

OS PROCESSOS DE DESCRIMINALIZAÇÃO E OS CRITÉRIOS DE VALORAÇÃO DA NORMA JURÍDICA: VALIDADE, EFICÁCIA E JUSTIÇA

*Heráclito Mota Barreto Neto*¹
*Gianluca Sá Mantuano*²

THE DECRIMINALIZATION PROCESSES AND THE VALUATION CRITERIA OF JURIDICAL NORMS: VALIDITY, EFFICACY AND JUSTICE

RESUMO

O presente trabalho parte de uma análise geral acerca dos processos de descriminalização de comportamentos humanos na experiência jurídica brasileira, tecendo conceitos, classificações e formas de manifestação de tais processos, com o objetivo de caracterizá-los como fenômeno jurídico-normativo que apresenta implicações próprias das normas jurídicas e, portanto, passíveis de problematização à luz dos três critérios de valoração da norma: validade, eficácia e justiça. Tais considerações serão empreendidas com fundamento na produção doutrinária da Teoria Geral do Direito que se debruça sobre os tais critérios, para, ao fim, examinar de que forma os processos de descriminalização se correlacionam com as dimensões da validade, da eficácia e da justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Descriminalização; Critérios de valoração da norma jurídica; Validade; Eficácia; Justiça.

ABSTRACT

The present paper starts from a general analysis on the decriminalization processes of human behaviors in brazilian juridical experience, picturing concepts, classifications and manifestation ways for those processes, with the objective of characterize them as legal-normative phenomena, which present implications peculiar to juridical norms and, thus, are susceptible to be problematized in the light of the three valuation criteria of the norms: validity, efficacy and justice. These considerations will be made on the fundament of doctrinaire studies of General Theory of Law about the three criteria, in order to, in the end, examine how the decriminalization processes are correlated to the dimensions of validity, efficacy and justice.

KEYWORDS: Decriminalization; Valuation criteria of juridical norms; Validity; Efficacy; Justice.

1 INTRODUÇÃO

Desde a concepção do Direito Penal no seio da ciência e da práxis jurídicas das sociedades, os processos de criminalização e descriminalização de condutas humanas são parte dos movimentos e conjunturas políticos e sociais que se instalam no âmbito das comunidades, de acordo com inúmeros fatores que entram em jogo quando se trata da proteção de bens jurídicos considerados especialmente caros aos indivíduos do grupo social.

1 Mestrando em Direito das Relações Sociais e Novos Direitos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Assessor Jurídico do Ministério Público Federal.

2 Pós-graduando em Ciências Criminais (*lato sensu*) pela Faculdade Baiana de Direito. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogado criminalista.

O Direito Penal, através da estipulação formal de tipos que proíbem condutas negativamente valoradas, é, milenarmente, tido como a principal instância institucional que se põe a serviço da especial tutela demandada por determinados bens jurídicos da sociedade, em razão do elevado grau de essencialidade que estes bens encerram no bojo de toda a estrutura axiológica comunitária.

Se é verdade, porém, que a estatuição de tipos penais incriminadores vem a cargo da proteção dos bens jurídicos mais importantes, especialmente valorizados pelos membros do grupo, tampouco se pode negar que, por efeito das constantes mudanças culturais que se instalam no âmbito de qualquer sociedade, não raras vezes a tutela mais adequada que se dá a um certo bem jurídico abarcado pelo Direito Penal é, precisamente, o recuo da esfera penalística. Com efeito, a realidade cambiante de todos os povos altera, invariavelmente, a escala e o conteúdo dos valores que orientam o grupo social, de modo que a importância fundamental atribuída a certos bens e direitos pode passar a perder tal *status*, recomendando, em certos casos, que um comportamento antes incriminado deixe de sofrer regulação pelo Direito Penal. Conduz-se-o, então, para as possibilidades de descriminalização.

Descriminalizar, portanto, constitui uma forma de resposta dos órgãos do sistema punitivo, ou mesmo das arenas informais do corpo jurídico-social, à evolução cultural de uma comunidade, preferindo-se abrandar ou abandonar o tratamento penalístico dado a certo fato, diante da incongruência superveniente entre a norma penal, o fato incriminado e o conteúdo valorativo corrente no meio comunitário.

Em fins do século XX e entrada do século XXI, a descriminalização passou a ser tema de importantes debates travados na órbita das Ciências Criminais, notadamente da Criminologia, em função da ascensão de movimentos abolicionistas e minimalistas do Direito Penal, que tendem a questionar a incriminação de condutas como meio mais adequado para promover, em equilíbrio, a proteção de bens jurídicos e os direitos relacionados à liberdade individual.

Nesta linha, o trabalho, num primeiro momento, pretende apresentar, embora sem intenção exauriente, os principais conceitos e classificações associados à descriminalização, trazendo um quadro geral sobre o desenvolvimento doutrinário, as formas de manifestação e as espécies do fenômeno.

Importa reconhecer, neste contexto, que os processos de descriminalização são parte da experiência jurídica de um povo, ou seja, são a concretização, no universo do Direito, das aspirações, das vivências, dos ideais, da realidade fática que caracteriza a comunidade. Sendo

assim, as posturas descriminalizantes implicam a assunção de certas consequências jurídicas, que podem ser expressas, no plano normativo, através dos três critérios de valoração da norma jurídica, tratados por Norberto Bobbio em sua obra *Teoria da Norma Jurídica* (2001). São eles a validade, a eficácia e a justiça. A partir destes três critérios, é possível analisar de que forma os processos de descriminalização realizam a experiência jurídica da sociedade receptora, para que se possa conhecer os efeitos da proposta descriminalizadora e avaliar sua consonância com o substrato jurídico-axiológico social.

Por isso, o trabalho também se debruça sobre o estudo da validade, da eficácia e da justiça da norma jurídica – igualmente, sem pretender esgotar o tratamento doutrinário que é dispensado ao tema, o que parece ser dificilmente concretizável –, com o objetivo de confrontar o fenômeno da descriminalização com os planos de manifestação da norma dentro dos sistemas jurídico e social.

A análise da descriminalização à luz dos critérios de valoração da norma jurídica pode conferir ferramentas concretas de avaliação acerca da compatibilidade e adequação da norma descriminalizadora relativamente ao ordenamento positivo, aos fins ideais visados pela sociedade e à realidade palpável vivenciada pelos indivíduos.

Sem pretender, por óbvio, esgotar a matéria, é a que se dedicam as próximas linhas.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PROCESSOS DE DESCRIMINALIZAÇÃO

O tratamento penalístico que se confere a uma determinada conduta humana deriva de uma série de critérios valorativos levados em consideração pelo grupo social, tendo como base os fatores culturais que conformam e caracterizam aquele povo, dentro de um contexto espaço-temporal próprio, fruto de uma constante sedimentação de influências políticas, sociológicas, históricas e axiológicas. Da mesma forma, as tendências descriminalizatórias seguem este caminho estrutural, representando a evolução cultural de uma sociedade quanto aos critérios de imposição de sanções penais e de restrição das liberdades individuais.

Importante fundamento legitimador do movimento de criminalização, que variou conforme o contexto histórico-cultural, é o que E. Raúl Zaffaroni conceitua como “*Inimigo*” (ZAFFARONI, 2013). Afirma o autor que os discursos penais legitimadores, nos diversos momentos históricos, nunca prescindiram de um *Inimigo* que serviu e serve como pano de fundo para a construção de um corpo jurídico voltado à preservação dos valores tidos como mais importantes.

Os *Inimigos*, assim, nunca teriam uma voz própria dentro do discurso incriminador, apresentando sempre esta alcunha dada pelo poder legitimado vigente em determinado momento e segundo interesses estipulados; “não se declaram a si mesmos, mas antes são declarados pelo poder” (ZAFFARONI, 2013, p. 23). Portanto, se em determinado momento histórico o *Inimigo* era identificado como o “*herege*”, “*traidor da pátria*”, hoje resta identificado como “*criminoso*”, ou mesmo “*perigoso*”, sem necessariamente ter sido condenado por um órgão investido de jurisdição.

Portanto, os valores tidos como juridicamente relevantes para o Direito Penal variam inclusive em decorrência da identificação do *Inimigo* por parte do discurso legitimador, *Inimigo* este que constitui o alvo a ser combatido pelo sistema de persecução criminal.

Os fenômenos de criminalização e descriminalização podem, pois, ser compreendidos como *processos*, eis que fazem parte de uma alteração constante e gradual do panorama repressivo (CARVALHO, 2013a, p. 192). Citando Mireille Delmas-Marty, Salo de Carvalho (2013a, p. 192) aponta que criminalizar e descriminalizar são, ao mesmo tempo, movimento e definição, causa e consequência da política criminal.

As abordagens propedêuticas no campo das ciências penais ensinam que a incriminação de condutas deriva da necessidade de tutela, em nível extremo, dos bens e direitos, individuais e coletivos, valorados como de importância maior para a subsistência da harmonia e paz sociais num dado contexto (PRADO, 2011, p. 18).

“A realidade é, contudo, mais rica e cambiante do que a lei” (BATISTA, 1975, p. 38), determinando a constante alteração do arcabouço axiológico dos grupos sociais, de maneira que um bem jurídico antes tido como de expressiva relevância para os sujeitos daquele grupo passa a perder lugar entre os bens essenciais, deixando de justificar a proteção penalística que o revestia. Com efeito, afirma Ivette Ferreira (1973, p. 196) que certos comportamentos incriminados tornam-se incompatíveis com os novos estágios da civilização ou com a mudança de hábitos e usos das comunidades em determinada época, o que requer o abrandamento da intervenção penal que pesa sobre eles.

