JOÃO GUILHERME SILVA MARCONDES DE OLIVEIRA

DO CARÁTER ABERTO DOS TIPOS PENAIS

REVISÃO DE UMA DICOTOMIA

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo,
como exigência parcial para a obtenção
do título de Mestre em Direito Penal.

Orientador: Professor Titular Renato de Mello Jorge Silveira

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo

2010

*Para meu avô Luiz Roberto e para meu pai Rubens,
Que me ensinaram o que é ser um verdadeiro homem,
Aquele com sua sabedoria
E este com sua coragem e seu amor.
Do lugar mais querido e mais profundo de meu coração.*

Pouquíssimas as linhas, poucas as palavras, para agradecer a você, minha Laura, as horas, os dias e os anos como minha fiel companheira nesta vereda. Muito obrigado, sem você, restaria o impossível.

Enlaço em meu abraço toda minha família, de sangue e de afeto, por tanto amor e carinho oferecidos.

Meus cumprimentos aos funcionários do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, em especial aqueles da fantástica Biblioteca, que foi minha casa nesses três anos de estudos.

Por fim, mas não menos importante, agradeço a meu orientador, Professor Renato de Mello Jorge Silveira, que tomou para si a tarefa de me acompanhar no mestrado, após a prematura e repentina partida de Antonio Luis Chaves Camargo, responsável primeiro por minha entrada neste curso.

*“Deus é minha luz e minha salvação: de quem terei medo?
Deus é a fortaleza de minha vida: frente a quem tremerei?
(...)*

*Ainda que um exército acampe contra mim, meu coração não
temerá; ainda que uma guerra estoure contra mim, mesmo
assim estarei confiante.*

*Uma coisa peço a Deus, a coisa que procuro: é habitar a
casa de Deus, todos os dias de minha vida, para gozar a
doçura de Deus e meditar no seu templo.
(...)*

*Eu creio que verei a bondade de Deus na terra dos vivos.
Espera em Deus, sê firme!
Fortalece teu coração e espera em Deus!”.*
Salmos, 27.

“Crede ut intelligas; intellige ut credas”.
Santo Agostinho.

RESUMO

Na evolução da teoria do tipo penal, podemos perceber um movimento de intensificação de complexidade, no qual os mais novos e diferentes posicionamentos doutrinários confluem para tornar aquela figura o ponto central do estudo do delito. Dentre as inúmeras classificações dogmáticas que surgiram neste desenvolvimento, nosso trabalho analisa uma em particular: a divisão entre tipos fechados e tipos abertos.

Embora criada originalmente por Hans WELZEL para descrever um grupo específico de casos, a noção de tipos abertos ganhou contornos mais amplos, sendo admitida pela doutrina de maneira geral. Todavia, a aceitação dessa categoria científica não se limitou a uma atividade expositiva, servindo para a crítica de modelos jurídicos. Frente ao princípio da legalidade, conquista jurídica de longa data, os estudiosos do Direito Penal apontaram a ilegitimidade dos tipos abertos, por ofensa ao mandato de certeza, um dos quatro aspectos daquele princípio maior.

Por outro lado, as conclusões da atual ciência hermenêutica ensinam que não se pode confundir texto legal e norma, e que a compreensão do fenômeno jurídico perpassa uma série de valorações adstritas ao Direito. Neste sentido, as diferenças que, em tese, tornavam específicos os tipos abertos, quando confrontadas com essa nova descoberta, se mostram apenas aparentes. Toda e qualquer norma apresenta um caráter aberto, algo intrínseco à linguagem humana. Logo, não existe tipo fechado.

Inobstante, a censura que fora aventada pela doutrina não perde sua razão de ser. Pelo contrário, é necessária sua reformulação, para afirmar que o problema se encontra no *grau* de intensidade da abertura, na aceitabilidade ou não da indeterminação da conduta humana diante do caso concreto, único instante em que é possível a individualização da norma.

Para tanto, é preciso erigir critérios seguros a fim de efetuar o julgamento da legitimidade dos tipos penais. Defendemos que os próprios fundamentos do princípio da legalidade – a vedação da arbitrariedade e a previsibilidade das condutas – servem como critérios de avaliação. Mais ainda, a realização dessa operação somente pode ser feita por meio do controle das decisões judiciais, o que nos leva a um problema de ordem prática e não apenas teórica.

Palavras-chave: Evolução do tipo penal. Tipo penal aberto. Princípio da legalidade. Mandato de certeza. Hermenêutica jurídica. Grau de intensidade. Controle de decisões judiciais.

ABSTRACT

In the evolution of the criminal type theory, we can notice a movement of complexity intensification, in which the newest and most different doctrinal positions join together to make that figure the central point of the crime study. Among the multiple dogmatic classifications that aroused in this development, our task analyses one in particular: the division between closed and open types.

Though originally created by Hans WELZEL to describe a specific group of cases, the notion of open types acquired a wider profile, being generally admitted by the doctrine. However, the acceptance of this scientific category has not been limited to an expository activity, serving to the critic of juridical models. Before the principle of the legality, a long-term juridical conquer, the scholars of the Criminal Law pointed to the illegitimacy of the open types, due to the offense of the certainty term, as one of the four aspects of that major principle.

Moreover, the conclusions of today's hermeneutic science instruct that one cannot confuse legal text and norm, and that the comprehension of the juridical phenomenon pervades a series of valuations bonded to Law. In this way, the differences that, in thesis, made specific the open types, when confronted with this new finding, prove to be only apparent. All and any rule presents an open feature, an aspect intrinsic to human language. Therefore, there are no closed types.

Despite that, the censure that was made by doctrine does not lose its reason. In the opposite, its reformulation is necessary, to affirm that the problem is in the intensity *extent* of the opening, in the acceptance or not of the human conduct indetermination ahead of a concrete case, the single moment in which it is possible to individualize the rule.

Therefore, it is necessary to built firm criteria to perform the judgment of the criminal types' legitimacy. We sustain that the own foundations of the principle of the legality – the prohibition of arbitrariness and the prevision of conducts – serve as evaluation criteria. Furthermore, the accomplishment of this transaction can only be fulfilled by the control of judiciary decisions, what leads us to a practical problem, not only theoretical.

Keywords: Criminal type evolution. Open criminal type. Principle of legality. Term of certainty. Legal Hermeneutics. Degree of intensity. Control of legal decisions.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	10
2.	PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	12
2.1.	BREVE HISTÓRICO	12
2.1.1.	DIREITO ROMANO	12
2.1.2.	DIREITO MEDIEVAL	14
2.1.3.	ILUMINISMO E CLASSICISMO.....	16
2.1.4.	O <i>NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE</i> NO DIREITO PENAL DE PREVENÇÃO DE FEUERBACH.....	22
2.1.5.	SÉCULO XX: DESTRUIÇÃO E RECONSTRUÇÃO.....	25
2.2.	DOCUMENTOS INTERNACIONAIS	30
2.3.	DIREITO ESTRANGEIRO	33
2.3.1.	PORTUGAL	34
2.3.2.	ESPANHA	35
2.3.3.	ITÁLIA	38
2.3.4.	ALEMANHA.....	38
2.3.5.	ARGENTINA	40
2.4.	DIREITO BRASILEIRO	40
2.4.1.	CÓDIGO PENAL DE 1830.....	41
2.4.2.	CÓDIGO PENAL DE 1890.....	42
2.4.3.	CÓDIGO PENAL DE 1940.....	43
2.4.4.	REFORMA DE 1984 SOBRE A PARTE GERAL	44
2.4.5.	CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	44
3.	ASPECTOS DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	46
3.1.	PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL – <i>LEX SCRIPTA</i>	46
3.2.	PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEI – <i>LEX PRAEVIA</i>	50
3.3.	VEDAÇÃO DA ANALOGIA – <i>LEX STRICTA</i>	52
3.4.	PRINCÍPIO DA CERTEZA – <i>LEX CERTA</i>	58
4.	APRESENTANDO A DICOTOMIA: TIPOS FECHADOS E TIPOS ABERTOS	63
4.1.	EVOLUÇÃO DO TIPO PENAL	65
4.1.1.	BELING: TIPO PENAL VALORATIVAMENTE NEUTRO	65
4.1.2.	MAYER: ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO	70
4.1.3.	DO INDÍCIO À <i>RATIO ESSENDI</i> : O TIPO COMO JUÍZO PROVISÓRIO	72
4.1.4.	TEORIA DOS ELEMENTOS NEGATIVOS DO TIPO	78
4.1.5.	TIPO SUBJETIVO E O TIPO COMPLEXO	80

4.1.6.	TIPO AXIOLÓGICO.....	93
4.1.7.	FUNCIONALISMO.....	95
4.2.	CONCEITO DE TIPO PENAL, TIPICIDADE E TÍPICO.....	125
4.3.	ORIGEM DA DICOTOMIA ENTRE TIPOS FECHADOS E TIPOS ABERTOS.....	133
4.4.	TIPOS FECHADOS E TIPOS ABERTOS: CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS...	138
4.5.	LEGALIDADE E TIPOS ABERTOS: O PROBLEMA DA INDETERMINAÇÃO	149
4.6.	O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PROBLEMA DA ABERTURA: ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO TIPO DO ART. 233 DO ECA.....	155
5.	CATEGORIAS AFINS OU RELACIONADAS	165
5.1.	DISTINÇÃO NECESSÁRIA: TIPOS ABERTOS E NORMAS PENAIAS EM BRANCO 165	
5.2.	ELEMENTOS DESCRITIVOS E ELEMENTOS NORMATIVOS	169
5.3.	TIPICIDADE FORMAL E TIPICIDADE MATERIAL	182
5.4.	ABERTURA E CONSCIÊNCIA: DOGMÁTICA DO ERRO	185
6.	HERMENÊUTICA JURÍDICA E TIPOS ABERTOS	190
6.1.	A FALÁCIA DO BROCARDO <i>IN CLARIS CESSAT INTERPRETATIO</i>	191
6.2.	NATUREZA GERAL DA INTERPRETAÇÃO E A DISTINÇÃO ENTRE TEXTO LEGAL E NORMA	198
6.3.	TIPOS E MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO.....	203
6.4.	ATIVIDADE DE CONCRETIZAÇÃO.....	212
6.5.	VALORAÇÃO DE ELEMENTOS TÍPICOS.....	216
6.6.	TIPICIDADE E INTERPRETAÇÃO: PROBLEMATIZANDO A DICOTOMIA ENTRE TIPOS FECHADOS E TIPOS ABERTOS.....	221
6.7.	BREVE ANÁLISE DE UM TIPO APARENTEMENTE FECHADO.....	227
7.	COMPLEXO DE PROBLEMAS E PROPOSTAS	234
7.1.	GRAUS DE ABERTURA	234
7.2.	CRITÉRIOS PARA VERIFICAÇÃO DO GRAU DE ABERTURA.....	236
7.3.	PROPOSTAS DE SOLUÇÕES	237
8.	CONCLUSÃO	242
9.	BIBLIOGRAFIA	244

1. INTRODUÇÃO

Em um Estado Democrático de Direito, não há dúvidas, o Direito Penal deve ser norteado pelo princípio da legalidade, dentre outros. A lei é mais do que um instrumento do Estado: consubstancia uma verdadeira garantia ao cidadão, um limite àquele poder que ele mesmo, enquanto integrante do povo, constituiu.

Por interferir na liberdade, bem dos mais preciosos para o homem, o *jus puniendi* estatal precisa observar contornos claros, que demarquem com exatidão o campo do crime, evitando abusos por parte do Estado e conservando a segurança na sociedade. Daí porque o brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege* foi consagrado em praticamente todas as legislações dos países democráticos, alcançando a ordem jurídica legal, constitucional e também internacional.

No Direito Penal hodierno, o crime é previsto na lei através de uma construção lingüística específica: o chamado *tipo penal*. Deste modo, o princípio da legalidade, sob o aspecto da existência de um delito e da sua respectiva pena, está relacionado com a tipicidade penal. Só há crime e sanção penal quando houver tipo penal correspondente.

A teoria do tipo penal percebeu um desenvolvimento notável desde sua elaboração. Sua importância é crescente, assumindo até mesmo, em algumas concepções doutrinárias atuais, o verdadeiro cerne da teoria do delito.

Dentre as diversas análises do tipo penal, este trabalho dá atenção para uma em especial: a divisão entre os denominados *tipos abertos* e *tipos fechados*.

A compreensão do significado desta dicotomia não é unívoca na doutrina, bem como são diferentes os efeitos que lhe conferem. De modo geral, podemos dizer que os tipos fechados são aqueles nos quais a descrição legal é precisa, enquanto que os tipos abertos padeceriam de uma redação indeterminada.

Assim, em virtude de sua indeterminação, parte dos penalistas postula que os tipos abertos ofendem o princípio da legalidade, mais exatamente, o princípio da determinação legal, visto como desdobramento daquele.

Por outro lado, há tempos vem sendo elaborada e ampliada na teoria geral do direito a idéia segundo a qual texto legal e norma não se confundem, cabendo ao operador do Direito, perante um fato, realizar uma atividade interpretativa. As diversas concepções a este respeito vão desde a constatação da necessidade de interpretação para certos casos qualificados como difíceis (*hard cases*) até a afirmação de que não há atividade jurídica que não seja interpretativa, sendo a hermenêutica, portanto, essencial ao estudo e compreensão de qualquer norma e ordenamento.

Neste sentido, a presente obra examina quais as repercussões da teoria da interpretação para a aludida classificação entre tipos abertos e tipos fechados. Também procura esclarecer as questões que emanam dos imperativos inerentes ao princípio da legalidade no que toca às implicações mencionadas no campo da hermenêutica, mormente quanto ao mandato de taxatividade ou determinação.

Com efeito, se a norma – de acordo com a hermenêutica atual – não é exatamente a origem da interpretação e sim, mais propriamente, seu objetivo último, a divisão entre tipos abertos e tipos fechados se mostra apenas aparente. Tal consequência nos leva a refletir sobre o real significado da tipicidade com relação à determinação da conduta criminosa, e, por esta razão, traz questionamentos sobre a função do princípio da legalidade nos dias de hoje.

É exatamente isto o que buscamos: abordar de maneira global as inúmeras decorrências que se entrecruzam na figura dos tipos penais abertos. A interdisciplinaridade essencial do problema, que envolve teoria da lei penal, teoria da norma, teoria do tipo penal e teoria da interpretação, anuncia corretamente a complexidade do exame a seguir.

2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

2.1.BREVE HISTÓRICO

Dizer que o princípio da legalidade é algo universal não seria exagerado. Com efeito, a garantia da legalidade está presente na maioria das Constituições dos países democráticos e encontra guarida em todas as Declarações de Direitos relevantes, desde a Idade Média¹.

Todavia, a história testemunha que nem sempre o homem pôde contar com a garantia da lei. Para compreendermos a evolução do tema, façamos um breve percurso pela história ocidental do princípio da legalidade, naquilo que interessa para o Direito brasileiro e ao escopo desta obra.

2.1.1. DIREITO ROMANO

Inicialmente, é preciso apontar que o delito na Roma antiga era muito diverso de nossa idéia de crime contemporânea. Não havia uma distinção muito clara entre a punição e o ressarcimento do dano, bem como se separavam os delitos que ofendiam à coletividade – perseguidos pelo poder público – daqueles que atentavam contra interesses particulares – que permitiam o direito de vingança, exercido na forma e extensão arbitrariamente determinadas pelo ofendido².

Outrossim, não se pode olvidar a evolução contínua da matéria jurídica, que em Roma se caracterizou por uma transferência cada vez maior de delitos da categoria privada para o campo público³. Sem negar essa evidente complexidade, nosso acanhado exame concentrará sua atenção nas tendências gerais que demonstram a direção seguida na era romana pelo princípio da legalidade ou, melhor dizendo, por aquilo que com este possa se relacionar.

Ensina-nos HUNGRIA que no Direito Romano primitivo era permitida a punição sem lei correspondente. Conquanto já existisse, à época do chamado *governo dos magistrados* e do *tribunal do povo*, o pré-estabelecimento de crimes e penas, o tribunal

¹ Cf. PALAZZO, Francesco C., *Valores constitucionais e Direito Penal – Um estudo comparado*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989, p. 43.

² Cf. MARKY, Thomas, *Curso elementar de direito romano*, São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 133-134.

³ *Idem*, p. 134.

popular tinha poder para declarar puníveis outras condutas, independentemente de prefiguração legal⁴.

Não apenas o magistrado – que tinha *imperium* em Roma – mas também o chefe doméstico e o chefe militar castigavam com pena, e este ato era sempre e necessariamente discricionário, baseado na arbitrariedade⁵.

Posteriormente, com a substituição do tribunal popular pelo processo das *quaestiones* e a consolidação do nascente *tribunal de jurados*, a punição de toda conduta passou a demandar anterior incriminação. Além disso, no tempo de Silla, a partir da instituição das denominadas *quaestiones perpetuae* e da *ordo judiciorum publicorum*, foi vedado o uso da analogia em matéria penal⁶.

MOMMSEN defende que o Direito Penal romano propriamente dito somente surgiu com a lei do Estado (que englobava o costume com força legal), a qual colocou limites ao arbítrio do depositário do poder penal, ao designar objetivamente as condutas consideradas imorais, organizar o procedimento de persecução e fixar a reparação correspondente. Conforme o jurista alemão, o Direito Penal público de Roma teve início com a *Lei Valéria*, que submeteu as sentenças capitais prolatadas contra cidadãos romanos a referendo posterior⁷.

Porém, afirma PRADO que ainda no tempo das *quaestionis*, sob a égide da *Lex Calpurnia de Repetundis* – no período da República, de 510 a.C. até 27 a.C.⁸ – os procedimentos penais serviam para “julgar os autores de ações consideradas lesivas ao Estado, sem que houvesse nenhuma previsão legal”⁹.

Leciona HUNGRIA que a legalidade foi abrandada tempos depois, no período do *processo senatório-consular* e do *tribunal imperial*. Isto porque, embora fosse exigida a incriminação prévia, passaram a ser aceitas inúmeras fontes de Direito, além da lei popular já consagrada. Nesse sentido, podiam fundamentar uma condenação criminal: a *Constitutio*

⁴ Cf. HUNGRIA, Nélson, *Comentários ao Código Penal*, vol. I, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949, p. 22.

⁵ Neste sentido, MOMMSEN, Teodoro, *Derecho penal romano*, Bogotá: Temis, 1991, p. 36.

⁶ Cf. HUNGRIA, Nélson, *op. cit.* (nota 4), pp. 22-23.

⁷ Cf. MOMMSEN, Teodoro, *op. cit.* (nota 5), p. 37.

⁸ Devemos ressaltar que GIOFFREDI traz grafia diversa – *Lex Calpurnia* – datando-a de 149 a.C.. Para o jurista, tal lei estatuiu uma comissão permanente para julgamentos penais: a *quaestio*. GIOFFREDI, Carlo, *I principi del diritto penale romano*, Torino: G. Giappichelli, 1970, p. 17.

⁹ PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro*, vol. I, parte geral, arts. 1º a 120, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 49.

imperial, o *rescriptum*, o direito municipal, o direito local e a *consuetudo* radicada no *usus fori* (costumes do local). Acrescente-se, ainda, que foram admitidas a interpretação extensiva e a analogia, em caráter excepcional¹⁰.

Note-se que mesmo nos períodos em que a lei penal prévia era exigida, o arbítrio do magistrado não foi totalmente extinto, porquanto persistia a possibilidade de criminalização sem previsão no âmbito do Direito de Guerra, bem como era livre o exercício da coerção dentro da cidade de Roma. Além disso, as formalidades procedimentais eram aplicadas exclusivamente nos limites da cidade, em razão do caráter municipal da comunidade romana, e somente para os cidadãos romanos varões, ficando excluídos os não cidadãos e as mulheres¹¹.

Por sua vez, GIOFFREDI assevera que não se pode falar em uma *jurisdição* penal romana. É que jurisdição viria de *ius dicere*, estatuir (*dicere*) uma regra (*ius*) para o caso concreto – o que sucedia na área privada; enquanto que na seara criminal teríamos mais propriamente uma *judicatura*, de *iudicare*, procedimento que trabalhava questões, terminando com uma decisão¹².

Destarte, o embrião de legalidade, surgido com o Direito romano, acabou por ser reduzido a uma ínfima função, expirando tão-logo o poder de criminalizar e penalizar não encontrasse senão pseudo-limitações ao seu alvedrio.

2.1.2. DIREITO MEDIEVAL

Na Idade Média, reinou o arbítrio judicial ao lado do trono real. O Direito consuetudinário e a aplicação da analogia permitiram uma liberdade desmesurada para os juízes. Não é de se espantar que tal período fosse qualificado com tamanha gravidade por HUNGRIA: “Foi a idade de ouro das *penas arbitrárias*”¹³.

Esse quadro perdurou até os códigos da Idade Média avançada, que não traziam qualquer óbice à analogia. Registre-se, por exemplo: a *Constitutio Criminalis Carolina*, de 1532¹⁴, que previa expressamente analogia no art. 105¹⁵; o *Codex juris*

¹⁰ Cf. HUNGRIA, Nélson, *op. cit.* (nota 4), pp. 24-25.

¹¹ Cf. MOMMSEN, Teodoro, *op. cit.* (nota 5), pp. 37-38.

¹² Cf. GIOFFREDI, Carlo, *op. cit.* (nota 8), pp. 15-16.

¹³ HUNGRIA, Nélson, *op. cit.* (nota 4), p. 26.

¹⁴ Cf. PRADO, Luiz Regis, *op. cit.* (nota 9), pp. 56-58.

Bavarici criminalis, de 1751; e a *Constitutio Criminalis Theresiana*, de 1768(9), em seu art. 104, §1º¹⁶.

MANZINI ensina que no Direito italiano medieval, os juristas diferenciavam o *plenum arbitrium* do *arbitrium regulatum*¹⁷. Interessante observar, como nota o jurista italiano, que o *podestà* de Verona assumia o cargo com a declaração: “*In criminalibus non sim adstrictus iudicare secundum leges, sed vel meo arbitrio definire possim*”¹⁸. A arbitrariedade do julgador veronense era explícita.

Além disso, a liberdade não se restringia à aplicação da pena, pois o juiz era livre para reconhecer crimes não previstos, independentemente até mesmo do raciocínio analógico – previsões do Estatuto de Florença (III, 5) e de Padova no séc. XIII¹⁹.

Entretanto, foi a própria doutrina medieval que desenvolveu a idéia da legalidade penal como um princípio de garantia contra o poder. Dentre os responsáveis por este progresso, pode-se elencar, no séc. XVII: BACON, PUFFENDORF e CARPSOVIO²⁰.

BACON (1560-1626) defendia: “*optima est lex quae minimum relinquit arbitrio iudicis, optimus iudex qui minimum sibi*”²¹. No mesmo sentido o pensamento de PUFFENDORF (1631-1694): “*Tralaticium est, ubi non sit lex, ibi nec poena, nec delictum inveniri*”, apenas “*si civitas iure scripto non utitur*”²².

Apesar de enunciado doutrinariamente, ainda sem contornos claros, somente no séc. XVII, o princípio da legalidade encontrou respaldo no Direito positivo no art. 39 da *Magna Charta libertatum*, do Rei João Sem Terra da Inglaterra, em 1215²³. Ainda assim, o

¹⁵ Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de Direito Penal: Parte Geral*, São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 100.

¹⁶ Segundo HUNGRIA, a referida legislação é de 1769. HUNGRIA, Nélson, *op. cit.* (nota 4), pp. 26-27. Por outro lado, FRAGOSO aponta a data de 1768. FRAGOSO, Heleno Cláudio, *op. cit.* (nota 15), p. 100.

¹⁷ Na lição de MENOCHIO, citado por MANZINI, o *plenum arbitrium* seria a “*concessio iudici facta, qua possit is, remoto iure, ratione ac aequitate, sed proprio ductus appetitu, a dolo tamen alieno, quid placuerit statuere*”. Por outro lado, o *arbitrium regulatum* era a “*concessio, qua possit iudex, quam sentiat iure, ratione, aequitate animi sui proferre sententiam*”. MANZINI, Vincenzo, *Trattato di Diritto Penale italiano*, vol. I, Torino: Torinese, 1950, p. 197.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Cf. *idem*, pp. 197-198, in nota 5.

²⁰ Cf. HUNGRIA, Nélson, *op. cit.* (nota 4), pp. 27-28.

²¹ *Apud* MANZINI, Vincenzo, *op. cit.* (nota 17), p. 198.

²² *Apud ibidem*.

²³ Cf. ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale: Parte Generale*, Milano: Giuffrè, 1997, p. 66. O artigo 39 referido possuía a seguinte redação: “*Nullum liber homo capiatur vel imprisonetur aut disaisiatur aut utlegatur aut exuletur aut aloquo modo destruat nec super eum ibimus nec super eum mitemus nisi per legem iudicium parium suorum vel per legem terrae*”. HUNGRIA, Nélson, *op. cit.* (nota 4), p. 28.

significado atual e a abrangência que possui tal garantia têm fontes no período do iluminismo, refletindo uma conquista do indivíduo contra o abuso do Estado²⁴.

2.1.3. ILUMINISMO E CLASSICISMO

Se na Idade Média encontramos o germe do princípio da legalidade, é no movimento iluminista do séc. XVIII que a garantia floresceu, deitando raízes em LOCKE, MONTESQUIEU e, solo firme do Direito Penal liberal, BECCARIA.

Com efeito, LOCKE é um dos responsáveis pelo desenvolvimento da idéia de limitação do poder do Estado perante a liberdade individual. Em sua obra *O segundo tratado sobre o governo civil*, desenvolve a noção do *estado de natureza*, um pressuposto teórico para a compreensão da sociedade. A figura diz respeito ao estado de perfeita liberdade e igualdade entre os homens, que poderiam praticar ações e dispor de seus bens como quisessem, conforme os limites das leis naturais, sem consideração da vontade de outro homem neste estado. Os direitos são iguais entre todos e cada um tem o poder de fazer cumprir a lei natural sobre todos os demais²⁵.

Na concepção de LOCKE, não há distinção entre os homens no estado de natureza, vez que:

“sharing all in one community of Nature, there cannot be supposed any such subordination among us that may authorize us to destroy one another, as if we were made for one another’s uses, as the inferior ranks of creatures are for ours”²⁶.

Entretanto, embora cada um tenha o mesmo direito que os demais, a liberdade total para aplicação e execução da lei natural gera conflitos. Para a harmonização humana, nascem a sociedade civil e o governo, criados através da concessão, por parte de cada homem, de seu direito natural, a fim de dotar de capacidades especiais alguns dentre eles, responsáveis por aquilo que, por essência, pertence a todos²⁷.

²⁴ Cf. ANTOLISEI, Francesco, *op. cit.* (nota 23), pp. 66-67.

²⁵ Cf. LOCKE, John, *The second treatise on civil government*, New York: Prometheus Books, 1986, p. 8.

²⁶ *Idem*, p. 10.

²⁷ Cf. *idem*, p. 49.

Posteriormente, no clássico *O espírito das leis*, MONTESQUIEU passou a examinar as diversas formas de Estado, relacionando-as com o império da lei. Dizia o filósofo francês:

“Nos Estados despóticos, não existe lei: a regra é o próprio juiz. Nos Estados monárquicos, existe uma lei e, onde esta é exata, o juiz a observa; onde não existe, êle procura-lhe o espírito. Nos governos republicanos é da natureza da constituição que os juízes observem literalmente a lei. Não existe um cidadão contra o qual se possa interpretar uma lei, quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida”²⁸.

Desenvolvia-se a idéia de que o Direito deve se pautar pela racionalidade. Nesse contexto, MONTESQUIEU defendia que as penas cruéis eram inúteis, que a prevenção inicial que surgia da aplicação de penas muito rígidas era efêmera, passando tão-logo o espírito popular se acostumassem com elas e conforme sua observância por parte do Governo se dissolvesse²⁹.

Com atenção aguda na idéia de liberdade, o pensador analisou as diversas acepções desta palavra. Seguindo seu modo de composição, rastreava as ligações entre a liberdade e as formas de governo. Em uma democracia – afirmava ele – há certa confusão entre o *poder* do povo e sua *liberdade*³⁰. Contudo – ponderava com argúcia – deve-se distinguir entre uma coisa e outra:

“É verdade que nas democracias o povo parece fazer o que quer; mas a liberdade não consiste nisso. Num Estado, isto é, numa sociedade em que há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar (...) Deve-se ter sempre em mente o que é independência e o que é liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se um

²⁸ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, *O espírito das leis*, São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962, p. 101.

²⁹ Expressamente, postulava: “A experiência tem mostrado que nos países onde as penas são leves, o espírito do cidadão é atingido por elas como o é alhures pelas leis severas”, e continuava, ponderando: “Quando algum inconveniente se faz sentir num Estado, um governo violento quer corrigi-lo súbitamente e, em vez de procurar executar as antigas leis, estabelece-se uma pena cruel que detém o mal imediatamente. Porém desgastam-se as bases do governo: a imaginação acostuma-se com esta grande pena como se tinha acostumado com a menor e, como diminui o temor por esta, logo é-se forçado a utilizar a outra para todos os casos”. *Idem*, p. 109.

³⁰ Cf. *idem*, pp. 178-179.

cidadão pudesse fazer tudo o que elas proibem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder”³¹.

Daí porque a *separação de poderes* é algo essencial para a democracia. A liberdade tangenciada pela lei é o que permite a segurança e a harmonia entre os cidadãos, que em caso contrário abusariam de seu poder, alcançando o núcleo de liberdade dos demais. Era preciso encontrar uma solução para o dilema do poder e da liberdade, e a resposta ofertada por MONTESQUIEU ecoaria no pensamento ocidental até os dias de hoje: “Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma constituição pode ser de tal modo que ninguém será constrangido a fazer coisas que a lei não obriga e a não fazer as que a lei permite”³².

Doravante, a liberdade estaria pautada de acordo com as linhas da legalidade. O cidadão era por regra livre, concedendo tão-somente o espaço legal, o campo necessário para a vida comunitária determinado na lei, o qual se comprometia a seguir, condição da liberdade de seus semelhantes e da sua própria. Não se poderia exigir dele mais do que isso. Fora dos marcos legais, nada poderia obrigar ao homem, que reinava sobre tudo que não concedeu para o império da lei.

Assim, a liberdade se tornava, a um só tempo, fundamento, condição e objetivo da ordem jurídica, seu pilar, solo e razão.

A teoria da *separação dos poderes* desenvolvida por MONTESQUIEU para o campo político, acabou por reforçar o argumento legalista. É que, sendo a elaboração da lei uma função do Poder Legislativo, não cabia ao magistrado senão sua aplicação fiel. A conjunção dos poderes em um só corpo tornaria este maior do que seria possível para o equilíbrio democrático. O balanceamento recíproco das três esferas foi a saída encontrada:

“Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”³³.

³¹ *Idem*, p. 179.

³² *Idem*, p. 180.

³³ *Idem*, p. 181.

O Poder Judiciário não poderia se imiscuir nas funções do Legislativo, sob pena de corromper a harmonia equilibrada dos poderes. MONTESQUIEU defendia a rotatividade dos julgadores, a fim de evitar a manutenção deletéria no poder, todavia, o ato de julgamento precisaria ser perene, espelhando com fidelidade os desígnios legais, permitindo florescer a segurança jurídica, condição para vida em sociedade:

“Porém, se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto exato da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”³⁴.

Segue desse pensamento a idéia de uma função intransigente para o magistrado. O juiz nada mais é do que a fonte de onde flui a sonoridade viva do que se encontra cristalizado nas letras da lei. Julgador e critério de julgamento, ato e fundamento, o juiz e a lei foram concebidos em complementaridade, uma união que não poderia se dissolver nem mesmo sob o apelo contra a injustiça. O rigor do juiz nada mais significaria do que o reflexo do rigor da norma:

“Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fôsse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua fôrça, nem seu rigor”³⁵.

Assim, as palavras do magistrado já estavam de antemão moldadas pelo texto legal. A arbitrariedade não encontraria mais espaço nos atos dos juízes, tomados que estariam pela plenitude da lei.

Dando continuidade à história do pensamento iluminista, próximo às terras francesas, nasceu em 1738, em Milão, Cesare Bonesana – o Marquês de BECCARIA. Foi educado pelos jesuítas em Paris, de onde proveio a influência liberal que animaria seu pensamento. Indignado com os processos criminais de então, BECCARIA, ao lado dos

³⁴ *Idem*, p. 183.

³⁵ *Idem*, p. 187.

irmãos Pietro e Alessandro VERRI, passou a refletir e agir contra as injustiças na matéria penal. Dessas reflexões, surgiu sua obra magna *Dos delitos e das penas*³⁶.

Partindo da premissa do *estado de natureza*, o filósofo italiano arquitetou a idéia de liberdade na mesma linha de LOCKE e MONTESQUIEU, algo que viria como imperativo para a pacificação e para a ordem, uma auto-limitação de cada um em favor de todos:

“Por conseguinte, só a necessidade constringe os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do resto”³⁷.

É assim que, sendo a liberdade pertencente ao homem, a punição não poderia assentar senão exatamente naquilo que concedeu em prol de todos e de si mesmo. A pena era reservada ao espaço que foi depositado pelos membros da sociedade para a construção de uma liberdade possível. Por isso, o *jus puniendi* não teria outra raiz senão essa: o campo que os homens consentiram em abrir mão. *In verbis*:

“O conjunto de tôdas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo”³⁸.

Estabelecidas as bases da constituição da sociedade e do direito de punir, o princípio da legalidade surgiu como consequência inarredável:

“A primeira consequência desses princípios é que só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social”³⁹.

³⁶ Cf. a *notícia biográfica* de Evaristo de MORAIS in BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*, São Paulo: Atena, 1959, pp. 7-9.

³⁷ *Idem*, p. 33.

³⁸ *Idem*, pp. 33-34.

³⁹ *Idem*, p. 35.

