o importante papel que o direito penal desempenha no controle social. Sob certas condições, pode o direito desempenhar outras funções (como, por exemplo, a 'educativa' e mesmo a 'transformadora' – esta, oposta à 'conservadora'). A preponderância da função de controle social é, contudo, inquestionável".²⁰

Por fim, deve-se ter claro que: "há marcante congruência entre os fins do estado e os fins do direito penal, de tal sorte que o conhecimento dos primeiros, não através de fórmulas vagas e ilusórias, como sói figurar nos livros jurídicos, mas através do exame de suas reais e concretas funções históricas, econômicas e sociais, é fundamental para a compreensão dos últimos. Conhecer as finalidades do direito penal, que é conhecer os objetivos da criminalização de determinadas condutas praticadas por determinadas pessoas, e os objetivos das penas e outras medidas jurídicas de reação ao crime, não é tarefa que ultrapasse a área do jurista, como às vezes se insinua. Com toda razão, assinala Cirino dos Santos que 'a definição dos objetivos do Direito Penal permite clarificar o seu significado político, como técnica de controle social'. Aliás, a indagação sobre fins, que comparece em vários

¹⁷ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica Ao Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001, pp. 20 e 21.

¹⁸ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica Ao Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001, p. 21.

¹⁹ CASTRO, Lola Aniyar de. Criminología de la liberación. Maracaibo: Ed. Um. Del Zulia, 1987, p. 119. Apud. BATISTA, Nilo. Introdução Crítica Ao Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001, p. 22.

²⁰ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica Ao Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001, p. 22.

momentos particulares (na interpretação da lei, na teoria do bem jurídico, no debate sobre a pena, etc), não poderia dirigir-se ao direito penal como um todo”.²¹

3. Direito Penal e Sistema Penal:

Deve-se distinguir entre *direito penal* e *sistema penal*:

3.1. Direito Penal:

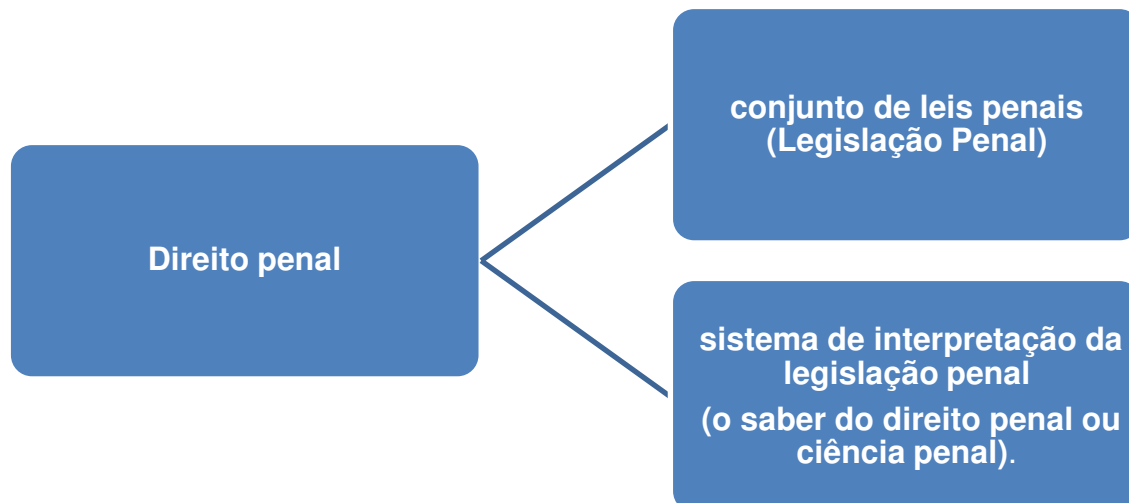
Segundo Zaffaroni e Pierangeli: “Com a expressão ‘direito penal’ se designam – conjunta ou separadamente – duas entidades diferentes: **1) o conjunto de leis penais, isto é, a legislação penal;** e **2) o sistema de interpretação desta legislação, isto é, o saber do direito penal.** Tendo em conta esta duplicidade, e sem pretensões de dar uma definição – e sim uma simples noção prévia –, podemos dizer provisoriamente que o direito penal (legislação penal) é o conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama ‘delito’, e aspira a que tenha como consequência uma coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor. No segundo sentido, direito penal (saber do direito penal) é o sistema de compreensão (ou de interpretação) da legislação penal”.²²