Igualmente, a evolução científica e dogmática do Direito Penal, bem como dos estudos em torno da criminologia³, direcionam a doutrina e a técnica criminalísticas a novos paradigmas que colocam em xeque a imposição de penas, principalmente as privativas de

3 Destaque-se, neste processo, o papel doutrinário exercido pelas correntes da Criminologia Crítica, as quais, segundo Salo de Carvalho, deixaram como legado os movimentos de política criminal alternativa, portadores do discurso da descriminalização e da recodificação e que se apresentam identificados nas tendências do abolicionismo e do minimalismo penal. (CARVALHO, 2013, p. 189).

liberdade, podendo recorrer a ferramentas alternativas de punição, tais como as sanções civis e administrativas, consideradas mais adequadas, suficientes e eficazes em alguns casos, notadamente naqueles em que a gravidade do ilícito não é significativa.

Crítérios de política criminal e penitenciária, da mesma forma, têm contribuído para a inibição da criminalização. A dificuldade administrativa e o peso orçamentário das instituições que sustentam o sistema punitivo, as chamadas agências punitivas, tornaram-se problemas atuais e prementes, que demandaram do Estado uma mudança de atitude com relação aos procedimentos de persecução criminal e execução das penas. Era [e continua sendo] necessário repensar o sistema para desafogar as vias policiais, judiciais e carcerárias, em ordem a encontrar soluções mais simples, céleres e baratas aos conflitos penais e evitar o colapso de todo o aparato persecutório⁴. Ana Flávia Jordão Ramos (2010, p. 1023) destaca este panorama político-criminológico, acentuando que a descriminalização foi a saída encontrada para contornar os problemas mais sensíveis das agências repressivas, a exemplo de seu alto custo social e econômico, optando-se por racionalizar as normas, o processo de persecução e a execução das penas.

A matéria aqui tratada ganha contorno ainda mais importante dentro do momento histórico que se iniciou nas duas últimas décadas do século passado, numa sincronia, diga-se de passagem, à primeira vista, incongruente. Pois, no Brasil, ocorreu, a partir do que se resolveu chamar de redemocratização – movimento este que culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988 –, um aumento exponencial da produção legislativa em matéria penal.

A incongruência deve-se ao fato de que, até então, no cenário nacional, mesmo durante mais de vinte anos de um regime político ditatorial, não se tinha visto uma produção de tantos tipos penais com sede em leis extravagantes. Assim, a incoerência reside no fato de que enquanto, em quase todos os ramos do conhecimento socialmente aplicáveis, mesmo em se tratando das Ciências Jurídicas, restava clara uma forte tendência a acompanhar o movimento em prol da democratização em todos os seus aspectos, entretanto, dentro das

4 Nilo Batista, já em meados da década de 1970, observou a desnecessária e inadequada hipertrofia do sistema processual-penal brasileiro, apontando o inchaço dos órgãos repressores e o alto preço dispendido em processos irrelevantes. Aduzia: “A situação no Brasil é hoje de perplexidade. Por avançar um sinal, dirigindo seu veículo, qualquer cidadão será sumariamente multado pelo guarda de trânsito, em importância considerável, que pode alcançar meio salário mínimo; pela contravenção de direção perigosa, que consiste em dirigir veículo pondo em perigo a segurança alheia (art. 34 da LCP), será mobilizada uma delegacia de polícia (delegado, escrivão, agentes), ouvidas testemunhas, formalizado um procedimento, acionado um tribunal (juiz, promotor, advogado, escrivão, oficial de justiça), com audiências e prazos, para a final ser o cidadão condenado à multa de Cr\$ 2,00.” (BATISTA, 1975, p. 38).

Ciências Penais, o tom era de recrudescimento⁵.

Com isto, pode-se notar que a Constituição, ao elevar novos direitos à categoria de “constitucionais”, dentro do próprio texto constitucional, devido a uma tentativa quase enciclopédica de abarcar direitos individuais e sociais, forçou o legislador infraconstitucional a produzir leis que, ao menos aparentemente, efetivassem tais garantias através da tutela penal, imaginando com isso dar maior proteção às funções estatais concebidas na nova ordem política recém inaugurada.

Aliado a isso, com o desenvolvimento tecnológico associado à crise do Estado Social (*Welfare State*) os riscos impõem um modelo de antecipação dos possíveis danos, criando vias de medidas preventivas, dada a insegurança institucionalizada (CARVALHO, 2013b, p. 184).

Sob esta égide a sociedade de risco fundada no medo deve buscar proteção contra todos os tipos de lesão, independentemente da real necessidade de proteção de qualquer que seja o bem jurídico ou o conflito que pretenda abarcar com a tutela penal (CARVALHO, 2013b, p. 185).

Tal fenômeno terminou por gerar uma crise de valores no que tange às garantias individuais de proteção do cidadão, quando, na verdade, o que se pensou, inicialmente, foi a ampliação dos direitos e garantias inovados pela Constituição de 1988.

Ao positivar os direitos transindividuais, a Constituição Federal determinou que a efetivação fosse realizada, em última instância, por meio da sanção penal. Contudo, ainda assim, os quadros de seletividade operados pela criminalização mostram-se inalterados no que se refere à função real de controle, tornando simbólica a tutela dos novos interesses sociais (CARVALHO, 2013b, p.186).

Conforme apontado por Salo de Carvalho, a formação do que ele resolveu chamar de *Constituição Penal dirigente*, buscou a formação de um núcleo *constitucional-penal programático*, que apesar de utilizar a retórica da construção/solidificação do Estado

⁵ Exemplos disso não faltam, pelo contrário, sobejam: Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, tipifica os crimes de preconceito de raça ou de cor; Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, tipifica a discriminação de Deficiente Físico; Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, Lei que regula a Prisão Temporária, diploma normativo que encontra grave irregularidade de origem, pois fora inicialmente editada por força de Medida Provisória; Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que define os crimes eleitorais; Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente; Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, Lei de Crimes Hediondos, que agravou sobremaneira a reprimenda e a execução penal dos comportamentos ilícitos por ela abrangidos; Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, no tocante aos crimes contra as relações de consumo; Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, estabelecendo os crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e, novamente, contra as Relações de Consumo; Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991, que estatui mais crimes contra a ordem econômica com ênfase na produção e comercialização de combustíveis e derivados; Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que torna Contravenção Penal o descumprimento de Normas de Segurança e Higiene do Trabalho; somente para citar alguns.

Democrático de Direito, na verdade, trabalha no sentido de estabelecer o *Estado Penal* como alternativa ao inexistente *Estado Social* (CARVALHO, 2013b, p. 187).

Assim, ainda citando o referido autor, “a Constituição de 1988, para além de reproduzir os tradicionais princípios de direito penal e processual penal, (a) aderiu ao projeto expansionista no que tange à tutela de direitos sociais e transindividuais”, a exemplo das já citadas leis penais editadas com esse fim, “e (b) recepcionou políticas de recrudescimento penal operados por movimentos autoritários, notadamente os denominados Movimentos de Lei e de Ordem” (CARVALHO, 2013b, p.187), a exemplo da Lei dos Crimes Hediondos.

Diante desse quadro, o legislador derivado, fazendo uso do medo que se generalizou no bojo da atual sociedade de risco, diante da falência do sistema de segurança pública, além do já proliferado discurso punitivista dentro das esferas jurídicas e do cenário político, excedeu os já expandidos parâmetros estabelecidos pelo constituinte originário. O que termina por demonstrar a ineficácia da tutela penal dos direitos previstos na Lei Maior, tornando-a um potente instrumento de validação da violência estatal em detrimento das garantias individuais.

Dessa forma, a descriminalização, além de representar uma estratégia política de diminuição do sobrepeso que acomete o sistema punitivo, surge como instrumento de resposta às mudanças da realidade social e do avanço científico na órbita penalística, procurando tornar consentânea a norma penal com os novos parâmetros valorativos do grupo destinatário, de modo que se possa encontrar o equilíbrio entre a tutela dos interesses da comunidade e a garantia das liberdades individuais.

Seguindo esta esteira, a doutrina especializada formula conceitos para o fenômeno da descriminalização, atentando para o traço comum que ressalta o recuo dos mecanismos penais de intervenção em certas condutas. Raúl Cervini afirma que descriminalização é a retirada formal ou de fato do plano penal de condutas que já não são consideradas como graves o bastante para serem criminalizadas (CERVINI, 2002, p. 72). Note-se que tal conceituação leva em conta, como móvel justificante dos processos de descriminalização, a redução da gravidade do ilícito antes incriminado.

Salo de Carvalho também formula definição própria, entendendo a descriminalização como

os processos formais e informais pelos quais os autores de condutas criminalizáveis não sofrem efeitos reativos, institucionais ou sociais (etiquetamento ou estigmatização), derivados da ausência de postulados formais (legalidade, iniciativa da ação e sentença condenatória) ou de interesse (da vítima, do corpo social ou das instituições) para sua concreção. (CARVALHO, 2013a, p. 147)

Nilo Batista (1975, p. 34) cita conceito cunhado por Louk Hulsman, segundo o qual a descriminalização é “o ato e a atividade pelos quais um comportamento, em relação ao qual o sistema punitivo tem competência para aplicar sanções, é colocado fora da competência desse sistema”.