Endossando a concepção de MONTESQUIEU sobre a *separação dos poderes*, BECCARIA também advertiu para a necessidade de que cada poder se refreasse na aplicação de suas próprias funções. Assim, aqueles incumbidos da tarefa de julgar estariam confinados entre as paredes da lei. O pensador italiano tolhia dos magistrados qualquer atividade criativa, já que esta era atribuída ao legislativo: “os juízes dos crimes não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela razão mesma de que não são legisladores”⁴⁰.

Além disso, BECCARIA argumentava que as leis não poderiam ser obscuras, pois os cidadãos deveriam poder conhecê-las a fim de orientarem sua conduta. A clareza seria algo intrínseco à legalidade, requisito para o bom funcionamento do governo, essencial à manutenção da liberdade.

“Enquanto o texto das leis não for um livro familiar, uma espécie de catecismo, enquanto forem escritas numa língua morta e ignorada do povo, e enquanto forem solenemente conservadas como misteriosos oráculos, o cidadão que não puder julgar por si mesmo as conseqüências que devem ter os seus próprios atos sobre a sua liberdade e sobre os seus bens, ficará na dependência de um pequeno número de homens depositários e intérpretes das leis”⁴¹.

Com efeito, se o homem deveria delinear seus passos conforme a moldura legal, o conhecimento de seu conteúdo era pressuposto de sua conduta e, para tanto, o texto deveria guardar expressões compreensíveis por todos. Também por essa razão, a lei precisava ficar exposta aos olhos do povo, e a publicidade se levantava como condição imprescindível para a garantia da legalidade. É o que nos disse BECCARIA, ao falar da “utilidade da imprensa, que pode, só ela, tornar todo o público, e não alguns particulares, depositário do código sagrado das leis”⁴².

Do outro lado do Atlântico, nas colônias inglesas da América do Norte, as idéias liberais também foram recepcionadas, por intermédio da filosofia jurídica de BLACKSTONE e JAMES OTIS⁴³. O supramencionado art. 39 da *Magna Charta*, visto como “*the keystone of english liberty*”, foi integrado ao *Bill of Rights* e Constituições das colônias. Em 1774, o Congresso da Filadélfia elencou o princípio da legalidade dentre os

⁴⁰ *Idem*, p. 37.

⁴¹ *Idem*, p. 41.

⁴² *Idem*, p. 42.

⁴³ Cf. HUNGRIA, Néilson, *op. cit.* (nota 4), p. 29.

direitos fundamentais do homem. A coroação triunfante se ergueu na Constituição Federal americana, em 1787, que expressamente vedou a aplicação de lei penal posterior aos fatos já ocorridos⁴⁴.

Voltando à França, LAFAYETTE, influenciado pelas experiências que vivera na América e tomando parte na Assembléia Nacional francesa, demandou uma declaração de direitos com os contornos revolucionários americanos. Sobreveio a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁴⁵, que em seu art. 8º dispunha: “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”⁴⁶. Esse pensamento acabou sendo apostado no Código Penal francês de 1791⁴⁷.

Percebe-se, assim, que o princípio da legalidade apresenta uma origem política, de garantia contra o arbítrio do Estado, e consagra a cidadania como condição essencial da sociedade, na tentativa de racionalizar o poder através do Direito⁴⁸. As três primeiras manifestações sociais desse espírito são exatamente a *Magna Charta Libertatum*, a Constituição Americana e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

2.1.4. O *NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE* NO DIREITO PENAL DE PREVENÇÃO DE FEUERBACH

Como vimos, o princípio da legalidade procedeu da doutrina liberal inglesa, francesa e italiana, e restou concretizado com as experiências político-revolucionárias na América e, depois, na França. De sua sorte, a fundamentação jurídica do preceito é obra de um jurista alemão: ANSELM VON FEUERBACH.

⁴⁴ Cf. *idem*, pp. 29-30.

⁴⁵ REALE ensina que aqui se localiza a mudança para a concepção universal do homem enquanto sujeito de direitos: “é nesse contexto universal que se situa o *cidadão* da Revolução Francesa, ou seja, o homem enquanto homem é sujeito de direitos pelo simples fato de ser homem, firmando-se na originariedade do *cives* perante o Estado, em contraposição ao *Ancien Régime*, no qual a cidadania era um *status* consentido pelo monarca”. REALE, Miguel, *Nova fase do Direito Moderno*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 77.

⁴⁶ No original: “*Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au delit et légalement appliquée.*” HUNGRIA, Nelson, *op. cit.* (nota 4), p. 30.

⁴⁷ Cf. MANZINI, Vincenzo, *op. cit.* (nota 17), p. 199. O preceito do Código dispunha: “Nem toda ação contrária à lei é um delito criminal, e se devem considerar e tratar como delitos criminais só aquelas ações contrárias à lei que sejam declaradas como tais por uma lei penal atual”. *Apud* REALE, Miguel, *op. cit.* (nota 45), p. 85.

⁴⁸ Registre-se a observação de REALE sobre esse período: “O movimento que animou a metade do século XVIII em prol da codificação jurídica, a fim de superar o caos criado por normas estatais, canônicas e costumeiras de toda sorte então vigentes, teve intensa repercussão no campo penal, mas foi onde encontrou maior resistência, tão forte é a prevenção dos guardiães da ordem e das prerrogativas do poder”. *Idem*, p. 84.

FEUERBACH – na obra *Tratado de Direito Penal comum vigente na Alemanha*⁴⁹ – demonstrou que o princípio da legalidade não se restringe a uma razão política, encontrando bases eminentemente jurídico-penais. De fato, sendo a função da pena a de efetuar uma coação psicológica para evitar a prática do delito, e justificando-se a aplicação da sanção somente quando o agente, de posse do conhecimento da ameaça legal, não se abstém do ato proibido, a própria punição do fato e o funcionamento do sistema penal demandam que a incriminação e a respectiva sanção estejam previstas em lei escrita, publicada de forma devida⁵⁰.

É a FEUERBACH que se devem as fórmulas latinas *nulla poena sine lege, nullum crimen sine lege*⁵¹, as quais não surgiram no Direito romano, como seria errôneo supor, já que na Roma antiga o princípio não continha senão exíguas manifestações⁵².

Já no intróito do aludido livro, o jurista bávaro exibiu o aspecto legal que doravante assumiria o Direito Penal. Em seu primeiro parágrafo, fica nítida a ligação íntima entre Estado e lei: “El derecho criminal (ciencia del derecho penal, derecho punitivo) es la ciencia de los derechos que tiene el Estado, fundándose en las leyes penales, frente a sus súbditos como posibles infractores a las mismas”⁵³.

Para FEUERBACH, a coerção física não é suficiente para impedir as lesões jurídicas, vez que somente podem ser aplicadas após a ocorrência do fato lesivo. Ademais, certos danos são irreparáveis e a sanção posterior não é capaz de evitar que sejam cometidos. Daí porque é necessária outra coerção além da física, que, imposta pelo Estado, seja eficaz nos casos particulares, sem subverter a exigência de prévio conhecimento da lesão. Tal coação – concluiu ele – só pode ser de ordem psicológica⁵⁴.

Para coibir o impulso humano de cometer infrações, é preciso que o indivíduo saiba que lhe sucederá um mal maior do que o desgosto resultante da insatisfação do

⁴⁹ Publicada em Giessen, no ano de 1801, com quatorze edições até 1847, no título original de *Lerbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*. Cf. o *Ensayo preliminar* de Eugenio Raul ZAFFARONI in FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

⁵⁰ Cf. HUNGRIA, Nélson, *op. cit.* (nota 4), pp. 30-31.

⁵¹ Cf. *idem*, pp. 31-33.

⁵² ANTOLISEI versa expressamente: “Per quanto il principio di legalità venga comunemente espresso con una formula latina, esso non trae origine dal diritto romano, il quale, secondo l’opinione prevalente, ammetteva l’applicazione analogica della legge penale, consentendo al giudice di punire *ad exemplum legis*. La veste latina al principio fu data dal grande criminalista tedesco Anselmo Feuerbach”. ANTOLISEI, Francesco, *op. cit.* (nota 23), p. 66.

⁵³ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, *op. cit.* (nota 49), p. 39.

⁵⁴ Cf. *idem*, pp. 51-52.

impulso para praticar o ato⁵⁵. É dizer, se a abstenção do ato criminoso é algo negativo para o agente, deve-se estabelecer um mal de medida maior do que este sentimento para se evitar que pratique a conduta delitiva.

A convicção geral desta ameaça inibitória traz duas exigências: (i) a cominação legal que estabeleça a sanção como consequência da prática do ato; e (ii) a execução da pena, demonstrando na realidade o efeito idealizado anteriormente, permitindo que o imaginário popular sobre a lei tenha substrato concreto. Compreende-se, desse modo, a razão pela qual FEUERBACH afirmou que a coação psicológica é feita “mediante la efectividad armónica de los poderes legislativo y ejecutivo en el común objetivo intimidatorio”⁵⁶.

Nesse contexto, o fundamento jurídico para a *cominação* da pena é a concordância desta com a liberdade jurídica do apenado virtual ou potencial, da mesma forma que a necessidade de garantir o direito de todos é a razão que permite ao Estado fazer tal previsão na lei. De seu turno, o fundamento jurídico da *aplicação* da pena é exatamente esta prévia cominação legal⁵⁷.

O caráter preventivo de tal argumentação é evidente. A aplicação da sanção encontra sua base na previsão legal, e esta, por sua vez, existe para assegurar o direito de todos, através da coação psicológica que a dinâmica do sistema oferece. O princípio da legalidade, em sua conformação feuerbachiana, dá sentido ao Direito Penal como um todo, explicando sua existência e apontando seu modo de funcionamento.

Com base em tal pensamento, FEUERBACH legou ao mundo as máximas latinas conhecidas. Seja-nos consentido transcrever as palavras do jurista alemão, que estão no §20 de sua obra maior, logo após a argumentação sobre prevenção que acabamos de expor:

“De aquí surgen, sin excepción alguna, los siguientes principios derivados: I) Toda imposición de pena presupone una ley penal (*nulla poena sine lege*). Por ende, sólo la conminación del mal por la ley es lo que fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena; II) La imposición de una pena al hecho, como presupuesto jurídicamente

⁵⁵ Cf. *idem*, p. 52.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Cf. *idem*, pp. 52-53.

necesario; III) El hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Consecuentemente, el mal, como consecuencia jurídica necesaria, se vinculará mediante la ley a una lesión jurídica determinada⁵⁸.

O excerto não serve apenas para visualizarmos a cunhagem de expressões notórias, mas, primordialmente, revela o rigor de uma construção jurídica que correlaciona inteligentemente a função preventiva do Direito Penal e a previsão legal. Ademais, vislumbramos no trecho referido a centelha das funções de imputação e de certeza/determinação que viriam a ser desenvolvidas ao redor do princípio da legalidade.

2.1.5. SÉCULO XX: DESTRUÇÃO E RECONSTRUÇÃO

A partir dos desenvolvimentos doutrinários e das codificações criminais e constitucionais, percebemos o crescente reconhecimento do princípio da legalidade no mundo ocidental. Conforme veremos, a regra que se seguiu foi a de solidificação da garantia da lei por todo o séc. XX, até seus últimos desdobramentos, nos dias de hoje.

Todavia, alguns acontecimentos marcaram a história do Ocidente no último século, fatos que, por envolverem a quebra da legalidade, merecem nossa atenção.

São dois os principais casos de afastamento da positivação dessa garantia: o Código Penal soviético de 1922, e a Lei fundamental alemã, da qual o princípio foi retirado em 28(3) de junho de 1935⁵⁹.

No que toca ao Direito Penal da ex-União Soviética, HUNGRIA atesta que o penalista russo ANOSSOW, pugnava pela abolição do princípio da legalidade no Código Penal dos Soviéticos, argumentando em prol do *defensismo* da “escola penal positiva”. Conforme citação de HUNGRIA, o jurista soviético entendia que “O direito não tem a mobilidade da vida, mas não é isso razão para que fatos perigosos fiquem impunes por falta de um adequado artigo no Código Penal”⁶⁰.

⁵⁸ *Idem*, p. 55.

⁵⁹ Segundo ANTOLISEI, MANZINI e MEZGER a data é 28 de junho. ANTOLISEI, Francesco, *op. cit.* (nota 23), p. 67; MANZINI, Vincenzo, *op. cit.* (nota 17), p. 199, *in* nota 2; e MEZGER, Edmund, *Derecho penal – Parte General*, Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1958, p. 63. Para HUNGRIA, o correto é 23 do mesmo mês. HUNGRIA, Nélsion, *op. cit.* (nota 4), p. 16.

⁶⁰ HUNGRIA, Nélsion, *op. cit.* (nota 4), p. 10.

Ou seja, a razão que se levantava para a inobservância da legalidade era a complexidade dos fatos. Uma vez que poderiam suceder condutas não previstas, embora deletérias, o obstáculo da lei deveria ser superado, dando espaço à punição.

Em 12 de dezembro de 1919 foram publicados os *Princípios Básicos do Direito Penal da União Soviética*, que em seu art. 1º afirmavam: “o direito é o sistema (regulamentação) das relações sociais, que corresponde aos interesses da classe dominante e que é protegido por seu poder organizado”⁶¹. O Direito era visto como mera superestrutura da sociedade, sem qualquer valoração própria, mero instrumento do poder que seria utilizado transitoriamente pela classe proletária revolucionária rumo ao Comunismo⁶².

Aniquilava-se a garantia da tipicidade através da indeterminação exacerbada, em prol dos interesses revolucionários⁶³. Tais idéias encontraram ressonância no Código Penal Soviético de 1922, que, em seu art. 6º, dispunha sobre o conceito material de crime:

“Como delito deve ser considerada toda ação ou omissão socialmente perigosa, que ameaça os princípios básicos da constituição soviética e a ordem jurídica criada pelo governo dos operários e camponeses, para o período de transição ao Estado Comunista”⁶⁴.

A imprecisão foi ampliada com a permissão da analogia, prevista no Código Penal moscovita:

“Se uma ação qualquer, considerada socialmente perigosa, não se acha especialmente prevista no presente Código, os limites e fundamentos da responsabilidade se deduzem dos artigos deste Código que prevejam delitos de índole mais análoga”⁶⁵.

⁶¹ Apud FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Apontamentos sobre o conceito de crime no direito soviético*, in *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, nº 5, vol. 2, Rio de Janeiro: 1964, p. 67.

⁶² Nas palavras dos juristas russos: “Como parte que es de la superestructura, el derecho penal soviético ayuda al fortalecimiento del sistema económico de la sociedad socialista, pues al defender de los atentados socialmente peligrosos las bases económicas del socialismo, defiende el sistema de la economía socialista y la propiedad socialista”. E continua: “Este derecho constituye una de los instrumentos del Estado de todo el pueblo soviético para la realización de la histórica tarea de la construcción del comunismo”. ZDRAVOMÍŠLOV, SCHNEIDER, KÉLINA et RASHKÓVSKAIA, *Derecho penal soviético – Parte general*, Bogotá: Temis, 1970, p. 9.

⁶³ Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio, *op. cit.* (nota 61), p. 67, in nota 2.

⁶⁴ Apud *idem*, p. 67.

⁶⁵ Apud HUNGRIA, Néelson, *op. cit.* (nota 4), p. 13.

Noticia-se até mesmo que o russo KRILENHO elaborou um projeto de Código Penal sem parte especial, concentrando nas mãos do juiz a criação dos tipos. Mas os legisladores soviéticos não acataram a proposta⁶⁶.

Esses desmandos do poder não se ativeram ao mundo bolchevista. Na terra de FEUERBACH, a revolução nazista, após angariar mais e mais força, atacou o princípio da legalidade, marchando sobre a arquitetura de sua própria doutrina, colocando por terra a garantia tão duramente conquistada pelos cidadãos.

Mundo afora a surpresa do retrocesso alemão reverberou. Entre nós, o estado assombroso foi perenizado nas palavras de HUNGRIA:

“Antes que nós outros, ainda integrados na continuidade do credo democrático, nos refizéssemos do espanto causado pela adoção da *analogia* no Código Penal soviético, eis que o mesmo critério é inculcado e acolhido, sem rebuços e sob moldes talvez mais desabridos, na Alemanha, que vinha sendo, havia mais de um século, a pesquisadora e inexcedível mestra do Direito”⁶⁷.

Com o fim da República de Weimar e a ascensão do nazismo, o Estado totalitário se arregimentou ao redor da figura do *Führer*. Foi desenvolvido o chamado *Novo Direito Penal alemão*, nos seguintes moldes:

“(...) permite-se a punição do fato que escapou à previsão do legislador, uma vez que essa punição seja reclamada pelo ‘sentimento’ ou pela ‘consciência’ do povo (*Volksempfinden*), depreendidos e *filtrados*, não pela interpretação pretoriana dos juízes, mas (e aqui é que o leão mostra a garra...) segundo a *revelação* (*Kundmachung*) do *Führer*”⁶⁸.

A lei nada mais podia contra o poderio nazista. Compondo o plano totalitário do partido de Hitler, a arbitrariedade centrada em sua figura era imprescindível para o

⁶⁶ Cf. LYRA, Roberto, *Noções de direito criminal (Parte Especial)*, vol. I, Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1944, p. 10.

⁶⁷ HUNGRIA, Nélson, *op. cit.* (nota 4), p. 13.

⁶⁸ *Ibidem*.

controle da sociedade. A reviravolta na Alemanha podia ser sintetizada na pérfida frase de SCHAFFSTEIN, professor de Direito em Leipzig: “A lei é o que o *Führer* ordena”⁶⁹.

Em junho de 1935, foi modificado o §2º do Código Penal alemão de 1871, adotando-se a fórmula elaborada pela Comissão de Direito Penal (*Strafrechtskommission*) nomeada pelo governo de Hitler para tal finalidade. O preceito dispunha:

“É punido quem pratica uma ação que a lei declara punível ou que merece punição segundo o conceito básico de uma lei penal e a sua consciência do povo. Se nenhuma lei penal determinada se aplica imediatamente ao fato, é este punido de acordo com a lei cujo conceito fundamental melhor se lhe adapte”⁷⁰.

Discursando em Roma, em 1936, o Ministro do Reich Giovanni Frank declarou que “il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* è stato ampliato dal legislatore nazional-socialista nell’altro: *nessun delitto senza pena*”⁷¹. Nas palavras de MANZINI: “Questa «ampliamento», come si vede, significava semplicemente soppressione”⁷².

A exemplo do Direito Penal soviético, a Alemanha foi tomada de assalto pela arbitrariedade do poder. A força sem limites destronou o império da lei e colocou a coroa sobre o *Führer*. Mais uma vez, a história foi marcada pela aniquilação da legalidade⁷³.

Antes de verificarmos o que sucedeu após a experiência nazista, vejamos alguns dados a este respeito, que não nos podem escapar.

Observe-se que o totalitarismo hitlerista, tendo se amparado no argumento retórico de que desfrutava de amparo legal – embora se utilizando de expressões vagas

⁶⁹ *Apud idem*, p. 14.

⁷⁰ *Apud idem*, p. 16. Recorde-se que o artigo supracitado foi revogado em 30 de janeiro de 1946, por meio da Lei nº 11 do Conselho de Controle, ripristinando as leis anteriores. O mesmo Conselho de Controle emitiu a proclamação nº 3, asseverando: “2. Existe responsabilidad punible solamente con respecto a acciones que el derecho (‘law’) declara punible. 3. Ningún tribunal puede declarar punible acción alguna sobre la base de la ‘analogía’ o en virtud del llamado ‘sano sentimiento popular’, como ha ocurrido hasta el presente en el derecho penal alemán”. Cf. MEZGER, Edmund, *op. cit.* (nota 59), p. 64.

⁷¹ *Apud* MANZINI, Vincenzo, *op. cit.* (nota 17), p. 199, *in* nota 2.

⁷² *Idem*, p. 199, *in* nota 2.

⁷³ Note-se que o princípio da legalidade foi mantido na Itália, ainda quando esta se encontrava sob o jugo fascista. O art. 1º do Código Penal italiano dizia: “Nessuno può essere punito per un fatto che non sai espressamente preveduto come reato dalla legge, nè con pene che non siano da essa stabilite”. Cf. e *apud idem*, p. 199.

para praticar arbitrariedades em nome da lei⁷⁴, como vimos – encontrou derradeiramente sua ruína simbólica no Tribunal de Nuremberg, o qual foi sabidamente um tribunal *ad hoc*, extravagante à idéia de legalidade.

Apesar de sua inegável importância política, ainda que em sentido simbólico, o famigerado julgamento não é isento de críticas, justamente em virtude de não ter observado o mandato garantista da lei. Abramos espaço para a reflexão de HUNGRIA sobre o tema:

“O Tribunal de Nuremberg há de ficar como uma nodosa da civilização contemporânea: fêz **tabula rasa** do **nullum crimen nulla poena sine lege** (com um improvisado **Plano de julgamento**, de efeito retroativo, incriminou fatos pretéritos e impôs aos seus autores o “enforcamento” e penas puramente arbitrárias); desatendeu ao princípio da “territorialidade da lei penal”; estabeleceu a responsabilidade penal de indivíduos participantes de tais ou quais associações, ainda que alheios aos fatos a elas imputados; funcionou em nome dos vencedores, que haviam cometido os mesmíssimos fatos atribuídos aos réus; suas sentenças eram inapeláveis, ainda quando decretavam a pena de morte”⁷⁵.

Desatino do poder, delírio da força, o nazismo em sua ânsia de conquista aterrorizou o mundo com a infinidade de corpos sepultados, vidas destruídas e violências de toda ordem. O afastamento da garantia da lei não foi senão uma dentre as diversas máculas do hitlerismo. Em meio aos escombros restantes no fim da guerra, era tempo de reconstruir o que fora perdido, e o mais importante resgate era incontestável: os direitos humanos.

É razoável entender que a consagração do princípio da legalidade se localiza no movimento maior de positivação dos direitos humanos. Com efeito, as barbaridades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial levaram a uma reflexão profunda sobre a dignidade do homem e sobre as garantias necessárias para sua defesa. Nada espantoso é

⁷⁴ Daí a crítica ao positivismo legalista, que em sua compreensão do ordenamento como hierarquia de normas sem conteúdo axiológico dava margens a injustiças travestidas de qualidade jurídica. Neste sentido, a crítica de Flávia PIOVESAN, conforme a visão dos direitos humanos: “Sob essa perspectiva se manifesta aguda crítica e o repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal – tendo em vista que o nazismo e o fascismo ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei”. PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*, São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 9-10.

⁷⁵ HUNGRIA, Néelson, *op. cit.* (nota 4), p. 26, *in nota* 7.

concluir que, na esteira das múltiplas normativas humanísticas, encontrasse também seu berço o princípio da legalidade. Como teremos a oportunidade de averiguar, este acolhimento de fato ocorreu.

Além disso, em resposta à tragédia humana que marcou o século XX, as sucessivas convenções e declarações internacionais no pós-Segunda Guerra procuraram não somente positivar direitos humanos, mas igualmente normatizar violações, criando verdadeiras figuras criminais, a fim de prevenir e reprimir estas condutas através da legalidade explícita⁷⁶.

De qualquer modo, da Segunda Guerra Mundial em diante, o princípio da legalidade foi amparado de maneira praticamente universal.

2.2. DOCUMENTOS INTERNACIONAIS

Destaque-se, à guisa de ilustração, alguns documentos importantes na seara internacional, especialmente aqueles que mais influenciam o Direito brasileiro. Frise-se que a exposição a seguir versará tão-somente sobre as normas que tratam diretamente da legalidade no campo penal, omitindo-se textos relativos a processo penal, outras disciplinas ou que não apresentem implicações diretas.

A *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, adotada e proclamada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, ao inaugurar os textos internacionais do pós-Segunda Guerra a este respeito, dispunha já em seu preâmbulo, dentre as razões para sua adoção, ser “essencial que os direitos da pessoa sejam protegidos pelo império da lei, para que a pessoa não seja compelida, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão”.

Fica evidente o intuito garantidor das disposições do documento internacional em comento, o que resta confirmado ao longo dos artigos:

“Artigo IX – Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

⁷⁶ Confira-se, a este respeito, o prefácio de Celso LAFER in PIOVESAN, Flávia, *op. cit.* (nota 74), pp. XII-XIII: “O Tribunal de Nuremberg – assim como o de Tóquio – foi um tribunal *ad hoc* do pós-Segunda Guerra Mundial, que teve desdobramentos ao dar início a uma política do direito voltada tanto para a tipificação quanto para a justicialização internacional dos direitos humanos na esfera penal”.

Artigo X – Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um Tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela.

Artigo XI – 1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Acrescentando normas protetivas no plano internacional, o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, adotado em resolução da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em dezembro de 1966, também positivou preceitos influentes na garantia da legalidade penal. Podemos realçar:

“Art. 6º – 2. Nos países em que a pena de morte não tenha sido abolida, esta poderá ser imposta apenas nos casos de crimes mais graves, em conformidade com a legislação vigente na época em que o crime foi cometido e que não esteja em conflito com as disposições do presente Pacto, nem com a Convenção sobre a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio. Poder-se-á aplicar essa pena apenas em decorrência de uma sentença transitada em julgado e proferida por um tribunal competente.

(...)

Art. 9º – 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de sua liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos⁷⁷.

⁷⁷ O restante do artigo 9º continua a versar sobre o assunto, com acentuação sobre os meios processuais para garantir a legalidade: “Art. 9º – 2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela. 3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência e a todos os atos do processo, se necessário for, para a execução da sentença. 4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade, por prisão ou encarceramento, terá o direito de recorrer a um tribunal para

(...)

Art. 15 – 1. Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que não constituam delito de acordo com o direito nacional ou internacional, no momento em que foram cometidos. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se.

2. Nenhuma disposição do presente Pacto impedirá o julgamento ou a condenação de qualquer indivíduo por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, eram considerados delituosos de acordo com os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações”.

Também de proeminência, nesse contexto, a *Convenção Européia de Direitos Humanos*, adotada pelo Conselho da Europa, em 1950, com inovações protocolares posteriores, a qual expressamente previu, no Título I – Dos Direitos e Liberdades, o princípio em estudo:

“Art. 7º

Princípio da legalidade

1. Ninguém pode ser condenado por uma ação ou uma omissão que, no momento em que foi cometida, não constituía infração, segundo o direito nacional ou internacional. Igualmente não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infração foi cometida.
2. O presente artigo não invalidará a sentença ou a pena de uma pessoa culpada de uma ação ou de uma omissão que, no momento em que foi cometida, constituía crime segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas”.

Diante de tais disposições, pode-se notar um movimento no sentido da evidência cada vez mais explícita do princípio da legalidade.

que este decida sobre a legalidade de seu encarceramento e ordene a soltura, caso a prisão tenha sido ilegal.
5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegal terá direito à reparação”.

Em sintonia com essa tendência, situa-se a *Convenção Americana de Direitos Humanos* – Pacto de São José da Costa Rica, um dos pilares do Sistema Regional Interamericano de Direitos Humanos, tendo sido assinada em 1969 e vigorando a partir de 1978. O Estado brasileiro aderiu à Convenção em 1992⁷⁸.

O Pacto de São José estabeleceu, dentre as disposições do Capítulo II – Direitos Civis e Políticos, sobre a matéria da legalidade penal, o seguinte⁷⁹:

“Artigo 9º

Princípio da legalidade e da retroatividade

Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinqüente deverá dela beneficiar-se”.

Esquadrinhadas as principais previsões internacionais sobre o princípio da legalidade, é inevitável concluir que estamos perante uma garantia de importância crucial, vista como tema de direitos humanos; algo a ser respeitado em todo o globo e que se insere na gama de instrumentos essenciais à proteção da pessoa humana.

Não é por outro motivo que, no compasso dos documentos internacionais, a ordem jurídica interna dos países possui hoje por regra a positivação da garantia da legalidade em sede criminal. Façamos um breve exame do Direito estrangeiro antes de analisar o ordenamento brasileiro.

2.3. DIREITO ESTRANGEIRO

No Direito estrangeiro, o princípio da legalidade foi positivado de forma generalizada, verificando-se uma reduzida diferença quanto à sua redação.

⁷⁸ Cf. PIOVESAN, Flávia, *op.cit.* (nota 74), pp. 87-88.

⁷⁹ Além do art. 9º, em destaque, podemos elencar sobre o tema: art. 4º – Direito à vida, vedando pena de morte, exceto para casos previstos em lei anteriores à Convenção, e outras garantias; art. 7º – Direito à liberdade pessoal, vedando a prisão arbitrária; art. 8º – Garantias judiciais, consagrando o acesso à Justiça para o controle das garantias estabelecidas; etc.

2.3.1. PORTUGAL

A Constituição da República Portuguesa previu a garantia da lei no art. 29º, inciso I: “Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior”.

Também em Portugal, o Código Penal dispõe sobre o princípio da legalidade em seu artigo 1º, da seguinte forma:

- “1. Só pode ser punido criminalmente o facto descrito e declarado passível de pena por lei anterior ao momento da sua prática.
2. A medida de segurança só pode ser aplicada a estados de perigosidade desde que os respectivos pressupostos estejam fixados em lei anterior ao seu preenchimento.
3. Não é permitida a analogia para qualificar o facto como crime, definir um estado de perigosidade, ou determinar a pena ou medida de segurança que lhes corresponde”.

Verifica-se que a vedação da analogia é expressa, não permitindo qualquer dúvida a respeito. Contudo, silenciou o legislador sobre a interpretação extensiva. Sugere-se, na doutrina portuguesa, o cuidado com esta figura: “a interpretação extensiva é agora possível, mas deve dela o intérprete fazer uso com prudência e moderação, sempre atento ao princípio da legalidade”⁸⁰.

Nesse contexto, o art. 2º disserta acerca da aplicação da lei no tempo, proibindo a retroatividade maléfica; determinando a retroatividade benéfica no caso de *abolitio criminis*, ainda que já existente trânsito em julgado; regulando os efeitos da lei temporária; e obrigando a aplicação do “regime que concretamente se mostre mais favorável ao agente”, mas apenas até o momento do trânsito em julgado⁸¹.

Sobre este último ponto, convém sublinhar que alguns doutrinadores portugueses pugnavam pela inconstitucionalidade da norma, porquanto a Constituição de

⁸⁰ GONÇALVES, M. Maia, *Código Penal Português: anotado e comentado e legislação complementar*, Coimbra: Almedina, 1986, p. 46.

⁸¹ *Ibidem*.

Portugal não teria realizado a restrição que foi depois amparada na lei. Isto é, a lei teria sido mais restritiva do que o texto constitucional⁸². Em sentido contrário, diz-se que não há vício algum, porque competiria ao legislador ordinário perfilhar o âmbito de atuação da norma constitucional, bem como não teria havido redução do conteúdo essencial do preceito da Constituição⁸³.

2.3.2. ESPANHA

Ao contrário do elogiado Código Penal espanhol de 1870, o atual estatuto criminal da Espanha, aprovado em 1995, recebeu muitas críticas. Para RODRÍGUEZ MOURULLO, a despeito de inovações acertadas, o Código atual apresenta muitas deficiências, concentradas principalmente na parte especial⁸⁴.

Em sua Exposição de Motivos, a Lei Orgânica nº 10 de 1995 (Código Penal Espanhol), aprovada em 23 de novembro, é explícita ao consagrar a idéia de legalidade, como barreira ao poder incriminador e sancionador do Estado. Não por outro motivo, suas primeiras letras são as seguintes:

“Si se ha llegado a definir el ordenamiento jurídico como conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza, puede entenderse fácilmente la importancia del Código Penal en cualquier sociedad civilizada. El Código Penal define los delitos y faltas que constituyen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal. En consecuencia, ocupa un lugar preeminente en el conjunto del ordenamiento, hasta el punto de que, no sin razón, se ha considerado como una especie de «Constitución negativa»”.

Note-se que o referido Código trouxe uma novidade interessante: incluiu o chamado Título preliminar – Das garantias penais e da aplicação da Lei penal, composto de nove artigos. Boa parte dos dispositivos trata do tema em estudo. Vejamos os mais relevantes.

⁸² Nesse sentido: CANOTILHO, MOREIRA, Taipa de CARVALHO, Rodrigues MAXIMINIANO, Rui PEREIRA. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 189, in nota 54.

⁸³ Cf. *Idem*, pp. 189-190.

⁸⁴ Cf. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dir.), JORGE BARREIRO, Agustín (coord.) *et alii*, *Comentarios al código penal*, Madrid: Civitas, 1997, p. 17.

O artigo 1º é dividido em duas partes, a primeira versando sobre a pena e a segunda sobre as medidas de segurança. Dispõe: “1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración”. Registre-se que a garantia também se encontra no art. 25 da Constituição espanhola, e que, para o Tribunal Constitucional da Espanha, referido princípio é considerado “esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho”⁸⁵.

No artigo 2º⁸⁶, temos as normas sobre a aplicação da lei penal no tempo, com a vedação da retroatividade de lei mais gravosa; a ultra-atividade e retroatividade da lei penal mais benéfica, com algumas particularidades; e a lei penal temporal.

Frise-se que o referido texto legal determina que, na dúvida sobre a aplicação da lei mais benéfica ao réu, este será ouvido. Na lição de RODRÍGUEZ MOURULLO, a opinião ofertada pelo réu será *vinculante* para o Tribunal⁸⁷.

Seguindo a ordem do estatuto criminal espanhol, o artigo 3º versa sobre a exigência de sentença condenatória para execução de pena e medida de segurança.

Logo após este, temos uma norma de grande valor para nosso estudo: o artigo 4º.

“1. La leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

2. En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal.

3. Del mismo modo, acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de

⁸⁵ STC 150/1989, *apud* RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dir.), *op. cit.* (nota 84), p. 28.

⁸⁶ “1. No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se Halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad. 2. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de dudo sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal será juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario.”

⁸⁷ Cf. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dir.), *op. cit.* (nota 84), p. 32.

indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción u las circunstancias personales del reo.

4. *Omissis*.

5. *Omissis*”.