Nesse sentido, temos ainda a noção de Nilo Batista sobre o presente conceito: “Provisoriamente, diremos que o direito penal é o conjunto de normas jurídicas que prevêm os crimes e lhes cominam sanções, bem como disciplinam a incidência e validade de tais normas, a estrutura geral do crime, e a aplicação e execução das sanções cominadas”.²³

²¹ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica Ao Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001, p. 23.

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. 7ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais (RT), 2008, p. 79.

²³ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica Ao Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001, p. 22.



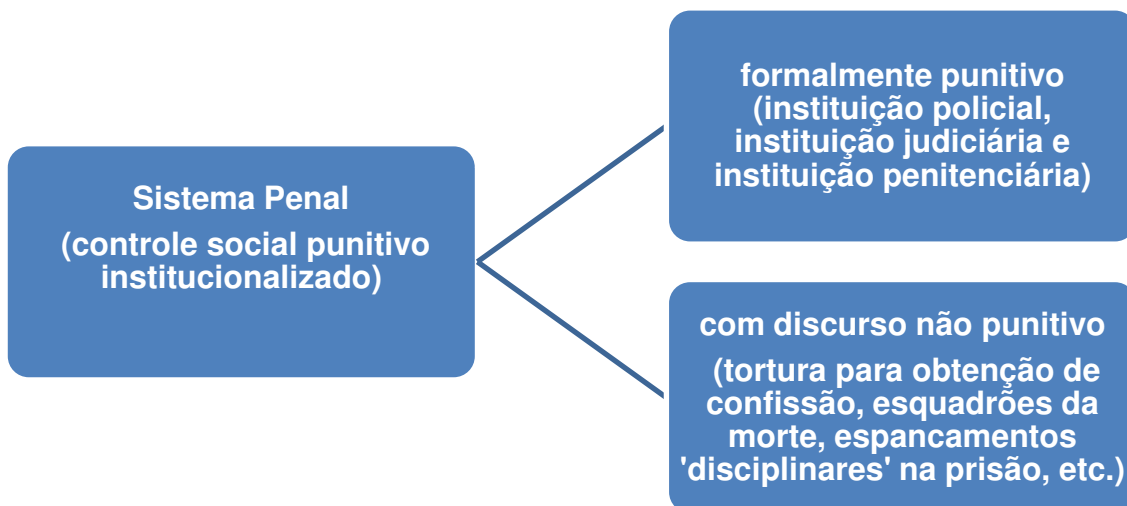
3.2. Sistema Penal:

“Chamamos ‘sistema penal’ ao controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação. Esta idéia geral de ‘sistema penal’ em um sentido limitado, englobando a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes, promotores e funcionários e da execução penal. Em um sentido mais amplo, entendido o sistema penal – tal como temos afirmado – como ‘controle social punitivo institucionalizado’, nele se incluem ações controladoras e repressoras que aparentemente nada têm a ver com o sistema penal”.²⁴

Com efeito, assinala Nilo Batista que: “Zaffaroni entende por sistema penal o ‘controle social punitivo institucionalizado’, atribuindo à Vox ‘institucionalizado’ a acepção de concernente a procedimentos estabelecidos, ainda que não fossem legais. Isso lhe permite incluir no conceito de sistema penal casos de ilegalidades estabelecidas como práticas rotineiras, mais ou menos conhecidas ou toleradas (‘esquadrões da morte’) – por ele referidos como ‘ejecuciones sin proceso’, tortura para a obtenção de confissões na polícia, espancamentos ‘disciplinares’ em estabelecimentos penais, ou uso

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. 7ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais (RT), 2008, pp. 65 e 66.