Depreende-se, pois, que a descriminalização é o processo por meio do qual uma conduta antes incriminada pelo sistema jurídico deixa de sê-lo, quer por ato do legislador, quer em decorrência de decisão judicial, quer pela inação das instituições persecutórias ou do próprio povo, que, não considerando relevante a repressão penal de dado comportamento, prefere não levar ao conhecimento dos órgãos de poder notícias de cometimento de ilícitos criminais. A descriminalização, assim, retira da órbita do Direito Penal ações antes criminalizadas, em razão da emergência de valores sociais que não mais se compatibilizam com a repressão e o tratamento criminais daquela mesma ação.

Os conceitos referidos em torno da descriminalização permitem distinguir diferentes espécies do fenômeno.

A descriminalização pode ser levada a efeito pelas autoridades públicas das três esferas de Poder, Executivo, Legislativo e Judiciário. Embora sejam mais conhecidos os processos de descriminalização promovidos pelo Legislativo, assiste-se, atualmente, a uma grande atuação do Poder Judiciário na descriminalização de tipos penais, em sede de controle de constitucionalidade.

A descriminalização praticada pelo legislador dá-se, como se pode intuir, através da promulgação de leis novas que derroguem, ab-roguem ou revoguem a lei incriminadora. Ou seja, descriminaliza-se através do processo formal legiferante, com a inserção de nova lei, total ou parcialmente incompatível com a norma incriminadora ou, de outra forma, com a aprovação de uma lei cuja função seja tão somente revogar os efeitos daquela.

Neste sentido, a descriminalização legislativa pode ser total ou parcial, conforme implique em abrogação da lei ou simplesmente em derrogação de alguns de seus efeitos regulatórios.

Refere-se à descriminalização legislativa total ou em sentido estrito (CERVINI, 2002, p. 82-83) quando a norma descriminalizadora extingue completamente os efeitos do tipo, o que se designa, no Direito Penal, por *abolitio criminis*. Ana Flávia Jordão Ramos (2010, p. 1024) destaca que, nesses casos, não só o tipo penal é descriminalizado, como o fato em si deixa de ter relevância para o sistema jurídico, pois a conduta alvo de descriminalização não mais representa uma afronta aos valores sociais tidos por mais importantes; torna-se, pois,

um indiferente jurídico. Com o mesmo foco, Cervini (2002, p. 82-83) afirma que tal hipótese de descriminalização “responde a uma valoração diferente dos Direitos Humanos, que leva o Estado a abster-se de intervir, deixando em muitos casos a resolução desse fato em si mesmo indesejável às pessoas diretamente interessadas (autocomposição)”.

Diz-se da descriminalização legislativa parcial ou substitutiva quando a norma incriminadora sai do âmbito penal, passando a caracterizar um ato ilícito em outra esfera do direito, a exemplo do civil e do administrativo (RAMOS, 2010, p. 1024). Conserva-se a ilicitude da conduta, mas já não como um crime. Ao contrário do que orienta a descriminalização total, na parcial o fato objeto de tutela não é indiferente à sociedade; ainda representa uma espécie de vulneração de bens jurídicos considerados relevantes, muito embora se passe a entender que a resposta penal não satisfaz, deslocando-se seu âmbito de incidência do Direito Penal para outra esfera cuja sanção será menos rigorosa e custosa.

A este propósito, Ana Flávia Ramos (2010, p. 1024) menciona que a descriminalização substitutiva é a melhor solução para os casos em que o legislador está convencido de que os custos da criminalização são superiores aos benefícios, entendendo que os instrumentos penais que regulam a conduta não são adequados ao enfrentamento da questão.

Quando se refere à descriminalização judicial, de outro turno, está-se diante da possibilidade de decretação, pelos magistrados singulares ou tribunais, da invalidade ou inaplicabilidade de uma norma penal em razão de sua incompatibilidade vertical com a constituição (RAMOS, 2010, p. 1024), seja à luz de um caso concreto levado ao Judiciário, seja em sede de exame de constitucionalidade abstrato e concentrado.

Nesta espécie de descriminalização, o Judiciário realiza esforço interpretativo sobre a lei incriminadora *sub judice*, entendendo que esta não se coaduna com o conteúdo normativo-principiológico que emana da constituição; determina, por isso, a extinção do crime, num caso particular ou para toda a comunidade jurídica, hipótese em que se operam efeitos *erga omnes*. Há, também nestes casos, uma análise a respeito da adequabilidade da reprimenda penal em face dos valores que informam a configuração atual da sociedade, tendo como parâmetro normativo de fundo os princípios constitucionais.

Convém transcrever, por clara e elucidativa, a formulação de Salo de Carvalho acerca da descriminalização judicial⁶:

⁶ Embora o autor faça menção apenas à possibilidade de descriminalização em sede de controle difuso, entende-se que igual possibilidade alcança o procedimento de controle abstrato e concentrado.

Não obstante, em face das conquistas do constitucionalismo no século passado, a partir da ideia de filtragem constitucional é possível que o julgador deixe de aplicar determinada lei penal em decorrência da contradição com o texto da Constituição. Nesse caso, o juiz, utilizando-se das possibilidades de controle difuso pode operar descriminalizações sob o argumento da não conformidade da lei com os valores, princípios e normas constitucionais, desde que observados os procedimentos previstos em lei e na Constituição [...] (CARVALHO, 2013a, p. 213).

A citação de Carvalho traz relevante contribuição acerca do fenômeno de descriminalização judicial, ao registrar que tais processos são reflexo da afirmação dos movimentos do [neo]constitucionalismo em nosso ordenamento normativo e jurisprudencial, em virtude dos quais se exige uma postura do intérprete e aplicador do Direito no sentido de conformar ao máximo as decisões e textos jurídicos ao conteúdo constitucional. Precisamente em razão do paradigma da supremacia formal, material e axiológica das normas constitucionais, demanda-se dos magistrados a função de interpretar e fazer valer as leis, especialmente as penais, de acordo com a constituição.

Assim, a manifestação, por parte dos órgãos judiciários, de invalidade ou inaplicabilidade de uma lei penal que afronta a Norma Maior é resultado da consolidação do constitucionalismo, sedimentado em leis disciplinadoras do controle judicial, e em defesa, principalmente, dos direitos e garantias fundamentais dispostos na constituição e dos ideais de igualdade e dignidade vazados em seu texto. A propósito do papel dos juízes na concretização dos programas constitucionais pertinentes ao sistema punitivo e às possibilidades de descriminalização de condutas, Carvalho (2013a, p. 204), apropriadamente, ressalta:

O novo projeto perspectivado na Constituição de 1988 redefine o papel do jurista (crítico), direcionando sua atuação no sentido de explorar ao máximo as falhas do sistema (incompletudes, ambiguidades e vagueza) para minimizar o impacto das agências de punitividade. A principal e mais virtuosa estratégia é, inegavelmente, a do controle de constitucionalidade difuso através da filtragem das leis penais e processuais penais ordinárias, operando, no caso concreto, descriminalização judicial (ou por ato interpretativo).

Logo, os processos de descriminalização judicial representam posicionamento ativo do corpo judiciário na promoção e defesa das normas constitucionais e, notadamente, dos direitos e garantias dos indivíduos que respondem ou venham a responder pelo cometimento de crimes.

Já quando se trata da descriminalização promovida pelo Poder Executivo, o que se exclui não é a previsão abstrata do tipo penal ou a adequação típica da lei a um caso concreto,

mas as consequências jurídicas do crime. Se, conforme se verificou acima, a descriminalização abrange a ausência de efeitos reativos derivados na conduta criminosa (CARVALHO, 2013a) e a extinção da competência dos órgãos punitivos para aplicar sanções penais (*Apud* BATISTA, 1975, p. 34), descortina-se a possibilidade de o Executivo descriminalizar condutas, através da concessão de graça ou indulto.

Com efeito, a graça e o indulto são atos privativos do Presidente da República, formalizados por meio de decretos, que impedem, nos casos previstos pela legislação, a imposição de penas aos condenados por cometimento de crimes, tendo o condão de afastar os efeitos penais da infração (os efeitos civis permanecem) ou minorar as condições da execução (PRADO, 2013, p. 820).

Desta forma, os sujeitos beneficiados com a graça ou o indulto, apesar de terem incorrido na norma incriminadora e já terem sido condenados por sentença transitada em julgado, não sofrerão as consequências jurídico-penais de suas ações, ou, de outra forma, terão a pena amenizada, o que significa, em outras palavras, que o sistema punitivo terá eficácia diminuída ou neutralizada quanto a tais indivíduos. Retira-se, assim, a possibilidade de aplicação da sanção penal, ou se lhe reduz a gravidade. Logo, trata-se de uma espécie de descriminalização que extirpa ou abranda o crime não em seu nascedouro, mas quando da execução da pena.

Cuida-se, na espécie, de decisão descriminalizatória baseada, essencialmente, em critérios político-ideológicos levados em consideração pelo Presidente da República, que, simplesmente, perdoa o crime.

Embora haja episódios de concessão de graça e indulto na história política do Brasil, deve-se reconhecer que esta previsão não é expressivamente responsável pela descriminalização de condutas no país, sendo muito mais frequentes os casos de descriminalização judicial e legislativa.