A primeira parte do artigo veda a utilização da analogia. Na opinião de RODRÍGUEZ MOURULLO, foram afastadas tanto a *analogia legis* – norma extraída da própria lei – como a *analogia iuris* – norma retirada do ordenamento enquanto conjunto. O doutrinador espanhol ressalta que não se proíbe a interpretação, mas sim a integração da lei, porquanto a aplicação analógica significaria uma verdadeira criação de Direito com o fim de regular casos não previstos legalmente⁸⁸.

O item 2 do texto estabelece as denominadas *regras equitativas*, por meio das quais, na hipótese de o órgão julgador se deparar com uma conduta merecedora de punição, embora não tutelada pela lei, está impedido de continuar o procedimento. Caber-lhe-ia, tão-somente, a tarefa de enviar ao Governo sua opinião, para que este, assim entendendo, propusesse lei respectiva⁸⁹.

Por outro lado, o inciso 3 trata da situação justamente inversa: embora a lei determine a punição, no caso concreto esta seria injusta. É certo que o réu deverá ser apenado, executando-se a sentença, todavia, surgem para o juiz duas possibilidades: (i) pode expedir ao Governo motivos para a modificação do texto, a exemplo da hipótese precedente; e (ii) permite-se que proponha ao Governo a concessão de indulto. A própria norma já prevê os parâmetros a serem observados nessa ocasião: o dano causado pela infração e as circunstâncias pessoais do réu. Adverte-se que as soluções podem ser cumuladas, não sendo exclusivas⁹⁰.

⁸⁸ Cf. *idem*, p. 35.

⁸⁹ Cf. *idem*, p. 36.

⁹⁰ Cf. *idem*, p. 37.

Finalmente, já no Título I – Da infração penal, em seu Capítulo 1 – Dos delitos e das faltas, o Código Penal espanhol prevê no artigo 10 que “Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley”.

Desse modo, o princípio da legalidade foi consagrado na Espanha, mantendo íntima relação com a tipicidade, instrumento para a efetivação daquele.

2.3.3. ITÁLIA

Para os italianos, o princípio da legalidade, também denominado estreita legalidade, encontra previsão desde o Código Penal de 1848 (art. 26) e, no estatuto criminal atual, vem previsto no art. 1º: “Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, nè con pene che non siano da essa stabilite”.

A Constituição da República Italiana de 1948 endossa a garantia da lei criminal em seu art. 25, §2º: “Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto comesso”.

Assim, também na Itália, o princípio da legalidade está presente, tanto em âmbito legal quanto na Constituição. Como veremos posteriormente, a doutrina italiana, atenta a tais preceitos, desenvolveu argumentos interessantes neste campo.

2.3.4. ALEMANHA

Noticia-se que em 1953, Dehler – então Ministro da Justiça da Alemanha – determinou a elaboração de um novo Código Penal, que restou a cargo do Instituto de Direito Penal da Universidade de Freiburg. O Comitê responsável era composto por legisladores, representantes do Executivo, juízes e diversos professores, como MEZGER, NIETHAMMER, LANGE, GALLAS, BOCKELMANN, JESCHECK e WELZEL⁹¹.

Referida Comissão findou seus trabalhos em 1959 e, no ano seguinte, o Ministro da Justiça Schäffer apresentou o Projeto ao parlamento alemão. Todavia, a iniciativa não logrou aprovação, tendo sido estruturado um novo Projeto, o chamado

⁹¹ Cf. CÉSAR ESPÍNOLA, Julio, *Código Penal alemán: parte general*, Buenos Aires: Depalma, 1976, pp. 3-4.

Projeto de 1962, o qual foi apreciado em 1966 por uma Comissão Especial do Legislativo⁹².

Entretanto, dissentindo das idéias do referido plano legal, um grupo de professores ofereceu no mesmo ano outro modelo, chamado de *Projeto Alternativo*, subscrito por Jürgen BAUMANN, Anne Eva BRAUNECK, Ernst Ealter JANACK, Arthur KAUFMANN, Ulrich KLUG, Ernst Joachim LAMPE, Theodor LENCKNER, Werner MAIHOFFER, Peter NOLL, Claus ROXIN, Rudolf SCHMITT, Hans SCHULTZ, Günter STRATENWERTH e Walter STREE⁹³.

Assim, o Parlamento alemão considerou ambas as iniciativas, resultando em uma modificação do Código Penal. Referida alteração foi efetivada por meio de duas etapas: através da primeira lei para reforma, de 25 de junho de 1969; e da segunda lei, de 04 de julho do mesmo ano⁹⁴.

Na esteira da tradição mundial, o Código Penal da Alemanha prevê o princípio da legalidade também em seu art. 1º: “Sólo puede castigarse el hecho cuya punibilidad estuviese legalmente establecida antes de su comisión”.

Em seu art. 2º, traz os dispositivos referentes à anterioridade da lei, incluindo-se a irretroatividade geral, a retroatividade e ultra-atividade benigna, a exceção das leis temporárias e também um diferenciador para medidas de segurança sem internação ou vigilância, para as quais, diversamente dos crimes e delitos, se aplica a lei vigente ao tempo do julgamento⁹⁵.

O Direito alemão, portanto, também pode ser contado entre aqueles que albergaram o princípio da legalidade no campo criminal.

⁹² Cf. *idem*, p. 4.

⁹³ Cf. *ibidem*.

⁹⁴ Cf. *idem*, pp. 4-5.

⁹⁵ Cf. *idem*, pp. 9-10. Observe-se que a Lei alemã diferencia entre crimes e delitos, de acordo com a qualidade e quantidade da pena aplicável, de acordo com previsão do art. 12. Cf. *idem*, p. 15.

2.3.5. ARGENTINA

Contrapondo as legislações vistas até aqui, o Código Penal da Nação Argentina não apresenta um dispositivo específico sobre o princípio da legalidade, embora esteja implicitamente consagrado naquele estatuto.

Em seu Título I – Aplicação da lei penal, o Código Criminal Argentino traz dispositivos correlatos à legalidade, prevendo a utilização da lei mais benigna e outros institutos, conquanto não disponha expressamente o consagrado mandamento da legalidade⁹⁶. Já o Título II – Das penas, estabelece os quatro tipos de penas possíveis no sistema argentino: reclusão, prisão, multa e inabilitação⁹⁷.

De seu turno, a Constituição da Nação Argentina, no art. 18, primeira parte, prevê que: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”. Se não encontrou guarida no Código Penal, o princípio da legalidade foi abraçado pela Carta Maior dos argentinos⁹⁸.

Caso subsista qualquer dúvida, basta conferir a redação do art. 19, logo em seguida, o qual categoricamente assevera, em sua parte final: “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Portanto, a despeito da ausência literal no Código Penal, pode-se afirmar que a Argentina acompanha os demais países que consagram a legalidade como viga mestra do Direito Penal, garantia inarredável em um Estado Democrático de Direito.

2.4.DIREITO BRASILEIRO

Antes de examinarmos a legislação brasileira atual, façamos um breve percurso pela evolução do princípio da legalidade no solo pátrio⁹⁹.

⁹⁶ CHICHIZOLA, Mario I., *Código Penal de la Nación Argentina*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p.9.

⁹⁷ *Idem*, p.10.

⁹⁸ DROMI, Roberto et MENEM, Eduardo, *La Constitución Reformada – comentada, interpretada y concordada*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1994, p. 462.

⁹⁹ Analisaremos basicamente os Códigos Penais, isto porque, conforme infra, após a Constituição do Império, todas as demais previram o princípio da legalidade, ainda que com certas mudanças textuais e com caráter acentuadamente processual. Por último, veremos individualmente a Constituição da República de 1988, que tem importância vital para o trabalho.

2.4.1. CÓDIGO PENAL DE 1830

O Direito Penal brasileiro propriamente dito é aquele iniciado com o Código Penal de 1830, vez que até então eram aplicadas no Brasil as Ordenações Filipinas, emprestadas de Portugal¹⁰⁰.

Tratava-se de legislação criada ao tempo em que a Espanha dominava Portugal. Em 1580, D. Felipe I determinou a reforma da legislação então vigente, trabalho findo no ano de 1603, e promulgado por D. Felipe II, sucessor do anterior. Daí a denominação *Ordenações Filipinas*, que se baseavam nas *Ordenações Afonsinas* e na *Compilação* de Duarte Nunes do Leão, que a precederam. Readquirindo a independência em 1640, Portugal permaneceu sob os efeitos de tal legislação, em virtude da revalidação legal realizada por D. João IV, no ano de 1643¹⁰¹.

Esse estatuto ibérico foi caracterizado pela severidade despótica e pela credence. Para uma idéia geral do que vinha a ser tal regramento, elenquemos as penas que previa: morte natural (enforcamento no pelourinho, com sepultamento); morte natural cruelmente (executada conforme o arbítrio do juiz e do carrasco); morte pelo fogo (queima do condenado vivo, até ser feito pó, para evitar sua memória); morte para sempre (enforcamento, pendendo o cadáver até o apodrecimento); açoites com ou sem barço e pregão pela cidade ou vila; degredo para as galés; degredo, perpétuo ou temporário, para outros locais; mutilação das mãos, língua etc.; queimadura com tenazes ardentes; capela de chifres na cabeça (para os maridos traídos condescendentes); polainas ou enxarvia vermelha na cabeça (para os alcoviteiros)¹⁰².

Assim, nosso estudo restringe-se ao período iniciado com o surgimento da legislação verdadeiramente brasileira, qual seja, o Código Criminal de 1830.

Contudo, no ano de 1824, a Constituição do Império, norteadas pelos princípios individualistas e liberais da França revolucionária, previu a garantia da legalidade em matéria criminal no art. 179, n.º II: “ninguém será sentenciado senão por autoridade

¹⁰⁰ Cf. HUNGRIA, Néson, *op. cit.* (nota 4), pp. 33-34, *in* nota 12. Registre-se que os índios do Brasil praticavam a vingança de sangue e de tribo, orientando-se pelo mesmo espírito da lei de Talião. Cf. LYRA, Roberto, *Expressão mais simples do direito penal (introdução e parte especial)*, Rio de Janeiro: José Konfino, 1953, p. 31.

¹⁰¹ Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio, *op. cit.* (nota 15), pp. 63-64.

¹⁰² Cf. *Idem*, p. 65 e LYRA, Roberto, *op. cit.* (nota 100), pp. 31-32.

competente e em virtude de lei anterior e na forma por ela prescrita”. Ademais, a própria Constituição ordenava, em seu art. 179, nº 18, a elaboração de um Código Criminal “fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade”.

Portanto, na entrada de sua história independente, o Brasil já consagrava o princípio da legalidade em sede constitucional, alinhando-se de acordo com o movimento geral garantidor do indivíduo perante o Estado.

Estendendo a corrente firmada na Constituição, o Código Penal de 1830 positivou o princípio em tela imediatamente em seu art. 1º, revelando a importância que a garantia viria a assumir em terras brasileiras. O dispositivo anunciava: “não haverá crime, ou delito (palavras sinônimas neste Código) sem uma lei anterior, que o qualifique”.

Destaque-se que referida codificação é muito elogiada pela doutrina, por se tratar de obra inspirada no liberalismo iluminista e utilitarista. Foi o primeiro Código Penal autônomo da América Latina e serviu de base para a legislação criminal da Espanha (Códigos espanhóis de 1848, 1850 e 1870), e, por consequência reflexiva, para os demais países da América de língua espanhola¹⁰³.

2.4.2. CÓDIGO PENAL DE 1890

O Código Penal de 1890, por sua vez, é deveras criticado. Aprovado por decreto datado de 11 de outubro de 1890, este estatuto criminal foi feito antes da Constituição Federal da República¹⁰⁴. Argumenta-se que não observou os desenvolvimentos doutrinários de seu tempo, padecendo de graves defeitos. Há notícia de que sua elaboração se deu às pressas, tendo o Conselheiro Baptista Pereira pouco mais de três meses para a tarefa¹⁰⁵.

Inobstante, deu guarida ao princípio da legalidade em seu art. 1º:

“Ninguém poderá ser punido por fato que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e nem com penas que não estejam previamente

¹⁰³ Cf. HUNGRIA, Nélson, *op. cit.* (nota 4), pp. 33-34, *in* nota 12 e FRAGOSO, Heleno Cláudio, *op. cit.* (nota 15), p. 66.

¹⁰⁴ Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio, *op. cit.* (nota 15), pp. 67-69.

¹⁰⁵ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et* PIERANGELI, José Henrique, *Manual de direito penal brasileiro, volume I: parte geral*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.189.

estabelecidas. A interpretação extensiva, por analogia ou paridade não é admissível para qualificar crimes ou aplicar-lhes penas”.

2.4.3. CÓDIGO PENAL DE 1940

Como era de se esperar, o movimento de reforma, iniciado já no ano de 1891, com nomeação de comissão na Câmara dos Deputados para esta finalidade, inovou a legislação nacional com o advento do Código Penal de 1940¹⁰⁶, cuja parte especial encontra-se em vigor até hoje.

O mencionado estatuto criminal, conquanto tenha sido edificado no regime ditatorial do Estado Novo (que perdurou 1937 a 1945), apresenta um caráter democrático e liberal, na esteira do desenvolvimento filosófico e político ocidental¹⁰⁷.

Já em seu art. 1º preceituava: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Coroou-se o princípio da legalidade em uma fórmula sucinta e objetiva, que viria a ser repetida posteriormente.

Ainda sobre a legalidade, o art. 2º, tratando da lei penal no tempo, dispunha: “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”. A garantia da legalidade lançava seus braços para o futuro, evitando a persistência da punição que deixasse de se assentar na base da lei. Uma vez abolido o crime, perdia sentido a pena.

Porém, o favorecimento não era total. Em seu parágrafo único, o mesmo art. 2º do Código Criminal de 1940 estabelecia uma regra ponderada: “A lei posterior, que de outro modo favorece o agente, aplica-se ao fato não definitivamente julgado e, na parte em que comina pena menos rigorosa, ainda ao fato julgado por sentença condenatória irrecorrível”.

O legislador procurou beneficiar o réu, mas não o fez para todos os casos. Nesse contexto, o trânsito em julgado se mantinha como óbice, ainda que parcial, para a integral aplicação da garantia legal¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio, *op. cit.* (nota 15), p. 69.

¹⁰⁷ Cf. *idem*, p. 72.

2.4.4. REFORMA DE 1984 SOBRE A PARTE GERAL

Em 1984, a Lei nº 7.209 trouxe a Reforma da *Parte Geral* do Código Penal de 1940, mantendo-se os dispositivos da Parte Especial. Substituindo os artigos 1º a 120 do estatuto criminal anterior, a inovação legal trouxe somente algumas alterações no que toca ao assunto em estudo.

Não houve mudança na redação do art. 1º, que manteve a fórmula brasileira do *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Também restou idêntico o texto do art. 2º, *caput*. De sua parte, o parágrafo único do art. 2º ganhou novos contornos, passando a determinar: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

Foi assim insculpida incondicionalmente a garantia da legalidade. Doravante, para todos os efeitos penais, a lei é mestra e rainha. Todo fato só poderá ser apenado na existência de supedâneo legal. Ademais, retirado este seu fundamento essencial, a punição cai por terra, não sobrevivendo quaisquer de seus efeitos, por mínimos que sejam, quando despidos de sua força, de seu verdadeiro substrato, que é a lei.

2.4.5. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Inaugurando uma nova fase democrática no Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu corpo inúmeras garantias, todas erigidas tendo por norte a idéia de *dignidade humana*, um dos fundamentos da República Federativa, cristalizado no art. 1º de nossa Lei Fundamental.

Em sede criminal, vários são os dispositivos constitucionais pertinentes, os quais vêm ensejando uma nova concepção do Direito Penal, com a valorização crescente do ser humano e dos instrumentos de sua proteção.

De fato, em seu Título II – Dos direitos e garantias fundamentais, no Capítulo I, a Constituição Cidadã trouxe uma gama de direitos e deveres, de caráter individual e coletivo. Entre os primeiros da lista, encontramos o princípio da legalidade, perenizado no

¹⁰⁸ Documenta-se que tal dispositivo colidia com a expressão constitucional da referida garantia, disposta no art. 153, §6º. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, *et* SLOKAR, Alejandro, *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*, Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 482.

art. 5º, já em seu inciso II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Percebe-se que a garantia da lei não ficou restrita ao campo penal, alcançando um status universal, para conformar toda a estrutura da sociedade brasileira, em todos os ramos do Direito.

Reconhecendo a importância inegável que o Direito Penal tem para com a liberdade do cidadão, a Constituição Federal houve por bem reservar um espaço próprio para a matéria criminal, tornando explícito o princípio da legalidade naquele mesmo artigo, em seu inciso XXXIX, com as exatas palavras do Código Penal: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Ademais, reforçando a face protetiva que a lei assume na Constituição, o preceito da legalidade veio acompanhado por seu perfil temporal, positivado na sequência, no inciso XL: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Desse modo, o desenvolvimento do princípio da legalidade em nossa legislação teve o destino merecido, da Lei e da Constituição, ressoando nos estatutos internacionais, como visto.

3. ASPECTOS DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Diante do exposto no capítulo precedente, ergue-se incontestável a importância do princípio da legalidade para o Direito Penal brasileiro.

Com efeito, pode-se defender que a garantia da lei em matéria criminal é algo essencial ao Estado Democrático de Direito. Na letra de FRAGOSO, isso significa que “o poder político penal de punir, originariamente absoluto e ilimitado, sendo juridicamente disciplinado e limitado, converte-se em *poder jurídico*”¹⁰⁹. Contrapõe-se ao poder estatal a liberdade do cidadão, e um e outra passam pela conformação específica da lei, fator que determinará o equilíbrio democrático da sociedade.

Além disso, a idéia da legalidade em matéria criminal assume muitos sentidos e desdobramentos correspondentes, ou, melhor dizendo, aspectos de uma mesma garantia¹¹⁰. Não há dúvida de que é possível deduzir inúmeras implicações derivadas de um ponto original. Considerando o escopo de nosso trabalho, analisaremos apenas algumas dessas decorrências, a partir de uma divisão didática, dando maior atenção para o chamado *mandato de determinação* ou *de certeza*¹¹¹.

3.1. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL – *LEX SCRIPTA*

De forma mais imediata e óbvia, a primeira consequência da legalidade é a exigência de lei. Ou seja, para que um fato seja considerado como crime e para que uma pena lhe possa ser cominada e posteriormente aplicada, é necessário, antes de qualquer coisa, que haja uma norma que assim disponha e que esta norma esteja em uma lei.

¹⁰⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio, *op. cit.* (nota 15), p. 104.

¹¹⁰ Essa é também a visão de GOMES, apoiada nas lições de POLAINO NAVARRETE e PADOVANI. Cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, *Direito Penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*, São Paulo: Atlas, 2008, p. 9.

¹¹¹ Conforme PALAZZO, o princípio da legalidade, presente em todas as Constituições liberal-democráticas, é expressão “do superior *Rechtsstaatsprinzip*, nos seus três corolários da reserva legal, do princípio da taxatividade-determinação e da irretroatividade”. PALAZZO, Francesco C., *op. cit.* (nota 1), p. 43. De forma mais ampla, HASSEMER extrai quatro diretivas: preceito de certeza – *lex certa*; proibição de retroatividade – *lex praevia*; proibição de direito consuetudinário – *lex scripta*; e proibição de analogia – *lex stricta*. Cf. HASSEMER, Winfried, *Direito justo por meio da linguagem correta? Sobre a proibição da analogia no Direito Penal*, in *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 53.

Por isso dizemos que o conteúdo do Direito Penal está *reservado* à lei. Das diversas fontes nas quais se pode encontrar o Direito, apenas em uma se permite a localização do delito e de sua pena: a lei.

Mas o que se entende por lei? A expressão “lei” utilizada pelo Código Penal e pela Constituição da República deve ser compreendida em sentido técnico, como as espécies normativas com tal denominação previstas no art. 59 de nossa Carta Maior. O aludido dispositivo está no Título IV, que versa sobre a Organização dos Poderes, em seu Capítulo I, sobre o Poder Legislativo, na Seção VIII – Do processo legislativo¹¹².

Tal conclusão é reforçada pela leitura do art. 62 da Constituição da República, que veda, em seu §1º, inciso I, alínea *b*, a edição de medidas provisórias em matéria penal¹¹³. Daí serem “inconstitucionais, portanto, atos legislativos que, sem revestir o *status* de lei, pretendam definir crimes ou cominar penas”¹¹⁴.

MÉDICI anota que em 1990 foram enviadas para o Congresso Nacional duas medidas provisórias (MP 153 e MP 156) que definiam crimes contra a economia popular e a sonegação fiscal. “Mas, diante do protesto dos meios jurídicos, foram retiradas do Legislativo pelo próprio Governo, que assim admitiu o erro e a evidente afronta ao princípio da legalidade”¹¹⁵.

¹¹² “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;
 II - leis complementares;
 III - leis ordinárias;
 IV - leis delegadas;
 V - medidas provisórias;
 VI - decretos legislativos;
 VII – resoluções”.

¹¹³ “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

a) *Omissis*;
 b) direito penal, processual penal e processual civil”.

¹¹⁴ QUEIROZ, Paulo, *Direito penal: parte geral*, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 38.

¹¹⁵ MÉDICI, Sérgio de Oliveira, *Teoria dos tipos penais: Parte Especial do Direito Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 199.

Nesse contexto, convém lembrar que, em nosso sistema constitucional, a fonte de produção do Direito Penal é o Congresso Nacional, conforme previsão do art. 22, I e art. 48 da Constituição da República¹¹⁶:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

(...)

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União (...).”

Para PRADO, a reserva da lei está sustentada pelo princípio da *legitimação democrática*, em virtude da relevância dos bens em jogo¹¹⁷.

Essa é a razão pela qual às vezes nos referimos ao princípio da reserva legal como sendo a exigência de *lex scripta*. Trata-se de um instrumento normativo no qual estão positivadas normas na forma escrita, após um procedimento formal, consagrando a publicidade de sua elaboração e conteúdo¹¹⁸. Estão afastadas as incriminações pelo costume ou quaisquer outras fontes do Direito, senão a lei.

Segundo a lição de MAYER, o costume, a despeito de não poder veicular incriminações, tem importância enquanto fonte de interpretação¹¹⁹. Nesse sentido, FRAGOSO ensina que o costume poderia até mesmo trazer elementos de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade:

“O costume tem apenas valor subsidiário, não podendo fundamentar a criação de crimes ou agravamento de sanções, nem abrigar uma disposição legal. Tem apenas valor subsidiário, podendo porém servir

¹¹⁶ BATISTA, Nilo, *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*, Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 71 e GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, *op. cit.* (nota 110), p. 11.

¹¹⁷ Cf. PRADO, Luiz Regis, *op. cit.* (nota 9), p. 113.

¹¹⁸ Para MARQUES, “Só a lei em sentido formal pode descrever infrações e cominar penas e medidas de segurança”. E esclarece que “lei formal, no direito brasileiro, é a aprovada pelo Congresso Nacional com a sanção do Presidente da República”. MARQUES, José Frederico, *Curso de Direito Penal: volume I – propedêutica penal e norma penal*, São Paulo: Saraiva, 1954, pp. 128-129.

¹¹⁹ “no hay un Derecho penal consuetudinario; con todo, las costumbres sociales constituyen un factor importante en la interpretación y aplicación de las normas penales”. MAYER, Max Ernst, *Normas jurídicas y normas de cultura*, Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 146.

para exclusão da ilicitude do fato ou da culpabilidade. O costume nestes casos tem função integradora (*praeter legem*)”¹²⁰.

Também nesta direção, a opinião de TOLEDO, segundo o qual o direito costumeiro ainda é presente no Direito Penal, pois tem “grande importância para elucidação do conteúdo dos tipos”. Ademais, o costume serviria como verdadeira fonte no que toca às causas excludentes da ilicitude ou de atenuação da pena e da culpa. Para esse jurista, não haveria aqui afastamento da legalidade, “por não se estar piorando, antes melhorando, a situação do agente do fato”¹²¹.

Por sua vez, as primeiras palavras de Nélson HUNGRIA, em seus famosos *Comentários ao Código Penal* foram: “A fonte única do direito penal é a norma legal. Não há direito penal vagando fora da lei escrita. Não há distinguir, em matéria penal, entre *lei* e *direito*”¹²². Afirmar que é este o princípio central dos Códigos Penais modernos: a “*legalidade rígida*: o que em seus textos não se proíbe é penalmente lícito ou indiferente. *Permittitur quod non prohibetur*”¹²³.

Para o mestre brasileiro, a lei tem a tarefa de delimitar o campo penal com precisão, traçando as fronteiras de todo o sistema:

“A lei penal é, assim, um *sistema fechado*: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser *suprida* pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos ‘princípios gerais de direito’, ou pelo *costume*. Do ponto de vista de sua aplicação pelo juiz, pode mesmo dizer-se que a lei penal não tem *lacunas*. Se estas existem sob o prisma da *política criminal* (ciência pré-jurídica), só uma nova lei penal (sem efeito retroativo) pode preenchê-las”¹²⁴.

VON LISZT ensinava esta mesma lição: “A legislação penal moderna parte da *hypothese* de que ella é completa e sobre esta *hypothese* funda o principio do seu *exclusivismo*”¹²⁵. Daí porque “Sómente são puníveis as acções contra as quaes a lei tem

¹²⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio, *op. cit.* (nota 15), p. 87

¹²¹ TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios básicos de direito penal*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 25.

¹²² HUNGRIA, Nélson, *op. cit.* (nota 4), p. 9.

¹²³ *Idem*, p. 10.

¹²⁴ *Idem*, p. 9.

¹²⁵ VON LISZT, Franz, *Tratado de Direito penal alemão*, Tomo I, Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899, p. 132.

expressamente cominado penas, e sómente as penas expressamente cominadas pela lei são applicaveis”¹²⁶.

Desse modo, a lei em matéria penal assume uma função negativa, de limite ao poder punitivo, bem como positiva, de criação do campo punível¹²⁷. Funciona tanto como garantia contra o arbítrio do Estado, como possibilidade de conhecimento da seara ilícita das condutas¹²⁸.

Nesses contornos, afirma-se que o princípio da reserva da lei é *absoluto*, não admitindo quaisquer exceções, objetivas ou subjetivas¹²⁹. Toda e qualquer conduta, para ser punida, deve refletir uma previsão incriminatória da lei.

Entretanto, para que esses comandos sejam atendidos, outras exigências se mostram indispensáveis, como a anterioridade da lei e sua determinação.

3.2.PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEI – *LEX PRAEVIA*

Já foi dito que a punição deve sempre estar ancorada em uma lei. Resta agora explicitar que esta lei deve ser anterior à conduta que se pretende punir, ou seja, a incriminação e a respectiva penalização devem ser prévias ao fato.

Com efeito, se a garantia da lei pretende a proteção do indivíduo contra o arbítrio estatal, esta perderia qualquer funcionalidade se não fosse anterior ao fato. Caso contrário, bastaria ao legislativo editar leis sobre os fatos ocorridos para contornar as restrições da garantia, adornando o arbítrio com uma fantasia de lei.

Logo, se a lei deve ser anterior ao fato, as leis posteriores jamais lhe podem ser aplicadas, daí porque se fala em *irretroatividade da lei penal*. Isso significa que a legislação criminal somente produzirá efeitos para o futuro. Para que uma pessoa norteie seu *agir* conforme a lei, a lei não pode ser *ativa* para trás (*retro*).

¹²⁶ *Idem*, p. 133.

¹²⁷ Cf. BATISTA, Nilo, *op. cit.* (nota 116), p. 68.

¹²⁸ Na lição de MANZINI, “I soggetti rimangono così legislativamente avvertiti circa i limiti della loro libertà, e conseguentemente sono posti in grado di agire, da un lato, con sicurezza, dall’altro, con il senso della propria responsabilità”. MANZINI, Vincenzo, *op. cit.* (nota 17), p. 200.

¹²⁹ Cf. MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal*, Vol. I, Bogotá: Temis, 1954, p. 139 e MANZINI, Vincenzo, *op. cit.* (nota 17), p. 201.

Tamanha é a importância de tal aspecto da legalidade, que alguns autores chegam a afirmar ser este o cerne da garantia, o reflexo jurídico primeiro da concepção garantista do princípio:

“La exigencia de una ley previa a la conducta que la defina como delito y para ello prevea una pena es el contenido más asentado tradicionalmente del principio de legalidad y su consecuencia jurídica es la prohibición de dotar a las nuevas leyes de efectos retroactivos, porque harían perder a la ley su función motivadora y el castigo de la conducta dependería de cambiantes valoraciones políticas y del oportunismo”¹³⁰.

Se, por um lado, asseveramos que a lei não pode produzir efeitos sobre os fatos passados, isto é verdadeiro, mas é relativo. E é relativo porque diz respeito tão-somente às leis incriminadoras, as normas que trazem um agravamento para a liberdade, que reduzam o espaço livre do cidadão.

Por outro lado, a lei que, em matéria criminal, traga benefício ou melhora para o *status libertatis* é ativa tanto para o futuro quanto para o tempo pretérito, alcançando de forma universal todos os atos regulados pelo Direito Penal.

Se, no aspecto temporal, uma das faces do princípio da legalidade é a *irretroatividade* da lei penal mais grave, há também outra face, que é a da *retroatividade* da lei criminal mais benigna. Desse modo, fica fortalecida a garantia da lei, que sempre assegura ao indivíduo o mais amplo espaço de liberdade possível. Lembrando a lição dos iluministas, a lei veio a serviço da liberdade do homem e por isso deve ser vista como garantia desta, como instrumento para sua concretização.

Como mencionado acima, o Código Penal de 1940 limitava tais efeitos protetivos, porquanto trazia a coisa julgada como barreira à aplicação da lei benéfica geral, somente concedendo a aplicação integral para as normas que abolissem o crime ou minorassem a pena.

A correção veio na Reforma da Parte Geral de 1984, que determinou a aplicação retroativa da lei penal, independentemente da existência de coisa julgada, para os

¹³⁰ VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de, *El principio de legalidad penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 62.

casos em que *de qualquer modo* venha a favorecer o agente. A idéia por trás da alteração é a de que a verdadeira segurança jurídica é aquela que consagra a liberdade.

Contudo, mister é observar a ressalva das *leis temporárias*, previstas no art. 3º do Código Penal, que mantêm todos os efeitos produzidos no período para o qual foram feitas. Tal exceção é justificável porque se trata de medida excepcional, para tempos de anormalidade, qualificados por convulsão social ou calamidade pública¹³¹.

Vê-se, assim, que, em seu segundo aspecto, o princípio da legalidade ganha maior consistência, podendo ser reescrito em termos eminentemente protetivos: *a atividade da lei é em prol da liberdade*¹³².

3.3. VEDAÇÃO DA ANALOGIA – *LEX STRICTA*

Como corolário da idéia de estrita legalidade que impera no Direito Penal, surge inevitavelmente a vedação da analogia para criação de crimes, penas ou para agravar, de qualquer maneira, a condição do agente¹³³.

A respeito dessa figura, para FERRAZ JUNIOR, se fala “em analogia quando uma norma, estabelecida com e para determinada *facti species*, é aplicável a conduta para a qual não há norma, havendo entre ambos os supostos fáticos uma semelhança”¹³⁴. De seu turno, BOBBIO ensina que o “raciocínio por analogia tem uma estrutura similar ao silogismo, só que a sua proposição menor, em lugar de ser constituída por uma afirmação de identidade, é constituída por uma afirmação de semelhança”¹³⁵.

¹³¹ TOLEDO, Francisco de Assis, *op. cit.* (nota 121), p. 44.

¹³² Outros temas podem ser vislumbrados quanto à aplicação da retroatividade penal, como, por exemplo, a *lex tertia*, na composição parcial de leis; e a retroatividade de jurisprudência mais benéfica. Todavia, por escaparem aos objetivos de nosso trabalho, aqui não serão tratados. Sobre o assunto: *idem*, pp. 36-39.

¹³³ Nossa análise distingue entre o processo de interpretação e a utilização do procedimento analógico, o qual, apesar de ténue no que toca à *interpretação extensiva*, como veremos, ainda se sustenta. Nesse sentido, a opinião de FRAGOSO: “A analogia distingue-se da interpretação, porque constitui um processo da integração da ordem legal, e não meio de esclarecer o conteúdo da norma. Através da analogia aplica-se à lei a hipótese por ela não prevista, invocando-se, substancialmente, o chamado argumento *a pari ratione*. Há aplicação analógica quando a norma se estende a caso não previsto, mas semelhante, em relação ao qual existem as mesmas razões que fundamentam a disposição legal”. FRAGOSO, Heleno Cláudio, *op. cit.* (nota 15), p. 96.

¹³⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*, São Paulo: Atlas, 2001, p. 296.

¹³⁵ BOBBIO, Norberto, *O positivismo jurídico – lições de filosofia do Direito*, São Paulo: Ícone, 2006, p. 216.

Podemos representar o raciocínio analógico da seguinte forma¹³⁶:

M é P

S é semelhante a M

S é P

Fica claro, portanto, que a analogia é “o procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado *semelhante*”¹³⁷. O problema está justamente em saber quais são as *relações essenciais* ou de *semelhança*¹³⁸, bem como se, em virtude das *diferenças*, a mesma razão deve ou não prevalecer. Os termos *análogos* não são unívocos (idênticos), nem mesmo equívocos (simplesmente diferentes), são sim “semelhantes, mas de proporções diversas”¹³⁹.

Para que a analogia seja bem empregada, não basta que se trate de termos ou casos semelhantes, é preciso, além disto, que os elementos mantenham uma *semelhança relevante*¹⁴⁰, ou seja, uma semelhança justificadora da igualdade de tratamento.

Com efeito, a aplicação da analogia atende a um imperativo de igualdade, de mesmo tratamento para os casos semelhantes. Por essa razão, a semelhança relevante precisa ser encontrada na razão motivadora da norma, isto é, devemos ter a mesma *ratio legis* nas hipóteses em exame, o que ocorre “quando o elemento que induziu o legislador a dar ao primeiro caso uma certa disciplina jurídica se encontra também no segundo caso”¹⁴¹. O que se pretende dizer, então, é que temos uma semelhança fática que demanda uma igualdade jurídica:

“Segue daí que a semelhança deve ser demonstrada sob o ponto de vista dos efeitos jurídicos, supondo-se que as coincidências sejam maiores e juridicamente mais significativas que as diferenças. Demonstrada a semelhança entre dois casos, o intérprete percebe, simultaneamente, que

¹³⁶ Cf. diagrama de BOBBIO. *Ibidem*.