ilegal de celas ‘surdas’, etc). O sistema penal a ser conhecido e estudado é uma realidade, e não aquela abstração dedutível das normas jurídicas que o delineiam”.²⁵



3.2.1. O Discurso do Sistema Penal:

“Com propriedade, Cirino dos Santos observa que o sistema penal, segundo ele ‘constituído pelos aparelhos judicial, policial e prisional, e operacionalizado nos limites das matrizes legais’, pretende afirmar-se como ‘sistema garantidor de uma ordem social justa’, mas seu desempenho real contradiz essa aparência”.²⁶

De fato, observa Nilo Batista que “o sistema penal é apresentado como **igualitário**, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é **seletivo**, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas (As exceções, além de confirmarem a regra, são aparatosamente usadas para a reafirmação do caráter igualitário). O sistema penal é também apresentado como **justo**, na medida em que buscaria prevenir o delito, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade – na expressão de von Liszt, ‘só a pena necessária é justa’ –, quando de fato seu

²⁵ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica Ao Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001, p. 25.

²⁶ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica Ao Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001, p. 25.

desempenho é **repressivo**, seja pela frustração de suas linhas preventivas, seja pela incapacidade de regular a intensidade das respostas penais, legais ou ilegais. Por fim, o sistema penal se apresenta comprometido com **a proteção da dignidade da pessoa humana** – a pena deveria, disse certa ocasião Roxin, ser vista como o serviço militar ou o pagamento de impostos –, quando na verdade é **estigmatizante**, promovendo uma degradação na figura social de sua clientela. O instituto Interamericano de Direitos Humanos realizou uma pesquisa sobre sistemas penais e direitos humanos na América Latina, cujo informe final, redigido pelo diretor da pesquisa, Zaffaroni, constitui o mais atual e completo documento crítico sobre a realidade de nossos sistemas penais [*Sistemas penales y derechos humanos en América Latina – informe final*, B. Aires, 1986.]. **Seletividade, repressividade e estigmatização** são algumas características centrais de sistemas penais como o brasileiro. Não pode o jurista encerrar-se no estudo – de um modo normativo, ignorando a contradição entre linhas programáticas legais e o real funcionamento das instituições que a executam”.²⁷

4. Política Criminal:

Observa Nilo Batista que: “Do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas de direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se política criminal. Segundo a atenção se concentre em cada etapa do sistema penal, poderemos falar em política de segurança pública (ênfase na instituição policial), política judiciária (ênfase na instituição judicial) e política penitenciária (ênfase na instituição prisional), todas integrantes da política criminal.

Exemplo de política criminal pode ser inferido da observação de Nilo Batista: “É ilustrativo perceber a influência do fracasso da pena privativa de

²⁷ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica Ao Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001, p. 25.

liberdade em concretas propostas de política criminal. Há um século, von Liszt preconizava a suspensão condicional, substitutivo de caráter pedagógico para criminosos jovens, e se insurgia contra as penas curtas, que ‘não corrigem, não intimidam’ e, ‘muitas vezes, encaminham definitivamente para o crime o delinqüente novel’. A constatação, pela pesquisa empírica nos últimos cinqüenta anos, do fracasso da pena privativa de liberdade com respeito a seus objetivos proclamados, levou a uma autêntica inversão de sinal: uma política criminal que postula a permanente redução do âmbito de incidência do sistema penal. Assim se entende Fragoso: ‘uma política criminal moderna orienta-se no sentido da descriminalização e da desjudicialização, ou seja, no sentido de contrair a máximo o sistema punitivo do Estado, dele retirando todas as condutas anti-sociais que podem ser reprimidas e controladas sem o emprego de sanções criminais’, isto é, no sentido de uma ‘conselheira da sanção não-penal’”.²⁸

5. “Direito Penal” ou “Direito Criminal”?