Os tipos de descriminalização até aqui apontados são efeito da atuação dos órgãos de poder, no uso de suas atribuições legais e constitucionais. São, portanto, expressões formais do discurso penal e criminológico, razão pela qual diz-se tratar de descriminalização própria (CARVALHO, 2013a, p. 227). Sem embargo, há também que se referir ao fenômeno da descriminalização imprópria, que decorre da ação (ou inação) informal das instituições persecutórias ou da inércia da população em levar ao conhecimento das autoridades competentes o cometimento de infrações penais (BATISTA, 1975). Quando é assim, vê-se que a descriminalização é resultado de processos informais (por vezes ilegais) desencadeados

pelos cidadãos ou pelos órgãos do Estado, sem que suas ações encontrem previsão na ordem jurídica, desenrolando-se à margem da lei, não obstante tenham a mesma força prática das demais espécies de descriminalização, qual seja, a eliminação da aplicação efetiva da pena (CERVINI, 2002, p. 82-83).

Tratando sobre o assunto, Nilo Batista (1975, p. 36) dispõe:

Devemos ainda referir-nos a duas formas impróprias de descriminalização. A primeira é aquela exercida pelo cidadão que conhece um delito e seu autor, e não o delata à autoridade policial. É essa uma atitude mais frequente do que se possa imaginar, ainda fora da hipótese em que o cidadão assim proceda por temor de uma represália. A segunda, bastante mais relevante, é aquela exercida pela própria polícia, que constantemente procura compor situações onde, a rigor e formalmente, teríamos um delito [...].

A primeira hipótese de descriminalização imprópria é designada pela doutrina especializada de descriminalização de fato (CARVALHO, 2013a; CERVINI, 2002). Nestes casos, cuida-se de uma opção tomada pelos indivíduos do grupo social no sentido de não buscar a repressão estatal do crime conhecido. Luiz Flávio Gomes (1995, p. 92) afirma que, no particular, cuida-se de falta de aplicação da lei penal, ou porque a própria consciência popular não repugna a conduta, ou porque as próprias vítimas não se interessam pelo uso do Sistema Penal.

Razões das mais diversas podem ser elencadas como determinantes da ocorrência de descriminalização de fato: sobrecarga do sistema penal ou dos critérios da polícia; desconhecimento do caráter ilícito da conduta a ser descriminalizada pelo público alvo; falta de interesse dos ofendidos em buscar soluções penais, recorrendo à composição alternativa do conflito (CERVINI, 2002, p. 74). A estes, poder-se-iam somar a falta de credibilidade, por parte do povo, no regular funcionamento e eficácia do sistema punitivo para a resolução do problema criminal; a postura absenteísta de alguns cidadãos, que preferem não se envolver em assuntos que tocam à criminalidade; e, como ilustrado por Nilo Batista na citação acima transcrita, o medo de eventual represália.

Importante ressaltar que a descriminalização de fato, em que pese não tenha suporte jurídico-normativo e se estabeleça na informalidade, não necessariamente representa comportamento ilícito praticado pelos indivíduos que deixam de comunicar o crime, porquanto a revelação do evento criminoso não é uma imposição legal exigida dos cidadãos em geral. Na outra via, as autoridades públicas componentes do sistema punitivo que tomam conhecimento do crime, mas deixam de proceder conforme à lei no propósito de apurá-lo, processar seus autores e, ao fim, puni-los, podem, mais facilmente, incorrer em faltas

administrativo-funcionais ou mesmo em condutas delitivas, conforme o caso, eis que a adoção de tais procedimentos, no mais das vezes, é uma obrigatoriedade imposta por lei aos agentes públicos incumbidos da persecução criminal.

Mesmo assim, a ocorrência de descriminalização imprópria é uma realidade significativamente frequente nas arenas da estrutura punitiva estatal, representando o que a doutrina denomina cifra oculta (negra, obscura) da criminalidade, é dizer, os episódios criminosos que não chegam a fazer parte da estatística oficial – porque não registrados –, mas que compõem o quadro da criminalidade real, aquela que se verifica de fato (CARVALHO, 2013a, p. 227).

Deste modo, o conceito de cifra oculta pode ser dado como sendo o conjunto de eventos, etiquetados como criminosos, que, a princípio, seriam passíveis de punição por parte das agências repressoras, mas que permanecem invisíveis ao controle formal da criminalidade (ALBRECHT, 2010, p. 238).

A importância da identificação de cifras ocultas reside na tentativa de determinação da criminalidade real, além da descoberta de possíveis formas de enfrentamento das condições fáticas que levam à diferença entre criminalidade real e criminalidade registrada. Diferença esta que corresponde, justamente, ao que se tem chamado de cifra oculta (negra, obscura).

Porém, a Criminologia Crítica tem revelado outras funções importantes para a sociedade e o Sistema Penal, relacionadas ao conceito de cifra oculta. São elas: redução do controle formal; encobrimento de situações sociais conflituosas; evitar excesso de lesões à norma; e impedimento de exaustão de punições (ALBRECHT, 2010).

A primeira destas funções busca justamente um arrefecimento do controle formal por parte das agências punitivas, numa tentativa de conceder a oportunidade para a ocorrência da autocomposição dos conflitos, subdividindo-se em três aspectos que se complementam: evitar uma tentativa de controle total que vise o engessamento das relações sociais, dado que o desconhecimento de boa parte das rupturas e violações das normas em uma sociedade tem aspectos muito positivos, que almejam, em última análise, evitar o litígio jurisdicionado; com isso, oferecer uma chance para a regulação informal do conflito sem o chamamento dos órgãos estatais de controle, terminando por não trazer todo o aparato e gastos que a cada dia tornam-se mais custosos e, conseqüentemente, escassos; dando uma oportunidade aos envolvidos para atingirem a autorregulação, sem abarcar maiores desgastes; evitando, assim, o perigo de efeitos contraproducentes em caso de rigorosa vigilância, pois o direito estatal produz uma série de efeitos nocivos aos envolvidos na sua atuação – a exemplo da

estigmatização social –, que, conforme a prática tem revelado, podem representar uma ameaça para a consolidação da paz social.

A segunda função (encobrimento de situações sociais conflituosas) é, notadamente, a mais controversa, uma vez que serve em essência como uma ferramenta de manutenção da ordem social vigente em determinado momento histórico e, por conseguinte, de todo o *status quo* que esta traz consigo. Ou seja, “oculta da consciência pública a questionabilidade e a necessidade de mudança das condições sociais” (ALBRECHT, 2010, p. 248). Exemplo corriqueiro disso são os chamados “crimes de colarinho branco”.

Das funções apresentadas, a que mais guarda pertinência temática com os critérios de valoração da norma jurídica é a potencialidade de evitar um elevado número de registros de infrações a uma determinada norma, o que terminaria por exigir uma resposta formal para todas as lesões ao tecido normativo. Isso se deve ao fato de que, sempre que um registro oficial de crime é feito, impõe-se das agências punitivas que recorram às ferramentas formais de persecução, acionando todo o sistema repressor, que se compõe, entre outros, por policiais, juízes e servidores da Justiça, membros do Ministério Público, agentes penitenciários, etc.

Ocorre que um dado sistema jurídico tem uma capacidade limitada no que tange ao oferecimento de uma resposta/sanção. Em outras palavras, caso todo desvio de normas jurídico-penais fosse perseguido pelos órgãos responsáveis pela persecução criminal, o sistema penal restaria arruinado, tendo, com isso, comprometida a validade e a eficácia de suas normas por conta da exigência de demanda insuperável. Logo, afigura-se, diante de tal função, que o conhecimento e encaminhamento oficiais de todas as condutas delitivas, em um corpo de normas sociais, pode reverter-se, ao cabo, para invalidar a sua aplicação.

A quarta e última função relacionada à cifra oculta pode ser entendida como uma decorrência lógica da necessidade de evitar o registro de um elevado número de infrações. Todavia, com ela não se confunde por conta do momento que cuida apreciar. É que, como dito acima, para o Sistema Penal, a cifra oculta tem também a função de impedimento de exaustão de punição. É de verificar que, uma vez cooptado um dado número de jurisdicionados, no seu aparato persecutor, o Estado não estaria à altura da condenação desse montante em sua totalidade, tendo em vista o risco de que os mecanismos persecutórios restassem completamente incapacitados. Isso porque, se um determinado castigo torna-se excessivamente abrangente dentro de uma comunidade, a exaustão dessa punição será condição inexorável. “Se a norma não é mais sancionada ou é raramente sancionada, então perde seus dentes, se precisa morder sem interrupção, os dentes se tornam rombudos”

(ALBRECHT, 2013, p. 249).

Tal circunstância dá mostras de que a (des)criminalização faz-se sentir não só nos meios formais de produção e regulamentação do Direito, como também, e expressivamente, nos microcosmos menos perceptíveis, onde as relações de poder e coerção travam-se ao arrepio da ordem estatal oficial.

A partir das considerações panorâmicas aqui traçadas em torno dos processos descriminalizatórios, pôde-se verificar que se trata de fenômeno jurídico que regula e, ao mesmo tempo, interfere no comportamento social dos indivíduos. Por isso, é de se ressaltar a dimensão jurídico-normativa que o caracteriza, consubstanciado que está em regras de conduta, positivadas ou não, que se fazem valer por meio da coerção (KELSEN, 1998). Uma vez admitida a feição jurídico-normativa da descriminalização, pode-se-lhe aplicar critérios de valoração e problematização próprios das normas jurídicas, com o objetivo de examinar se e em que medida o fenômeno se manifesta na vivência jurídica do ambiente social receptor de sua disciplina. É o que se verá adiante.