¹³⁷ BOBBIO, Norberto, *Teoria do ordenamento jurídico*, Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 151.

¹³⁸ Cf. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, *op. cit.* (nota 146), p. 296.

¹³⁹ ABBAGNANO, Nicola, *Dicionário de Filosofia*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 59.

¹⁴⁰ Cf. BOBBIO, Norberto, *op. cit.* (nota 137), p. 152.

¹⁴¹ BOBBIO, Norberto, *op. cit.* (nota 135), p. 218.

um não está regulado e aplica a ela a norma do outro. A analogia permite constatar e preencher a lacuna”¹⁴².

Entretanto, embora se reconheça o papel da analogia na matéria jurídica em geral, essa figura não encontra aceitação no Direito Penal¹⁴³, porquanto sua intrínseca imprecisão, ainda que atenuada, é incompatível com a segurança jurídica em prol da liberdade que deve governar nessa seara.

Já se defendeu a utilização da analogia no campo criminal, argumentando-se que sua exclusão permitiria espaços vazios nos quais poderiam agir os criminosos, aproveitando-se das lacunas da lei. Contra isso, opõe-se a supramencionada doutrina de FEUERBACH, segundo o qual a analogia impediria que o Direito Penal efetivasse sua inerente função intimidatória, pois não se estaria indicando, de modo claro e taxativo, as condutas proibidas pela lei¹⁴⁴.

Para ANTOLISEI, essa construção não se sustenta:

“Questo argomento, che fu affaciato e svolto dal Feuerbach a giustificazione del principio di stretta legalità, non può ritenersi probante, perché dalla funzione intimidativa della pena non si può desumere la necessità che la legge sia conosciuta dal colpevole. Basta la possibilità di conoscenza, ma questa non è esclusa dall’analogia, in quanto le conseguenze che dalla legge ricava il giudice possono essere dedotte anche dal cittadino, come avviene negli altri rami del diritto, nei quali il procedimento analogico è generalmente ammesso”¹⁴⁵.

Todavia, isso não significa que ANTOLISEI era a favor da analogia no Direito Penal. O jurista italiano entendia que a admissão ou não do raciocínio analógico era uma questão de ordem prática. Por um lado, a analogia apresentaria a vantagem de evitar a

¹⁴² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, *op. cit.* (nota 134), p. 297.

¹⁴³ É dúbia a posição de LYRA, para o qual: “a aplicação analógica da lei substantiva (a lei adjetiva admite-a expressamente, art. 3º do Código de Processo Penal), se a serviço das conveniências de toda a sociedade, acerta o passo do texto pela velocidade dos fatos”. Em seguida, chega a afirmar: “A interpretação evolutiva ou sociológica, o direito justo, o direito livre operam a fecundação extra-uterina dos textos”. LYRA, Roberto, *op. cit.* (nota 100), pp. 9-11.

¹⁴⁴ Cf. ANTOLISEI, o qual relata que “contro il principio di legalità e il conseguente divieto dell’analogia è stato osserato che esso avvantaggia coloro che agiscono ai margini della legge e sanno approfittare delle sue imperfezioni. Si tratta di individui assai pericolosi, i quali, avendo trovato nuove vie per delinquere, riescono a compiere azioni socialmente dannose, scivolando fra le maglie del codice” ANTOLISEI, Francesco, *op. cit.* (nota 23), p. 67.

¹⁴⁵ *Idem*, pp. 67-68.

impunidade de atos merecedores de pena; por outro, traria o inconveniente de aumentar demasiadamente os poderes do juiz, que, segundo o mesmo, já eram por demais amplos. Assim, afirmava que a solução seria variável conforme o tempo e a sociedade, e lembrava que mesmo na Dinamarca, país com ordenamento democrático e liberal, a analogia foi aceita na arena penal¹⁴⁶.

A despeito de serem razoáveis as ponderações acima, fato é que no Brasil a analogia está fora do Direito Penal. Antes de seguirmos nossa exposição, cabe fazer algumas distinções importantes.

Diz-se que a analogia no Direito pode ser de duas espécies: analogia *legis* e analogia *juris*. A primeira é justamente a hipótese que vínhamos tratando, ou seja, é o raciocínio que “parte de um único preceito legal e aplica-o a casos semelhantes”¹⁴⁷. Note-se que a analogia *legis* – e é exatamente isto que a qualifica – toma por base uma mesma *regra*, que está contida no preceito em questão.

De modo diverso, a analogia *juris* tem como fundamento múltiplos preceitos, melhor dizendo, toma por base um ordenamento, um conjunto de normas, do qual se extrai “o pensamento fundamental ou os princípios que as informam”¹⁴⁸. A razão normativa que se alcança para regular os casos semelhantes é derivada “de todo o sistema ou de uma parte dele”¹⁴⁹, e não de uma regra isolada.

É por isso que alguns autores, como BOBBIO, dizem que a analogia *juris* nada mais é do que a utilização dos *princípios gerais do Direito*:

“(…) de um conjunto de regras que disciplinam uma certa matéria, o jurista abstrai indutivamente uma norma geral não formulada pelo legislador, mas da qual as normas singulares expressamente estabelecidas

¹⁴⁶ Cf. *idem*, p. 68. Vale ressaltar aqui as ponderações de HUNGRIA: “É de notar-se que a permissão da analogia é a tradição no direito penal dinamarquês (Códigos de 1866 e de 1930), mas em termos prudentemente restritos: ‘Incide sob a sanção legal todo ato cuja punibilidade seja prescrita pela legislação dinamarquesa ou que lhe seja *inteiramente assimilável*’. Pode mesmo dizer-se que o critério aqui consagrado não é propriamente o da aplicação analógica da lei penal, mas o da sua *interpretação extensiva por força de compreensão*”. HUNGRIA, Nélson, *op. cit.* (nota 4), p. 13, *in* nota 4.

¹⁴⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, *op. cit.* (nota 134), p. 297.

¹⁴⁸ TOLEDO, Francisco de Assis, *op. cit.* (nota 121), p. 26.

¹⁴⁹ BOBBIO, Norberto, *op. cit.* (nota 137), p. 154.

são apenas aplicações particulares: tal norma geral é precisamente aquilo que chamamos de um princípio do ordenamento jurídico”¹⁵⁰.

Ensina FERRAZ JUNIOR que na analogia *juris* temos a conjunção de dois métodos diversos e complementares: primeiro é realizada uma *indução* a partir das normas particulares, para atingir a norma geral; depois se aplica uma *dedução* desta norma geral para o caso particular em voga. A esse processo dá-se o nome de *indução amplificadora*¹⁵¹. Temos aqui um “duplo procedimento de abstração e de subsunção de uma *species* num *genus*”¹⁵².

Por seu turno, FRAGOSO critica, com MANZINI, a distinção entre analogia *legis* e analogia *juris*:

“Uma antiga concepção, hoje desacreditada, distinguia entre a *analogia legis* (quando a aplicação analógica se faz tendo por base outra disposição legal que regula caso semelhante), e a *analogia juris* (quando se consideram os princípios gerais de direito ou os princípios gerais da ordem jurídica positiva). Como nota *Manzini*, esta distinção é confusa e inútil, sob todos os aspectos. Toda disposição particular está sempre em função do sistema jurídico geral”¹⁵³.

De fato, entre os métodos de interpretação, conforme veremos, temos o método teleológico e o sistemático, por meio dos quais o sentido de um preceito é determinado na consideração da finalidade que lhe empresta a globalidade do ordenamento. Entretanto, não é a isto que se refere a distinção entre a analogia *legis* e a analogia *juris*. A primeira lança mão de um preceito específico, ainda que seu sentido seja dado pelo conjunto normativo; enquanto que a última utiliza um preceito não expresso, um sentido normativo que não pode ser encontrado em nenhuma espécie em particular, mas que deriva do ordenamento. Ou seja, a analogia *juris* vai em busca de uma norma *transcendente* a cada norma e *imane*nte ao sistema, um sentido normativo que está tão-somente na *relação semiótica* que permeia a unidade do conjunto. Não é a mesma coisa dizer que algo toma por base uma singularidade – ainda que situada no todo – e afirmar que se fundamenta no próprio todo, considerado em si mesmo, e não a partir de uma de suas partes.

¹⁵⁰ BOBBIO, Norberto, *op. cit.* (nota 135), p. 220.

¹⁵¹ Cf. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, *op. cit.* (nota 134), pp. 297-298

¹⁵² BOBBIO, Norberto, *op. cit.* (nota 135), p. 220.

¹⁵³ FRAGOSO, Heleno Cláudio, *op. cit.* (nota 15), p. 97.

De qualquer modo, tanto a analogia *legis* quanto a analogia *juris* estão vedadas no Direito Penal para agravarem a situação do agente.

Mister é lembrar, porém, que se admite a analogia *in bonam partem*, como consequência inarredável do princípio da isonomia e da idéia de *favor libertatis* que constitui todo o nosso sistema criminal hodierno¹⁵⁴.

Por derradeiro, deve-se diferenciar a analogia da chamada *interpretação extensiva*, por meio da qual é ampliado “o espectro de incidência da norma legal de modo a situar sob seu alcance fatos que, numa interpretação restritiva (procedimento oposto), ficariam fora desse alcance”¹⁵⁵. Diferentemente da analogia, na qual os casos que se pretende regular não estavam previstos na norma original, a interpretação extensiva utiliza uma aplicação que já estava presente, ou seja, o preceito utilizado é o mesmo.

A questão que se coloca é a de que a orientação normativa em objeto é atingida através do mesmo texto legal em consideração, o qual é tomado de forma ampla, a fim de criar um sentido mais extenso do que aparentemente teria o enunciado. Logo, os casos não são estranhos à norma, mas “estão compreendidos implicitamente em sua letra ou explicitamente em seu espírito”¹⁵⁶.

Portanto, a ampliação não é de preceitos, mas de sentido normativo. Descobre-se naquela sentença uma orientação que “está contida *in potentia* nas palavras, mais ou menos abrangentes, da própria lei”¹⁵⁷.

A princípio, conclui-se que a interpretação extensiva não fere o princípio da legalidade, vez que estaria sendo aplicada a norma positivada e não outra. Contudo, é preciso fazer algumas ressalvas iniciais, as quais serão trabalhadas ao longo da obra. É que, em primeiro lugar, a atividade de interpretação tem limites, os quais são de certo modo dinâmicos, mas existem. Assim, não são admitidas quaisquer extensões do sentido normativo em Direito Penal. Segundo, considerando-se a idéia maior de liberdade, bem como a função intimidatória e orientadora da lei penal, podemos intuir que o processo de

¹⁵⁴ FRAGOSO ressalta que a analogia *in bonam partem* não prevalece em todos os casos, porque não se aplicaria para as hipóteses de *normas excepcionais*, aquelas que “constituem exceção a disposições gerais de outras ou a determinada norma”. *Ibidem*, p. 97.

¹⁵⁵ TOLEDO, Francisco de Assis, *op. cit.* (nota 121), p. 26.

¹⁵⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, *op. cit.* (nota 134), p. 298.

¹⁵⁷ TOLEDO, Francisco de Assis, *op. cit.* (nota 121), p. 27.

interpretação na seara criminal não é de todo livre, estando contornado por valorações necessárias, as quais integram a composição do *dever ser* neste campo específico do Direito.

3.4. PRINCÍPIO DA CERTEZA – *LEX CERTA*

Além da exigência de uma lei em sentido técnico, que observe os procedimentos constitucionais para sua elaboração e que seja anterior à ocorrência da conduta, bem como o requisito de que a disposição se encontre em um preceito normativo específico, sem a utilização do raciocínio analógico, temos ainda, como desdobramento do princípio da legalidade, o mandato de determinação, taxatividade ou certeza.

Embora tal princípio não tenha chamado a atenção minuciosa da doutrina brasileira, sua importância é cada vez maior no Direito comparado. Já se disse até mesmo que “el principio de determinación es el último y más refinado fruto de la evolución del principio de legalidad”¹⁵⁸.

Para MIR PUIG, trata-se do *aspecto material* do princípio da legalidade, uma exigência do Estado de Direito:

“A efetiva realização deste princípio requer não só que os delitos e as penas estejam previstos em uma lei anterior (*aspecto formal* do princípio da legalidade), como também que tal lei determine com suficiente precisão os contornos e limites dos fatos puníveis e de suas penas: ‘*mandato de determinação*’ da lei penal (*aspecto material* do princípio da legalidade)”¹⁵⁹.

Entre nós, costuma-se relacionar o mandato de taxatividade com a atividade legislativa, para assinalar que a elaboração dos tipos penais deve se pautar pela clareza, de modo a permitir o reconhecimento daquilo que é proibido e em que medida e condições é apenado¹⁶⁰, com um grau elevado de certeza. Ou seja, o objetivo seria vedar leis penais de

¹⁵⁸ ROMANO, Mario, *Apud* URQUIZO OLAECHEA, José, *Principio de determinación de la ley penal*, in *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos* – in memoriam, vol. I, Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha e Universidad Salamanca, 2001, p. 1338.

¹⁵⁹ MIR PUIG, Santiago, *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 126.

¹⁶⁰ Note-se que a determinação não é somente da conduta, foco central deste trabalho, mas também da sanção respectiva, bem como dos demais elementos agravantes da liberdade. Cf. URQUIZO OLAECHEA, José, *op. cit.* (nota 158), *passim*.

conteúdo dúbio, impreciso, obscuro, que não permitam a visualização do sentido normativo nelas contido¹⁶¹.

É que os enunciados sem contornos certos estariam a violar a garantia da legalidade, vez que, de um lado, os cidadãos ficariam impossibilitados de saber a amplitude da proibição e, de outro, os juízes possuiriam novamente um poder arbitrário, a ser utilizado sem parâmetros precisos.

Com efeito, o desenvolvimento do princípio da legalidade aponta para a limitação do arbítrio estatal e, sem dúvida, sua concretização é feita através de instrumentos protetivos, que impedem a atuação do Estado para além de certos marcos essenciais, os quais asseguram a todos a liberdade qualificada pela lei. Portanto, o argumento trazido pelo mandato de determinação é extremamente forte: *de nada adianta uma lei se não soubermos qual o seu significado*.

O uso de expressões vagas, uma legislação imprecisa, indeterminada, acaba por macular o princípio da legalidade:

“facendo rientrare per altra via cio che con la ribadita esigenza della tassatività si era riusciti ad espellere; forse in un modo ancor più pericoloso perchè il ricorso all’analogia aveva pur sempre bisogno di un parametro preciso a cui adattare situazioni simigianti, mentre l’indeterminatezza finiva per non trovare né limiti né punti di paragone”¹⁶².

Dessa forma, a inobservância do princípio de certeza ofenderia a *divisão dos poderes*, permitindo ao magistrado que inovasse a ordem jurídica, usurpando a competência do Legislativo por meio de uma atividade pessoal e antidemocrática¹⁶³, bem como limitaria a função intimidatória da lei penal, nos termos da doutrina de FEUERBACH, retirando do cidadão a capacidade para conhecer o que está proibido e o que está permitido.

¹⁶¹ Neste sentido: QUEIROZ, Paulo, *op. cit.* (nota 114), pp. 39-40; TOLEDO, Francisco de Assis, *op. cit.* (nota 121), p. 29; e PRADO, Luiz Regis, *op. cit.* (nota 9), p. 114.

¹⁶² VASSALI, Giuliano, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, vol. VIII, Torino: UTET, 2001, p. 321.

¹⁶³ Cf. ADRIASOLA, Gabriel, *Juez, legislador y principio de taxatividad en la construcción del tipo penal*, in *El penalista liberal: Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología*, Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 1070; e URQUIZO OLAECHEA, José, *op. cit.* (nota 158), p. 1338.

Nesse contexto, foram incisivos os apontamentos de HASSEMER:

“Se o legislador – por qualquer motivo – não consegue se expressar de modo suficientemente preciso para que a margem semântica dos conceitos por ele empregados se torne clara, então ele coloca o Judiciário e o Executivo no lugar que lhe caberia segundo o princípio da separação de poderes. A divisão de poderes não funciona mais, porque se apaga a separação das suas respectivas competências legislativas. Cada um deles invade o campo do outro e pior: não se sabe com precisão onde se encontram os marcos fronteiriços. Tais marcos são em boa parte criações lingüísticas; uma parcela da separação de poderes tem sucesso ou fracassa com a linguagem”¹⁶⁴.

De acordo com ROXIN, “el principio constitucional de la división de poderes reclama que sólo el legislador, como representante directo de la voluntad popular, decida acerca de la punibilidad de una conducta”¹⁶⁵. Na linha da preocupação preventiva de FEURBACH, o professor de Munique também enuncia sua defesa:

“Las disposiciones penales solamente pueden alcanzar los efectos de prevención general que se persiguen si todos pueden reconocer con claridad antes de la realización de un hecho si éste está o no prohibido penalmente. De otro modo, las normas penales no podrían ni acuñar la conciencia jurídica de los ciudadanos ni evitar que éstos se aparten del delito ante la conminación penal”¹⁶⁶.

Prosseguindo no exame desse postulado, ROXIN percebe que seu desrespeito tem repercussões no princípio da culpabilidade ou reprovabilidade, já que este “se encuentra en íntima relación con el de legalidad, pues no se podría reprochar su conducta a quien no pudo conocer con anterioridad a la misma que estaba prohibida penalmente”¹⁶⁷.

Nessa direção, argumenta-se que o mandato de determinação também visa à proteção do princípio da *igualdade*, porquanto somente uma orientação normativa clara permite que os julgamentos sejam pautados pela mesma medida. Caso contrário, a

¹⁶⁴ HASSEMER, Winfried, *op. cit.* (nota 111), p. 50.

¹⁶⁵ ROXIN, Claus, ARZT, Gunther *et* TIEDEMANN, Klaus, *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, Barcelona: Ariel, 1989, p. 36.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

tolerância de uma legislação dúbia poderia gerar decisões díspares entre os diferentes órgãos jurisdicionais, vez que a questão extravasaria o campo da fundamentação jurídica para atingir a seara da *capacidade subjetiva de convicção*¹⁶⁸. Isto é, a delimitação do âmbito da norma ficaria a cargo das qualidades pessoais de cada juiz, bem como estaria sujeita mais acentuadamente às convicções, ideologias e outros elementos pessoais do ser humano, abrindo espaço para que cada magistrado julgasse segundo sua opinião particular, ocasionando o desencontro no Judiciário e, por consequência, o tratamento desigual daqueles submetidos à Justiça.

Ademais, o desrespeito ao princípio da certeza tornaria inócuo o controle das decisões pelos Tribunais Superiores, pois a ausência de parâmetros legais claros seria uma barreira para a confrontação entre a lei e o ato jurisdicional. Não seria possível dizer de forma objetiva se houve ou não violação à ordem jurídica e, mais uma vez, viria à tona a arbitrariedade, agora em nível superior. Ou seja, ao invés de um controle legal por parte da Corte mais elevada, teríamos um *ato de força*, que padece do mesmo defeito da decisão colocada para análise. Logo, em razão desse caráter mais volitivo do que jurídico, o ato do Tribunal não poderia servir como referência para decisões posteriores¹⁶⁹.

As várias implicações negativas, que se propagam em vastas áreas, foram sintetizadas na lição de VASSALI:

“l’esigenza della determinatezza delle fattispecie legali si è venuta affacciando in modo sempre più deciso come elemento essenziale del principio penalistico di legalità, sia che essa voglia più particolarmente riannodarsi alla certezza del diritto, o alla funzione general-preventiva della pena e al corrispondente principio di colpevolezza, o invece all’esigenza di eguaglianza di trattamento, e dunque di giustizia”¹⁷⁰.

Na doutrina brasileira, de modo geral, as denominações diversas dadas ao princípio em exame – certeza, taxatividade e determinação – são utilizadas como sinônimas, para designar um mesmo fenômeno ou aspecto pertencente ao princípio maior da legalidade penal.

¹⁶⁸ Cf. GOMES, apoiada nas lições de MADRID CONESA. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, *op. cit.* (nota 110), p. 14.

¹⁶⁹ Neste sentido, GOMES, fundamentada em MADRID CONESA. *Ibidem*.

¹⁷⁰ VASSALI, Giuliano, *op. cit.* (nota 162), pp. 321-322.

De seu turno, alguns doutrinadores estrangeiros fazem uma distinção entre a determinação e a taxatividade, baseada nos diferentes destinatários do mandato. Neste sentido, fala-se que a *determinação* é referida ao *legislador*, significando a exigência de que este se utilize de uma técnica legislativa adequada e suficiente para tornar claro o preceito normativo, de modo que sua construção revele um sentido preciso, uma lei *determinada*. Por outro lado, há também o mandato de *taxatividade*, que se dirige ao *juiz*, ordenando a este que respeite as disposições literais da lei penal, proibindo-lhe aplicações extravagantes, que ofendam a estrutura da linguagem jurídica, isto é, o ato jurisdicional deve estar referido a uma previsão *taxativa*¹⁷¹.

Portanto, a *determinação* diz respeito a uma qualidade interna da lei, à sua formulação¹⁷². Uma vez que o produto a ser obtido deve apresentar uma qualidade específica, o processo para sua elaboração deve observar os requisitos necessários para tanto. Assim, o qualitativo da norma traz, neste aspecto, uma obrigação para um momento anterior à lei.

De forma oposta, a *taxatividade* está relacionada a uma qualidade externa à norma, à sua aplicação. Considerando que a origem aponta para um sentido determinado, o destino não pode estar em outra direção, vez que é vinculado ao ponto de partida. De tal modo, no que toca a este outro aspecto, a qualidade especial da norma coloca um dever que lhe é posterior, a ser seguido no momento de sua concretização.

Por fim, vale lembrar que o princípio da certeza, além dos efeitos penais, também traz repercussões no campo processual, vez que a legislação obscura dificulta o exercício do direito de defesa, retirando do acusado mais uma garantia constitucional¹⁷³.

É certo, destarte, que o cumprimento do mandato de determinação evita conseqüências negativas de indubitável gravidade, e, assim, tal princípio adquire um valor central para a garantia da legalidade, que se tornou um dos pilares da proteção do cidadão contra a arbitrariedade estatal.

¹⁷¹ Cf. URQUIZO OLAECHEA, José, *op. cit.* (nota 158), p. 1338.

¹⁷² Cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, *op. cit.* (nota 110), pp. 19-20.

¹⁷³ Cf. URQUIZO OLAECHEA, José, *op. cit.* (nota 158), p. 1341 e GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, *op. cit.* (nota 110), p. 16.

4. APRESENTANDO A DICOTOMIA: TIPOS FECHADOS E TIPOS ABERTOS

Até aqui, vimos o desenvolvimento histórico, a positivação e os diversos aspectos e desdobramentos do princípio da legalidade, destacando-se o mandato de certeza que dele se extrai, o qual vem a exigir uma legislação clara e uma aplicação correta dos preceitos criminais.

No Direito Penal, como é sabido, a previsão legal dos delitos e das penas é construída por meio de uma estrutura lingüística específica: o tipo penal. Com efeito, o mandato da lei certa significa o requisito de um tipo certo¹⁷⁴. Sendo o tipo penal a forma através da qual se expressam as normas em matéria criminal, é a essa figura que se refere o princípio da legalidade, com todos os seus caracteres.

Não é outra a conclusão da doutrina, que atesta:

“o sistema do *nullum crimen, nulla poena sine lege* determina que a criação jurídica no Direito Penal se traduza mediante fórmulas precisas e absolutas – os tipos penais (...). Assim, o princípio de garantia da reserva legal é complementado e ganha conteúdo pela recepção da teoria da tipicidade”¹⁷⁵.

Entende-se que o desenvolvimento do princípio da legalidade culmina nesta figura doravante central: o tipo penal. Ou seja, trata-se do derradeiro produto da tradição penal da legalidade. Daí porque se afirma que “com a teoria do tipo, BELING exprimiu o verdadeiro sentido do princípio da legalidade”¹⁷⁶.

Dessa forma, todas as preocupações levantadas a respeito do mandato de certeza afluem para o tipo penal, que é o núcleo da legislação penal e, por isto mesmo,

¹⁷⁴ Em nosso entendimento, isso quer dizer que o princípio da legalidade, em seus diversos desdobramentos, acaba por exigir o tipo penal, arrastando consigo todas aqueles pressupostos de garantia. Não se trata, portanto, de um reducionismo, mas de um relacionamento entre dois institutos. Daí porque não se poderia opor a tal observação as linhas de VASSALI: “ad onta dello stretto collegamento tra tipicità delle fattispecie e principio di legalità, no sembra potersi usare come sinonimo del principio di legalità quello della tipicità. E ciò per due ragioni. Da un lato la tipicità, che sarà esaminata più oltre nel suo duplice aspetto della determinatezza e della tassatività, no esaurisce i contenuti del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, principio che soprattutto nel diritto più recente trova ampi sviluppi nel campo, per dir così preliminarmente, della riserva di legge”. VASSALI, Giuliano, *op. cit.* (nota 162), p. 282.

¹⁷⁵ MESTIERI, João, *Manual de direito penal*, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 117.

¹⁷⁶ MÉDICI, Sérgio de Oliveira, *op. cit.* (nota 115), p. 100.

herdeiro das exigências dogmáticas e político-criminais. Aníbal BRUNO sintetiza bem esta passagem:

“O princípio *nullum crime sine lege*, que introduziu no domínio punitivo a segurança do Direito, pode exprimir-se no Direito Penal moderno pela fórmula *não há crime sem tipicidade da ação*, isto é, sem que haja uma definição legal cujos termos se realizem praticamente na execução do fato. As exigências político-liberais, que inspiraram aquêlo princípio, são mais rigorosamente satisfeitas pela imposição de que o fato seja típico para ser punível. Não é só que a ação se inclua dentro de um princípio geral de incriminação admitido na lei, mas essencialmente que a lei defina em termos exatos a ação a ser incriminada”¹⁷⁷.

Ainda mais enfaticamente, MAYER prenunciava em 1903 a importância do tipo e do mandato de certeza:

“La rigurosa delimitación del tipo, que pretende significar unívocamente cuáles acciones son punibles, y la fijación de un mínimo y un máximo, que deja a la individualización de la pena muchas posibilidades, imprimen el sello a la ley penal de nuestra época”¹⁷⁸.

Desde a elaboração da idéia inicial de BELING, até os dias de hoje, o tipo penal evoluiu para atingir inúmeras acepções, comportando diferentes elementos e funções. A diversidade dos modelos da linguagem legal também demandou a atenção dos juristas, que desenvolveram classificações científicas para a compreensão da complexidade do fenômeno, o que veio a oferecer um arsenal teórico relevante não só para a atividade cognoscitiva dos operadores do Direito, mas também para a reflexão e para a crítica.

Nesse compasso, no que toca ao princípio da legalidade, especificamente quanto ao aspecto do mandato de certeza, uma divisão doutrinária ganha extrema importância: os tipos fechados e os tipos abertos. De fato, e conforme veremos, a aludida dicotomia diz respeito exatamente ao problema da certeza, foco daquele imperativo da garantia legal. Por esta razão, estudaremos essa dualidade típica, sua formulação, efeitos e

¹⁷⁷ BRUNO, Aníbal, *Sobre o tipo no Direito Penal*, in *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Néelson Hungria*, Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, 1962, p. 60.

¹⁷⁸ MAYER, Max Ernst, *op. cit.* (nota 119), p. 39.

funcionalidade, para então examinar as relações que sustenta com o princípio da legalidade, pedra angular do Direito Penal contemporâneo.

4.1. EVOLUÇÃO DO TIPO PENAL

Embora seja possível perceber o embrião da idéia de tipo penal na doutrina antiga, foi com a escola clássica que a teoria do tipo obteve tratamento verdadeiramente científico. Em 1906, BELING desenvolveu a idéia de *Tatbestand*¹⁷⁹, figura que abruptamente significou o começo de toda uma nova investigação jurídica.

O plano deste item é traçar, de modo geral, a evolução do tipo penal, abordando esquematicamente suas diversas fases: da independência; do caráter indiciário e da *ratio essendi*; dos elementos negativos do tipo; do tipo no finalismo; e as orientações advindas com o funcionalismo.

Naturalmente, não se pode explanar aqui o desenvolvimento fiel da teoria sobre o tipo penal, em virtude do tema específico deste trabalho. Elaboraremos, portanto, o que é essencial para a compreensão de nosso objeto de estudo, traçando um panorama geral e restrito sobre a matéria. Para tanto, nos utilizaremos de uma classificação das diversas concepções, o que atende a fins didáticos, embora não seja plenamente condizente com o caráter fluído e não ordenado das contribuições teóricas. A categorização assumida foi emprestada de Claus ROXIN¹⁸⁰, com algumas ponderações, alterações e acréscimos.

4.1.1. BELING: TIPO PENAL VALORATIVAMENTE NEUTRO

Deve-se a BELING a construção inicial do conceito de tipo, que o esboçou na obra *Die Lehre vom Verbrechen*, em 1906¹⁸¹. A idéia do jurista alemão era distinguir cientificamente entre o tipo, a antijuridicidade e a culpabilidade, permitindo visualizar o crime analiticamente.

Para alguns, o termo alemão para tipo – *Tatbestand*, que constava do art. 59 do Código Penal Alemão – provém da expressão latina *corpus delicti*, que significa todos os elementos componentes do fato punível, a qual já havia sido empregada em 1805, na

¹⁷⁹ Cf. CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Tomo I, Coimbra: Almedina, 1993, p. 280.

¹⁸⁰ ROXIN, Claus, *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Buenos Aires: Depalma, 1979, pp. 56-68.

¹⁸¹ Cf. *idem*, p. 56.

Ordenança Criminal da Prússia¹⁸². Outros, ensinam que *Tatbestand* “significa ‘hipótese de fato’, que provém do latim medieval (*facti species*), que significava ‘figura do fato’ (por isso *Tatbestand* se traduz em italiano como *fattispecie*) e foi traduzido e difundido em português como ‘tipo’”¹⁸³. SOLER, de sua parte, aduz que “El sentido literal de la palabra derivase de *Tat* = hecho y *bestehen* = consistir en que el hecho consiste; la esencia del hecho”¹⁸⁴.

Antes de BELING, o crime era estudado como um amálgama de fatores indistintos, o *Tatbestand* era compreendido como “o conjunto de elementos de que se compõe o delito, abrangendo assim em seu conteúdo, a culpabilidade, a antijuridicidade e a materialidade do fato criminoso”, isto é, “a soma de todos os elementos e fatores que devem existir para que se possa aplicar a pena como consequência do crime”¹⁸⁵. Eis porque a contribuição deste penalista, erigindo distinções racionais, é vista como um divisor de águas¹⁸⁶.

No pensamento do mestre alemão, o tipo é “o conjunto dos elementos materiais, descritos na lei; os elementos constitutivos objetivos de uma particular disposição legal”¹⁸⁷.

É assim que BELING criou a figura do tipo, dotado de duas características principais: o tipo era *objetivo e valorativamente neutro*¹⁸⁸. Entretanto, é preciso examinar

¹⁸² Cf. VARGAS, José Cirilo de, *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*, Tomo I, Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 176.

¹⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et PIERANGELI, José Henrique, *op. cit.* (nota 105), p. 388.

¹⁸⁴ Nota explicativa de Sebastián SOLER, tradutor da obra, *apud* BELING, Ernst von, *Esquema de Derecho penal: La doctrina del delito-tipo*, Buenos Aires: Depalma, 1944, p. 42.

¹⁸⁵ MARQUES, José Frederico, *Curso de Direito Penal: volume II – da infração penal*, São Paulo: Saraiva, 1956, p. 74.

¹⁸⁶ Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 317. O próprio BELING afirmou que, com o desenvolvimento do tipo na legislação, “logró expresión un valioso pensamiento: el de que sólo ciertos modos de conducta antijurídica (los ‘típicos’) son suficientemente relevantes para la intervención de la retribución pública y que, además, deben todos ser colocados en una firme escala de valores”. BELING, Ernst von, *op. cit.* (nota 184), p. 37.

¹⁸⁷ Cf. MESTIERI, João, *op. cit.* (nota 175), p. 118.

¹⁸⁸ Na lição de BRUNO, “O conceito de tipo, que BELING retirou da concepção caótica em que existia, foi a princípio, por obra dêsse investigador, rigorosamente objetivo, pura descrição feita na lei da realização externa da ação punível, o molde apenas a que a ação terá de conformar-se para vir a ser crime”. BRUNO, Aníbal, *op. cit.* (nota 177), p. 48.

com cuidado o que tais adjetivos querem dizer, para não banalizar tais afirmações a ponto de se criar equívocos¹⁸⁹.

No que toca à *objetividade*, ROXIN esclarece que para BELING isto significava que o tipo penal prescindia de uma análise sobre os aspectos anímicos do autor. Vale dizer, a objetividade do tipo nada mais era do que a ausência do elemento psicológico; tudo o que se relacionasse com a interioridade psíquica do agente estava fora do conceito de tipo¹⁹⁰. Por esta razão, pode-se dizer que o tipo “esgotava-se na imagem externa de uma ação determinada”¹⁹¹. Trata-se, portanto, de um desdobramento do *positivismo*, o qual concebia tanto o tipo quanto a antijuridicidade como *elementos externos* da ação¹⁹².

De seu turno, a *neutralidade valorativa* pode ser vista sob dois enfoques diversos: de um lado, o legislador; de outro, o juiz.

Quanto ao *legislador*, a neutralidade se justificava porque o tipo era *puramente descritivo*, no sentido de que os preceitos legais tão-somente se conectavam com aquele, daí não se podendo extrair maiores conclusões. A construção pelo legislador de um tipo não implicava um juízo negativo, não havia uma valoração no ato de criação da figura típica. Em outras palavras, a inclusão de uma ação na lei não exprimia valoração jurídica sobre a conduta¹⁹³.

