

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

EDUARDO PITREZ DE AGUIAR CORRÊA

**CONTRIBUTO PARA A COMPREENSÃO ATUAL DO MANDADO DE
DETERMINAÇÃO EM DIREITO PENAL: UMA PERSPECTIVA DOS DIREITOS
HUMANOS**

Porto Alegre

2011

EDUARDO PITREZ DE AGUIAR CORRÊA

**CONTRIBUTO PARA A COMPREENSÃO ATUAL DO MANDADO DE
DETERMINAÇÃO EM DIREITO PENAL: UMA PERSPECTIVA DOS DIREITOS
HUMANOS**

Dissertação de mestrado apresentada como
requisito parcial de aprovação no Mestrado
em Ciências Criminais, da Faculdade de
Direito da Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul.

Prof. Dr. Luciano Feldens.

Orientador

Porto Alegre

2011

**Dados Internacionais de
Catalogação na Publicação (CIP)**

C824c Corrêa, Eduardo Pitrez de Aguiar

Contributo para a compreensão atual do mandado de
determinação em direito penal : uma perspectiva dos
direitos humanos / Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa. –
Porto Alegre, 2011.

207 f.

Diss. (Mestrado) – Faculdade Direito, Pós - Graduação
em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Luciano Feldens.

Bibliotecária Responsável

Ginamara Lima Jacques Pinto

CRB 10/1204

SUMÁRIO

Introdução	11
1. O problema da determinação da lei em direito penal	17
1.1 Princípio da legalidade e o mandado de determinação: breve referência à origem e à pretensão	17
1.2 Delimitando o espaço próprio ao mandado de determinação: exigências formais e materiais ao legislador penal e diferenciação de institutos afins	22
a) natureza formal do mandado de determinação	23
b) mandado de determinação e proibição de analogia	25
c) mandado de determinação e reserva legal	25
d) natureza formal, de novo (ou a forma do conteúdo e a justiça	
e) da legalidade)	27
1.3 Tipo penal e a legalidade: o tipo de garantia	30
1.4 O problema da indeterminação e a expansão do direito penal (ou a “principalização” do direito e a contaminação do legislador penal)	33
1.5 Natureza normativa do mandado de determinação	37
2. Incorporando a incerteza (ou o que não é possível obter do mandado de determinação na contemporaneidade)	43
2.1 O fim das certezas	44
2.2 A relativa indeterminação da linguagem jurídica: a textura aberta	47
2.3 A concreção	50
2.4 O problema de definir o abstrato e o multiforme (ou a língua não é omniefável)	55
2.5 O problema de compatibilizar a clareza, a brevidade e a precisão das leis penais (entre informar o cidadão e vincular o aplicador)	57
2.6 O caráter incompleto dos enunciados jurídicos	62
2.7 Conclusões parciais	66
3. Fundamentos do mandado de determinação	68
3.1 Segurança Jurídica	70
3.2 Separação de Poderes	77
3.3 Igualdade	86

3.4 Culpabilidade_____	94
3.5 Conclusões parciais_____	101
4. A indeterminação da lei penal no direito anglo-americano: a doutrina da nulidade por vagueza da Suprema Corte (<i>The void-for-vagueness doctrine</i>)	102
4.1 A escolha da <i>common law</i> anglo-americana_____	102
4.2 Compreensão geral da doutrina_____	103
4.3 <i>Fair notice</i> _____	107
4.4 O não retrocesso aos <i>common law crimes</i> e <i>the checks and balances</i> __	114
4.5 <i>Rule of law, not of men</i> (ou a prevenção da aplicação arbitrária ou discriminatória)_____	117
4.6 Dissuasão ao exercício de liberdades fundamentais (<i>the overdetterence and the 'chiling effect'</i>)_____	122
4.7 Conclusões parciais_____	127
5. O mandado de determinação a luz dos direitos humanos: prática das Cortes Internacionais de Direitos Humanos (Europa e Américas) _____	129
5.1 Direitos humanos, direito penal e a função das Cortes de Direitos Humanos relacionada à legalidade_____	129
5.2. Corte Interamericana de Direitos Humanos_____	132
5.2.1 O dever de adotar disposições de direito interno conformes à Convenção e a legalidade_____	132
5.2.2 Posição do Princípio da Legalidade na Convenção Americana__	135
5.2.3 Delimitação de tipos penais distintos: vedação à possibilidade de imputações alternativas ao arbítrio do aplicador_____	139
5.2.4 Vedação à invocação de valorações subjetivas (já) na descrição típica _____	145
5.2.5 Indeterminação normativa e liberdade de expressão (a dissuasão pela ameaça indeterminada)_____	148
5.2.6 Distinção de condutas não puníveis e ilícitos não penais: a clara definição_____	156
5.3 Corte Europeia de Direitos Humanos_____	159
5.3.1 O sentido e o limite da busca da compreensão do mandado de determinação no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos_____	159
5.3.2 A Cláusula de Nuremberg: uma não referência_____	160