3 OS CRITÉRIOS DE VALORAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

Em conhecida obra acerca da Teoria Geral do Direito e da Teoria da Norma Jurídica, Norberto Bobbio (2001) sustenta que toda norma pode ser submetida a três critérios de valoração, os quais expõem três distintos e independentes níveis de problemas da ordem sociojurídica, relacionados à melhor organização dos homens em sociedade (BOBBIO, 2001, p. 54). Neste sentir, os tais critérios de valoração são parâmetros para a aferição dos papéis desempenhados pelas normas jurídicas, em sua função reguladora e pacificadora das relações sociais, atentando para o grau de aceitação, respeitabilidade e incorporação do conteúdo da norma pela sociedade à qual se volta, e tendo em vista, ainda, os fins e ideais mirados pela mesma sociedade. A este propósito, Bobbio (2001, p. 53) sintetiza:

Quem desejar compreender a experiência jurídica nos seus vários aspectos deverá considerar que ela é a parte da experiência humana cujos elementos constitutivos são: ideais de justiça a realizar, instituições normativas para realizá-los, ações e reações dos homens frente àqueles ideais e a estas instituições.

Trata-se dos problemas da justiça, validade e eficácia das normas. Bobbio (2001, p. 52-53) faz questão de mencionar que esta tripartição dos níveis de valoração das normas é contemporaneamente aceita pela doutrina e filosofia do direito como expressão da experiência

jurídica global. Para validar seu argumento, cita as elaborações do jurista mexicano Eduardo Garcia Maynez⁷, do professor australiano Julius Stone⁸ e do jusnaturalista austríaco Alfred von Verdross⁹.

Como referido acima, tais critérios refletem a experiência jurídica do homem e põem em relevo a legitimidade procurada pelo Direito para funcionar como instância de conformação de condutas e, num plano macro, de garantia da harmonia comunitária. Por este motivo, é importante realizar o estudo dos processos de descriminalização à luz dos critérios de valoração jurídico-normativos, de modo a compreender se e de que forma a descriminalização de condutas responde à organização jurídica do corpo social.

O primeiro dos critérios listados por Bobbio é o da justiça. Com ele, cuida-se da “correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico.” (BOBBIO, 2001, p. 46). Assim, a justiça está relacionada aos fins pretendidos pela sociedade e à aptidão da norma para realizar os valores sociais alçados como ideais. Neste particular, tem-se que a justiça representa a interface entre o ser e o dever ser; a justiça é aquilo que *deve ser* concretizado no plano dos fatos pelas instituições jurídicas. Por isso, diz-se que o problema da justiça é deontológico, pois compreende um juízo acerca do ideal, em contraposição ao real (BOBBIO, 2001, p. 46).

Muitas vertentes doutrinárias há que sustentam que o ordenamento jurídico deve buscar legitimidade nos ideais do justo. Assim, a produção jurídica apenas será entendida como expressão dos valores comunitários se procurar realizar os critérios da justiça. Dessa forma, o “direito injusto” não será recepcionado pelo corpo social como objetivo a ser perseguido e seus efeitos tenderão a merecer rechaço por parte do público. Portanto, o direito que não se associa aos valores do justo não encontrará correspondência no meio social,

7 Sobre o escólio de Maynez, Bobbio (2001, p. 52) afirma que “por ‘direito’ se compreende geralmente três coisas: o direito formalmente válido, o direito intrinsecamente válido, o direito positivo ou eficaz. Com a primeira expressão entende aquelas regras de conduta que ‘a autoridade política considera como vinculantes em um determinado território e em uma determinada época’; com a segunda, pretende indicar o direito justo, isto é, as regulamentações das relações de coexistência entre os homens que mais correspondem ao ideal de justiça; com a terceira, indica aquelas regras de conduta que ‘determinam efetivamente a vida de uma sociedade em determinado momento histórico’.”

8 Abordando a perspectiva de Stone, diz Bobbio (2001, p. 53): “o estudo do direito, para ser completo, resulta destas três partes; 1) jurisprudência analítica, que é aquela que chamaremos de teoria geral do direito, ou seja, o estudo do direito do ponto de vista formal; 2) jurisprudência crítica ou ética, que compreende o estudo dos vários ideais de justiça e, portanto, do direito ideal nas suas relações com o direito real, e coincide com a parte da filosofia do direito que chamamos de teoria da justiça; 3) jurisprudência sociológica, que estuda [...], não mais o direito nos livros (*law in books*), porém o direito em ação (*law in action*), e corresponde à sociologia jurídica enquanto estudo do direito vivente na sociedade.”

9 Bobbio (2001, p. 53) resume a doutrina de von Verdross da seguinte forma: “existem três modos diversos de considerar o direito, segundo seja observado no seu valor ideal (que é a justiça), no seu valor formal (que é a validade), ou na sua realização prática (que é a eficácia) [...]”

perdendo, com isso, legitimidade (SOARES, 2010, p. 24-25). A justiça da norma jurídica procura, pois, encontrar a legitimidade desta no seio da sociedade.

De outro turno, necessário esclarecer que, para substancial parcela da doutrina da Teoria Geral do Direito, mormente para as correntes positivistas, a existência do direito em nada depende da configuração da justiça; são fenômenos autônomos, não necessariamente imbricados, podendo perfeitamente existir Direito injusto ou justiça fora do Direito. Por todos, vale destacar a Teoria Pura de Hans Kelsen.

Com efeito, afirma Kelsen (1998) que não é possível vincular Direito e justiça, pelo simples fato de que a apreciação acerca do que seja o justo depende de juízos valorativos e subjetivos intrínsecos a determinadas comunidades, mas que podem ser estranhos a outras. Quer isto dizer que os ideais de justiça são relativos, podendo facilmente alterar-se conforme o panorama cultural, histórico e espacial do seu público destinatário. A justiça, nesta formulação, é fenômeno que se afere após a perfeita existência do Direito. Nas palavras de Kelsen (1998, p. 34):

A verificação, por parte da ciência jurídica, de que uma ordem jurídica estabelece a paz na comunidade jurídica por ela constituída não implica qualquer espécie de juízo de valor e, especialmente, não significa o reconhecimento de um valor de Justiça, que, destarte, não é por forma alguma elevado à categoria de um elemento do conceito de Direito e, por isso, também não pode servir como critério para a distinção entre comunidade jurídica e bando de salteadores, contra o que sucede na teologia de Agostinho.

A existência do Direito, então, como expressão independente do fenômeno jurídico, diz com outro plano de valoração da norma. Cuida-se da validade – ou vigência.

Quando se fala em validade da norma jurídica, nada ou quase nada se perquire acerca dos valores por ela potencialmente realizados. De fato, debruçando-se sobre a independência recíproca que há entre justiça e validade, afirma Kelsen (1998, p. 35) que “o fato, porém, de o conteúdo de uma ordem coercitiva eficaz poder ser julgado como injusto não constitui de qualquer forma um fundamento para não considerar como válida essa ordem coercitiva.” O autor vem a usar como sinônimos os vocábulos vigência e validade, conceituando-os como a existência específica de uma norma jurídica, a maneira particular pela qual a norma é dada ou se apresenta (KELSEN, 1998, p. 07).

Assim, o problema da validade está pertinente, consoante Bobbio (2001, p. 46-47), à existência da norma dentro do ordenamento jurídico, aos elementos constitutivos que ela precisa reunir para que possa ser formalmente caracterizada como jurídica. Em termos sintéticos, a norma jurídica válida é aquela produzida por autoridade competente e legitimada

para tanto; que não tenha sido abrogada por norma superveniente; e que seja compatível com outras normas do sistema. Havendo sido respeitados tais estágios de formulação, a norma pode ser considerada formalmente existente no sistema e, portanto, válida. Veja-se, a propósito, que o juízo de validade está afeto ao que a norma jurídica é, a seus atributos constitutivos, e não ao que deve ser, razão por que se diz que o problema da validade é ontológico (BOBBIO, 2001, p. 47).

Tércio Sampaio Ferraz Junior (1995, p. 197), seguindo a mesma esteira, anuncia três requisitos para que se possa admitir a validade de uma norma. O primeiro, de caráter objetivo, relaciona-se com as etapas formais de feitura da norma, obediente aos ditames constitucionais do processo legislativo. O segundo requisito é subjetivo, dizente com a autoridade formal e constitucionalmente competente para emitir a norma. Por fim, o último requisito, de cariz material, está afeto ao conteúdo da norma, que deve ser consentâneo com os preceitos da Constituição. Regra jurídica válida é, pois, aquela produzida com observância dos três critérios descritos.

Pode-se afirmar, portanto, e em breve síntese, que a validade da norma pertine ao fato de ter sido produzida de acordo com as regras sistêmicas para tanto estabelecidas (SILVA NETO, 2006, p. 123), respeitados os requisitos formais (objetivos), subjetivos e materiais para sua colocação no ordenamento.