Logo, dizer que uma ação era típica nada significava quanto à sua antijuridicidade, mantendo-se a tipicidade em um campo neutro, sem uma significação jurídica em termos de valoração¹⁹⁴. Deste modo, a relação entre tais substratos era “puramente lógica – não valorativa”¹⁹⁵. O caráter puramente descritivo do tipo permitiu distingui-lo da ilicitude, a qual assumiria a função de determinar a contrariedade à ordem

¹⁸⁹ Para SANTOS, “O conceito de tipo formulado por BELING, fundado no modelo *causal* da filosofia naturalista do século XIX, é *objetivo* e *livre-de-valor*: objetivo, porque todos os elementos subjetivos integram a culpabilidade; livre-de-valor, porque a tipicidade é neutra, e toda valoração legal pertence à antijuridicidade”. SANTOS, Juarez Cirino dos, *A moderna teoria do fato punível*, Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 30.

¹⁹⁰ Cf. ROXIN, Claus, *op. cit.* (nota 180), p. 56.

¹⁹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.* (nota 186), p. 318.

¹⁹² Cf. MIR PUIG, Santiago, *op. cit.* (nota 159), p. 129.

¹⁹³ Cf. ROXIN, Claus, *op. cit.* (nota 180), p. 57.

¹⁹⁴ Cf. *Idem*, p. 58.

¹⁹⁵ MIR PUIG, Santiago, *op. cit.* (nota 159), p. 133.

jurídica, restando a tipicidade como “um elemento estanque e autônomo na estrutura do crime”¹⁹⁶.

Neste sentido, BRUNO ensina que os tipos penais de BELING estavam “situados para além do lícito e do ilícito, e a ação tipificada, como qualquer outra espécie de ação, pode, segundo as circunstâncias, cair dentro da zona da licitude ou da ilicitude”, e que desta forma “eram asseguradas a pureza e independência da noção do tipo, ao lado dos outros elementos conceituais do crime”¹⁹⁷. Daí porque muitos dizem figurar BELING em uma fase de *independência* do tipo perante a ilicitude¹⁹⁸.

Quanto ao *juiz*, diz-se que o tipo é valorativamente neutro, pois todos os elementos que o integram provêm do âmbito do ser, de acordo com as ciências naturais, cabendo ao magistrado exclusivamente sua comprovação, sem qualquer atividade valorativa, limitando-se a uma operação racional¹⁹⁹. Porém, não se pode afirmar, no que toca a este ponto específico, que seja este o posicionamento de BELING.

A teoria do doutrinador alemão levou a desentendimentos. É que este autor, apontando ser o tipo *puramente descritivo* deixou dúvidas sobre se tal assertiva abarcava tanto a perspectiva do legislador quanto a do magistrado. Somente com sua obra *Die Lehre vom Tatbestand*, de 1930, tal dúvida foi sanada, quando BELING, diante da questão dos elementos normativos (*infra*), defendeu que também integrariam o tipo²⁰⁰.

Demais disto, a doutrina estabelece que neste último trabalho BELING “*espiritualiza* o conceito de tipo, entendendo-o não-abstrato e simplesmente descritivo, mas a imagem reitora (*typus regens*) da espécie delitiva”, bem como consagra expressões que viriam a se tornar clássicas, tais como “*Deliktstypus* (tipo de delito), *Typizität* (tipicidade) e *Tatbestandsmäßigkeit* (adequação típica)”²⁰¹.

Para REALE JR., o “delito-tipo constitui um esquema unitário, abstrato, não codificado, uma figura representativa do aspecto externo e interno de cada espécie de

¹⁹⁶ REALE JÚNIOR, Miguel, *Teoria do delito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 42.

¹⁹⁷ BRUNO, Aníbal, *op. cit.* (nota 177), p. 48.

¹⁹⁸ Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.* (nota 186), p. 318. ZAFFARONI e PIERANGELI atestam que, para esta posição, a qual não é mais defendida, “a tipicidade não indica coisa alguma acerca da antijuridicidade. Esta teoria é conhecida como do ‘*tipo avalorado*’ (também chamado ‘neutro’, ‘acromático’)”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et PIERANGELI, José Henrique, *op. cit.* (nota 105), p. 390.

¹⁹⁹ Cf. ROXIN, Claus, *op. cit.* (nota 180), p. 59.

²⁰⁰ Cf. VARGAS, José Cirilo de, *op. cit.* (nota 182), p. 199.

²⁰¹ MESTIERI, João, *op. cit.* (nota 175), p. 119.

delito”²⁰². Ou seja, trata-se de uma figura ideal, uma construção genuinamente jurídica, por meio da qual o Direito Penal se refere a acontecimentos concretos. Entretanto, é preciso diferenciar entre a figura abstrata e o objeto da criminalização.

Em síntese:

“O delito-tipo se extrai dos fatos reais, mas com estes não se confunde, sendo apenas um conceito de cada espécie de delito. A figura reitora tem apenas um caráter funcional, como imagem que revela abstratamente os elementos objetivos e subjetivos característicos de uma forma de crime. No assassinato, a figura reitora é matar um homem com a intenção de fazê-lo. (...) O assassinato como tipo de delito é a ação realizada, que produz a morte adequada ao delito-tipo, antijurídico e culpável”²⁰³.

Inobstante, o tipo não deixa de ser, juntamente com a antijuridicidade, integrante do aspecto *objetivo* do crime, restando a culpabilidade como seu aspecto *subjetivo*. Esta divisão adveio da concepção causal-naturalista que imperava então. Em suma, tal análise era a seguinte:

“o fato antijurídico é descrito como as ciências naturais descrevem qualquer outro fato da natureza, isto é, como um *processo causal*: parte-se do resultado lesivo e exige-se unicamente que o mesmo tenha sido *causado* pelo movimento corporal de um homem, o qual, por sua vez, é *causado* por um impulso voluntário (deixando-se de lado a questão de se tal impulso voluntário dirigia-se conscientemente ou não – dolo – a realizá-lo, o que só teria relevância para poder *culpar* o seu autor)”²⁰⁴.

Daí porque, se o tipo era o conjunto dos elementos materiais descritos na lei, a antijuridicidade também não deixava de ser objetiva, como “*causação de uma lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico sem causas de justificação*”²⁰⁵.

Registre-se que a *teoria da tipicidade*, a princípio, não despertou o interesse dos penalistas, sendo taxada pela doutrina alemã de complicação inútil. Foi graças a MAYER que a idéia de tipo adquiriu importância e despontou como objeto de atenção²⁰⁶.

²⁰² REALE JÚNIOR, Miguel, *op. cit.* (nota 196), p. 41 in nota 29.

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ MIR PUIG, Santiago, *op. cit.* (nota 159), p. 130.

²⁰⁵ *Ibidem*.

4.1.2. MAYER: ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO

Após a idéia original de BELING, muitas foram as contribuições dos penalistas para a teoria do tipo. Dentre as primeiras, com grande relevo, temos a descoberta dos elementos normativos do tipo por MAYER²⁰⁷.

Em MAYER, o tipo manteve sua neutralidade perante o *legislador*, para quem somente a antijuridicidade significa um juízo de valor²⁰⁸. Todavia, sob o ponto de vista do *juiz*, MAYER afirmava haver um caráter *indiciário* do tipo com relação à antijuridicidade²⁰⁹, o que equivaleria, segundo ZAFFARONI e PIERANGELI, a uma presunção *juris tantum*²¹⁰.

Para este pensador, tipo e antijuridicidade seriam como a fumaça e o fogo: a fumaça não é o mesmo que o fogo, nem contém fogo, entretanto, até que se prove o contrário, subsiste como um indicador da existência do fogo²¹¹. Em outras palavras, o “tipo não contém o ilícito, mas a tipicidade da ação sugere a sua ilicitude”²¹².

O caminho a ser percorrido se inicia no tipo, o qual já aponta para o ilícito, a não ser que uma circunstância lhe obstrua o caminho: “Da tipicidade à antijuridicidade, existe, ‘prima facie’, uma conclusão provável que se torna segura quando consta e se verifica que nenhum preceito contrário exclui a ilicitude”²¹³. Além disso, o tipo se

²⁰⁶ Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.* (nota 186), p. 318. Anote-se que o comentário de JIMÉNEZ DE ASÚA sobre o livro *Parte General del Derecho penal* de MAYER, publicado em 1915: “A este libro, uno de los más geniales que se han escrito sobre nuestra disciplina, se debe el prestigio que cobró la doctrina del ‘tipo legal’”. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, Tomo III: *El delito*, Buenos Aires: Losada, 1992, p. 756.

²⁰⁷ Vale ressaltar, como bem fez SILVEIRA, que a importância da obra de MAYER não se restringe à retomada da teoria do tipo penal, pois também forneceu amplo material para o desenvolvimento da adequação social, com sua teoria sobre a legitimidade das normas penais, a partir das normas de cultura. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *Linhas reitoras da adequação social em Direito Penal*, São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009 (Tese de Titularidade), p. 119ss.

²⁰⁸ SANTOS defende o contrário: “a existência de elementos normativos no tipo legal, identificada por MAYER (por exemplo, o caráter *alheio* da coisa, no furto), descaracteriza a neutralidade do tipo livre-de-valor, de BELING”. SANTOS, Juarez Cirino dos, *op. cit.* (nota 189), p. 30. Veja-se a seguir nossa compreensão do posicionamento de MAYER.

²⁰⁹ Na síntese de MARQUES: “Enquanto BELING mantinha o tipo como descrição exclusiva dos elementos materiais da conduta do agente, sem estabelecer, ao demais qualquer liame ou laço com a antijuridicidade, – MAYER lhe aumenta o campo conceitual, não só para admitir elementos normativos no tipo, como também para considerar a tipicidade como indício da antijuridicidade”. MARQUES, José Frederico, *op. cit.* (nota 185), p. 75.

²¹⁰ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et PIERANGELI, José Henrique, *op. cit.* (nota 105), p. 390.

²¹¹ Cf. ROXIN, Claus, *op. cit.* (nota 180), p. 61.

²¹² BRUNO, Aníbal, *op. cit.* (nota 177), p. 48.

²¹³ MARQUES, José Frederico, *op. cit.* (nota 185), p. 75.

apresenta como uma passagem necessária e não apenas como possibilidade, já que por meio dele, “em uma relação obrigatória, é que se alcança a antijuridicidade”²¹⁴.

Tais afirmações não conflitam com a idéia de um tipo neutro. Isto porque, para MAYER, o tipo ainda se conserva descritivo, vez que é composto por elementos que se realizam na realidade exterior, e que, por isto mesmo, podem ser percebidos pelos sentidos e comprovados pela razão, tudo conforme a capacidade humana de cognição²¹⁵.

Ocorre que existem determinados tipos que trazem elementos extravagantes, que não seguem tal regra, demandando do juiz um trabalho que ultrapassa o mero conhecimento da realidade natural, como o caráter alheio da coisa ou a ilegalidade de uma ordem. Tais são os chamados *elementos normativos*, “cujo entendimento exato exige particular apreciação por parte do juiz. Não têm vazios de sentido, mas necessitados de interpretação para que se fixe o seu sentido justo, de acordo com a figura típica”²¹⁶. Para MAYER, os “elementos normativos constituem parte integrante da antijuridicidade e, assim sendo, não são perceptíveis, mas compreensíveis através de critérios valorativos”²¹⁷.

Vejamos o pensamento de MAYER de forma esquemática: *a)* habitualmente os elementos do tipo são reconhecidos pelos sentidos; *b)* isto não ocorre quanto aos elementos normativos (o caráter *alheio* da coisa ou a *honestidade* não podem ser captados pelo aparelho sensorial); *c)* as valorações não pertencem basicamente ao tipo, mas à antijuridicidade; *d)* por esta razão, os elementos normativos são *autênticos elementos da antijuridicidade*; seriam um corpo estranho dentro do tipo penal valorativamente neutro, daí porque os denomina *elementos impróprios do tipo penal*²¹⁸.

Note-se que, na visão de MAYER, os elementos normativos não denotariam a antijuridicidade, mais do que isto, seriam seu fundamento. Daí porque os elementos normativos não significam apenas a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, mas sim sua *ratio essendi*. É dizer, enquanto “os elementos descritivos são indícios apenas reveladores da antijuridicidade, os elementos normativos são constitutivos dela”²¹⁹. Entretanto, como

²¹⁴ REALE JÚNIOR., Miguel, *op. cit.* (nota 196), p. 42.

²¹⁵ Cf. ROXIN, Claus, *op. cit.* (nota 180), p. 61.

²¹⁶ BRUNO, Aníbal, *op. cit.* (nota 177), p. 49. A idéia dos elementos normativos é de crucial importância para este trabalho, daí porque será examinada pormenorizadamente em seguida.

²¹⁷ REALE JÚNIOR., Miguel, *op. cit.* (nota 196), p. 43.

²¹⁸ Cf. ROXIN, Claus, *op. cit.* (nota 180), pp. 61-62.

²¹⁹ REALE JÚNIOR., Miguel, *op. cit.* (nota 196), p. 43.

vimos, ainda que localizados no tipo, esses elementos não seriam genuinamente típicos, mas sim um aspecto essencial da antijuridicidade²²⁰.

Esse raciocínio explica porque o tipo não deixa de ter uma função indiciária: é que sua função é deduzida a partir da maioria dos modelos típicos, os quais contêm apenas elementos descritivos; ao passo que a presença de elementos normativos permanece uma exceção, incapaz de desfigurar aquela característica hegemônica²²¹.

Perceba-se que o pensamento de MAYER já revela uma construção *neokantiana*, embora conservando o tipo isento de valoração. Toda a carga axiológica é aplicada na etapa posterior, da ilicitude, a qual é vista como “juízo de desvalor sobre o fato”²²² e não mais como mera causação. No comentário de MIR PUIG:

“A ‘metodologia neokantiana’, que ao lado das ciências naturais e da matemática estabeleceu as “ciências do espírito” ou “culturais” como essencialmente referidas a valores, nelas incluindo a ciência do Direito (...), não se contentou com a *descrição* externa das características do delito, procurando explicá-las a partir do seu *significado valorativo*”²²³.

Uma vez considerado o aspecto valorativo, ainda que de forma incipiente e para além do tipo penal, a teoria do delito se desdobrou em intrincadas discussões, que perduram até hoje, como a dualidade entre *ratio cognoscendi* e *ratio essendi*.

4.1.3. DO INDÍCIO À *RATIO ESSENDI*: O TIPO COMO JUÍZO PROVISÓRIO

A teoria dos elementos normativos ganhou ampla e rápida acolhida doutrinária. Por outro lado, descobriu-se que as características distintivas de tais elementos – ausência de percepção sensorial e comprovação por meio da valoração – estavam presentes em diversos tipos penais, em número maior do que o cogitado por MAYER²²⁴.

Neste contexto, MEZGER desenvolveu uma classificação dos diversos elementos normativos, dividindo-os em: *jurídicos*, cujos critérios de valoração estavam em

²²⁰ Cf. ROXIN, Claus, *op. cit.* (nota 180), p. 62.

²²¹ Cf. *idem*, p. 63.

²²² MIR PUIG, Santiago, *op. cit.* (nota 159), p. 130.

²²³ *Idem*, p. 130

²²⁴ Cf. ROXIN, Claus, *op. cit.* (nota 180), p. 63.

normas jurídicas; *culturais*, referidos à concepção cultural; e *subjetivos*, submetidos ao arbítrio judicial²²⁵.

Levando a idéia adiante, WOLF chegou à conclusão de que *todos os elementos do tipo são valorativos*. Como exemplo, sugere que mesmo termos como “coisa” e “pessoa”, quando de sua determinação, não prescindem de valoração²²⁶. Porém, a posição de WOLF não encontrou muitos seguidores. Para ROXIN, esta visão leva à conversão do tipo em uma estrutura normativa²²⁷.

De qualquer forma, desde o reconhecimento crescente dos elementos normativos do tipo, somado à percepção de que os elementos do ser estão entrelaçados com o âmbito valorativo, ficou cada vez mais difícil sustentar uma separação clara entre valoração e objeto de valoração²²⁸.

Isto levou MEZGER a afirmar que a separação total entre tipicidade e antijuridicidade é antinatural. Para este jurista, a criação legislativa do tipo já contém a declaração de sua antijuridicidade, como fundamento do injusto, um injusto especialmente tipificado. Daí porque a adequação típica da ação não seria apenas *ratio cognoscendi*, mas sim a verdadeira *ratio essendi* da antijuridicidade²²⁹.

Assim, a tipicidade traz à tona a antijuridicidade, embora não por efeito seu isolado, mas em concorrência com a ausência de fundamentos especiais excludentes da antijuridicidade. Nas palavras de MEZGER, “*El tipo penal es un juicio por el cual se establece que la acción subsumida en él constituye un injusto mientras no se demuestre lo contrario*”²³⁰. Revela-se, ante tal ilação, a diferença entre antijuridicidade e tipicidade: o desvalor estabelecido pelo juízo típico é *provisório*, vindo a se tornar *definitivo* na ausência de causas excepcionais que sejam capazes de afastar a antijuridicidade²³¹.

²²⁵ Cf. *ibidem*.

²²⁶ Cf. VARGAS, José Cirilo de, *op. cit.* (nota 182), p. 200. Para WOLF, “La descripción de hechos y la valoración de hechos no son separables”. Na verdade, os tipos representam “una entrecruzada e indisoluble estructura de elementos valorativos y del ser”. *Apud* ROXIN, Claus, *op. cit.* (nota 180), p. 64.

²²⁷ Cf. ROXIN, Claus, *op. cit.* (nota 180), p. 64. Embora a concepção de WOLF não tenha sido acolhida, entendemos que se trata de reflexão essencial para a compreensão do tipo, e que é possível vislumbrar nas teorias atuais algo muito próximo do que já havia dito este jurista.

²²⁸ Cf. *ibidem*.

²²⁹ Cf. *idem*, pp. 64-65.

²³⁰ *Apud idem*, p. 65.

²³¹ Cf. *ibidem*.

MAURACH criticou a construção de MEZGER, alegando que por meio desta visão:

“la aplicación de una causal de justificación, la que de acuerdo a esta teoría se presenta como un ‘elemento negativo del tipo’, no sólo elimina la ilicitud del hecho, sino también su tipicidad; ¡aquel que obra en legítima defensa no ha matado! Con ello esta teoría cae en un círculo vicioso”²³².

Todavía, MEZGER não adotou a teoria dos elementos negativos do tipo, como o fizeram HELLMUTH VON WEBER E LANG-HINRICHSSEN, sustentando uma visão tripartite do delito²³³.

Diante do embate, é preciso voltar a atenção para a obra de MEZGER, para evitar a má compreensão de seu posicionamento. A chave para deslindar sua construção é a figura do injusto. Conforme este jurista, o *injusto* nada mais é do que a *antijuridicidade*, isto é, MEZGER utiliza tais expressões como sinônimas, querendo aludir à *violação do Direito* ou à sua *contrariedade*²³⁴.

Para o penalista alemão, é equivocada a idéia de uma *especial antijuridicidade penal*²³⁵. A contrariedade do Direito seria representada por uma antijuridicidade geral, sem qualquer distinção nas diversas áreas do campo jurídico. “En efecto, el derecho forma una unidad cerrada y el derecho y el injusto son los mismos en todos los distintos campos”²³⁶.

Relembrando que o injusto nada mais é do que a antijuridicidade, isto significa que o fenômeno da contrariedade ao Direito é um só, não havendo uma contrariedade

²³² MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal: Parte general*, vol. I, Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994, p. 415.

²³³ Neste sentido, a opinião de VARGAS: “Só mesmo quem quer ignorar a realidade é capaz de negar que o tipo descreve a ilicitude. Estamos convencidos de que a doutrina de *Mezger* de nenhum modo leva à fusão da tipicidade com a antijuridicidade”. VARGAS, José Cirilo de, *op. cit.* (nota 182), p. 192. Há juristas, entretanto, que defendem ter MEZGER assumido uma postura bipartite, como BITENCOURT, para o qual “*Mezger inclui a tipicidade na antijuridicidade*”; e continua: “Como se atribui ao tipo a função constitutiva da antijuridicidade, negada esta nega-se também a tipicidade. E, neste particular, a construção de *Mezger* coincide com a chamada *teoria dos elementos negativos do tipo*, que inclui as *causas de justificação no próprio tipo*”. BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.* (nota 186), p. 320.

²³⁴ Cf. MEZGER, Edmund, *op. cit.* (nota 59), p. 131.

²³⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA afirma que, a despeito dos argumentos de MEZGER, é inevitável, segundo a tese deste autor, a criação de uma antijuridicidade penal. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op. cit.* (nota 106), p. 759.

²³⁶ MEZGER, Edmund, *op. cit.* (nota 59), pp. 132-133.

penal ou uma contrariedade civil, mas sim uma contrariedade do Direito, seja este o Direito Penal ou o Direito Civil, por exemplo. De acordo com MEZGER:

“El *tipo jurídico-penal* no es, por tanto, una especie del injusto circunscrito a la esfera especial del Derecho punitivo, sino un *injusto especialmente delimitado y con especiales consecuencias jurídicas*, que tanto fuera como dentro del ámbito del Derecho Penal representa una contradicción con el Derecho”²³⁷.

É assim que o tipo não representa uma forma específica de antijuridicidade. Opostamente, o tipo é tão-somente o recorte, na esfera criminal, da contrariedade ao Direito. Portanto, a idéia da antijuridicidade geral convive com o tipo, “un recurso altamente ingenioso para destacar y delimitar más exactamente *un campo especial* del injusto al que conecta la *pena*”²³⁸.

Diante disto, resta esclarecido o pensamento de MEZGER: “*Todo hecho punible* es, por consiguiente, un *injusto típico*. Pero una acción típica es un injusto, siempre que no exista *ninguna causa de exclusión del injusto*”²³⁹. Em outras palavras, “El delito es acción antijurídica, pero al mismo tiempo, y siempre, *típicamente antijurídica*”²⁴⁰.

Para este mestre alemão, “pueden existir acciones que no son antijurídicas; pero en cambio es esencial a la antijuridicidad la tipificación”²⁴¹. Se, por um lado, algumas ações típicas não apresentam ilicitude, em razão da presença de uma causa de justificação; por outro, não há comportamento antijurídico que, para receber a sanção penal, prescindia de uma figura típica.

Para MEZGER, a mera *indiciariedade* da ilicitude não se sustenta:

“es cierto que el tipo no demuestra siempre la antijuridicidad de la acción (a saber, cuando existe una causa de exclusión del injusto); pero la expresión indicio se acerca demasiado, por otra parte, al mero fundamento del reconocimiento, en tanto que el tipo fundamenta y no

²³⁷ MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, p. 375.

²³⁸ MEZGER, Edmund, *op. cit.* (nota 59), p. 133.

²³⁹ *Idem*, p. 143.

²⁴⁰ MEZGER, Edmund, *op. cit.* (nota 237), p. 364.

²⁴¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op. cit.* (nota 206), p. 759.

deja simplemente reconocer el injusto cuando una causa de exclusión del injusto no lo anula”²⁴².

Ou seja, o tipo não se limitaria a *indicar* o injusto, como um mero vestígio a ser confirmado. Mais do que isto, o tipo é o substrato do injusto. “En la descripción del injusto le corresponde, por lo tanto, una significación *material*, es su ‘fundamento real’, su ‘ratio essendi’, y no sólo su fundamento de reconocimiento, no mera ‘ratio cognoscendi’”²⁴³.

Para ZAFFARONI e PIERANGELI, “A teoria do *tipo de injusto* não procede racionalmente, porque não é coerente que um estrato afirme aquilo que no seguinte pode ser negado, que num estrato se ponha o que no seguinte se tira”²⁴⁴.

Todavia, LOPES defende a teoria de MEZGER, argumentando que o “tipo é só a razão de ser da ilicitude. Não é ela mesma. Existindo o tipo penal, existe razão para a apreciação da ilicitude (que é geral do ordenamento jurídico) na esfera penal”²⁴⁵. Assim, ficam mantidos em apartado os conceitos de tipo e de antijuridicidade.

A nosso ver, um dos fatores que tornam a discussão embaraçada é uma premissa implícita que está no raciocínio ao julgar a teoria de MEZGER. Parece que seu pensamento é concebido em oposição à tese da *ratio cognoscendi*. Todavia, é justamente esta atitude mental que dificulta uma clara exposição da originalidade da teoria deste penalista.

Note-se que *ratio essendi* significa *razão de ser*, o que é algo diverso de essência. MEZGER não disse que a essência da ilicitude era o tipo, o que seria contraditório, diante da possibilidade posterior de afastamento da antijuridicidade com alguma causa de justificação. Com efeito, a razão de ser é o *motivo pelo qual algo existe*.

Logo, a tese de MEZGER significa que o tipo é o motivo pelo qual surge a ilicitude na seara específica do Direito Penal, e isto em virtude de uma exigência tradicional e também constitucional de taxatividade. Ou seja, para veicular a ilicitude, a contrariedade ao Direito, utiliza-se uma figura delimitadora: o tipo penal. Daí porque a

²⁴² MEZGER, Edmund, *op. cit.* (nota 59), p. 145.

²⁴³ MEZGER, Edmund, *op. cit.* (nota 59), p. 145.

²⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et PIERANGELI, José Henrique, *op. cit.* (nota 105), p. 391.

²⁴⁵ LOPES, Luciano Santos, *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 69.

razão para que tenhamos uma ofensa ao Direito, no campo criminal, é o tipo. Ocorre que, além do tipo, é preciso que o comportamento não esteja justificado por alguma outra norma do ordenamento.

Na lição de MIR PUIG:

“Sem tipicidade não há antijuridicidade: daí deduziu-se que a tipicidade não se encontra desvinculada da antijuridicidade, nem é apenas a sua *ratio cognoscendi*, senão sua própria *ratio essendi*. Com isto se quer dizer que a tipicidade de uma conduta não é só um indício (*ratio cognoscendi*) que permite supor sua antijuridicidade, mas que esta, quando surge com relevância jurídico-penal, procede (*ratio essendi*) da realização de um tipo – ainda que tenha que ser sem causas de justificação. A tipicidade não é condição *suficiente*, mas sim *necessária* da antijuridicidade penal”²⁴⁶.

Destarte, diferentemente do que disseram ZAFFARONI e PIERANGELI, não há uma afirmação da ilicitude no tipo, para depois se negar tal característica. O que ocorre é a fundamentação do injusto por meio do tipo, o qual se mantém, desde que não se tenha causas de justificação. Tal não se limitaria a um mero indício, porque o ilícito não estaria em outro lugar, vale dizer, o tipo não é apenas uma pista para encontrar o injusto. Pelo contrário, é justamente no tipo que se assenta o injusto, o qual, porém, não se sustenta somente nesta estrutura, devendo estar confirmado pelo restante do ordenamento.

Logo, na teoria de MEZGER:

“não significa que o requisito da tipicidade – como parte positiva da hipótese de fato penalmente antijurídico – seja suficiente para a antijuridicidade, que requer, além disso, a ausência de causas de justificação – como parte negativa da hipótese de fato antijurídico”²⁴⁷.

Uma série de juristas acompanhou a visão do tipo como *ratio essendi* da ilicitude²⁴⁸. Segundo SAUER, o tipo é apenas a *matriz concreta da antijuridicidade*, como

²⁴⁶ MIR PUIG, Santiago, *op. cit.* (nota 159), p. 133.

²⁴⁷ *Idem*, p. 136.

²⁴⁸ Cf. ROXIN, poderiam ser mencionados: MEZGER, SAUER, HEGLER, GRÜNHUT, WOLF, FRANK, VON HIPPEL, VON LISZT, SCHMIDT e MAURACH. ROXIN, Claus, *op. cit.* (nota 180), pp. 65-66.

uma imagem incompleta, uma *irradiación da antijuridicidade*²⁴⁹. Em suma, “Tipicidad es *antijuridicidad tipificada*”²⁵⁰.

Para SAUER, diante da caracterização “del tipo y de la no presencia de causas de justificación está fijada la antijuridicidad del hecho, por consiguiente el injusto objetivo”²⁵¹. O injusto nada mais é do que a ilicitude, vez que, segundo SAUER, “se debe caracterizar la *antijuridicidad formal* como ilegalidad, es decir, como *realización del tipo a falta de causas de justificación*”²⁵².

4.1.4. TEORIA DOS ELEMENTOS NEGATIVOS DO TIPO

A concepção de que o tipo seria um juízo provisório, que somente se tornaria definitivo após uma avaliação negativa foi criticada por LANG-HINRICHSSEN, para o qual a *ratio essendi* da antijuridicidade não poderia ser algo que contivesse apenas uma parte dos elementos do fenômeno²⁵³. Ou seja, não faria sentido apontar algo como razão de ser se lhe falta uma parte sem a qual ainda não é o todo.

Para resolver o impasse, LANG-HINRICHSSEN acabou por ampliar o tipo penal, agregando-lhe elementos não-escritos – elementos complementares – de forma a configurar um *tipo-total*. Nesta figura estariam, por exemplo, o dever de evitar o resultado nos tipos de omissão imprópria, bem como os elementos de justificação, em sentido negativo. Desta forma, a afirmação da adequação típica ao *tipo total* determina a antijuridicidade²⁵⁴.

O resultado coincide com a *teoria dos elementos negativos do tipo*, segundo a qual “el tipo no sólo debe abarcar las **circunstancias** típicodelictivas, sino **todas las que afecten a la antijuridicidad**”²⁵⁵. Ou seja, as causas de justificação são entendidas como integrantes do tipo penal, enquanto elementos que necessariamente devem não existir para se afirmar a tipicidade da conduta, em síntese, seriam elementos negativos. Somente a

²⁴⁹ Cf. *idem*, p. 65.

²⁵⁰ SAUER, Guillermo, *Derecho Penal: Parte general*, Barcelona: Bosch, 1956, p. 111.

²⁵¹ *Idem*, p. 106.

²⁵² *Idem*, p. 104.

²⁵³ Cf. ROXIN, Claus, *op. cit.* (nota 180), p. 67.

²⁵⁴ Cf. *idem*, p. 68.

²⁵⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, Granada: Comares, 1993, p. 225 (grifo do autor).

ausência das causas de justificação possibilitaria um juízo definitivo a respeito da ilicitude da conduta, razão pela qual sua negação é apresentada como elemento essencial.

Logo, a noção dos elementos negativos do tipo redundaria no tipo total. Na explicação de JESCHECK: “los elementos del tipo y los presupuestos de las causas de justificación se reúnen en un tipo total y se colocan sistemáticamente a un mismo nivel”²⁵⁶. Na esteira de tal raciocínio, GRECO assevera que a teoria dos elementos negativos do tipo leva a “uma fusão do tipo com a ilicitude, de modo que se faltar esta última, ou seja, se o agente atuar amparado por uma causa de justificação, deixará de existir o próprio fato típico”²⁵⁷.

Nas palavras de MIR PUIG, “A ‘teoria dos elementos negativos do tipo’ leva às últimas conseqüências a formulação neokantiana: se o tipo é um juízo de valor, não há de sê-lo só provisoriamente, mas definitivamente”²⁵⁸. É o que depreende também do ensinamento de JESCHECK:

“La teoría de los elementos negativos del tipo se apoya en la idea previa de que el tipo no sólo encierra la valoración abstracta de una acción que menoscaba bienes jurídicos, como oposición a la norma, sino que incluye ya el concreto *juicio de desvalor* sobre el propio hecho”²⁵⁹.

Contra tal construção, argumentam ZAFFARONI e PIERANGELI que a “teoria dos *elementos negativos do tipo* faz retroagir a teoria do delito aos tempos anteriores à introdução do conceito de tipo penal, a este reduzindo a dois caracteres específicos”²⁶⁰.

Ademais, para MEZGER, a questão de se colocar as causas de justificação como elementos negativos varia apenas conforme a perspectiva tomada:

“la antijuridicidad *no es*, como hemos visto, una característica del tipo; por tanto, ni positiva ni negativa. Ahora bien: es *en absoluto indiferente* el que se designe la antijuridicidad como presupuesto positivo de la pena o que, en cambio, se considere su ausencia como presupuesto negativo, porque de hecho la cosa es igual (...) en tal *sistema de regla-excepción*

²⁵⁶ *Ibidem*.

²⁵⁷ GRECO, Rogério, *Curso de direito penal: parte geral*, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 167.

²⁵⁸ MIR PUIG, Santiago, *op. cit.* (nota 159), p. 135.

²⁵⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich, *op. cit.* (nota 255), p. 225.

²⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et* PIERANGELI, José Henrique, *op. cit.* (nota 105), p. 390.

no se trata sino de una forma de exponer el problema a la que no corresponde verdadera importancia de fondo”²⁶¹.

O que este penalista sublinhava é que a consideração da *presença* de algo como pressuposto *positivo* equivale à considerar sua *ausência* como pressuposto *negativo*. Entretanto, a teoria dos elementos negativos do tipo faz algo a mais, porque pretende colocar a *ausência* das causas de justificação como pressuposto *negativo* do *tipo* e não da antijuridicidade; de modo que ilícito e tipo se confundem, perdendo-se a distinção abstrata entre ambos²⁶².

4.1.5. TIPO SUBJETIVO E O TIPO COMPLEXO

4.1.5.1. O NASCIMENTO DO TIPO SUBJETIVO

Concomitantemente ao desenvolvimento traçado acima, que teve como mote o descobrimento dos elementos normativos, seguido pelas diferentes análises da relação entre o tipo e a antijuridicidade, surgiu a discussão acerca do aspecto subjetivo dos tipos penais. De acordo com LUISI:

“o processo de subjetivação do tipo penal teve, depois de 1930, um visível aceleração, que chegou ao seu conseqüência natural e obrigatório, isto é, o reconhecimento da existência do tipo subjetivo, com o deslocamento do dolo e da culpa do plano da culpabilidade para o campo da tipicidade”²⁶³.