5.3.3 A Corte Europeia de Direitos Humanos e o art.7 da Convenção	162
5.3.3.1 Posição do princípio da legalidade e o mandado de determinação na Convenção Europeia	164
5.3.3.2 O conceito de “law”	165
5.3.3.3 O elemento qualitativo do direito aplicável: previsibilidade (<i>foreseeability</i>)	168
5.3.3.4 A lei penal em branco como técnica para maior definição	172
5.3.3.5 O estado do direito ao tempo dos fatos: o valor normativo da jurisprudência na determinação legal como ampliação de garantia	182
5.4 Consolidação dos critérios operativos extraídos em conexão com a prática das Cortes de Direitos Humanos	194
Considerações finais	196
Referências bibliográficas	199

RESUMO

A presente investigação aborda um dos conteúdos normativos do princípio da legalidade penal, o mandado de determinação - *lex certa*. Na abordagem do tema, parte do pressuposto de que a determinação é um conceito indeterminado. Ao invés de analisar um ou outro tipo penal, isoladamente, ou de acordo com a classificação que lhe atribua a doutrina - abertos, fechados, etc. - em relação à legalidade, o estudo procura contribuir, antes, para uma teoria da conformação atual do mandado de determinação, de acordo com um Estado Democrático de Direito inserido em um Sistema de Proteção de Direitos Humanos. Por intermédio da incorporação de limites negativos e positivos ao objeto do estudo, pondo em perspectiva sua conformação originária, a superação do racionalismo utópico, e seus fundamentos numa compreensão contemporânea, a pesquisa procura encontrar critérios operativos para instrumentalizar o controle efetivo da determinação em direito penal. Nessa busca, investiga-se o modo de tratamento do problema da indeterminação da lei penal na Suprema Corte Norte-Americana e, especialmente, nas Cortes Americana e Europeia de Direitos Humanos, extraíndo elementos para uma abordagem conforme o ordenamento jurídico-constitucional-penal brasileiro.

Palavras chave: Princípio da Legalidade. Mandado de Determinação. Direitos humanos.

ABSTRACT

This research focuses on one of the norms of the principle of criminal legality, the legal certainty - *lex certa*. To address the theme, it assumes that the determinacy is an undetermined concept. Instead of analyzing criminal offenses separately, or according to the classification that the jurisprudence assigns to them in relation with legality, the study seeks to contribute to a possible theory of the subject matter, according to the Rule of Law within a Human Rights Protection System. Through the inclusion of negative and positive limits to the object of the study, taking into account its original understanding, the overcoming of utopian rationalism, and a contemporary approach to its grounds, this study aims at providing guidelines to the effective control of the certainty in criminal law. In this search, the investigation looks at the way the American Supreme Court and, especially, the American and the European Courts of Human Rights deal with the problem of indeterminacy of the criminal law, in order to collect elements for an approach in accordance with the Brazilian constitutional and criminal legal system.

Key words: Principle of Legality; Legal Certainty; Human Rights.