No entanto, “que uma norma exista como norma jurídica não implica que seja também constantemente seguida” (BOBBIO, 2001, p. 47). Da mesma forma, “a validade de uma norma, isto é, o devermo-nos conduzir tal como a norma determina, não deve confundir-se com a eficácia da norma, isto é, com o fato de que as pessoas efetivamente assim se conduzem.” (KELSEN, 1998, p. 44). Tais constatações colocam as bases do problema da eficácia. A eficácia, com efeito, ultrapassa a questão da validade para investigar não acerca da existência da norma, mas a respeito de seu efetivo cumprimento e potencialidade impositiva frente à comunidade destinatária. É dizer, investiga-se se e em quais circunstâncias a norma é de fato seguida por seu público e se, em casos de não ser respeitada, pode fazer-se valer por meio da coerção (BOBBIO, 2001, p. 47-48). Quanto à eficácia, cabe examinar se, no âmbito fenomênico¹⁰, a norma jurídica abstratamente prevista (válida) é transfigurada em realidade fática, apreciação que se insere no plano jurídico-sociológico.

10 A edição da obra referida, em português, usa o termo *fenomenológico* (2001, p. 48). Aqui, prefere-se o termo *fenomênico*, pois a fenomenologia está associada a um movimento filosófico específico da modernidade, cujos fundamentos não são, necessariamente, coincidentes com a ideia que se quer transmitir a propósito da eficácia da norma jurídica.

Sem embargo, é relevante trazer à pauta as considerações de parte da doutrina que tende a estabelecer uma relação de conexão entre validade e eficácia da norma. O próprio Kelsen esboça tal tendência ao caracterizar a eficácia como condição de validade da norma. Neste sentido, o autor defende que a norma jurídica somente terá validade se for, em algum grau, refletida na conduta humana a que corresponde; se tiver o mínimo de eficácia, na medida em que um comando normativo só pode ter existência válida se é de fato observado por seus destinatários (KELSEN, 1998, p. 08). Em outras palavras, uma regra que nunca, nem mesmo em termos mínimos, é seguida pela comunidade carece de validade; ou, como menciona o autor, “uma norma jurídica deixará de ser considerada válida quando permanece duradouramente ineficaz. A eficácia é, nesta medida, condição da vigência, visto ao estabelecimento de uma norma se ter de seguir a sua eficácia para que ela não perca a sua vigência.” (KELSEN, 1998, p. 08).

Alf Ross (1968), seguidor de Kelsen, tem a mesma orientação, aduzindo que, antes da efetiva aplicação, a norma ainda não ingressou no ordenamento jurídico; tem existência e eficácia apenas provável. Somente quando observada pela comunidade é que se pode dizer existente e, portanto, válida. Transpondo este entendimento para o próprio conceito de norma, Ross afirma que uma norma se define como “uma diretiva que corresponde a certos fatos sociais de forma tal que o modelo de conduta expresso na norma é geralmente seguido pelos membros da sociedade e é encarado por eles como vinculante (válido)” (ROSS, 1968, p. 93). Verifica-se, no conceito, que a inserção de elementos empíricos como necessários à validade da norma são indispensáveis para que se possa dizer que “certas normas de fato existem, ou estão em vigor.” (ROSS, 1968, p. 79).

Para ilustrar, o autor cita a metáfora das regras do xadrez, sustentando que um eventual comando do jogo apenas é válido quando seguido por todos os jogadores.

Nada obstante, as posições que buscam estabelecer a separação epistemológica, conceitual e prática entre validade e eficácia parecem ser prevalentes. Além do entendimento de Bobbio, já mencionado, é o que se extrai da obra de Herbert Hart (1986, p. 115):

Se por eficácia se quer dizer que o facto de que uma regra de direito exigindo um certo comportamento é mais frequentemente obedecida do que desobedecida, é evidente que não há relação necessária entre validade de uma regra concreta e a sua eficácia, a menos que a regra de reconhecimento do sistema inclua entre seus critérios, como o fazem algumas, a disposição (por vezes referida como regra de desuso) de que nenhuma regra é considerada como regra do sistema se tiver cessado há muito de ser eficaz.

Na doutrina brasileira, além da separação formulada por Tércio Sampaio, acima

referida, Lourival Vilanova (2010, p. 59) também defende a autonomia dos conceitos de validade e eficácia, ao afirmar que a norma “é válida independentemente de a realidade confirmar ou verificar o esquema tipificado na hipótese, ou de a conduta prescrita na tese ocorrer como deve ocorrer.” Na mesma linha, Manoel Jorge e Silva Neto (2006, p. 123) adverte que não existe correlação de necessidade inexorável entre validade e eficácia, mas, aderindo à proposta de Kelsen, admite que a ordem jurídica global ou mesmo o preceito normativo singularmente considerado perdem a validade quando deixam de ser eficazes.

Percebe-se, assim, que, em que pese se possa estabelecer, no plano estático, uma clara diferenciação entre validade e eficácia, a ponto de ser perfeitamente admissível que uma norma seja válida e ineficaz ou inválida e eficaz (a propósito, confira-se BOBBIO, 2001, p. 49-50), é de se concluir que ambos os termos estão profundamente imbricados na dinâmica do ordenamento jurídico, instalando uma dimensão de condicionamento recíproco: enquanto a validade do comando normativo se verifica conforme seja ele de fato seguido pelos membros do grupo, também é essencial que a regra observe requisitos formais de fixação positiva para que seja reconhecida e obedecida como mandamento jurídico.

De qualquer sorte, releva para este trabalho o estabelecimento de critérios independentes para os três níveis de valoração, de forma que se possa apurar se uma determinada regra de conduta responde aos imperativos de justiça, validade e eficácia ou se, do contrário, qualquer destes atributos lhe é faltante, hipótese em que se estará diante de norma imperfeita, desconforme com o todo sistêmico e inapta a alcançar os objetivos jurídico-sociais que lhe são esperados.

Bobbio (2001) defende a independência dos critérios de valoração um em relação aos outros, de maneira que é possível que uma determinada norma satisfaça um(uns) deles, mas não os demais (uma norma pode ser justa sem ser válida; pode ser válida sem ser justa; pode ser válida sem ser eficaz; ou eficaz sem ser válida; pode ser justa sem ser eficaz; e, por fim, eficaz sem ser justa). Todavia, adverte que do fato de serem independentes não se segue que seja possível reduzir um deles aos outros dois; não se pode definir ou valorar o Direito a partir de, apenas, um dos critérios, “mutilando” a importância dos demais para a construção de uma estrutura jurídica legítima e consistente em seu papel organizador das sociedades humanas. O Direito deve, então, ser constituído de normas justas, válidas e eficazes.

4 OS PROCESSOS DE DESCRIMINALIZAÇÃO À LUZ DOS CRITÉRIOS DE VALORAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

Todo o desenvolvimento teórico feito até aqui a propósito dos processos de descriminalização, no âmbito das ciências criminais, e dos critérios de valoração da norma jurídica, sob a perspectiva da Teoria Geral do Direito, vem a serviço do problema central do trabalho: de que modo a descriminalização de condutas compreende a experiência jurídica em suas dimensões de validade, eficácia e justiça?

Tendo em vista o feitiço singularmente relevante e restritivo que caracteriza as normas penais no contexto de todo o ordenamento jurídico, é importante analisar qual o papel desempenhado pelas mesmas neste universo e, também, na realidade concreta dos indivíduos que compõem a sociedade destinatária.

Deve-se, então, indagar, de saída, a respeito do problema da validade. Nesta órbita, pretende-se saber acerca da positivação e extinção das regras penais incriminadoras e como tais processos formais de ponência e retirada das normas do sistema revelam certa tendência dos movimentos políticos e sociais no sentido de arrochar ou afrouxar o tratamento penal dos comportamentos humanos considerados desviantes, tendo por norte o conteúdo axiológico carregado pela sociedade em determinado contexto histórico-espacial.

É sabido que os processos formais de feitura e colocação das normas penais no ordenamento jurídico cumprem um requisito absolutamente imperativo quando se trata da incriminação de condutas. Tal requisito está consubstanciado no princípio maior do Direito Penal moderno, segundo o qual não há crime sem lei (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Quer dizer, a existência do crime está inexoravelmente condicionada à produção legislativa, de sorte que a criação dos tipos incriminadores e de suas respectivas consequências jurídicas está submetida à garantia da lei formal estrita e anterior (PRADO, 2013, p. 158). A legalidade estrita, neste caso, impede de forma absoluta que se possa conceber conduta criminosa fora da lei em sentido formal, entendida esta como o produto do processo legislativo obediente das disposições constitucionais próprias (BITENCOURT, 2013, p. 51).

Assim entendido, o critério da validade é imprescindível à criminalização. Quando se trata de descriminalização, entretanto, não se obedece à regra da mesma forma peremptória. Como se viu, casos há, e não raros, em que uma conduta deixa de ser incriminada sem que o Poder Legislativo tenha intervindo, nos casos de descriminalização judicial, administrativa ou mesmo nas hipóteses de descriminalização imprópria.

É dizer: embora somente se possa incriminar por meio da atuação do legislador, pode-se descriminalizar sem sua participação. Tal circunstância põe a descoberto a assimetria

que há entre criminalização e descriminalização no plano da validade, o que, em termos políticos, revela o controle exercido pelos órgãos do sistema jurídico-punitivo, e também pelo povo, sobre os atos normativos de caráter penal.

Isso demonstra que o fenômeno da descriminalização, como expressão dos valores essenciais da população no que se refere às condutas criminosas, demanda respostas que não podem ficar à mercê do ritmo do legislador, porque bens jurídicos de grande relevância entram em jogo e exigem que os demais atores do circuito repressivo protejam-nos de acordo com a configuração social cambiante.