Assinala Nilo Batista que: “Uma conduta humana passa a ser chamada ‘ilícita’ quando se opõe a uma norma jurídica ou indevidamente produz efeitos que a ela se opõem. A oposição lógica entre uma conduta e a norma (cuja consideração analítica dá origem a um objeto de estudo chamado *ilícito*) estipula uma relação, de caráter deôntico – denominada relação de imputação –, que traz como segundo termo a *sanção* correspondente. Quando esta *sanção* é uma *pena*, espécie particularmente grave de sanção, o ilícito é chamado *crime*. Vemos, portanto, que o elemento que transforma o *ilícito* em *crime* é a decisão política – o ato legislativo – que o vincula a uma *pena*. Esse é o substrato das definições formais de crime, e ele nos revela que a pena não é simples ‘conseqüência jurídica’ do crime, mas sim, antes disso, sua própria condição de existência jurídica”.²⁹

²⁸ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica Ao Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001, p. 36.

²⁹ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica Ao Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001, pp. 43 e 44.

Com efeito, segundo a maioria das definições formais da doutrina, o crime seria:

“Todo aquele comportamento humano que o ordenamento jurídico castiga com uma pena” (Jescheck)

“Toda conduta que o legislador sanciona com uma pena” (Muñoz Conde)

“Crime é toda ação e omissão proibida pela lei sob a ameaça de pena” (Heleno Cláudio Fragoso)

“Crime é uma conduta (ação ou omissão) contrária ao Direito, a que a lei atribui a pena” (Manoel Pedro Pimentel)

Ainda que a expressão direito criminal seja mais antiga, “historicamente se observa uma gradual prevalência da expressão ‘direito penal’, que teria sido empregada pela primeira vez, segundo Mezger, por Regnerus Engelhar, em 1756, popularizando-se, segundo Bustos, após a promulgação do código penal francês de 1810”.³⁰

Com efeito, observa Nilo Batista que: “Entre nós, no Império, a Constituição recomendou que se elaborasse um código criminal, no que foi obedecida com o Código Criminal de 1830. Já o primeiro código da república, de 1890, se chamou Código Penal, ainda que a Constituição republicana de 1891 viesse a referir-se a ‘direito criminal’. As demais constituições adotaram a designação direito penal, e o código de 1940 se chamou Código Penal. Tal influência é perceptível em Damásio, Mayrink da Costa, Basileu Garcia, Mirabete e Magalhães Noronha”.³¹

Em suma, portanto, “Deve prevalecer a expressão direito penal. Em primeiro lugar, porque, como vimos, a pena é condição de existência jurídica do crime – ainda que ao crime, posteriormente, o direito reaja também ou apenas com uma medida de segurança. Pode-se, portanto, afirmar com Mir Puig que a

³⁰ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica Ao Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001, pp. 45.

³¹ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica Ao Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001, pp. 45 e 46.

pena ‘não apenas é o conceito central de nossa disciplina, mas também sua presença é sempre o limite daquilo que a ela pertence’. Em segundo lugar, porque as medidas de segurança constituem juridicamente sanções com caráter retributivo, e portanto com indiscutível matiz penal. Na Exposição de Motivos da lei que reformou a Parte Geral do Código, representando a opinião comum no Brasil, está registrado que a medida detentiva para imputáveis é, ‘na prática uma fração de pena eufemisticamente denominada medida de segurança’. Afirmar Zaffaroni que, ‘salvo o caso dos inimputáveis, sempre que se tira a liberdade do homem por um fato por ele praticado, o que existe é uma pena’. Contudo, não hesitamos em afirmar que mesmo as medidas concernentes a inimputáveis, ainda que se orientem para fins de proteção e melhoramento, operam pela via retributiva da perda ou restrição de bens jurídicos ou direitos subjetivos, e ostentam igualmente matiz penal. Neste sentido, peremptoriamente, Fragoso: ‘Não existe diferença ontológica entre pena e medida de segurança’. (...) Por tudo isso, e também porque, histórica e antropologicamente, são as penas, tais como efetivamente executadas, que definem objetivos e perfil da categorização jurídica de condutas humanas como crimes e de seu correspondente tratamento político, o melhor nome para nossa disciplina é direito penal”.³²