INTRODUÇÃO

Um estudioso estrangeiro que, ciente dos conteúdos normativos do princípio da legalidade, procurasse na jurisprudência de nossa Corte Constitucional indicativos sobre as falhas do legislador em matéria de legalidade penal chegaria à conclusão de que o legislador brasileiro nunca errou em tema de determinação da lei penal. É que não encontraria, na jurisprudência do Supremo Tribunal, a declaração de inconstitucionalidade de um só tipo penal a esse título.

Por outro lado, se esse mesmo estudioso, agora ignorando os conteúdos normativos do princípio da legalidade, fosse posto em contato com nossa legislação penal, e só com ela e não com nossa Constituição, e desconhecesse também o que estabelecem os tratados em tema de direitos humanos, chegaria à conclusão da inexistência de uma norma que impõe devam as leis penais ser determinadas. Inteligíveis aos cidadãos e vinculantes aos juízes. É que há uma série de dispositivos penais imprecisos.

Essas considerações indicam que na contemporaneidade há um problema de normatividade de um dos conteúdos do princípio da legalidade, o mandado de determinação. Curiosamente, é justamente aqui que se considera estar a expressão singular mais importante ou o verdadeiro cerne do princípio da legalidade.

Essa perda de normatividade, contraposta à importância de que se reveste esse conteúdo da legalidade, parece justificar se empreenda uma investigação acerca da conformação atual do mandado de determinação, tendo em vista que, mesmo reconhecida sua origem ilustrada, subsiste na contemporaneidade num ambiente social, jurídico e mesmo filosófico completamente distinto do de sua originária concepção.

De que modo ainda estão presentes os seus ideais, sob que fundamentos ainda persiste no contemporâneo Estado Democrático de Direito, e a que limites está submetido são tarefas as quais, dentro dos recortes que estabelece e sem quaisquer pretensões conclusivas, se propõe a desenvolver o presente trabalho.

Nestas tarefas, é preciso ultrapassar a crítica que recai sobre a *lex certa* em virtude de sua vinculação com a revolução liberal, e o seu contexto específico de racionalismo. De fato, a *lex certa* em sua concepção original ilustrada estava tão umbilicalmente ligada com alguns pressupostos fundamentais que conformavam o Estado moderno – uma compreensão determinada de racionalidade que dava origem a um modelo específico de direito – que sobre ela não deixaram de recair muitas das críticas que se produziram, com a evolução do conhecimento, ao modelo liberal-burguês e ao positivismo. Dentre os riscos de tratar um tema como o investigado, por isso, está o de ser imputado como um racionalista utópico, o *defensor* de um estado legalista, ou de sustentar o retrocesso a um positivismo que confundia lei e direito. Ademais, foram tantos os estragos que uma concepção *exclusivamente* formal do direito produziu - “Ordens são ordens, é a lei do soldado. A lei é a lei, diz o jurista.” (Radbruch) - que, desde o segundo pós-guerra, há certo constrangimento em investigar garantias formais, olvidando-se que a superação do formalismo positivista não está na extinção das formas jurídicas, mas no alocar, *ao lado* das formas, conteúdos materiais *também* condicionantes da validade da atuação estatal, numa *concepção formal e material do Estado de Direito*. Como se espera deixar claro no decorrer do trabalho, para além de uma pesquisa não ser uma qualquer defesa, mas uma pergunta sobre um tema, o presente estudo não procura reproduzir aquela velha concepção de direito, pelo contrário, tenta identificar em que medida e como a *lex certa*, consagrada na Constituição e em Convenções internacionais como um direito fundamental e humano, ainda se faz hoje validamente presente.

Num tema como este, bem se vê que o estudo não poderia, sequer aproximativamente, querer encontrar soluções, senão que perscrutar uma possível conformação, sob uma específica perspectiva, e num âmbito limitado, do problema da indeterminação da lei em direito penal.