Diversos foram os fatores que contribuíram para o florescimento do tipo subjetivo, que viria a ter sua formulação lapidar com Welzel. No entanto, devem ser destacadas as pioneiras obras de Hellmuth VON WEBER e Conde Alexander ZU DOHNA. Na lição de ZAFFARONI e PIERANGELI:

²⁶¹ MEZGER, Edmund, *op. cit.* (nota 237), p. 378.

²⁶² SILVEIRA recorda, neste aspecto, os estudos de HIRSCH, o qual entendia que “o tipo penal abarcaria todas as condições de antijuridicidade, incluindo as eventuais faltas de causas de justificação. As consideradas condições inerentes à realização do tipo penal (o que ele denomina de ‘tipo penal da antijuridicidade’), aperfeiçoariam os elementos negativos do tipo. Em última instância, isto implicaria em que, com a presença do tipo penal, se daria a antijuridicidade, sendo tipicidade e antijuridicidade versões do mesmo”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *op. cit.* (nota 207), p. 152.

²⁶³ LUISI, Luiz, *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987, p. 28.

“O descobrimento dos elementos subjetivos do tipo, por volta de 1910 (...), e da culpabilidade normativa, em 1907, bem como das dificuldades com que se deparava a teoria objetiva do tipo (não podia resolver as limitações da causalidade, não podia explicar a tentativa, os elementos subjetivos não satisfaziam muito com sua localização, etc.) fizeram com que se pensasse que o dolo – a vontade do resultado – deveria ser localizado no tipo, e assim o fez HELLMUTH VON WEBER, em 1929, e o CONDE ALEXANDER ZU DOHNA, em 1936”²⁶⁴.

Leciona-se que “Weber não fazia distinção entre a tipicidade e justificação, de modo que participava de uma concepção bipartida do delito: tipo de injusto e culpabilidade”²⁶⁵. Com efeito, para WEBER existiriam duas espécies de tipos: os tipos *causais*, “construídos partindo-se de um evento, de uma modificação do mundo exterior, com todos os comportamentos que ‘o causam’”²⁶⁶; e os tipos *teleológicos*, criados “com base na vontade do agente”, sendo que nestes o evento só é tipicamente relevante quando concretiza o conteúdo do querer do agente”²⁶⁷.

Desse modo, nos chamados tipos *teleológicos*, “a adequação típica somente ocorre se o evento concretiza determinada e específica direção de vontade” e, portanto, “o dolo integra a ação, e, conseqüentemente, o tipo”²⁶⁸.

De seu turno, “Dohna mantinha a divisão tripartida do delito, mas acreditava que a antijuridicidade recaía sobre o aspecto objetivo do tipo e a culpabilidade sobre o subjetivo”. Para este autor, a ação antijurídica e culpável deveria também ser adequada a um tipo. Considerando que o tipo penal versa sobre ações, e que esta significa a concreção de uma vontade, deduz-se que a figura típica apresenta dois lados: o tipo *objetivo*, composto pelas características exteriores do delito; e o tipo *subjetivo*, formado pelos elementos interiores do agente²⁶⁹.

²⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et PIERANGELI, José Henrique, *op. cit.* (nota 105), p. 388.

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ LUISI, Luiz, *op. cit.* (nota 263), p. 28.

²⁶⁷ *Ibidem*.

²⁶⁸ *Idem*, p. 29.

²⁶⁹ Cf. *ibidem*.

Diante de um tipo *concreto*, ou seja, de uma ação adequada ao tipo, cada uma destas partes é submetida a um juízo complementar: o aspecto *objetivo* passa pelo juízo da antijuridicidade; ao passo que o aspecto *subjetivo* é visto pelo juízo de culpabilidade²⁷⁰.

Conforme a doutrina, as contribuições de WEBER e DOHNA foram muito importantes para o desenvolvimento da teoria do tipo penal, abrindo espaços para os estudos de WELZEL:

“Deram estes dois juristas o passo definitivo para a superação do tipo belinguiano, isto é, do tipo objetivo e não valorativo, como também, para a superação da postura dos que, embora reconhecendo a existência de elementos subjetivos nos tipos penais, não lhe extraíram as necessárias consequências”²⁷¹.

4.1.5.2. FINALISMO E TIPO COMPLEXO: A AÇÃO COMO ELEMENTO CENTRAL DO TIPO PENAL

Se com WEBER e DOHNA o plano subjetivo do tipo emerge de modo ainda incipiente, com WELZEL temos uma verdadeira revolução da figura típica, que acaba por agregar de forma decisiva o dolo e a culpa, dando origem ao chamado *tipo complexo*:

“Com HANS WELZEL, na década de 30, aperfeiçoa-se o *conceito de tipo complexo*, isto é, com um aspecto objetivo e outro subjetivo, dentro do marco de uma teoria do delito com três caracteres específicos: *tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade*”²⁷².

Para compreendermos como sucedeu essa mudança, bem como as implicações da teoria finalista, é preciso começar pelo estudo de sua figura central: a ação²⁷³.

²⁷⁰ Cf. *idem*, pp. 29-30.

²⁷¹ *Idem*, p. 30.

²⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et* PIERANGELI, José Henrique, *op. cit.* (nota 105), p. 389.

²⁷³ Naturalmente, não é viável, nem mesmo metodologicamente correto, explanar aqui o desenvolvimento fidedigno da ação, ainda que no campo estritamente criminal. Diferentemente do tipo penal, a ação não é objeto deste trabalho. Portanto, somente abordaremos esse tema na medida necessária para explicar o tipo complexo de WELZEL, nada mais. Não obstante, reconhecemos o valor de exames que apontem a relação entre os dois institutos. Neste sentido, LUISI defende que: “Os diferentes entendimentos dados ao *Tatbestand* (...) refletem as divergências ocorrentes no campo da teoria da ação e, mais remotamente, os antagonismos filosóficos presentes na base da polêmica, ainda atual e ecoante, sobre o problema da ação no campo do direito penal”. LUISI, Luiz, *op. cit.* (nota 263), p. 31.

Anteriormente, a ação fora concebida sob inspiração *naturalista*, de modo que significava a “pura realização da vontade no mundo exterior, independente de ser típica, antijurídica ou culpável; suporte a que se aplicam êsses atributos que lhe dão relevância jurídica”²⁷⁴.

Para VON LISZT, representante deste pensamento naturalista, a ação é a modificação do mundo exterior, que seja perceptível pelos sentidos e produzida por uma manifestação de vontade que, por sua vez, se expressa na omissão ou na ação de um movimento corporal voluntário. Com efeito, a vontade humana é tomada como fato objetivo, sem considerar seu conteúdo, somente é apreciado que o agente deseja algo, sem dizer o que é este algo²⁷⁵.

O jurista alemão ensinava que a ação “é pois o facto que repousa sobre a vontade humana, a mudança no mundo exterior referível á vontade do homem”²⁷⁶. Conforme uma perspectiva das ciências naturais, o atuar humano era visto na seqüência causal dos acontecimentos. Isto era notado facilmente pela análise da conduta comissiva:

“Commissão é a *causação do resultado por um acto de vontade*. Este apresenta-se como *movimento corporeo voluntario*, isto é, como tensão (contracção) dos musculos, determinada, não por coacção mechanica ou psycho-physica, mas por idéas ou representações e effectuada pela inervação dos nervos motores”²⁷⁷.

Todavia, percebe-se que aquele conceito de ação valia somente para os delitos comissivos, no esquema traçado. Para os delitos omissivos, ou se considerava a ação como distensão dos músculos, ou não havia ação alguma.

O paradoxo já tinha sido notado pelo próprio VON Liszt: “na verdade, devemos convir em que, rigorosamente considerado, o resultado produzido não é em caso algum causado pela omissão em si”²⁷⁸. Perante esta constatação, o jurista concluiu pela

²⁷⁴ BRUNO, Aníbal, *op. cit.* (nota 177), p. 51.

²⁷⁵ Cf. BUSATO, Paulo César, *Derecho penal y acción significativa – un análisis de la función negativa del concepto significativo de acción en derecho penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 33-34.

²⁷⁶ VON LISZT, Franz, *op. cit.* (nota 125), p. 195.

²⁷⁷ *Idem*, p. 198.

²⁷⁸ *Idem*, p. 212.

impropriedade dos termos: “Usamos pois de uma linguagem indubitavelmente inexacta, quando falamos em *causar por omissão*”²⁷⁹.

Refletindo sobre a questão, VON LISZT notou que a problemática terminológica era menos importante do que saber bem colocar a pergunta sobre a relevância jurídica da omissão:

“Não deve ella ser formulada n’estes termos: «quando a omissão é causal?» E sim d’esto modo: «quando a omissão é illegal?» «quando o não impedir o resultado equivale a causal-o?» Ao modo incorrecto por que a questão foi proposta deve a sciencia allemã as conclusões insustentaveis a que chegou”²⁸⁰.

Justamente estas e outras indagações levaram os juristas a repensar os elementos do delito, com acento especial na figura da ação. Note-se ainda que a concepção naturalista do agir humano mantinha íntima conexão com o tipo de BELING:

“sendo o tipo penal a conceitualização da realidade natural da ação, isto é, a subsunção em conceitos do ôntico da conduta, reduzida ao fatual, somente poderá ser ele – como consectário inelutável do entendimento da ação como mera modificação da realidade física, causada pela vontade – de caráter rigorosamente objetivo, uma vez que nesta forma de conceber a ação não têm guarida o axiológico e o subjetivo”²⁸¹.

O primeiro intento de superar o paradigma positivista-naturalista levou à filosofia dos valores. Estudando-se as chamadas ciências do espírito, através de métodos particulares, referidos a finalidades e valores, criou-se “un método más comprensivo y valorativo que explicativo y descriptivo”²⁸². Deste modo, estabeleceu-se um dualismo metodológico: mundo dos valores e mundo natural.

Tendo por base quer a cultura, quer o ordenamento, os penalistas de inspiração neokantiana trataram a realidade como um produto de valorações. A ação, neste contexto, foi vista como “a produção de conseqüências com relevância social”²⁸³. Segundo LUISI,

²⁷⁹ *Ibidem*.

²⁸⁰ *Idem*, p. 213.

²⁸¹ LUISI, Luiz, *op. cit.* (nota 263), p. 33.

²⁸² BUSATO, Paulo César, *op. cit.* (nota 275), p. 38.

²⁸³ LUISI, Luiz, *op. cit.* (nota 263), p. 36.

justamente esta vertente axiológica do Direito Penal levou à introdução, no tipo, dos elementos normativos (MAYER) e, por fim, subjetivos (MEZGER, WEBER e DOHNA)²⁸⁴.

Para WELZEL, tanto o naturalismo, quanto as teorias neokantianas, que erigiram a visão do delito como *dano social*, falharam em seu vigor dogmático, bem como permitiram o desenvolvimento de um Direito Penal de tendências totalitárias, como ocorreu no nazismo.

No entender desse jurista alemão, o nazismo fez uso de uma visão naturalista e utilitarista, que também era encontrada no Direito Penal:

“se puede caracterizar el derecho penal del nacionalsocialismo como extremadamente utilitario y naturalista. ‘Justo es lo útil al pueblo’, ‘la pena es un medio de limpieza biológica del pueblo’; éstos fueron los principios fundamentales del derecho penal nacionalsocialista”²⁸⁵.

Destacou, em seguida, as origens do uso perverso da dogmática de então:

“Mucho tiempo antes del nacionalsocialismo, la antijuridicidad ‘material’ fué caracterizada como daño social; fue justificado un hecho que trajera a la sociedad más provecho que daño. De la culpa fué deducido el factor éticamente indiferente de la peligrosidad; la pena fué degradada a una pura medida finalista de defensa social”²⁸⁶.

A utilização do instrumental jurídico para os fins revolucionários ocorreu com a manutenção de certos institutos, embora desvirtuados, e com a substituição de outros, de modo a formar um Direito que justificasse as arbitrariedades do regime hitlerista:

“El nacionalsocialismo tomó la palabra a estas teorías, anuló las garantías del Estado jurídico, que de por sí formaron en aquellas teorías un cuerpo extraño, y puso en el lugar de los sujetos individuo y sociedad, sus valores centrales: pueblo, nación, raza”²⁸⁷.

²⁸⁴ Cf. *idem*, p. 37.

²⁸⁵ WELZEL, Hans, *La teoría finalista de la acción finalista*, Buenos Aires: Depalma, 1951, p. 10.

²⁸⁶ *Ibidem*.

²⁸⁷ *Idem*, p. 11.

Foi assim que WELZEL propôs uma mudança de perspectiva. Inicialmente, postulou que deveria ser revista a missão do Direito Penal. Para este jurista, não se pode mais defender a idéia predominantemente preventiva, de proteção a bens jurídicos, diante da periculosidade social de uma ação. Sua sugestão foi inovadora: o Direito Penal serve para garantir *valores ético-sociais*, que são o centro e o fundamento do Estado e da sociedade. Rejeita-se a idéia de uma função apenas preventiva, de caráter negativo, com acento policial, para se construir uma visão positiva, de sentido ético-social.

Vejamos a justificação de seu pensamento:

“En cuanto rechaza y castiga la trasgresión realmente cometida de los valores fundamentales del sentir legal-jurídico, el Estado manifiesta de la manera más ostensible de que dispone, la validez inviolable de estos valores positivos del actuar humano, forma el juicio ético social de los ciudadanos y fortalece su sentir jurídico permanente. En esta función ético-social reside la misión más importante del derecho penal”²⁸⁸.

Esta tomada de posição original levou a outras implicações relevantes na dogmática penal. Destaca-se, neste campo, a teoria da ação final, que foi introduzida por WELZEL como consequência da missão ético-social atribuída primeiramente:

“si el derecho penal tiene una función específicamente ético-social y están según ello en primer plano los modos ético-socialmente intolerables de comportamiento, entonces no basta para el concepto de lo injusto la situación creada por el resultado, sino que pasa a ser centro del interés penal la naturaleza de la acción intolerable”²⁸⁹.

Nota-se, assim, que o desenvolvimento da teoria da ação final, por WELZEL, manteve íntima relação com sua visão do Direito Penal enquanto sistema, bem como foi fruto de sua intenção de superar a concepção naturalista da ação²⁹⁰.

²⁸⁸ *Idem*, p. 13.

²⁸⁹ *Idem*, p. 16.

²⁹⁰ “Cuando, en 1928, se me ocurrió por primera vez la idea de la teoría de la acción finalista, me impulsaron exclusivamente ideas filosóficas, en el propósito de vencer el naturalismo en el derecho penal (...) El verdadero sentido de la teoría de la acción finalista, como debía demostrar todo cuanto antes hemos expuesto, aspira al restablecimiento de la función ético-social del derecho penal y a la superación de las tendencias naturalistas-utilitaristas en la ciencia del derecho penal.” *Idem*, pp. 17-18.

Cumpra registrar, antes de delinear a contribuição deste penalista alemão, que a noção do comportamento humano enquanto ação finalística não foi uma novidade inventada por WELZEL, mas sim a retomada de uma longa tradição que se formou desde a antiga Grécia, passando pela Escolástica e pela filosofia moderna alemã. O mérito maior, portanto, foi antes restabelecer do que inaugurar um pensamento, o que, de resto, não diminui em nada o valor deste grande jurista²⁹¹.

Mister mencionar ainda que, conquanto muitos autores afirmem ter o finalismo se inspirado na filosofia de Nicolai HARTMANN, não é isto o que diz o próprio WELZEL:

“No tendría, sin duda, ningún motivo para avergonzarme de que el origen de mi doctrina estuviera en la filosofía de Nicolai HARTMANN – si fuera cierto –. Este no es el caso, sin embargo. Las sugerencias para la formulación de la doctrina de la acción finalista no las recibí de N. HARTMANN, sino, de la psicología del pensamiento y la primera de ellas, precisamente, de la obra *Grundlagen der Denkpsychologie (Fundamentos de la psicología del pensamiento)* del filósofo, recién fallecido, Richard HONIGSWALD”,²⁹².

Além desta influência maior, WELZEL destacou outros nomes: “Recibí también otras sugerencias de los trabajos de los psicólogos Karl BÜHLER, Theodor ERISMANN, Erich JAENSCH, Wilhelm PETERS, y de los fenomenólogos P. F. LINKE y Alexander PFÄNDER, entre otros”,²⁹³.

A ligação da teoria finalista da ação com as contribuições dos estudos em psicologia também foi enfatizada pelo jurista de Bonn:

“Todos estos trabajos, que aparecieron en la década de 1920 a 1930, llevaron a cabo la ruptura con la antigua psicología mecanicista, de elementos y asociaciones y pusieron de manifiesto una forma de realización de los actos anímicos que no era causal-mecánica. En mi

²⁹¹ “Desde que ARISTÓTELES (ética de Nicomach, 1112 b) mostrara la estructura de la acción, por primera vez a través de la finalidad, esta comprensión se impuso en la Edad media (ante todo por obra de SANTO TOMÁS) y quedó reconocida generalmente hasta HEGEL. Sólo a fines del siglo XIX, cuando las ciencias mecánicas naturales invaden el campo del derecho, se trató de hacer también de la acción un proceso causal exterior”. *Idem*, pp. 18-19.

²⁹² WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Buenos Aires: B. de F., 2004, p. 28.

²⁹³ *Idem*, p. 28.

primer artículo llamé a esta forma de realización ‘intencional de sentido’ y la seguí desde la acción ‘interna’, de los actos de *pensamiento*, en los que había sido puesta de manifiesto por los trabajos de aquellos autores, hasta los actos *voluntarios* y la *realización* de la voluntad (por consiguiente, hasta la acción “externa”)²⁹⁴.

Deste modo, WELZEL pretendeu combater o positivismo, tanto jurídico quanto naturalista e o neokantismo, que se mostraram incapazes de garantir o Direito no período nazista. Em seu diagnóstico, o “positivismo jurídico tinha como base a possibilidade de poder criar o conceito de ação como um produto da lei”²⁹⁵. A isto, o penalista alemão opôs a constatação das chamadas *estructuras lógico-objetivas*, “constantes antropológicas que não podem ser modificadas, porque existem antes do Direito, e [que] devem ser observadas necessariamente pelo legislador”²⁹⁶.

Há certos aspectos da realidade que podem ser apreendidos pelo homem e que, por sua característica real e verdadeira, não podem ser afastados pelo instrumental jurídico. Dentre estas diversas estruturas lógico-objetivas estaria justamente a ação humana. Logo, esta verdade é vinculante para o sistema normativo. Após sua inicial argumentação político-criminal, WELZEL lança mão de uma perspectiva ontológica, ancorada na natureza das coisas. Seu pressuposto é claro: “existe uma estrutura categorial do fazer humano que não pode ser modificada pelo legislador”²⁹⁷.

Em sua conhecida explanação, WELZEL aclarou que toda ação humana é o exercício de uma atividade final ou finalista. Isto significa que o agir humano não é apenas um processo causal, mas um acontecimento finalista: o homem conhece o desenrolar causal do mundo e, por meio deste saber, é capaz de, em certa medida, prever o resultado de seu comportamento, o que lhe permite elaborar objetivos e praticar um plano em conformidade com tais finalidades²⁹⁸.

A ação deixa de significar a mera causação de um resultado, para ser vista como um direcionamento dos processos reais, a partir do império da finalidade:

²⁹⁴ *Ibidem*.

²⁹⁵ CAMARGO, Antonio Luís Chaves, *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 30.

²⁹⁶ CAMARGO, Antonio Luís Chaves, *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*, São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 151.

²⁹⁷ CAMARGO, Antonio Luís Chaves, *op. cit.* (nota 295), p. 30.

²⁹⁸ Cf. WELZEL, Hans, *Derecho penal: Parte general*, Buenos Aires: Depalma, 1956, p. 39.

“Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el acontecer causal exterior hacia el objetivo y lo sobredetermina así de modo finalista”²⁹⁹.

A causalidade denota uma perspectiva na qual o sentido não existe previamente, vez que o resultado é fruto da concorrência indiscriminada de inúmeros fatores, dentre os quais a vontade humana; ao passo que, na doutrina de WELZEL, a finalidade representa a característica primordial da ação. Ou seja, a conduta humana tem uma especificidade, pois a atuação é consciente e voltada para objetivos eleitos pelo agente. Daí a metáfora welzeliana: “la finalidad es ‘vidente’; la causalidad es ‘ciega’”³⁰⁰.

Com efeito, a ação deixa de significar movimento com vontade, passando a consistir em uma consciência apontada para um objetivo. Portanto, somente são penalmente relevantes as condutas vinculadas a um objetivo, expressões de uma finalidade³⁰¹.

Frise-se ainda que, segundo WELZEL, a ação finalista não se limita à previsão dos objetivos, abarcando também os meios necessários e as conseqüências secundárias³⁰². Trata-se, portanto, de uma previsão completa da atuação humana, alcançando a figura do dolo eventual, no qual há consciência e previsão do resultado, assumindo o agente o risco de sua produção. É o que também defende LUISI: “o dolo eventual se insere no contexto global da ação finalista, precisamente com relação às decorrências previstas como possíveis, que podem derivar dos modos de uso dos meios eleitos para a consecução do fim”³⁰³.

A ação surge, assim, como uma estrutura lógico-objetiva a ser respeitada pelo Direito Penal. Não se trata de uma projeção mecanicista, nem mesmo de uma abstração advinda do ordenamento, o comportamento humano tem uma natureza real, que pode ser apreendida e, uma vez conhecida, não pode mais ser ignorada pelo sistema jurídico: “o conceito de ação deve ser um conceito ontológico, como um exercício da atividade final

²⁹⁹ *Ibidem*.

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ Cf. BUSATO, Paulo César, *op. cit.* (nota 275), pp. 44-45.

³⁰² Cf. WELZEL, Hans, *op. cit.* (nota 285), pp. 21-22.

³⁰³ LUISI, Luiz, *op. cit.* (nota 263), p. 68.

(conceito da realidade), sendo um conceito pré-jurídico, porque existe antes da própria valoração jurídica”³⁰⁴.

Considerando-se a ação como um conceito pré-jurídico, extraído da natureza, um conceito do ser, o comportamento humano necessita de análise e não de valoração. A valoração virá posteriormente, com as demais categorias delitivas³⁰⁵.

Ademais, a estrutura dos tipos penais, ao menos quanto aos crimes dolosos, revela que a proibição não se refere à causação do resultado, mas sim à conduta humana. Daí porque a ação espelha o núcleo da tipificação: “o legislador não pode proibir a causação de resultados, mas apenas ações finais, e estas se caracterizam por ser a espinha dorsal da ação, que é a vontade consciente dirigida a um fim que determina o acontecer causal”³⁰⁶.

Isto é um dos pontos fundamentais para WELZEL, que enfatiza: “Las normas del derecho no pueden ordenar o prohibir meros procesos causales, sino sólo actos dirigidos finalmente (por consiguiente acciones) o la omisión de tales actos”³⁰⁷.

De fato, a prescrição normativa não pode impedir que uma pessoa alvejada por tiros morra, mas pode vedar a conduta de se atirar em alguém. Neste diapasão, a ação final toma o lugar central na disposição típica.

Esta nova compreensão serve também para lidar com outros problemas da dogmática, como a limitação do curso causal e a fundamentação da punição da tentativa, já que a centralidade da ação impõe um novo objeto para a norma:

“A localização do querer do resultado (dolo) no tipo resolve o problema da causalidade, que está limitada pela vontade. (...) A tentativa é claramente distinguida, e sem distorções, porque o querer do resultado (dolo) passa a ser problema típico. O tipo proíbe uma conduta e não uma causação”³⁰⁸.

³⁰⁴ CAMARGO, Antonio Luís Chaves, *op. cit.* (nota 295), p. 30.

³⁰⁵ Cf. BUSATO, Paulo César, *op. cit.* (nota 275), p. 42.

³⁰⁶ CAMARGO, Antonio Luís Chaves, *op. cit.* (nota 295), p. 30.

³⁰⁷ WELZEL, Hans, *op. cit.* (nota 293), p. 32.

³⁰⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et* PIERANGELI, José Henrique, *op. cit.* (nota 105), p. 389.

Em sua vida, o homem pode eleger objetivos positivos ou negativos, tendo em vista os valores ético-sociais. O Direito Penal, na elaboração dos tipos, estrutura-se de duas formas diversas: proíbe a *concreção* dos objetivos negativos (*tipos dos delitos dolosos*) e exige a *concreção* mínima de objetivos positivos (*tipos dos delitos culposos*)³⁰⁹.

Investigando estes dois modos de tipificação de condutas, WELZEL deduz outras repercussões da ação final, como a nova localização do dolo e da culpa. Vejamos como estes efeitos ocorreram.

Para WELZEL, dolo é “aquella voluntad finalista de acción que está dirigida hacia la concreción de las características objetivas de un tipo de injusto”³¹⁰. Assim, o dolo é uma espécie de vontade, mas uma vontade conforme a ação finalista, consciente e voltada para objetivos escolhidos, que apresenta o específico direcionamento para a concretização de um tipo penal.

Nos dizeres do jurista alemão:

“Toda acción consciente es llevada por la decisión de acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere – el elemento intelectual –, y la decisión de querer realizarlo – el elemento volitivo. Ambos elementos juntos, como factores creadores de una acción real constituyen el dolo”³¹¹.

Compreende-se, diante da exposição, que o dolo, enquanto consciência e vontade, se encontra na estrutura da ação final. Vale dizer, o “dolo es en toda su extensión, un elemento finalista de la acción”³¹². Daí porque, considerando que o dolo integra a ação final e que nos tipos de delitos dolosos há veiculação de comportamentos humanos proibidos, nestes inelutavelmente o dolo é componente do tipo.

O raciocínio é lógico: se a ação consiste em uma atividade finalista, é apodítico que contenha “em si desde logo o dolo, compreendido como consciência e vontade da

³⁰⁹ Cf. WELZEL, Hans, *op. cit.* (nota 285), pp. 26-29.

³¹⁰ *Idem*, p. 27.

³¹¹ WELZEL, Hans, *op. cit.* (nota 298), p. 73.

³¹² *Ibidem*.

realização do fato, o dolo que MAURACH chama *naturalista*, porque isento de qualquer juízo de valor”³¹³.

Note-se, em tal ponto, que para WELZEL o dolo não passa de uma realidade psíquica, sem qualquer valoração. Ou seja, o dolo é “somente o propósito, a intenção do agente, sem caracterizá-lo como censurável ou não, isto é, sem conotações axiológicas”³¹⁴. Trata-se do chamado *dolo natural*. A avaliação axiológica será realizada em momento posterior, através do juízo de culpabilidade, em que, “tomando-se o dolo natural como objeto, se irá valorá-lo no sentido de se aferir se é reprovável ou não a intenção do agente, ou, segundo o jargão clássico, se é *dolus malus*”³¹⁵.

É assim que surge a visão do tipo bipartido: tipo objetivo e tipo subjetivo. Para a doutrina, esta migração do dolo significa “a definitiva superação da separação do delito em lado objetivo e subjetivo”³¹⁶. O *tipo complexo*, desta maneira, é aquele formado por duas partes complementares:

“Pela teoria finalista pertence ao tipo penal tudo que se refira ao injusto tipificado. O tipo vem a ser uma realidade complexa, formado de uma parte subjetiva, ou tipo subjetivo (*Subjektivtatbestand*), e outra objetiva, a descrição legal, ou tipo objetivo (*Objektivtatbestand*)”³¹⁷.

Se as conclusões acima são claras para os crimes dolosos, para os delitos culposos são necessários maiores esclarecimentos. De fato, a consciência e a vontade, que formam o dolo, integram o conceito maior de ação final e, por consequência, o tipo. Entretanto, é questionável, a princípio, se a negligência, a imprudência e a imperícia também se encontrariam no tipo.

A reprodução do pensamento de WELZEL a respeito dos delitos culposos será avaliada quando voltarmos a atenção para a origem da categoria dos tipos abertos, em item seguinte. Basta-nos, neste momento, ressaltar que o âmago dos delitos culposos está no *dever de cuidado*, e que este exige a *consciência* do agente, elemento que compõe a ação.

³¹³ BRUNO, Aníbal, *op. cit.* (nota 177), p. 51.

³¹⁴ LUISI, Luiz, *op. cit.* (nota 263), p. 64.

³¹⁵ *Idem*, p. 65.

³¹⁶ BUSATO, Paulo César, *op. cit.* (nota 275), p. 43.

³¹⁷ MESTIERI, João, *op. cit.* (nota 175), p. 120.

Neste sentido, a lição de Chaves CAMARGO:

“a integração destes elementos subjetivos estão na ação, pois esta, como elemento final, recepciona a direção consciente da vontade, no caso dos crimes dolosos, e, a consciência do dever de cuidado não observado no caso da culpa *stricto sensu*. O dolo e a culpa *stricto sensu* deixam de ser elementos da culpabilidade e se transformam em formas de infringir uma norma”³¹⁸.

Juntamente com a teoria da ação final, as diversas contribuições do finalismo significam um novo marco para o Direito Penal. Com efeito, Chaves CAMARGO chega mesmo a caracterizar a doutrina criminalista posterior de *pós-finalista*, tamanha a importância dos estudos finalistas.

De modo pragmático, tendo em vista nosso fito específico de análise categorial dos tipos abertos, podemos ressaltar dois grandes aportes do finalismo: a idéia do tipo complexo (tipo objetivo e tipo subjetivo) e a criação da classificação dos tipos abertos e fechados³¹⁹.

4.1.6. TIPO AXIOLÓGICO

No Brasil, as idéias expostas acima repercutiram na doutrina, sendo marcante a influência do finalismo. Dentre as múltiplas formas de dialogar com o debate alemão, destaca-se a visão particular de Miguel REALE JR., que construiu uma concepção própria do tipo penal, baseando-se na ação final de WELZEL, mas lhe emprestando elementos axiológicos.

REALE JR. defende que a teoria da *natureza das coisas* elimina as categorias absolutas atingidas pela razão para dar lugar a limites imanentes à realidade, entrelaçando ser e dever-ser, já que “a *viabilidade do direito depende da conformidade do concreto (real) ao abstrato (normativo)*”³²⁰.

³¹⁸ CAMARGO, Antonio Luís Chaves, *op. cit.* (nota 295), p. 30.

³¹⁹ Este legado de WELZEL é descrito no item 4.3. *Origem da dicotomia entre tipos fechados e tipos abertos*.

³²⁰ REALE JÚNIOR, Miguel, *Instituições de Direito Penal – Parte Geral*, vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 130.

Porém, não concorda plenamente com o mestre alemão. Para WELZEL, o *dolo* não é reflexo secundário da ação, mas a integra, como predeterminação finalística. Todavia, isto ocorre de forma neutra, não valorativa, pelo que é *dolo natural*, apenas o querer objetivo. Deste modo, o inimputável agiria com dolo³²¹.

Na análise de REALE JR., toda ação denota um sentido, o qual integra, por força de sua aderência intrínseca ao comportamento, o próprio tipo penal. A intenção tem um significado e, no caso da ação humana, também apresenta uma carga valorativa. Conforme seu pensamento, todo atuar humano é um atuar axiologicamente significativo³²².

Toda ação é fruto de uma escolha e toda escolha se dá conforme uma valoração, que é o *fin de agir* e, portanto, há na ação uma intencionalidade significativa. Daí porque o “fim é sempre valor atualizado, só havendo ação quando existe consciência do fim”³²³. Assim, a ação é somente de imputáveis; o inimputável não age, pratica fato previsto como crime. Deste modo, a própria imputabilidade passa a ser um pressuposto da ação humana.

Em seu entendimento, a ação, agregando aspectos objetivos, subjetivos e também axiológicos, representa a *âncora do sistema*³²⁴.

Outrossim, a própria estrutura da ação e do tipo reverberam na relação entre este e a antijuridicidade. Para REALE JR., não se defende mais um caráter indiciário ou de razão de ser, mas sim uma unidade indissociável:

“A toda ação é inerente um valor, e apenas pela compreensão do sentido axiológico que a anima pode ela ser captada de maneira integral. Se o tipo representa genericamente uma ação animada de um desvalor, a ação típica não é senão a ação concreta dotada daquele desvalor repelido pelo direito. Ao se apreender a ação em sua tipicidade, apreende-se seu caráter antijurídico, e, portanto, são uma coisa só os juízos de tipicidade e antijuridicidade”³²⁵.

³²¹ Cf. *idem*, p. 131.

³²² Cf. REALE JÚNIOR, Miguel, *op. cit.* (nota 196), pp. 51-52.

³²³ REALE JÚNIOR, Miguel, *op. cit.* (nota 320), p. 131.

³²⁴ Cf. REALE JÚNIOR, Miguel, *op. cit.* (nota 320), p. 132.

³²⁵ REALE JÚNIOR, Miguel, *op. cit.* (nota 196), p. 53.

Considerando que a “*adequação típica é a congruência de uma ação concreta a um tipo de injusto*”³²⁶, bem como que a ação típica é a ação concreta dotada do desvalor repellido pelo Direito, conclui REALE JR. que os juízos de tipicidade e antijuridicidade são uma só coisa.

Em suas palavras, constituem “um mesmo momento o juízo da tipicidade e o da antijuridicidade, correspondendo à culpabilidade como juízo de valor significar a reprovabilidade da ação injusta”³²⁷. Logo, ocorrendo “uma causa de justificação não há a adequação típica”³²⁸.

É assim que o delito passa a ser visto como a ação típica, em seus aspectos positivo e negativo (elementos negativos da tipicidade), e a culpabilidade. Ressalte-se, de qualquer modo, que para REALE JR. esta consequência advém de uma concepção original da conduta humana, sendo que o mesmo assegura ser possível analisar os elementos negativos do tipo em separado, sob o nome de antijuridicidade³²⁹.

O tipo axiológico, absorvendo as diversas contribuições da doutrina penal, demonstra uma unidade particular, na qual se enfatiza o aspecto social e axiológico do comportamento humano. Na conclusão de seu autor:

“Rompe-se o formalismo das estruturas abstratas para, em vista de uma justiça concreta, compreender o crime, o antijurídico como expressão de um desvalor tipificado e sentido por uma comunidade, em determinado momento histórico”³³⁰.