A validade da norma, enquanto critério que a relaciona com sua existência jurídico-positiva, tem importância relativizada neste particular, já que o mais importante, para a dinâmica da persecução penal, não é aguardar pela extinção formal do crime, senão promover a imediata perda da aplicabilidade ou das consequências jurídicas da regra do tipo, para efeito de melhor atender aos anseios sociais e dar tratamento adequado, no plano concreto, aos bens jurídicos envolvidos.

Nesta senda, no que concerne à descriminalização judicial, nota-se que uma demanda que reclama o ajuste da norma penal aos princípios constitucionais (e à maneira com que a sociedade de então valora e interpreta o conteúdo normativo da Constituição) é levada ao Judiciário precisamente porque existe uma incompatibilidade entre o enunciado positivado e o substrato axiológico que informa os bens jurídicos fundantes da ordem comunitária. Na espécie, há um descompasso entre a validade da norma e os critérios de justiça a realizar, já que a regra, embora existente e posta no sistema jurídico, não concretiza os valores ideais esperados pela sociedade.

Então, de modo a proceder à devida adequação, a validade positiva da lei é colocada em segundo plano, dando-se prevalência aos [novos] vieses interpretativos derivados do texto constitucional. Este movimento evidencia um processo de evolução cultural que não é acompanhado pelo legislador e exige, não obstante, que os demais órgãos de poder assumam postura ativa de adequação jurídico-social, sob pena de o Direito e as instâncias jurídicas perderem o reflexo na sociedade destinatária; perderem, pois, a razão de ser.

Pode-se dizer o mesmo dos processos de descriminalização promovidos pelo Executivo, com a nota diferencial de que os critérios de motivação do órgão descriminalizador, *in casu*, residem muito mais na conjuntura política que na experiência fático-social, embora, é verdade, não se possa dissociar completamente ambas as arenas. De qualquer forma, a consequência jurídica inscrita na norma penal, apesar de válida, não operará

efeitos práticos, o que revela que a validade cede espaço aos critérios de eficácia e, eventualmente, de justiça.

Algo semelhante, porém menos sensível aos agentes estatais de ordenação social, dá-se quando se trata da descriminalização imprópria. Nestes casos, o nível de incompatibilidade da lei posta com a experiência jurídico-social vivida pela população não chega a alcançar os círculos oficiais de controle de legalidade e constitucionalidade. Ainda assim, os atores do cenário social dão privilégio ao conjunto de valores que permeia a sociedade, em detrimento da previsão da sanção legal, encarregando-se, extraoficialmente, de diminuir ou, em alguns casos, reduzir a zero a eficácia normativa. Validade e eficácia, nesta hipótese, cedem em benefício da justiça.

Em outra via, a descriminalização levada a cabo pelo legislador releva o papel da validade da norma no contexto da ordem jurídica. Neste particular, a desconexão entre preceito normativo e arcabouço jurídico-axiológico é gritante a ponto de atingir a atividade legiferante, fazendo com que o legislador reconheça a impropriedade da existência do tipo penal e lhe extinga formalmente.

A descriminalização de condutas, porém, ganha manifestação mais marcante no plano da eficácia. De fato, pode-se afirmar que todas as espécies de processos descriminalizatórios atuam na base da eficácia da norma jurídica, pretendendo destituir de efeitos concretos a coerção exercida pela norma e a própria sanção penal prevista em preceito válido.

Em se tratando de normais penais, é possível vislumbrar duas hipóteses em que se pode dizer serem elas eficazes. Em primeiro lugar, tendo em vista que constitui objetivo das leis penais a prevenção do comportamento desviante, tem-se por eficaz uma lei com o potencial de evitar, em alguma medida, que os indivíduos pratiquem a conduta descrita no tipo. Neste caso, a eficácia se consubstancia na abstenção da atitude delitiva; a lei revela sua eficácia através da inação dos sujeitos de direito.

Por outro lado, a lei penal também se manifesta como eficaz ao fazer valer sua disciplina nos casos em que os indivíduos praticam a ação ou omissão proibidas pela norma. Quando é assim, a eficácia da lei evidencia-se na efetiva aplicação da sanção prevista no tipo¹¹. E isto é claro, já que ninguém poderia reputar por eficaz uma lei penal cujo

¹¹ Kelsen expõe exatamente essa questão em trecho de *Teoria Pura*: “É de notar, no entanto, que, por eficácia de uma norma jurídica que liga a uma determinada conduta, como condição, uma sanção como consequência, - e, assim, qualifica como delito a conduta que condiciona a sanção -, se deve entender não só o fato de esta norma ser aplicada pelos órgãos jurídicos, especialmente pelos tribunais - isto é, o fato de a sanção, num caso concreto, ser ordenada e aplicada - mas também o fato de esta norma ser respeitada pelos indivíduos subordinados à ordem

descumprimento não viesse a acarretar para seu infrator as penalidades previstas.

Percebe-se, então, que a primeira hipótese de caracterização da eficácia – a que se pode chamar eficácia negativa, por operar-se mediante a abstenção da conduta incriminada – resta por esvaziada quando se recorre à descriminalização. Considerando que a abstenção dos sujeitos de direito quanto à prática de atos delitivos decorre do temor da aplicação das penalidades constantes do tipo, a descriminalização, na hipótese, terá como consequência permitir que as pessoas realizem a conduta antes proibida sem que incorram em ilícito penal (embora possam, a depender das circunstâncias, praticar ilícito de outra natureza). Assim, a norma perde a sua eficácia negativa, pois não tem mais o condão de impedir, sob a ameaça da pena, os comportamentos tipificados.

No que concerne à eficácia positiva, pode-se dizer que ocorre o mesmo, mas no sentido oposto. A efetiva imposição das sanções penais é, naturalmente, esvaziada quando se institui uma hipótese de descriminalização, seja ela qual for. Logo, os efeitos concretos do crime não serão sentidos pelo seu agente.

Deve-se ressaltar, entretanto, os casos de descriminalização que afetam apenas sujeitos individualmente considerados. É o que ocorre com a descriminalização judicial feita em sede de controle de constitucionalidade difuso e nas hipóteses de descriminalização administrativa. Nestes episódios, a lei apenas perderá a eficácia (positiva) para os indivíduos envolvidos no processo, mantendo-se íntegra quanto ao restante da comunidade.

A perda da eficácia de uma lei penal representa a consequência concreta e sensível da descriminalização. E não haveria de ser diferente, já que os fenômenos descriminalizatórios vêm a reboque de uma mudança de valores operada no seio da comunidade, na vida presente e palpável da população afetada, com o objetivo de estabelecer o liame de legitimidade entre o Direito e o corpo social. Não há sentido, nem mesmo simbólico, em descriminalizar comportamentos sem que sejam afetadas as dimensões da eficácia; seria o mesmo que não fazê-lo.

O plano da justiça, igualmente, tem grande implicação no desenrolar dos processos de descriminalização, já que os agentes descriminalizadores (Legislativo, Judiciário, Executivo, polícias e o próprio povo) precisam buscar fundamento de legitimidade (além dos fundamentos de validade formal e material) para a decisão que extingue ou minora o crime.

jurídica - isto é, o fato de ser adotada a conduta pela qual se evita a sanção. Na medida em que a estatuição de sanções tem por fim impedir (prevenção) a conduta condicionante da sanção - a prática de delitos - encontramos perante a hipótese ideal da vigência de uma norma jurídica quando esta nem sequer chega a ser aplicada, pelo fato de a representação da sanção a executar em caso de delitos ter-se tornado, relativamente aos indivíduos submetidos à ordem jurídica, em motivo para deixarem de praticar o delito.” (KELSEN, 1998, p. 08).

Considerando que o problema da justiça pertine à correspondência entre a norma jurídica e os valores últimos ou finais que inspiram a sociedade submetida a um dado ordenamento jurídico (SOARES, 2010, p. 24), a legitimidade das tendências descriminalizatórias deve residir em tal relação de congruência entre norma e valor, para que possam ser reputadas por justas.

Nestas circunstâncias, observa-se que não é suficiente a exclusão formal da lei penal do sistema jurídico (quando isso venha a ocorrer), tampouco que a eficácia social da norma seja reduzida ou exterminada, como resultado de uma eventual decisão descriminalizatória. É imprescindível que tal decisão esteja consonante com os valores tidos por essenciais pela comunidade que receberá o fato descriminalizado.

Naturalmente, uma determinada posição descriminalizatória pode extirpar a norma do ordenamento jurídico positivo e fazer cessar sua eficácia social. Todavia, se tal postura não estiver adequada ao conjunto de valores que permeiam e orientam a vida dos indivíduos em sociedade, e consentânea com a tutela dos bens jurídicos mais importantes, não terá legitimidade para se fazer respeitar e observar pelo grupo social atingido com a descriminalização, o qual tenderá a rechaçar a decisão, em vista do vácuo existente entre norma e valores. Não será, pois, uma decisão tida por justa. Em sendo assim, é provável que as forças sociais venham a empreender, oficial e extraoficialmente, movimentos que procurem promover a conformação do fato descriminalizado com o arcabouço valorativo daquele grupo.