Parte-se, para o desenvolvimento da investigação, do pressuposto de que *a determinação é um conceito indeterminado*. Com esta perspectiva, a sua conformação impescindiria da compreensão de seus fundamentos na contemporaneidade e, a seguir, da definição de possíveis critérios operativos, especialmente na perspectiva dos direitos humanos. A ideia é a de que a compreensão dos fundamentos e dos critérios operativos podem ser capazes de, operando conjuntamente, subsidiar o enfrentamento do problema da (in)determinação, sem renunciar à sua complexidade.

O fato de que o princípio da legalidade seja reconhecido em diversos ordenamentos, e nas Convenções Americana e Europeia de Direitos Humanos permite buscar referências exteriores para o enfrentamento do problema sob a perspectiva do direito brasileiro, o que apresenta, por certo, vantagens e desvantagens, e, sobretudo, a necessidade de limitar esse conjunto de informações.

Isto não é, todavia, em direito constitucional e penal alguma novidade, na medida em que é a regra que a doutrina nacional se desenvolva sob a influência de doutrina estrangeira. Todavia, mais do que o usual, a necessidade – e a importância - de informações externas se deve, para além do mencionado multi-reconhecimento do princípio, ao fato de que são poucas as referências nacionais para o tratamento específico do problema, não tendo sido possível encontrar no Brasil um trabalho monográfico que trate, exclusivamente, do mandado de determinação. No Supremo Tribunal Federal, da mesma forma, não há referências sólidas, tendo em vista que não é possível localizar uma jurisprudência desenvolvida especificamente acerca do tema.

Embora seja possível encontrar trabalhos que tratem de um ou outro tipo penal em confronto com o mandado de determinação - além de explicitações do seu conteúdo de sentido em consagrados manuais e em excelentes trabalhos que tratam do princípio da legalidade como um todo - não logramos alcançar, curiosamente, uma monografia nacional que se proponha a estudar uma teoria do que seja, ou do que possa ser, a sua estrutura fundamental, e assim procure investigar, exclusivamente, o seu conteúdo de sentido.

O presente estudo, ao contrário, mesmo que não tenha qualquer pretensão de preencher essa lacuna, não analisa um ou outro tipo penal, ou uma ou outra espécie de tipo, de acordo com a classificação que lhe atribua a doutrina (abertos, fechados, etc.). Embora no decorrer do trabalho se faça referência a tipos penais específicos, a título de concretização do discurso, ou a eventuais classificações que recebam os tipos, a perspectiva do estudo é a de contribuir para uma teoria do mandado de determinação, explicitando seus fundamentos e traçando possíveis critérios operativos. Fins de que, *a partir* de um conteúdo de sentido atribuído ao mandado, se possa aferir – em outro local - a validade de um ou outro tipo penal, independentemente de sua denominação ou classificação doutrinária.

Como se vê, a dificuldade do objeto e as limitações do investigador conduzem a que, necessariamente, trate-se de apenas uma possibilidade de enfrentamento do tema, deixando por isso em aberto uma série de questões conexas e mesmo intrínsecas ao problema da indeterminação que não puderam ou não souberam ser abordadas. Trata-se de uma visão possível do problema, não de sua resolução. Cuida-se de uma hipótese de enfrentamento, não do enfrentamento de todas as hipóteses.

Respeitados esses limites, buscar-se-á compreender a fundamentação do mandado de determinação na contemporaneidade, suas dimensões negativa e positiva, e contribuir para sua possível conformação atual, na tentativa de reduzir o abismo existente entre a posição que ocupa na estrutura normativa brasileira e internacional, e sua efetiva incidência sobre a prática jurisprudencial e legislativa brasileira.

Não se concebe, entretanto, como se verá, possa ser a determinação da lei penal o remédio de todos os males do direito penal, como na concepção ilustrada. Pelo contrário, trata-se a determinação como uma condição necessária, mas não suficiente para assegurar o controle das intervenções penais e o respeito aos direitos fundamentais, a que se devem agregar outros mecanismos de índole formal e material, por certo no estudo não abordados.

Assim concebida, a investigação se desenvolve, num trabalho de dogmática fundado em pesquisa bibliográfica e documental, em cinco capítulos, nos quais se poderão encontrar pressupostos para o enfrentamento do tema e conclusões parciais.