6. Fontes do Direito Penal.

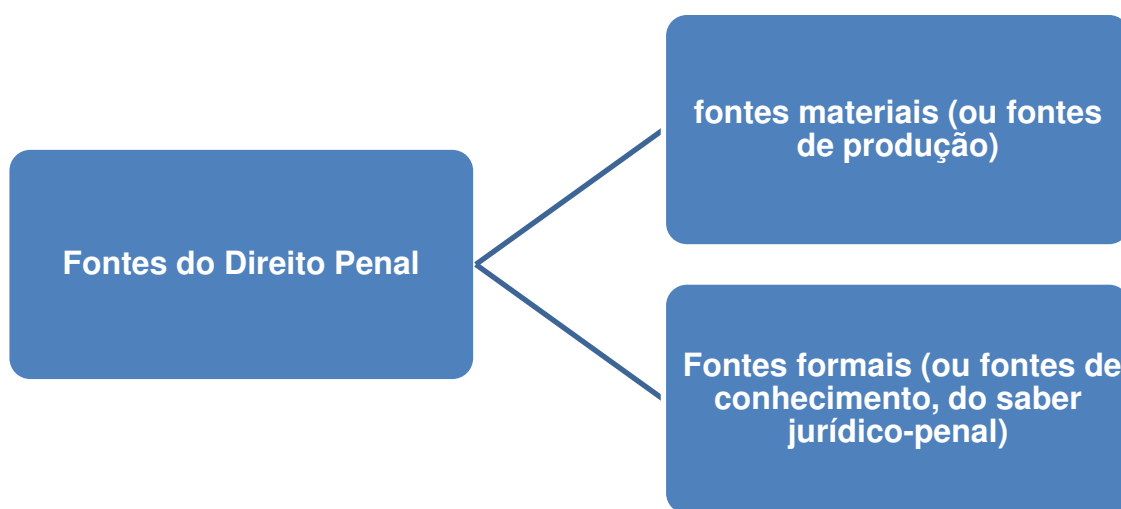
6.1. Conceito:

Observa Greco que: “Fonte, no seu sentido mais amplo, quer dizer lugar de procedência, de onde se origina alguma coisa. O Direito Penal, como não poderia deixar de ser, também tem suas fontes. Na precisa lição de Fontán Balestra, ‘na ciência jurídica: primeiramente, devemos entender por ‘fonte’ o ‘sujeito’ que dita ou do qual emanam as normas jurídicas; em segundo lugar, o modo ou o meio pelo qual se manifesta a vontade jurídica, quer dizer, a forma como o Direito Objetivo se cristaliza na vida social. Este duplo significado dá

³² BATISTA, Nilo. Introdução Crítica Ao Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001, pp. 48 e 49.

lugar à distinção entre fontes de produção e fontes de cognição ou de conhecimento”.³³

Ainda segundo Mirabete: “Fonte, em sentido figurado, significa origem, princípio, causa. Quando se fala em fontes do Direito Penal, está-se estabelecendo de onde provém, de onde se origina a lei penal. As fontes podem ser *materiais* (ou substanciais, ou de produção), se informam a gênese, a substância, a matéria de que é feito o Direito Penal, como é produzido, elaborado; e *formais* (ou de conhecimento, ou de cognição, se se referem ao modo pelo qual se exterioriza o direito, pelo qual se dá ele a conhecer”.³⁴



6.2. Fontes Materiais (ou Fontes de Produção):

“A única fonte de produção do Direito Penal é o Estado. Determina a Constituição Federal que compete privativamente à União legislar sobre ‘direito penal’ (art. 22, I). A nova carta, porém, inovou ao prever a possibilidade de lei complementar autorizar os Estados [membros] a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas no art. 22. Assim, ao menos em tese, existe a possibilidade de o Estado-membro legislar sobre a matéria particular, restrita, de direito penal, se autorizado por lei complementar”.³⁵

³³ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal - Parte Geral (arts. 1º a 120 do CP). V. I. 10ª ed. Niterói (RJ): Ed. Impetus, 2008, p. 15.

³⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini & FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal – Parte Geral. V. I. 25ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2009, p. 28.

³⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini & FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal – Parte Geral. V. I. 25ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2009, pp. 28 e 29.