4.1.7. FUNCIONALISMO

No pós-finalismo, pode-se perceber uma tendência ao pensamento *funcionalista*, no qual se privilegia a *função* dos objetos e dos sistemas, e não sua ontologia ou sua estrutura, seja ela natural ou legal.

Ao entrarmos neste terreno da seara penal, estamos sujeitos a desencontros e a caminhos tortuosos. De fato, os autores que se agregam no chamado *funcionalismo*

³²⁶ REALE JÚNIOR, Miguel, *op. cit.* (nota 320), p. 146.

³²⁷ REALE JÚNIOR, Miguel, *op. cit.* (nota 196), p. 54.

³²⁸ *Idem*, p. 56.

³²⁹ Cf. REALE JÚNIOR, Miguel, *op. cit.* (nota 320), p. 146.

³³⁰ REALE JÚNIOR, Miguel, *op. cit.* (nota 196), p. 58.

apresentam teorias muito díspares, acentuando aspectos dissonantes do fenômeno jurídico. Ainda assim, é possível elaborar uma síntese das colaborações dos juristas em questão para a teoria do tipo penal, desde que não percamos de vista nosso enfoque: a classificação entre tipos fechados e abertos.

Portanto, a escolha dos autores a seguir, norteadas pelo fito particular de nosso estudo, não é de todo arbitrária, embora não pretenda espelhar a fértil e sempre crescente pluralidade de idéias que surgem com a escola funcionalista. De qualquer modo, autores renomados, de origem estrangeira ou nacional, que não integram a seleção abaixo, têm suas contribuições lembradas ao longo deste trabalho, de modo a não prejudicar a investigação do *status quaestionis* e para evitar, além disto, a omissão de opiniões relevantes.

4.1.7.1. CLAUS ROXIN: A POLÍTICA CRIMINAL COMO ORIENTADORA DA DOGMÁTICA

Se pudéssemos esquematizar os traços fundamentais da discussão intelectual sobre o tipo penal desde BELING, nos termos em que aqui foi apresentada, teríamos quatro grandes balizas: no causalismo, o tipo servia como representação do movimento corporal e dos resultados naturalísticos com os quais mantinha um nexos; no neokantismo, temos a exploração de conceitos valorativos, relacionando os elementos do delito desta ou daquela maneira; no finalismo, temos o reconhecimento de uma estrutura lógico-objetiva do mundo real, que vincularia o Direito; e, por fim, a abordagem sintética entre a ontologia do ser e o aspecto cultural-axiológico da sociedade.

Inaugurando uma nova ordem de especulações, ROXIN não se utilizou de nenhum daqueles arquétipos, buscando fundamentar e erigir a ordem jurídico-penal a partir de considerações *políticas*, as quais, adotadas pela comunidade, passaram a servir de referencial para o sistema do Direito.

Para o professor de Munique, as concepções causalista e finalista não respondem às necessidades atuais, vez que ambas “fundamentam o sistema jurídico-penal em categorias ônticas, avaloradas, imunizadas de antemão contra objetivos sociais e político-criminais”³³¹. Não se trata mais de apenas aceitar elementos teleológicos, mas sim

³³¹ ROXIN, Claus, *Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 9, julho-setembro, nº 35, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 15.

de compreender a orientação política como a atividade inaugural e prioritária do Direito Penal, um aspecto que, desde o início até os mais diversos desdobramentos, está sempre presente com primazia.

ROXIN parte de uma constatação: o Estado de fato proíbe comportamentos sob a ameaça da pena e o conjunto das normas que tratam desta atividade é denominado Direito Penal. Não condiz com o Estado Democrático de Direito que o exercício deste poder seja ilimitado, nem mesmo é isto o que acontece. Destarte, quais seriam as fronteiras intransponíveis dentro das quais deve se resguardar o *jus puniendi*? A resposta a esta pergunta revela uma preocupação que ocupou toda a obra deste jurista: “os limites da faculdade estatal de punir só podem resultar da finalidade que tem o direito penal no âmbito do ordenamento estatal”³³².

Trata-se da distinção que torna específico o modo de ser do sistema funcionalista. Esta posição não somente diverge das orientações anteriores, como inaugura todo um edifício jurídico próprio. Portanto, a premissa do funcionalismo, para ROXIN, é justamente esta:

“la hipótesis de que la formación del sistema jurídicopenal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.), sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho penal”³³³.

Assim, a *finalidade* estabelece o limite para o Estado, que não poderá utilizar deste sistema social para atingir outros objetivos. Determinar qual seja este objetivo específico e único é uma tarefa de máxima importância. Veja-se o que diz ROXIN:

“Penso que o direito penal deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em

Ressalte-se que os finalistas refutam tal crítica. Para CEREZO MIR, a gama de estruturas lógico-objetivas “deixa uma ampla margem para considerações político-criminais; não prejudica, como se tem visto, o conceito de tipo, nem a decisão em favor da teoria pura ou restrita da culpabilidade”, CEREZO MIR, José, *Ontologismo e normativismo na teoria finalista*, in *Ciências Penais*, Ano 1, 00, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 19.

³³² ROXIN, Claus, *Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais*, in *Estudos de Direito Penal*, São Paulo: Renovar, 2006, p. 32.

³³³ ROXIN, Claus, *Derecho Penal - Parte General- Tomo - Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2ª ed., Madrid: Ed. Civitas, 1997, p. 203.

que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas”³³⁴.

Com base na doutrina de criação contratualista da sociedade, este pensador assume o argumento de que o Estado, como organização política dos indivíduos, não pode tolher a liberdade dos cidadãos mais do que o estritamente necessário para assegurar a coexistência livre e pacífica. Além disto, a dignidade e a igualdade compõem as condições para a liberdade, demandando, deste modo, a proteção pelo Estado³³⁵.

Os contornos desta finalidade própria ao Direito Penal redundam na construção de princípios político-jurídicos que emprestam àquela limitação uma maior funcionalidade. Neste sentido, por exemplo, o *princípio da subsidiariedade*: “O direito penal é desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do direito civil, de uma proibição de direito administrativo ou de medidas preventivas extrajurídicas”³³⁶.

Outrossim, coloca-se a noção de que o Direito Penal é a *ultima ratio* para assegurar os pressupostos de convivência civilizada: “Uma vez que a pena é a intervenção mais grave do Estado na liberdade individual, só pode ele cominá-la quando não dispuser de outros meios mais suaves para alcançar a situação desejada”³³⁷.

Estes princípios básicos têm ressonância constitucional em alguns países. Entretanto, para ROXIN, eles derivam da própria democracia, bem como do reconhecimento dos direitos humanos, que precisam ser observados no Estado de Direito³³⁸. Neste contexto, toda a atividade legislativa e de aplicação jurídica deverá ser orientada por uma política criminal que, consagrando aquele desiderato inicial, em observância ao Estado Democrático de Direito fundamentado na dignidade humana, servirá como vetor normativo onipresente.

Prosseguindo, ROXIN afirma que os *pressupostos de coexistência*, cuja garantia é a finalidade do Direito Penal, são uma outra forma de se referir aos consagrados *bens jurídicos*³³⁹. Logo, a proteção de bens jurídicos, que por imperativo político deve ser

³³⁴ ROXIN, Claus, *op. cit.* (nota 332), p. 32.

³³⁵ Cf. *idem*, pp. 32-33.

³³⁶ *Idem*, p. 33.

³³⁷ *Ibidem*.

³³⁸ Cf. *idem*, p. 34.

³³⁹ Cf. *idem*, p. 35.

subsidiária, é a finalidade deste sistema social, ao mesmo tempo em que consiste no limite do *jus puniendi*³⁴⁰.

Além disso, o funcionalismo pretende racionalizar e instrumentalizar o modo concreto por meio do qual o Direito Penal se realiza: a pena. Ao lado da finalidade de proteção subsidiária de bens jurídicos, razão de ser do sistema, existe também uma vinculação dada pelo seu modo de existência. Neste sentido, os fins da pena também servirão para operacionalizar a estrutura jurídica, emprestando-lhe um vetor político-criminal que permita o controle da atuação estatal³⁴¹.

Por outro lado, ROXIN não abandonou a realidade. Os dados empíricos constituem para seu funcionalismo político-teleológico um ponto importante, pois é sobre eles que recairá a aplicação das normas político-criminalmente orientadas³⁴². Desse modo, a matéria jurídica em objeto serve para dar sentido concreto à norma, a qual ainda não tem seus contornos definidos.

O posicionamento deste pensador revela um normativismo inicial que vai em busca do ontológico de cada situação empírica, em uma relação complementar. A prevalência ainda resta ao normativismo, que serve de guia para a análise da realidade, a qual não deve ser ignorada, pois empresta àquele uma significação concreta.

Conforme o professor de Munique, o ponto de partida funcionalista leva a inúmeras consequências práticas. Todavia, aponta duas decorrências como principais: a

³⁴⁰ É preciso enfatizar que a finalidade do Direito Penal, para ROXIN, não é tão-somente a proteção de bens jurídicos, mas uma proteção qualificada pela subsidiariedade. Somente assim é possível fundamentar a limitação do poder de punir. “Con la limitación del Derecho Penal a la prohibición de las conductas socialmente dañosas o, dicho de otra manera, a la *protección de bienes jurídicos*, queda explicado tan sólo uno de los dos presupuestos de los que las actuales concepciones del Derecho Penal hacen depender el ejercicio del poder punitivo del Estado. Para castigar una conducta socialmente dañosa se ha de exigir, además, el que no existan otros medios menos gravosos para hacerla frente”. ROXIN, Claus, ARZT, Gunther *et* TIEDEMANN, Klaus, *op. cit.* (nota 165), p. 22.

³⁴¹ Cf. ROXIN, Claus, *op. cit.* (nota 333), p. 203.

³⁴² *In verbis*: “Parto da idéia de que todas as categorias do sistema do direito penal se baseiam em princípios reitores normativos político-criminais, que, entretanto, não contêm ainda a solução para os problemas concretos; estes princípios serão, porém, aplicados à ‘matéria jurídica’, aos dados empíricos, e com isso chegarão a conclusões diferenciadas e adequadas à realidade”. ROXIN, Claus, *Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal*, in *Estudos do Direito Penal*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.61.

teoria da imputação objetiva e o alargamento da noção de culpabilidade para a categoria da *reprovabilidade*³⁴³.

Em apertada síntese, podemos dizer que a *imputação objetiva* se relaciona com o imperativo político-criminal da finalidade do Direito Penal, vez que demanda, para a imputação de um resultado ao tipo objetivo, a realização de um risco não-permitido dentro do fim de proteção da norma³⁴⁴. Ou seja, a teoria da imputação objetiva pretende compatibilizar a adequação típica com a proteção subsidiária de bens jurídicos, sem olvidar o modo específico por meio do qual cada tipo desempenha esta função.

De sua sorte, a criação da figura da *responsabilidade* é pertinente à orientação político-criminal dos fins da pena, porquanto adiciona, dentre as condições para a aplicação da pena já existentes no modelo da culpabilidade, a necessidade preventiva (especial ou geral) da sanção criminal³⁴⁵. Assim, a responsabilidade é utilizada para coadunar a concretização do aparato punitivo com as finalidades essenciais do instrumento sancionador, que figuram como princípios político-criminais informadores do sistema.

Não obstante sejam de extrema importância as figuras descritas acima, o que levou a diversos estudos, análises, complementações e revisões, por parte da doutrina estrangeira e também brasileira, o tema deste trabalho não lhes diz respeito. Daí porque é preciso conectar as formulações inovadoras do funcionalismo com o desenvolvimento do raciocínio até este ponto. Consequentemente, retomando a herança do finalismo e de sua reinterpretação valorativa, devemos voltar nossos olhos para aquelas figuras que traziam em si o germe de nosso problema: a ação, o tipo e o injusto, dando maior destaque para o tipo penal.

Fiel à sua conformação teleológica, o funcionalismo analisa tais estruturas à luz de uma atividade valorativa, embora este juízo axiológico seja pautado pelas finalidades político-criminais, nos termos acima.

Assim, o comportamento humano não será definido a partir de um dado empírico prévio – como a causalidade, a vontade ou a finalidade – que se faria presente em todo e qualquer ato; pelo contrário, para unificar esta noção é preciso identificar seu

³⁴³ Cf. ROXIN, Claus, *op. cit.* (nota 333), pp. 203-204.

³⁴⁴ Cf. *idem*, p. 204.

³⁴⁵ Cf. *ibidem*.

aspecto valorativo³⁴⁶. ROXIN faz uso de uma estratégia para cumprir esta tarefa: não investiga propriamente o homem, mas sim o modo por meio do qual o ordenamento se dirige ao homem; é dizer, não procura o fenômeno da conduta, mas busca descobrir a estrutura da *imputação*.

De fato, a descrição do atuar humano, seja em termos causais, psíquicos, finalísticos ou quaisquer outros, não deixa nunca de resultar em uma criação ontológica. Por outro lado, a análise do modo operacional da norma, sem olvidar a realidade à qual se refere, permite descobrir os elementos essenciais que formarão a unidade básica a que se pode denominar *ação*.

É assim que este penalista oferece uma resposta ao tema da conduta humana:

“Un hombre habrá actuado si determinados efectos procedentes o no del mismo se le pueden atribuir a él como persona, o sea como centro espiritual de acción, por lo que se puede hablar de un ‘hacer’ o ‘dejar de hacer’ y con ello de una ‘manifestación de la personalidad’”³⁴⁷.

Na lição do mestre alemão, a concepção funcional da ação como *manifestação da personalidade* responde satisfatoriamente às exigências da garantia penal, como se pretendeu fazer com a ação final. Além disso, essa função é desempenhada independentemente de ilações a respeito da aparência externa ou sobre os efeitos causais do comportamento humano³⁴⁸.

Igualmente, a ação enquanto *manifestação da personalidade* exclui os casos de coação física irresistível e de atos-reflexos, bem como as meras intenções e pensamentos não concretizados, problemas clássicos que envolvem a noção de comportamento humano no Direito Penal.

Veja-se a explicação de ROXIN para as duas primeiras hipóteses:

“es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción, y eso falta en casos de efectos que parten únicamente de la esfera corporal (‘somática’) del hombre, o ‘del ámbito

³⁴⁶ Cf. *idem*, p. 218.

³⁴⁷ *Ibidem*.

³⁴⁸ Cf. *ibidem*.

material, vital y animal del ser', sin estar sometidos al control del 'yo', de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano”³⁴⁹.

Portanto, as *manifestações* que não passem pelo crivo da *consciência* ou não sejam dominadas pela *vontade* escapam à *personalidade* do agente, o que lhes desconfigura como ações, pela falta do segundo elemento destas: seu aspecto subjetivo.

Já no segundo grupo de casos, a solução é dada justamente pelo raciocínio inverso: está presente o aspecto *subjetivo* da ação, porém, falta o elemento *objetivo*, a concretização do pensamento ou da intenção em ato. Na lição do autor:

“es evidente que los pensamientos y los impulsos de la voluntad pertenecen a la esfera espiritual-anímica de la persona, pero en tanto permanecen encerrados en lo interno y no se ponen en relación con los sucesos del mundo exterior, no son **manifestaciones** de la personalidad y por tanto no son acciones”³⁵⁰.

Mais do que alcançar a equivalência da ação final perante as questões supracitadas, ROXIN defende que a concepção de *manifestação da personalidade* é abrangente o suficiente para englobar todas as formas de infrações penais. Na linha de seu magistério, as “acciones dolosas e imprudentes son manifestaciones de personalidad tanto como las omisiones”³⁵¹.

Defende o professor de Munique a idéia segundo a qual tal delineamento da ação é bastante compreensivo, alcançando o acontecimento em sua totalidade, e não apenas um de seus elementos, como ocorrera nas teorizações antecedentes. É dizer, a ação enquanto *manifestação da personalidade* não somente seria funcional, mas também explicaria de modo mais fidedigno e completo a realidade a que se refere o Direito Penal.

São suas as palavras:

“En el enjuiciamiento del suceso como manifestación de personalidad penetran finalidades subjetivas y consecuencias objetivas, así como

³⁴⁹ *Idem*, p. 252.

³⁵⁰ *Ibidem* (grifo do autor).

³⁵¹ *Idem*, p. 255.

valoraciones personales, sociales, jurídicas y de otro tipo, y sólo el conjunto de todas ellas agota su contenido significativo”³⁵².

Todavía – resalta ROXIN – na análise jurídica não precisam ser investigados todos esses aspectos, mas somente aqueles que, na situação concreta, sejam essenciais para se avaliar a presença ou não da ação, ou seja, as condições mínimas para que se possa afirmar a ocorrência de uma *manifestación da personalidad*. Essa propriedade é importante, vez que, desse modo, o exame dos múltiplos componentes da ação (causalidade, finalidade, resultado, relevância social etc.) não é necessariamente, nem mesmo isolada ou unicamente feito no momento de provar a existência de uma *manifestación de vontade*. É possível e até provável, portanto, que alguns elementos da ação, cuja avaliação não fora realizada por ser prescindível quando da verificação da ação, sejam posteriormente examinados por meio de outras categorias penais.

É o que ensina o autor:

“Todo ello [os diversos componentes da ação], en su caso, pertenece a la misma [a ação], como también forma además el sustrato del juicio del injusto o de culpabilidad; pero sólo es importante para el examen de la acción en la medida que de ello dependa la existencia de una manifestación de la personalidad”³⁵³.

Uma vez vislumbrada a ação, esta somente adquire relevância penal conforme sua comunicação com um tipo penal. Para aquele penalista, a cominação criminal abstrata tem finalidade de prevenção geral: “Al acogerse una determinada conducta en un tipo se pretende motivar al individuo para que omita la actuación descrita en el mismo (o en los delitos de omisión, para que lleve a cabo la conducta ordenada”³⁵⁴.

Considerando que o sistema é político-criminalmente orientado, os fins da pena determinam o modo de se compreender o tipo penal. Isso leva a dois imperativos metodológicos: o tipo deve ser tomado teleologicamente, de modo a albergar todos os

³⁵² *Ibidem*.

³⁵³ *Idem*, p. 256.

³⁵⁴ *Idem*, p. 218.

comportamentos proibidos, ou seja, as condutas que se deseja motivar ou desmotivar; e a lei deve ser precisa o bastante para tornar eficaz a prevenção geral³⁵⁵.

Investigando a dualidade entre os modelos bipartido e tripartido do delito, ROXIN pondera que há certos elementos cuja localização no tipo ou em outro setor da lei, como a parte geral do código penal, não passa de uma escolha de redação. A princípio, a figura poderia funcionar tanto como fundamento do injusto, como uma de suas excludentes, tudo conforme uma opção legislativa³⁵⁶.

Nesse compasso, a tendência seria desconsiderarmos a estruturação aleatória dos preceitos legislativos, para sistematizarmos o delito de acordo com uma noção unificada desses elementos. Isto é, a “intercambialidad de los elementos está señalando que la fundamentación del injusto y la exclusión del injusto sólo son fragmentos parciales de una unidad superior”³⁵⁷. *Prima facie*, parece correta a concepção bipartida do delito.

Entretanto, não é o que pensa ROXIN. Para ele, fiel à sua gênese político-criminal, há mais o que considerar:

“No obstante, hay razones de más peso a favor de mantener el tipo, en el sentido de *typus delictivo* (o sea, de los respectivos elementos del injusto específicos del delito), como una categoría autónoma frente a la antijuridicidad; pues el tipo y la antijuridicidad no se agotan en su significado para la averiguación y comprobación del injusto, sino que tienen especiales funciones políticocriminales, que corren el riesgo de echarse a perder si no se las tiene en cuenta también a efectos sistemáticos”³⁵⁸.

Com efeito, os tipos penais devem reunir todos os aspectos essenciais da conduta que se pretende desmotivar, permitindo a efetivação do desiderato preventivo geral, ao mesmo tempo em que consagra a garantia da legalidade. Por outro lado, as causas

³⁵⁵ Cf. *idem*, p. 219.

³⁵⁶ Cf. *idem*, p. 285.

³⁵⁷ *Ibidem*.

³⁵⁸ *Idem*, p. 286.

de justificação valem para mais de um delito – de maneira geral – e não descrevem fragmentos da vida humana, mas consagram princípios de ordem social³⁵⁹.

Diferentemente dos tipos penais, as justificantes não demandam uma interpretação restrita, que têm a função de diminuir o feixe de condutas conforme os preceitos garantistas; pelo contrário, permitem desenvolvimentos hermenêuticos mais amplos, abarcando, por exemplo, causas de justificação extrapenais e supervenientes, de acordo com a evolução social³⁶⁰.

Além disso, a conduta *justificada* encontra uma autorização do ordenamento, ao passo que o comportamento *atípico* está fora do âmbito do Direito ou mesmo é ilícito, mas para outros ramos jurídicos³⁶¹ (pode ser um ilícito civil ou administrativo, por exemplo).

Desse raciocínio, ROXIN conclui que é preciso separar sistematicamente o tipo das excludentes de antijuridicidade, embora seja possível conceber um “tipo global” como expressão do injusto. Em sua lição:

“es absolutamente legítimo contraponer a la responsabilidad el ‘injusto’, como unidad superior de tipo y antijuridicidad, separándolo, en cuanto compendio de las circunstancias decisivas para la prohibición penal, de la responsabilidad como suma de los elementos relevantes para la responsabilización del autor”,³⁶².

Nesse sentido, o *injusto* seria justamente a ação típica que não fosse amparada por causas de justificação, situando o fato no contexto social concreto, de modo a revelar o sentido permitido ou proibido do comportamento diante do ordenamento jurídico-penal como um todo; em termos roxinianos, o *injusto* revela a valoração da conduta de acordo com o conflito de interesses ocorrido na interação social³⁶³.

De modo sintético:

³⁵⁹ Cf. *ibidem*.

³⁶⁰ Cf. *idem*, pp. 286-287.

³⁶¹ Cf. *idem*, p. 287.

³⁶² *Idem*, p. 288.

³⁶³ Cf. *idem*, p. 220.

“Quien en un caso así de conflicto de intereses se entrometa en un bien jurídico típicamente protegido sin estar amparado por una causa de justificación, comete un injusto; o sea, dicho materialmente: se comporta de modo no tolerable y socialmente nocivo”³⁶⁴.

Com isso, delineamos brevemente a contribuição de ROXIN no desenvolvimento do tipo penal. Em sua empreitada funcionalista, esse doutrinador busca perceber as vigas político-criminais que sustentam o sistema penal, interagindo de forma racional com os substratos materiais que encontra, tal como seu conceito de ação como *manifestação da personalidade*. O tipo, embora possa juntamente com a ilicitude formar uma unidade maior – o injusto – apresenta particularidades sistemáticas que exigem sua separação da antijuridicidade, preservando assim a clareza de suas funções.

4.1.7.2. GÜNTHER JAKOBS: NORMATIVISMO RADICAL

“Desde la perspectiva de la que aquí se parte, el funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad”³⁶⁵.

Com estas palavras, JAKOBS iniciou sua contribuição nas Jornadas alemãs de Direito Penal de 1995, em Rostock³⁶⁶. A idéia, nada usual, está radicada na concepção de que a sociedade não está fundamentada no sujeito. Para este autor, a teoria que explicou mais claramente a distinção entre indivíduo e sistema social foi desenvolvida por Niklas LUHMANN³⁶⁷. Todavia, o professor de Bonn nega que suas considerações em matéria penal

³⁶⁴ *Ibidem*.

³⁶⁵ JAKOBS, Günther, *Bases para una teoría funcional del Derecho Penal*, Lima: Palestra, 2000, p. 19.

³⁶⁶ Cf. esclarecimento a respeito do capítulo primeiro do mesmo livro, *ibidem*.

³⁶⁷ Trata-se da *teoria dos sistemas sociais autopoieticos*, que se caracterizam por produzirem a si mesmos, por meio de um encadeamento de operações internas. Os *sistemas* são produzidos a partir de uma distinção interna que separa *sistema* e *ambiente*; esta distinção é reintroduzida no sistema (*re-entry*) para permitir ao *sistema* lidar com o *ambiente*, conforme a distinção entre *auto-referência* e *hetero-referência*; os *sistemas* precisam manter uma *clausura operacional* para não dissolverem sua diferenciação; isto é feito a partir de uma estruturação interna – *auto-organização*, e produção interna de elementos e encadeamento de operações – *autopoiese*. Temos, basicamente, três pontos que possibilitam a compreensão inicial da circularidade *sistêmica*, são, ironicamente, as três arestas do círculo: *auto-referência*, *auto-organização* e *autopoiese*. Para um estudo mais completo do assunto, além das obras do próprio LUHMANN, indicam-se as obras de Celso Fernandes CAMPILONGO, Marcelo NEVES, Günther TEUBNER e Raffaele DE GIORGI.

devam algo à *teoria dos sistemas sociais autopoieticos*, ou mesmo que sejam com esta coincidentes³⁶⁸.

Para JAKOBS, a missão do Direito Penal é *garantir a identidade da sociedade*³⁶⁹. Rompe-se com a tradição que, em suas várias modalidades e desde VON LISZT, entendia o sistema criminal como protetor de bens jurídicos.

Considerando que a diferença essencial da sociedade é a *comunicação*, o professor de Bonn conclui que o Direito Penal, enquanto sistema social, deve ser compreendido como sistema de comunicação, que opera e se realiza por meio de comunicações. Neste sentido, todos os componentes da estrutura do sistema penal, tudo àquilo que se refere tal ente, deve ser visto sob a perspectiva da comunicação. Temos uma releitura integral do Direito Penal em bases funcionais-normativas.

Como entender, então, a *garantia da identidade da sociedade* – a garantia de uma identidade comunicativa – frente ao delito e à pena? A resposta é declarada por JAKOBS expressamente: “Esto se lleva a cabo tomando el hecho punible en su significado, como aportación comunicativa, como expresión de sentido, y además, respondiendo ante él”³⁷⁰. O crime é tomado como comunicação, um comunicado que afeta a identidade social, vez que nega as expectativas consagradas nas normas (*expectativas normativas*, que persistem diante de sua negação³⁷¹).

Vejamos este ponto mais detidamente:

“El delito no se toma como principio de una evolución ni tampoco como suceso que deba solucionarse de modo cognitivo, sino como

³⁶⁸ Cf. JAKOBS, Günther, *op. cit.* (nota 365), pp. 19-20. ZAFFARONI observa o seguinte a respeito de JAKOBS: “en cuanto a la fundamentación misma del derecho penal y del poder punitivo en particular, su posición es muy oscura. Por un lado adopta la terminología de la sociología sistémica de recepción alemana, o sea, del desaparecido sociólogo Niklas Luhmann, pero no parece ser fiel seguidor de esta teoría, desde que sustenta como función de la pena la prevención general positiva y, afirma al mismo tiempo que no le asigna importancia a las investigaciones empíricas, lo que sería inadmisibile para cualquier sociólogo, sea de la escuela o corriente que fuere”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*, Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 186.

³⁶⁹ Cf. JAKOBS, Günther, *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid: Civitas, 2004, p. 75.

³⁷⁰ *Ibidem*.

³⁷¹ LUHMANN realiza a seguinte distinção: a *expectativa cognitiva* configura um aprendizado, uma assimilação da realidade decepcionante, enquanto que a *expectativa normativa* desconsidera a frustração, neutralizando o desapontamento. Neste sentido, as normas consistem em formas de *expectativas normativas*, são “*expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos*”. LUHMANN, Niklas, *Sociologia do Direito*, vol. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 57.

comunicación defectuosa, siendo imputado este defecto al autor como culpa suya”³⁷².

Por ter efetuado uma comunicação *defeituosa* – de acordo com a identidade social – o agente aciona o mecanismo de comunicação oposto, que é operado pelo sistema criminal, mediante a pena. Logo, a pena também deve ser vista enquanto comunicação, uma comunicação que contraria aquela anterior, defeituosa, e que por isso mesmo reafirma a identidade do sistema. E mais: “La prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho penal confirma, por tanto, la identidad social”³⁷³.

O mecanismo da pena serve para excluir a comunicação do agente dentre as comunicações tidas como integrantes da sociedade. Ou seja, o conjunto das normas está a validar todas as comunicações da sociedade, apontando-as como pertencentes ao grupo; ao mesmo tempo, o ordenamento invalida as comunicações que contrariem seu sentido, delimitando-as no campo exterior, como não-pertencentes à sociedade, como corpo estranho, que precisa ser negado.

Na lição de JAKOBS:

“Mediante la pena se declara en contra de esta afirmación, que esto no es así, que por el contrario, el comportamiento defraudador no pertenece, ni antes ni ahora, a aquella configuración social que hay que tener en cuenta”³⁷⁴.

Assim, a norma penal, ao mesmo tempo em que prescreve deveres a serem observados pela pessoa, atua reafirmando sua validade quando esta é negada através de uma conduta. Uma vez aplicada a sanção, o Direito faz uma *comunicação contra-fática*, negando a negação representada pela conduta. A validade do Direito suscita a expectativa de sua observância, e quando tal expectativa é quebrada o próprio Direito deve atuar para assegurá-la.

Neste sentido, JAKOBS trabalha o Direito Penal como um sistema social de linguagem binária: *direito e não-direito*. Quando os fatos negam a validade da norma, o

³⁷² JAKOBS, Günther, *op. cit.* (nota 365), pp. 20-21.

³⁷³ *Idem*, p. 20.

³⁷⁴ JAKOBS, Günther, *op. cit.* (nota 369), p. 75.

sistema jurídico, através de sua linguagem própria, dá uma resposta também jurídica, que surge como instrumento de auto-regulação, conciliando a negativa (*não-direito*, negação da validade) através de mais uma afirmação (*direito*, sanção que reafirma a validade).

Verifica-se, desse modo, a construção de um modelo sistemático *auto-referente*, que integra suas contradições a partir de mecanismos *autopoiéticos*, que são criados pelo sistema, operam no sistema e se voltam ao próprio sistema. Conseqüentemente, não se faz mais referência ao ontológico, tendo-se estabelecido que o início e o fim de qualquer análise jurídica é o sistema normativo.

Ao Direito Penal, portanto, cabe a manutenção da expectativa de validade do próprio sistema jurídico-penal ou, em outros termos, a *garantia da identidade da sociedade*. A norma somente adquire sentido a partir de si própria, quer quando de sua negação, quer quando de sua afirmação/reafirmação. É assim que, por trazer o aspecto normativo na raiz de toda sua análise, a teoria de JAKOBS pode ser qualificada como um *normativismo radical*.

Evidentemente, o professor alemão reconhece o substrato material em que se encontram os seres humanos. Todavia, em sua visão, o exame que se detenha no mundo material não pode apreender corretamente o *sentido* do comportamento, ainda mais quando tal sentido deva ser concebido como objeto de atuação de um sistema social, um sistema de comunicação, que trabalha com significados e não com coisas³⁷⁵.

Com efeito, na esteira teórica desse penalista, o sentido da conduta apenas existe no mundo da comunicação: “El significado de un comportamiento es su posición en el contexto social”³⁷⁶. Portanto, a atribuição de sentido não é baseada no processo causal ou na finalidade, mas no evento social como um todo, nas diversas comunicações que confluem para o ato.

O Direito Penal, tendo em vista sua instrumentalidade comunicacional, bem como a necessidade de reconhecer os comportamentos humanos enquanto comunicações, precisa desenvolver uma ferramenta adequada para desempenhar sua tarefa. Vejamos o que diz JAKOBS sobre este ponto:

³⁷⁵ Cf. *idem*, p. 83.

³⁷⁶ *Idem*, p. 84.

“Esta interpretación en un contexto social del comportamiento unido a sus consecuencias causales o incluso a sus consecuencias causales anticipadas, se lleva a efecto en la Dogmática moderna bajo el nombre de «imputación objetiva»”³⁷⁷.

Do que ficou exposto, a *imputação objetiva* servirá como instrumento dogmático para estabelecer a relação entre o sentido normativo e o sentido da conduta, enquanto fato social preñado de significado. Além disso, a evocação da imputação objetiva permite elaborar uma dogmática penal formada por princípios reitores que consideram os múltiplos aspectos sócio-comunicativos de cada comportamento.

É assim que, para JAKOBS, a *ação* não pode mais ser concebida em termos causais, finalistas ou mesmo centrada na esfera pessoal do indivíduo, como em ROXIN. Para aquele autor, “un concepto jurídico-penal de acción debe combinar sociedad y Derecho penal”³⁷⁸. Demais disso, o conceito de ação deve partir das necessidades de imputação do próprio sistema penal.

Nenhuma das tentativas anteriores logrou descrever os traços essenciais de uma ação em tais condições, algo que fosse capaz de expressar um sentido relevante para o Direito Penal, tendo em vista a conformação do próprio sistema. Os argumentos do autor revelam esta preocupação:

“la imputación objetiva o inadecuación social no se suma al concepto de acción como fundamento complementario de la responsabilidad, sino que, precisamente, ‘acción’ sólo es la causación *imputable*; sin ese factor normativo, considerando sólo el proceso bio-psicológico, lo que acontece pertenece exclusivamente al ámbito de la naturaleza, y ésta como tal carece de relevancia jurídica”³⁷⁹.

Após coordenar as implicações sistemáticas de sua orientação normativista, o professor de Bonn estabelece que *ação* é a “causación evitable del resultado”, ao passo que a *omissão* corresponde à “no evitación evitable de um resultado”³⁸⁰. Resta manifesto, nesses conceitos, a preocupação de moldar uma estrutura lingüística coerente com o papel

³⁷⁷ *Idem*, p. 84.

³⁷⁸ JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Civitas, 1997, p. 102.

³⁷⁹ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del Derecho Penal*, Buenos Aires: Ad Hoc, 1996, p. 97.

³⁸⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal: Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 177.

de imputação, obliterando a composição ontológica do comportamento para privilegiar uma síntese útil na tarefa de integração do sentido da conduta no sistema jurídico.

Parece correto afirmar, portanto, que para JAKOBS a atenção maior há de ser dada para a imputação e não tanto para a abstração típica ou para a ontologia do comportamento, embora aquela não possa ser feita sem esses dois elementos. De qualquer modo, percebe-se que ao examinar o tipo penal em específico o professor se aproxima da metodologia tradicional, utilizando uma linguagem com supedâneo mais concreto e menos normatizada.