No primeiro capítulo, será tratado do problema da indeterminação da lei em direito penal. Para isso, será indicada a concepção originária da legalidade e o modo como atualmente persistem alguns dos ideais ilustrados referidos ao mandado de determinação. Além disso, é procedida uma distinção do conteúdo da legalidade objeto da investigação, de outros institutos afins, fins de delimitar o espaço de análise. Será possível perceber, ademais, como a dogmática penal apropria o princípio da legalidade, e ainda, de que modo a expansão do direito penal atinge o problema da indeterminação da lei, especialmente. Por fim, define-se a natureza normativa do mandado de determinação.

No segundo capítulo, expõe-se limites a que, na compreensão do investigador, está sujeito o mandado de determinação. São explicitadas *seis limitações* a que está sujeita, se posta em perspectiva com a sua concepção ilustrada, a chamada *lex certa*. Tratam-se dos problemas atinentes ao rompimento do paradigma iluminista; das dificuldades inerentes à linguagem; da distinção entre o momento de elaboração e o de aplicação da lei; da abstração e da multiformidade de fenômenos regulados pelo direito penal; da dificuldade de compatibilizar algumas pretensões do mandado ilustrado de determinação; e do caráter incompleto dos enunciados jurídicos.

No terceiro, são investigados os fundamentos sob os quais se estrutura o mandado de determinação no Estado Democrático de Direito em sua conformação atual. Aqui se trata de procurar compreender quais os fundamentos que persistem na sua base formativa, e de que forma ali se encontram, postos em conformidade com uma concepção contemporânea. A investigação dos fundamentos permitirá apropriar ou não critérios operativos da determinação presentes nas referências externas investigadas nos limites do trabalho.

No quarto, procura-se apreender doutrina desenvolvida no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, especificamente acerca da indeterminação das leis penais. Cuida-se de pesquisar como o problema foi tratado naquele sistema jurídico, tradicionalmente de *common law*, extraindo critérios para o enfrentamento do tema na compreensão do investigador compatíveis com os limites incorporados e com os fundamentos do mandado de determinação no direito brasileiro.

No quinto, direcionamo-nos para as Cortes Americana e Europeia de Direitos Humanos, também na tentativa de obter elementos para operacionalizar o juízo de indeterminação compatíveis com os limites incorporados e com os fundamentos do mandado de determinação no direito brasileiro. Trata-se de saber de que modo estas Cortes, a primeira com jurisdição sobre o Brasil, a segunda com forte influência sobre aquela, tratam do problema da determinação da lei penal, na medida em que as Convenções Interamericana e Europeia positivam o princípio da legalidade.

A despeito de o presente estudo não pretender ser uma *reprodução* do pensamento de um ou outro autor, mas sim uma *produção* do pensamento do investigador, com todas as limitações consequentes, em cada um dos capítulos prevaleceram autores que, na compreensão do pesquisador, eram mais representativos do tópico sob apreciação, sem que as contribuições deles extraídas, todavia, queiram representar a adesão integral às suas respectivas teorias. É possível encontrar, ademais, autores de diferentes escolas, citados em eventuais pontos de consenso conexos ao objeto da pesquisa.

Com isso, espera-se poder sistematizar, no entorno do mandado de determinação, um conjunto de elementos que permitam compreender a sua fundamentalidade para o Estado de Direito contemporâneo, contribuindo para a discussão acerca da conformação do seu conteúdo de sentido atual e de sua normatividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo procurou compreender a conformação do mandado de determinação no Estado Democrático de Direito constituído pela Carta de 1988, em sua conexão com o sistema de proteção aos direitos humanos em que inserido o Brasil. Durante o seu desenvolvimento, a concepção originária da pretensão de *lex certa* restou posta em perspectiva com limites e possibilidades a que submetida a legalidade na dimensão analisada.