Tome-se como exemplo a hipótese de que, no contexto do atual panorama sociopolítico, axiológico e cultural nacionais, as autoridades legiferantes venham a tomar a estapafúrdia decisão de descriminalizar o crime de estupro. Aprovam lei que revoga o art. 213 do Código Penal, obtêm a sanção presidencial e, de conseguinte, o sistema punitivo deixa de reprimir criminalmente os atentados violentos à liberdade sexual no país. Por conta disso, os casos conhecidos de estupro não são tratados pelas autoridades policiais, os estupradores não são processados, não sofrem qualquer reprimenda por parte do Estado e, por assim dizer, estão livres para praticarem quantos estupros lhes convierem. Uma tal atitude dos órgãos competentes, é óbvio, muito remotamente encontraria aprovação do corpo social, diante de uma situação concreta que repudia os mais comezinhos valores de preservação da vida, da dignidade e das liberdades humanas. É de se acreditar, por exemplo, que, na vigência de lei tão afastada dos princípios morais e do lastro valorativo que guia a sociedade, os próprios populares criassem mecanismos de controle e repressão do ato de estupro.

Verifica-se, assim, que, inobstante seja abstratamente possível descriminalizar condutas nas esferas da validade e da eficácia, autonomamente consideradas, não é possível

fazê-lo, em concreto, sem estrita observância dos ditames de justiça, sob pena de que o resultado do processo gere um estado de repugnância por parte da moral social relativamente aos efeitos da norma, de modo a criar um distanciamento entre a ordem jurídica e os objetivos maiores mirados pela sociedade, com riscos de ocasionar maior instabilidade jurídico-institucional do que sob a égide da lei incriminadora.

A justiça, ainda, aqui entendida como a equilibrada e equânime distribuição de direitos, obriga a que, nesses casos, as consequências jurídicas e materiais da descriminalização sejam equitativamente levadas até o público alvo, não correspondendo a privilégio injustificado de alguns em detrimento de outros.

De outra via, a descriminalização, por envolver bens jurídicos da maior relevância, deve recorrer a métodos razoáveis de efetivação, através de meios apropriados e hábeis a estabelecer uma suficiente correlação de proporcionalidade entre a decisão descriminalizadora, a população e o sistema jurídico, para que não haja sacrifícios desnecessários a bens jurídicos envolvidos. Neste sentido, pode-se citar como meios razoáveis de concretização da descriminalização a realização de consultas populares (mediante a promoção de plebiscitos ou referendos), a discussão aberta (em audiências públicas, por exemplo) e a ampla divulgação pelos meios de comunicação acerca da lei descriminalizadora e seus efeitos.

Portanto, é indispensável que os parâmetros decisórios conformadores dos processos de descriminalização ponderem acerca dos justos (razoáveis) meios aplicados e dos justos (equitativos) resultados promovidos através do ato descriminalizador. Só assim poder-se-á dizer da justiça na descriminalização.

Conforme restou delineado nas linhas acima, os processos de descriminalização manifestam-se de diferentes formas nos três distintos níveis de valoração da norma jurídica. Para cada plano de valoração, há um viés de implicação que interliga o ordenamento jurídico, a sociedade e os fatos sociais ao movimento descriminalizador. Consoante se trate de validade, eficácia ou justiça, os resultados da descriminalização representam dimensões diversas e desencadeiam diferentes efeitos na ordem jurídico-social.

Todavia, é fundamental examinar o fenômeno sob a ótica dos três critérios de valoração e procurar realizá-lo de forma a satisfazer os três níveis; se a experiência jurídica do homem se perfaz nestes três círculos, como afirmou Bobbio, o ideal é que a norma descriminalizadora se faça válida, eficaz e justa. Dessa forma, não se corre o risco de proceder à descriminalização com eventual defeito de inadequação relativamente à ordem jurídica

formal, à realidade concreta dos sujeitos de direito e aos valores fundantes consagrados como fins ideais a serem materializados pela sociedade destinatária.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Examinar os processos de criminalização e descriminalização de comportamentos humanos compreende voltar olhares para as finalidades últimas que uma dada sociedade pretende alcançar por meio da norma penal. Desde os Tempos Antigos, o Direito Penal tem se voltado à tutela especial e extrema de bens jurídicos de maior relevância social, pretendendo funcionar como mecanismo heroico de proteção destes bens e, portanto, de promoção da paz e do equilíbrio sociais.

Ocorre que a mudança é circunstância inexorável da condição humana, determinando, de conseguinte, a transformação dos valores sociais e, muitas vezes, o revolvimento do *status* de essencialidade que qualifica os bens jurídicos, de modo que soe ocorrer que um determinado bem considerado notavelmente relevante para a manutenção da integridade dos valores fundantes da sociedade venha a perder, total ou parcialmente, esse estatuto, exigindo que o Direito Penal adeque sua disciplina à nova conformação cultural da comunidade.

Igualmente, a evolução teórico-dogmática das ciências penais experimenta atualmente a tendência de descredenciar os institutos tradicionais de imposição de penas como métodos eficazes e recomendáveis para o cumprimento dos objetivos de prevenção geral e especial do crime, sinalizando alternativas de punição e aplicação de sanções menos rígidas, porém mais aptas a solucionar o conflito criminal e pacificar o meio social. Estas elaborações científicas aliam-se ao completo caos, desmantelamento, alto custo e ineficácia do sistema punitivo-criminal, que parece adicionar problemas ao aparato de repressão do Estado, ao invés de representar uma saída para a correção dos comportamentos desviantes.

Neste sentido, pode suceder que, para a melhor proteção dos bens jurídicos em causa, a solução mais apropriada seja a inibição do tratamento penalístico que recai sobre o bem, reduzindo ou mesmo eliminando a incidência penal quanto às situações concretas previstas na norma.

Nestas hipóteses, sob a influência de todos estes fatores, recorre-se à descriminalização, que pode ser entendida como o processo através do qual se retira ou diminui o rigor penal de um determinado fato, para tornar inválido ou inaplicável o preceito

abstrato previsto na norma, impedir ou minorar as consequências jurídicas do crime. Como fenômeno fruto da dinâmica do Direito e da sociedade, a descriminalização pode ser levada a efeito tanto pelos órgãos de poder (Executivo, Legislativo e Judiciário), no uso oficial de suas atribuições funcionais – tratando-se, na espécie, de descriminalização própria –, quanto pelo povo, que se abstém de noticiar os episódios criminosos, deixando oculta a ocorrência do crime. Esta última modalidade também pode ser concretizada pelas autoridades incumbidas da repressão criminal, não obstante extraoficialmente – sendo, assim, casos de descriminalização imprópria.

Relevante ter em consideração que o fenômeno da descriminalização é, também, um fenômeno jurídico-normativo. Assim sendo, sua análise deve importar uma avaliação sobre a observância dos três critérios de valoração das normas jurídicas: validade, justiça e eficácia (BOBBIO, 2001). Nestes casos, o exame da descriminalização jaz sobre os efeitos da norma descriminalizadora no âmbito do ordenamento positivo (validade), na experiência concreta dos sujeitos de direito envolvidos no processo (eficácia) e na relação de correspondência e legitimidade estabelecida entre a norma e os valores finalísticos e primordiais que informam e norteiam a comunidade afetada (justiça).

Embora se possa distinguir, na estática normativa, a independência dos critérios entre si, identificando-se hipóteses em que a norma de descriminalização observe um ou dois deles, mas não o(s) outro(s) – em vista da possibilidade abstrata de o preceito ser justo sem ser válido; válido sem ser justo; válido sem ser eficaz; eficaz sem ser válido; justo sem ser eficaz; e, por fim, eficaz sem ser justo (BOBBIO, 2001, p. 49-50) –, tem-se que, como fenômeno jurídico-normativo que realiza a experiência jurídica dos grupos humanos, os processos de descriminalização devem, por ideal, pautar-se na observância aos requisitos sistêmicos de fixação positiva da norma, de imposição efetiva e coercitiva de sua disciplina na vida dos indivíduos afetados e de congruência com os valores sociais estabelecidos como fins a serem perseguidos pela comunidade destinatária.

REFERÊNCIAS

- ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia*. Uma fundamentação para o Direito Penal. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso (Trad.). Curitiba: Lumen Juris & ICPC, 2010.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR n. 14724 – dez. 2005, Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2005.
- BATISTA, Nilo. *Algumas palavras sobre descriminalização*. In: Revista de Direito Penal. Rio de Janeiro, n. 13, jan.-jun. 1975, p. 28-40.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. v. 1. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti (Trad.). Bauru: EDIPRO, 2001.
- CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013a.
- _____. *Antimanual de Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013b.
- CERVINI, Raúl. *Os Processos de Descriminalização*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- CORACINI, Celso Eduardo Faria. *Os movimentos de descriminalização: em busca de uma racionalidade para a intervenção jurídico-penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 50, set.-out. 2004.
- COSTA, José de Faria. *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.
- FERREIRA, Ivette Senise. *A política criminal e a descriminalização*. In: Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros. Rio de Janeiro, v. 96, n. 29, 1973.
- GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo: o novo modelo consensual de justiça criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. A. Ribeiro Mendes (Trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. João Baptista Machado (Trad.). 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5. ed. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2011.

_____. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. v. 1. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RAMOS, Ana Flávia Jordão. *O conteúdo da despenalização do consumo de entorpecentes como alternativa à tendência de expansão penal desarrazoada*. In: Anais do XIX Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2010, p. 1021-1033. Disponível em: < <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3326.pdf> > Acesso em: 10 jan. 2014.

ROSS, Alf. *Directives and norms*. London: Routledge & Kegan Paul, 1968.

ROXIN, Claus. *Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais*. In: Estudos de Direito Penal. Luis Greco (Trad.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SHUNEMANN, Bernd. *O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 53, mar.-abr. 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Sérgio Lamarão (Trad.). 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.