Observa Zaffaroni que: “No Brasil, como na maioria dos países latino-americanos, em várias oportunidades foi violada a legalidade, ao se admitir a possibilidade mediante decretos ou decretos-leis do presidente ‘de fato’. Estas violações à legalidade formal foram amiúde justificadas com a invocação de uma necessidade, que se nos apresenta como muito duvidosa. O povo é o único ‘soberano’, a fonte do poder do estado, e, conseqüentemente, sem a intervenção legítima dos representantes do povo, não pode haver lei penal, conquanto se torne necessário, na prática, respeitar os decretos-leis penais, seja por sua força, seja porque, se desrespeitados, pode-se criar uma grande confusão e uma grave insegurança entre cidadãos. Basta recordar-se aqui que toda a Parte Especial do Código Penal e Leis de Contravenções Penais ingressaram no nosso ordenamento jurídico através de decretos-leis. Não obstante, é absolutamente certo que os motivos que a práxis pretende justificar não conseguem evitar a sua verdadeira natureza de ‘não-leis’ e de se tratar de ‘atos de força’. No nosso País, durante a vigência do Ato Institucional 5, entre os anos de 1968 e 1978, o Presidente da República teve poderes legislativos absolutos, que o autorizavam a ordenar o recesso do Congresso e a legislar mediante decretos. Durante o chamado Estado Novo, Getúlio Vargas usou e abusou do ‘direito’ de legislar através de decretos-leis que, excluídas as já mencionadas legislações, outras continuam em vigor”.³⁶

6.3. Fontes Formais (ou Fontes do Conhecimento/Saber Jurídico-Penal):

“O saber jurídico-penal, ou seja, o conhecimento obtido por nossa disciplina, não se configura somente com os dados legislativos e menos ainda com meros dados legislativos penais. Nesse sentido da expressão ‘fonte’, isto é, no de ‘fonte do conhecimento do saber penal, é impossível esgotar a totalidade dos dados de que devem valer-se ou tomar em conta o investigador e o jurista, porque para isso deve explicitar uma área de realidade que faz parte de um âmbito maior, incomensurável, como qualquer saber.

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. 7ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais (RT), 2008, pp. 114 e 115.

Nesse sentido é perfeitamente admissível afirmar que a filosofia é fonte do direito penal, tal como o fazia Feuerbach. Igualmente, não se pode negar a importância dos dados históricos, da informação jurisprudencial (seja para confirmar, seja para criticar o entendimento de uma norma), dos dados políticos e econômicos, de tudo o que possa contribuir ao esclarecimento e à crítica ideológica da norma ou de seu entendimento, particularmente a história das idéias etc.

O saber penal não se nutre unicamente do conhecimento da lei penal, porque ninguém pode interpretar o objeto que uma ordem do saber põe dentro de seu horizonte de projeção, sem valer-se de dados e sem submeter-se a condicionamentos de seu saber, os quais provêm de âmbitos que não só estão fora desses limites, como também dele se encontram inegavelmente afastados”.³⁷

Por fim, importante asseverar ainda que “A fonte de informação da ciência do direito penal é a bibliografia penal. Esta se compõem de obras gerais, monografias e artigos publicados em revistas genéricas e especializadas. As obras gerais dividem-se em tratados (que desenvolvem in extenso a matéria), os manuais (obras gerais compendiadas), estruturas, sínteses ou princípios (que resumem de modo altamente técnico um panorama geral da matéria), códigos comentados (que apresentam a informação seguindo a ordem das disposições legais) e enciclopédias (que objetivam abranger todo o exposto). A literatura jurídico-penal brasileira – como a de toda a América Latina – sofreu e sofre a influência das idéias que nos chegam da Europa, mas nem por isso ela se tornou carente de desenvolvimento originais importantes. É possível reconhece-se na nossa literatura diferenças, períodos e correntes ideológicas, entre os quais, como primeiro e mais importante pela sua inserção na ideologia dominante na época, foi o positivismo”.³⁸

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. 7ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais (RT), 2008, p. 115.

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. 7ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais (RT), 2008, p. 116.