Ao concluir a exposição, tomamos a liberdade de não reproduzir aqui as “conclusões parciais” alcançadas a cada capítulo, com mera reiteração do quanto já salientado oportunamente, numa prolixidade redundante. Espera-se ter alcançado uma conformação possível do objeto da investigação, mesmo em sentidos de que não tenha se apercebido o investigador, sejam dos limites negativos, sejam dos limites positivos (ou possibilidades) do mandado de determinação.

A despeito de suas muitas falhas, o presente estudo parece ter podido demonstrar que os fundamentos que estruturam a base do mandado de determinação apresentam matizes redefinidos no Estado contemporâneo, se postos em perspectiva com a sua visão ilustrada. Esta nova feição, todavia, por vezes conduziu a própria reconstituição significativa do mandado, e a renovada importância de que, dadas as características da sociedade contemporânea e dos espaços de inserção de um direito penal expansivo, se efetive este comando constitucional fundamental.

Pareceu importante, como condição de possibilidade para esta formatação contemporânea, desmistificar o caráter absoluto com que a *lex certa* foi originalmente concebida, sem o que não se poderia seriamente alcançar resultados razoáveis no contexto de uma outra epistemologia, e restaria fadado o mandado, a despeito de sua posição proeminente, a um mero conjunto de boas intenções constrangedoramente elencado no rol de direitos fundamentais.

A expansão do direito penal, de um lado, capaz de alcançar, diferentemente do direito penal clássico, o desenvolvimento de condutas não manifestamente delituosas – pelo contrário -, como meras situações de perigo ocorridas durante o desenvolvimento de atividades regulares; e o encantamento dos juristas, de outro - fruto de uma exaltação de um modelo de princípios e de uma estrutura de pensamento concebida para a interpretação constitucional -, com estruturas legais manobráveis discursivamente, produzem um caldo de cultura jurídica em que o dever de definição das hipóteses típicas assume renovada significação.

Diante de tal quadro, pareceu especialmente relevante a percepção de que a lei penal - sobretudo agora em que é mais presente -, para além de ordinariamente ameaçar o direito fundamental a liberdade, poder colocar sob ameaça de intervenção corporal, por força da indeterminação da hipótese típica, o exercício de outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, a liberdade de associação e reunião, o exercício de trabalho ou profissão, e, quando assim, o mandado de determinação atuar como uma zona de proteção adicional ao exercício destes direitos fundamentais.

Essa pretensão de reconstituição significativa, como se pôde explicitar oportunamente, passou por colocar sob a normatividade do mandado de determinação todo o Estado, é dizer, todos os poderes e agentes, ao contrário do que ordinariamente se concebe, com limitação de sua incidência ao legislador, sem mitigar a obrigação que constitucionalmente lhe compete. Para isso, foram importantes as contribuições da perspectiva das Cortes de Direitos Humanos, na medida em que fizeram ver como a prática estatal como um todo pode violar os valores e princípios subjacentes à legalidade, e esta, portanto, enquanto direito humano.

Com isso, parece ter-se podido ultrapassar um modelo que, ao fincar pé na exclusividade do legislador para tudo dizer em direito penal, nega, e por isso não estabelece garantias, que participam inevitável e validamente – se bem que em estritos limites – da conformação de hipóteses típicas administração e jurisdição.

Um modelo dicotômico – legislação de um lado, jurisdição de outro – que reproduz, inadvertidamente, uma pré-compreensão ilustrada, e não incorpora limites inerentes

à linguagem e ao fenômeno de aplicação do direito, produzindo a inusitada situação de, ao preferir manter no legislador exigências circunstancialmente inalcançáveis, deixar a jurisdição livre dos ideais da legalidade em nome da preservação das garantias iluministas.

Com isso, sem deixar de mencionar o constrangimento de termos ultimado investigação sobre a *lex certa* ainda repletos de incertezas, espera-se ter colaborado, mesmo limitadamente, para suscitar o debate que o tema merece, com o que o esforço empreendido terá atingido seu fundamental propósito, o de contribuir para uma teoria do mandado de determinação em sua conformação contemporânea.