Nesse sentido, alude o autor que *injusta* “es una acción no tolerable socialmente”³⁸¹. Como veremos, JAKOBS utiliza a figura do *tipo de injusto*, porém conserva uma distinção similar – ou talvez idêntica – à já mencionada dicotomia entre conduta atípica e ação típica, mas lícita: de um lado, há comportamentos que não apresentam todos os elementos do injusto (que corresponderiam ao plano atípico das demais teorias); de outro, temos ações que, a despeito de agregarem todos os elementos do injusto, guardam aspectos adicionais, que as justificam, afastando o injusto³⁸².

No primeiro caso, não se passou anomalia social alguma, ao passo que no segundo a tolerância do acontecimento deve ser fundamentada positivamente. Diferenciam-se as situações: no primeiro modelo não há uma força atuante, enquanto que no segundo há sim uma força, todavia existe uma força contrária, que a neutraliza³⁸³. Nas duas hipóteses o injusto não se sustenta, mas obtempera o professor:

“en su contenido, en su composición, una acción que no cuenta con todos los elementos de una acción injusta es diferente con respecto a otra que sí cuenta con ellos, pero está justificada: Aquélla no es injusto, *sin consideración al contexto social* en el que se halla; ésta no lo es *sólo porque se tiene en cuenta el contexto*”³⁸⁴.

Desse modo, conquanto o *tipo* seja *do injusto*, vale dizer, um tipo de ação não tolerável na sociedade, as causas de justificação não o integrariam, pois fundamentam a tolerância do comportamento de modo diverso, agregando novos elementos, que somente

³⁸¹ *Idem*, p. 190.

³⁸² Cf. *ibidem*.

³⁸³ Cf. *ibidem*.

³⁸⁴ *Ibidem*.

podem ser compreendidos no próprio contexto social. Somente assim é possível compreender o conceito dado por JAKOBS: “*El conjunto de los elementos con los cuales se define un comportamiento que, si acaso, es tolerable en un concepto de justificación, se denomina tipo de injusto*”³⁸⁵.

De certa maneira, a diferenciação sustentada pelo professor alemão é estranha quando se retoma o princípio de sua doutrina, baseada na articulação comunicativa dos significados, o que, no pensamento do próprio JAKOBS, não pode ser feito senão no contexto social do comportamento.

4.1.7.3. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS: RETOMANDO O INJUSTO TÍPICO

Outra contribuição à teoria do tipo penal foi dada por DIAS, cuja orientação tem particularidades tais que a exposição de sua obra é imprescindível.

Com efeito, DIAS também postula um sistema teleológico, funcional e racional para o estudo do fato punível, pelo que se alinha mais proximamente a ROXIN, distanciando-se do normativismo agudo representado por JAKOBS.

A missão do Direito Penal, na visão desse jurista português, é a clássica proteção subsidiária de bens jurídicos. Para desempenhar tal desiderato em conformidade com os princípios elementares de um sistema criminal politicamente orientado, DIAS se utiliza de figuras emblemáticas: *dignidade punitiva* e *carência de pena*. Examinemos seus ensinamentos:

“as categorias da **dignidade punitiva** e da **carência de pena** dão vida e conteúdo à função do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídicos: a primeira, reduzindo os bens penalmente tuteláveis àqueles que encontram refração jurídico-constitucional e tornando-os assim, de meros bens jurídicos, em bens jurídico-penais; a segunda, introduzindo o critério básico da necessidade sem alternativa da sua protecção através dos instrumentos sancionatórios próprios do direito penal”³⁸⁶.

³⁸⁵ *Idem*, p. 191.

³⁸⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*, São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 263 (grifo do autor).

De forma similar a ROXIN, o professor de Portugal constrói sua dogmática com base em dois pilares que se complementam, agregando a finalidade geral do sistema penal ao fito específico e individual da sanção: de um lado, a proteção subsidiária de bens jurídicos que tenham apelo constitucional; de outro, o juízo de exigência da atuação penal como mecanismo de *ultima ratio*.

Assim, fundamentado em bases político-criminais, o sistema criado por DIAS opera mediante duas figuras, que convergem para cumprir a missão protetiva de modo seguro:

“pelo **tipo de ilícito** e pelo **tipo de culpa** como pressupostos categoriais sistemáticos mínimos enquanto expressões de dignidade penal tipicizada: o primeiro como concretização central do conceito material do crime, o segundo como censurabilidade do agente referida ao ilícito tipicizado”³⁸⁷.

Cada um desses dois gêneros de tipo contribui para assegurar a proteção essencial que cabe ao Direito Penal. Se o tipo de ilícito é algo já estudado por outros autores, o tipo de culpa manifesta originalidade. Embora se reconheça expressamente essa inovação, não é ela algo central para nosso trabalho. Daí porque, não mais do que o necessário, seu exame será feito *quantum satis*, ao final. Principiemos, portanto, pela figura que mais nos interessa: o tipo de injusto.

Para DIAS, no que toca à relação entre tipicidade e ilicitude, é equivocada a visão clássica segundo a qual a tipicidade constitui o *primeiro degrau valorativo da doutrina do crime*. A primazia – entende o autor – cabe à antijuridicidade:

“Num sistema autenticamente teleológico-funcional e racional a ‘prioridade’ não pode deixar de caber à categoria material do *ilícito*, concebido como **ilícito-típico** ou (o que é o mesmo, na nossa visão das coisas) como **tipo de ilícito**”³⁸⁸.

Em seu pensamento, não passam de confusão tanto a visão do *tipo indiciador* – contendo apenas a descrição do comportamento proibido; como também a do *tipo total* – que conteria, além destes, mas de forma implícita, os elementos negativos, a ausência de

³⁸⁷ *Ibidem* (grifo do autor).

³⁸⁸ *Idem*, p. 265 (grifo do autor).

causas de justificação (teoria dos elementos negativos do tipo), uma construção que pretendeu estabelecer um concreto juízo de ilicitude.

Na perspectiva defendida pelo mestre de Coimbra, os *elementos negativos do tipo* não têm significado material e, portanto, não haveria diferença entre as duas teorias acima. Isto porque para ambas o tipo é um *substantivo* (sujeito ou causa) e a ilicitude sua *predicação* (atributo ou consequência)³⁸⁹.

Equacionando-se o problema mais claramente, a questão principal é determinar qual elemento – tipo ou ilicitude – deve ser primordial.

A *ilicitude* é vista por DIAS como a qualificação que se atribui à ação tomada em sua realidade, em meio a todos os elementos que integram sua concretude. É dizer, a configuração de um ilícito só pode ser afirmada quando confrontamos ao ordenamento algo concreto. Vejamos a lição do autor:

“Com a categoria do ilícito se quer traduzir o **específico sentido de desvalor jurídico-penal** que atinge um *concreto* comportamento humano numa *concreta* situação, atentas portanto todas as condições *reais* de que ele se reveste ou em que tem lugar. Por outras palavras, é a qualificação de uma conduta *concreta* como penalmente *ilícita* que significa que ela é, de uma perspectiva tanto objectiva, quanto subjectiva, desconforme com o ordenamento jurídico-penal e que este lhe liga, por conseguinte, um juízo negativo de valor (de desvalor)”³⁹⁰.

No magistério português, o professor ensina que a categoria da ilicitude desempenha a função de *definir o campo do penalmente proibido* tendo por pauta *comportamentos concretos*, de modo a possibilitar o conhecimento pelos destinatários potenciais das normas, tendo em vista o fim de os motivar a agir de acordo com o ordenamento³⁹¹. Daí o resultado particular de sua teoria: “na verdade, ‘sem ilícito não há tipo’; ou, de outro modo, **todo o tipo é tipo de ilícito**”³⁹².

³⁸⁹ Cf. *idem*, p. 266.

³⁹⁰ *Idem*, p. 268 (grifo do autor).

³⁹¹ Cf. *ibidem*.

³⁹² *Ibidem* (grifo do autor).

Além disso, para DIAS os diversos critérios de delimitação da extensão e do sentido do tipo – a imputação objetiva, por exemplo – foram desenvolvidos tendo por base o ilícito jurídico-penal. Esta projeção causada pela função do ilícito sobre o tipo resulta na identidade de funções dos dois institutos³⁹³.

No campo do tipo, esta concretização é realizada por meio de duas formas distintas – porém complementares – de tipificação: *tipos incriminadores* e *tipos justificadores* (causas de justificação), que seriam verdadeiros (contra)tipos funcionalmente articulados. À igualdade no campo funcional corresponde uma diferença na estrutura. Isto porque apenas os tipos *incriminadores* portam bens jurídicos protegidos e, desta maneira, servem para delimitar o ilícito concretamente e de forma positiva; ao passo que os tipos *justificadores* integram a fronteira do ilícito de modo geral e negativo, sem compor a ordem legal dos bens tutelados³⁹⁴.

Note-se a ponderação do mestre:

“É verdade que tanto uns como outros se destinam a circunscrever o condicionalismo sob o qual a lesão de um bem jurídico é em definitivo ilícita; mas enquanto a esta se liga, nos tipos incriminadores, a de descrever ou indicar o bem jurídico de que se trata, é ela por regra estranha aos tipos justificadores”³⁹⁵.

Assim, segundo DIAS, não faz sentido a separação das categorias dogmáticas tipicidade e ilicitude, porquanto há entre esses objetos uma relação mais íntima, sendo que a primazia lógica é dada ao ilícito. Logo, a verdadeira diferença se faz apenas no plano pragmático, no qual se pode atribuir funções àqueles conceitos.

Note-se as palavras do autor:

“Categoria sistemática, com autonomia conferida por uma teleologia e uma função específicas, é só a categoria do **ilícito-típico** ou do **tipo de ilícito**: tipos incriminadores e tipos justificadores são apenas instrumentos conceituais que servem, *hoc sensu* sem autonomia recíproca e de forma

³⁹³ Cf. *idem*, pp. 268-269.

³⁹⁴ Cf. *idem*, p. 269.

³⁹⁵ *Ibidem*.

dependente, a realização da intencionalidade e da teleologia próprias daquela categoria constitutiva”³⁹⁶.

Entretanto, para bem desempenhar sua função, atendendo ao perfil político-criminal delineado no Estado Democrático de Direito, não basta ao sistema penal o *tipo de ilícito*. Como já adiantamos, DIAS desenvolve a noção de um *tipo de culpa*, o componente faltante da explicação. Esta figura, porém, não diz respeito à problemática dos *tipos abertos*, razão pela qual sua análise será breve o suficiente para não tornar a exposição prolixa ou, pelo contrário, demasiado incompleta.

A questão, em tal ponto, se inicia pelo estudo da localização sistemática do *dolo* e da *culpa*. No magistério do professor de Coimbra, as posições extremas – ortodoxa da ação final, que vê dolo e culpa somente na tipicidade; e doutrina normativista, que os coloca como elementos da culpa – estão equivocadas³⁹⁷.

Na verdade, dolo e culpa seriam figuras que apresentariam funções tanto no tipo de ilícito quanto no âmbito da culpabilidade. Ademais, a própria distinção entre dolo e culpa precisaria observar a sistematização da culpabilidade. Não haveria, portanto, um isolamento desses objetos em uma única categoria do crime.

Um excerto de sua obra explica a posição do mestre de Coimbra:

“Pode nomeadamente defender-se que dolo e negligência constituem primariamente elementos do tipo de ilícito subjectivo, que mediatamente relevam também como graus de culpa; e nesta acepção se fala hoje na doutrina alemã, cada vez com maior insistência, de uma **localização**, de uma **função** e de uma **valoração duplas**, sobretudo do dolo (mas também da negligência) no sistema”³⁹⁸.

O dolo não se resume ao conhecimento e à vontade, como também a negligência não se detém na violação de um dever objetivo de cuidado, em ambos os casos há uma autônoma *atitude interior*, que será valorada na culpa. De forma mais incisiva, podemos dizer que, conforme a doutrina em comento, dolo e culpa não *pertencem* às

³⁹⁶ *Idem*, p. 270 (grifo do autor).

³⁹⁷ Cf. *idem*, pp. 270-272.

³⁹⁸ *Idem*, p. 272 (grifo do autor).

categorias do ilícito ou da culpabilidade, mas são elementos cuja valoração se projeta nesses dois campos.

É o que se deduz a partir dos ensinamentos de DIAS:

“não é o dolo e a negligência que sofrem uma dupla valoração no sistema, uma em sede de tipo de ilícito e outra em sede de tipo de culpa; é sim **a dupla valoração do ilícito e da culpa que intervém na completa modelação do dolo e da negligência**”³⁹⁹.

Nesse ponto, surge a idéia do *tipo de culpa*, porquanto é imprescindível para a existência do delito a dupla valoração aludida acima, e na seara da culpabilidade esta projeção valorativa incide justamente sobre um tipo: o tipo de culpa.

Em outras palavras, para a configuração do fato punível não é suficiente a desconformidade com o ordenamento jurídico-penal; além disso, a conduta deve ser culpável. Ou seja, é preciso que “o facto possa ser pessoalmente censurado ao agente, por aquele se revelar expressão de uma atitude interna juridicamente desaprovada e pela qual ele tem por isso de responder perante as exigências do dever-ser sócio-comunitário”⁴⁰⁰. O instituto, evidentemente, cumpre uma função limitadora do intervencionismo estatal.

Com efeito, DIAS entende que a culpa em sentido amplo “não constitui uma realidade ôntica, ou uma noção normativamente determinada, mas antes funcionalmente cunhada a partir de uma valoração político-criminal”⁴⁰¹. Por outro lado, o fundamento da culpabilidade não é determinado por meio do papel desempenhado, mas exprime uma *realidade axiológica*.

Segundo o professor português, é verdadeiro afirmar que, sob o aspecto do tipo objetivo, *dolo* é conhecimento e vontade de realização de seus elementos e *culpa* é a violação de um dever objetivo de cuidado e criação de um risco não permitido, enquanto elementos do tipo de ilícito. Mas isso não esgota a realidade, vez que:

“o dolo é ainda expressão de uma atitude pessoal de **contrariedade** ou **indiferença** e a negligência expressão de uma atitude pessoal de

³⁹⁹ *Idem*, p. 273 (grifo do autor).

⁴⁰⁰ *Idem*, p. 274 (trecho originalmente grifado).

⁴⁰¹ *Idem*, p. 275.

descuido ou **leviandade** perante o dever-ser jurídico-penal; e, nesta parte, eles são elementos constitutivos, respectivamente, do tipo de culpa doloso e do tipo de culpa negligente”,⁴⁰².

Em suma, trata-se de um *conteúdo material de culpa* autônomo, que se agrega complementarmente às formas de tipo de ilícito.

4.1.7.4. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI: TIPICIDADE CONGLOBANTE

A última contribuição à teoria do tipo que analisaremos em apartado deve-se a ZAFFARONI, jurista argentino que tem no Brasil a colaboração de outros, como PIERANGELI⁴⁰³. Trata-se da chamada teoria da *tipicidade conglobante* que, segundo aquele pensador, compõe, ao lado da tipicidade legal, uma unidade maior: a tipicidade penal.

De forma mais direta, podemos dizer que o desenvolvimento original executado por ZAFFARONI remonta à diferenciação entre *interesse*, *bem* e *norma*. Simplificadamente, temos que o *valor* de algo gera um *interesse* para o ser humano, que transporta àquele para uma *norma penal*, tornando-o um *bem jurídico penalmente tutelado*.

In verbis:

“Quando o legislador encontra-se diante de um ente e tem *interesse* em tutelá-lo, é porque o valora. Sua valoração do ente traduz-se em uma *norma*, que eleva o ente à categoria de *bem jurídico*. Quando quer dar uma tutela penal a esse bem jurídico, com base na norma elabora um tipo penal e o bem jurídico passa a ser *penalmente tutelado*”,⁴⁰⁴.

O caminho percorrido é o seguinte: o juízo de valor sobre um ente da vida leva à criação de um instrumento jurídico para sua proteção; tal mecanismo se denomina norma, cuja fórmula é o *preceito*, o dever-ser. No Direito Penal, o preceito não é literalmente escrito, mas é *inferido* da lei e, portanto, para a criação da lei é preciso antes criar a norma.

⁴⁰² *Idem*, p. 278 (grifo do autor).

⁴⁰³ Portanto, estão aqui reconhecidos expressamente o auxílio e a parceria que ZAFFARONI encontra entre brasileiros. Todavia, aludiremos ao jurista argentino propriamente, vez que defende a teoria em questão em outros trabalhos, de cunho individual, bem como em razão de a ele se imputar sua criação.

⁴⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et* PIERANGELI, José Henrique, *op. cit.* (nota 105), p. 391.

A legislação criminal é formada por expressões duplamente compostas, contendo a conduta e a sanção correspondente; a articulação semântica desses elementos conduz a uma *proibição*, que é justamente a norma, o preceito.

Por outro lado, o juiz, ao analisar o caso, faz o movimento inverso, partindo da lei (expressão lingüística), passando pela norma, para enfim atinar para o bem protegido, que é a valoração jurídica do fato real.

Vejam os esquematizações do jurista argentino:

*“o legislador vai do ente à norma e desta ao tipo. Nós, ao interpretarmos a lei penal a fim de determinar o seu alcance, devemos seguir o caminho inverso: da lei (tipo legal: ‘Matar alguém...pena’) à norma (‘não matarás’) e através da norma conhecemos o ente que afinal será bem jurídico (a vida humana)”*⁴⁰⁵.

Assim, para ZAFFARONI, na atividade dos operadores do Direito Penal existem três elementos-chave, cuja dinâmica permite a construção espiritual do aparato jurídico. Esses elementos – interesse, bem e norma – também interagem com o tipo penal, que, ainda segundo aquele professor, estaria contido na lei. Tanto juízes quanto legisladores compartilhariam a mesma atividade, embora em sentidos diversos, um reconstruindo o concreto e o outro erigindo o abstrato.

Note-se a observação do autor:

*“O tipo pertence à lei, mas nem a norma e nem o bem jurídico pertencem à lei, mas são conhecidos através do tipo legal e limitam o seu alcance. Assim como uma área geográfica pode estar limitada por um rio, sem que o rio a ela pertença, a norma e o bem jurídico delimitam o proibido pela lei e são conhecidos através dela, mas a ela não pertencem”*⁴⁰⁶.

Quer isso dizer, por exemplo, que o art. 121 do Código Penal contém o tipo de homicídio, cuja prática revela um comportamento contrário à norma “não matarás”, e que afeta o bem jurídico vida – o interesse valorado no caso. A conclusão do penalista

⁴⁰⁵ *Ibidem.*

⁴⁰⁶ *Ibidem.*

argentino é de que “a conduta, pelo fato de ser penalmente típica, necessariamente deve ser também antinormativa”⁴⁰⁷.

Logo, o qualitativo da tipicidade exige por si mesmo uma contrariedade à norma, uma conduta que signifique a negação do preceito, a violação do “não matarás”. Todavia, pondera o jurista argentino, não se pode afirmar que todo comportamento *formalmente* adequado à descrição do tipo corresponda a algo *penalmente típico*.

Observe-se o raciocínio do autor:

“Que uma conduta seja típica não significa necessariamente que é antinormativa, isto é, que esteja *proibida* pela norma (pelo ‘não matarás’, ‘não furtarás’). O tipo é criado pelo legislador para tutelar o bem contra as condutas proibidas pela norma, de modo que o juiz jamais pode considerar incluídas no tipo aquelas condutas que, embora formalmente se adequem à descrição típica, realmente não podem ser consideradas contrárias à norma e nem lesivas do bem jurídico tutelado”⁴⁰⁸.

Ou seja, o argumento se vale de uma distinção entre um tipo *formal* e um tipo *penal*, sendo que entre os dois existe um terceiro termo, que seria justamente a antinormatividade da ação, o elo entre a forma e a substância.

Igualmente, o hiato não poderia apenas ser preenchido com a noção eminentemente jurídica da antinormatividade, exigindo um substrato mais concreto, que tivesse supedâneo real ao mesmo tempo em que fosse consentâneo com o aspecto valorativo do Direito Penal defendido por ZAFFARONI. Esse outro integrante da questão é a *afetação do bem jurídico*. A despeito de a análise do bem jurídico não ser tratada exaustivamente pelo jurista argentino dentro da teoria da tipicidade conglobante, é possível deduzir de sua obra que a lesividade da conduta é pressuposto da antinormatividade⁴⁰⁹.

Portanto, o tipo penal requer a antinormatividade; e esta, por sua vez, realiza a ligação com o tipo legal, tomado em sentido formal. A relação entre o tipo *penal* e o tipo

⁴⁰⁷ *Idem*, p. 392.

⁴⁰⁸ *Ibidem*.

⁴⁰⁹ Note-se a parte final do excerto anterior, no qual ZAFFARONI assevera que as condutas apenas formalmente consideradas não podem ser consideradas, *de per se*, contrárias à norma “e nem lesivas ao bem jurídico tutelado”. A oração poderia sugerir que há uma distinção entre antinormatividade e lesão ao bem jurídico. Confira-se, entretanto, o excerto *infra*, no qual o penalista assevera que a comprovação da antinormatividade depende do exame do alcance da norma e da afetação do bem jurídico.

legal, consubstanciada por meio da antinormatividade, demanda uma avaliação do sentido apontado na norma e da lesividade da conduta frente ao bem tutelado.

É o que nos ensina o professor:

*“A antinormatividade não é comprovada somente com a adequação da conduta ao tipo legal, posto que requer uma investigação do alcance da norma que está anteposta, e que deu origem ao tipo legal, e uma investigação sobre a afetação do bem jurídico”*⁴¹⁰.

Somente todos esses fatores jungidos uns aos outros podem formar a tipicidade penal. Em resumo: *“Tipicidade legal e tipicidade penal [não] são a mesma coisa: a tipicidade penal pressupõe a legal, mas não a esgota; a tipicidade penal requer, além da tipicidade legal, a antinormatividade”*⁴¹¹.

Neste ponto, surge a denominada *tipicidade conglobante*, que é a forma como ZAFFARONI expressa a qualidade típica prenhe de antinormatividade.

Para explicar sua doutrina, o penalista argentino dá o exemplo do oficial de justiça que seqüestra um bem no exercício de sua função. Assegura que sim, a conduta estaria amparada pelo art. 23, III, do Código Penal, configurando o estrito cumprimento do dever legal, mas indaga qual caráter do delito desaparece no caso. A maioria da doutrina diz haver *causa de justificação*, que retiraria a *antijuridicidade* da conduta, mantendo-se incólume a tipicidade⁴¹².

Porém, sua resposta é diversa, vez que entende necessária a antinormatividade para que se mantenha a tipicidade, ao passo que no exemplo dado a conduta do oficial de justiça é exigida por uma norma do mesmo complexo jurídico, formando com todas as demais uma unidade – ordenamento – que não poderia amparar um paradoxo interno.

São palavras do mestre:

“Uma ordem normativa, na qual uma norma possa ordenar o que a outra pode proibir, deixa de ser ordem e de ser normativa e torna-se uma

⁴¹⁰ *Ibidem*.

⁴¹¹ *Idem*, p. 393 (aparte nosso; parece ter havido um erro na edição do livro, por omissão da negação – [não]).

⁴¹² Cf. *ibidem*.

‘desordem’ arbitrária. As normas jurídicas não ‘vivem’ isoladas, mas num entrelaçamento em que umas limitam as outras, e não podem ignorar-se mutuamente”⁴¹³.

O que ZAFFARONI intenta empreender é a harmonização dos preceitos isolados com o todo normatizado, procurando assim conciliar as diversas disposições do Direito. Evita-se, desse modo, que os tipos penais possam significar uma contradição de outras normas. A busca pela unidade do ordenamento leva logicamente a afastar do tipo comportamentos exigidos ou incentivados por uma norma do próprio sistema jurídico.

Mais do que uma causa de justificação, que afastaria a ilicitude, o caso representa para esse jurista uma demarcação do campo típico. As soluções tradicionais, acredita ele, não servem para elucidar o problema:

“Pode ocorrer que o tipo legal pareça incluir estes casos na tipicidade, como sucede com o do oficial de justiça, e no entanto, quando penetramos um pouco mais no alcance da norma que está anteposta ao tipo, nos apercebemos que, interpretada como parte da ordem normativa, a conduta que se adequa ao tipo legal não pode estar proibida, porque a própria ordem normativa a ordena e incentiva”⁴¹⁴.

Ante tal raciocínio, o *juízo de tipicidade* extrapola o mero campo da *tipicidade legal*, para alcançar aquilo que se convencionou chamar *tipicidade conglobante*: o caráter antinormativo do ato, reconhecido por perquirição “do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim *conglobada* na ordem normativa”⁴¹⁵.

Tão-somente quando o ordenamento é visto em sua composição integral, na conformação simultânea de todas as normas que o compõem, se pode afirmar que um determinado comportamento apresenta ou não tipicidade. Isto porque, se *prima facie* o tipo legal alberga a conduta, outros preceitos normativos podem revelar ser tal conclusão uma mera aparência. É a própria ordenação das normas que legitima a ação – ora a obrigando, ora a incentivando – com isto descortinando definitivamente o que antes parecia, embora não o fosse.

⁴¹³ *Ibidem*.

⁴¹⁴ *Idem*, p. 394.

⁴¹⁵ *Ibidem*.

Nesse sentido, ZAFFARONI afirma que a *tipicidade conglobante* é “um corretivo da *tipicidade legal*”⁴¹⁶. A tipicidade penal – fruto derradeiro – é encontrada após esse percurso, no qual as diferentes camadas vão sendo examinadas uma a uma, até se chegar ao verdadeiro conteúdo da proibição, à conduta realmente prescrita na norma.

Assim, fica em descoberto o pleno significado da teoria deste penalista:

“A função deste segundo passo do juízo de tipicidade penal será, pois, reduzi-la à verdadeira dimensão daquilo que a norma proíbe, deixando fora da tipicidade penal aquelas condutas que somente são alcançadas pela tipicidade legal, mas a ordem normativa não quer proibir, precisamente porque as ordena ou as fomenta”⁴¹⁷.

De resto, é preciso esclarecer a relação entre a *antinormatividade* – conceito central para a teoria da tipicidade conglobante – e dois outros elementos que surgiram na evolução do tipo penal: a *antijuridicidade* e as *justificantes*.

Na esteira do que ensina aquele jurista, não se pode confundir a *antinormatividade*, que é a característica de ofensa à *norma proibitiva* (verificada diante da ausência de norma que determine ou incentive a conduta) com a *antijuridicidade*, a contraposição ao *ordenamento penal*.

A diferença ampara-se na disparidade de dimensões, vez que a antijuridicidade pressupõe a antinormatividade, conquanto esta não culmine necessariamente naquela. Em outras palavras:

“a antijuridicidade surge da *antinormatividade* (tipicidade penal) e da falta de adequação a um tipo permissivo, ou seja, da circunstância de que a conduta antinormativa não esteja amparada por uma causa de justificação”⁴¹⁸.

Bem analisada, a teoria em questão diverge somente em parte do que já era tradicional entre os criminalistas. As causas de justificação persistem como fatores que afastam a antijuridicidade, todavia, algumas condutas podem nem mesmo chegar a serem

⁴¹⁶ *Ibidem*.

⁴¹⁷ *Ibidem*.

⁴¹⁸ *Idem*, p. 395.

antinormativas, apesar de a espécie comportamental configurar, segundo o pensamento habitual, uma justificante.

ZAFFARONI aceita a vertente do tipo penal como *ratio cognoscendi* da ilicitude. O juízo é ainda provisório, mesmo que já confirmada a antinormatividade, vez que a valoração da conduta não se limita à consideração dos comandos de incentivo ou de obrigação. O argumento do autor destaca duas *ordens*:

*“A tipicidade penal implica a contrariedade com a ordem normativa, mas não implica a antijuridicidade (a contrariedade com a ordem jurídica), porque pode haver uma causa de justificação (um preceito permissivo) que ampare a conduta”*⁴¹⁹.

De um lado, temos a *ordem normativa* e de outro a *ordem jurídica*. A princípio, a distinção parece estranha. É que o penalista argentino separa *obrigação* e *permissão*. O ordenamento não obriga a pessoa a se defender, já que também é permitido ao cidadão fugir da situação ou tomar outro comportamento: “Não nos obriga a fugir, dá-nos *permissão para repelir*”⁴²⁰.

É justamente a diferença entre a *permissão* e as demais figuras que extinguem a antinormatividade o cerne do argumento. De fato, ao possibilitar ao indivíduo atuar em legítima defesa, o ordenamento não exige que o faça. Em suma: “esta ‘permissão’ para repelir a agressão, ilegítima e não provocada, não implica que o direito *fomente* e muito menos que nos ordene semelhante conduta”⁴²¹.

Para o doutrinador argentino, a discrepância dos comandos – permitir e obrigar – é um fator elementar e central. No plano da normatividade, somente os modais deônticos *positivos*, ou seja, que *afirmem* um comportamento para a pessoa, podem surtir alguma mudança. Já no campo da antijuridicidade, o modal deôntico é *neutro*, não afirma nem nega qualquer atitude, apenas admite as possibilidades, avalizando a escolha do agente.

Resta claro o raciocínio nestas linhas do autor:

⁴¹⁹ *Ibidem*.

⁴²⁰ *Idem*, p. 396.

⁴²¹ *Ibidem*.

“a atipicidade conglobante não surge em função de *permissões* que a ordem jurídica resignadamente concede, e sim em razão de *mandatos* ou *fomentos* normativos ou de *indiferença* (por insignificância) da lei penal”⁴²².

Com isso, encerramos nossa exposição breve e pragmaticamente orientada da evolução do tipo penal. Esses aprofundamentos, essas discussões, essas nuances bem recortadas, tudo isso nos permitirá tecer com maior rigor a idéia que apresentamos, a perquirição da validade ou não da dicotomia entre tipos abertos e tipos fechados, bem como as repercussões de nosso argumento.

4.2. CONCEITO DE TIPO PENAL, TIPICIDADE E TÍPICO

No item anterior, esboçamos o enredo da evolução do tipo penal, com a preocupação de realçar os diversos pontos de vista que construíram o debate frutífero por meio do qual a complexidade do tema foi crescendo. Entretanto, não foi nossa intenção, e esperamos que isto tenha ficado claro, contrapor os vários conceitos erigidos para abarcar a figura do tipo.

Esta é a tarefa do presente tópico, no qual verificaremos as formas expressivas utilizadas na doutrina para se referir ao tipo penal, e aos parônimos tipicidade e típico. Trata-se de uma questão relevante, pois a determinação do que seja tipo, ainda que sem pretensão de ser definitiva ou mesmo única, é essencial para estabelecer, a seguir, o que é um tipo aberto ou fechado.

Note-se que, ao invés de adotarmos uma única idéia como a correta, e seguirmos rigorosamente sua formulação abstrata, vamos procurar o denominador comum, ou os aspectos semelhantes presentes nos posicionamentos, que nos permitam avaliar racionalmente o problema da abertura. A estratégia, portanto, consiste em aceitar e refletir conscientemente a respeito das diferentes proposições, evitando obstar o pensamento por uma escolha prematura.

Igualmente, não seria produtivo para nosso fito reproduzir a cronologia das concepções, como fizemos anteriormente. Ao revés, nossa exposição consiste no

⁴²² *Ibidem*.

agrupamento dos posicionamentos identificáveis, o que facilitará a observação das disparidades, bem como permitirá, ao final, sintetizar os aspectos essenciais do tipo penal⁴²³. Bem por isso, não contemplamos aqui todos os nomes já vistos, mas apenas exemplificamos as correntes através de obras que contêm, em termos didáticos, o grau de evidência necessário.

Nesse sentido, podemos, *grosso modo* e sem grandes pretensões, classificar os conceitos de *tipo* em dois: (i) *descrição da conduta*; e (ii) *conjunto de caracteres especificadores do injusto*.

A *tipicidade*, por sua vez, é determinada consensualmente como *correspondência entre realidade e previsão legal*, ao passo que o termo *típico* não apresenta uma problemática própria, surgindo como consequência da adoção de uma das concepções acima, para designar o *adjetivo* da *realidade* analisada.

Começando pelo vocábulo *tipo penal*, a primeira concepção do tipo, enquanto *descrição da conduta*, é defendida v. g. por BACIGALUPO, BITENCOURT, DOTTI, MARQUES, MÉDICI, NORONHA, NUCCI e ZAFFARONI.

Em sua obra, BACIGALUPO traz essa lição expressamente e de modo bastante didático:

“El tipo penal en sentido estricto es la *descripción de la conducta prohibida por una norma*. ‘Privar de la vida a otro’ (Código Penal mexicano, art. 392), o ‘matar a otro’ (Código Penal argentino, art. 79; Código Penal español, art. 407), son descripciones de acciones que infringen la norma que prescribe ‘no matarás’. Realizar un tipo penal significa llevar a cabo la conducta por él descrita como lesiva de la norma”⁴²⁴.

⁴²³ SANTOS acentua que o tipo pode ser visto sob três pontos de vista diversos: *tipo legal*, enquanto figura descritiva; *tipo de injusto*, também descritivo, mas abarcando as causas de justificação; e *tipo de garantia*, que engloba os anteriores, somando todas as demais condições para a punição, sejam relacionadas com a reprovação ou até mesmo processuais. SANTOS, Juarez Cirino dos, *op. cit.* (nota 189), p. 29. As espécies apontadas por este jurista espelham uma ordem crescente, que agrega elementos, como se fossem círculos concêntricos, de modo a formar uma classificação baseada tanto na função, quanto na capacidade de uma espécie englobar outra. Neste trabalho, adota-se uma divisão dual, que aparentemente corresponde aos dois primeiros grupos de SANTOS. Porém, parece-nos que o *tipo de injusto*, como já vimos, é algo mais complexo do que a mera aceitação das causas de justificação.

⁴²⁴ BACIGALUPO, Enrique Z., *Manual de derecho penal*., Santa Fe de Bogotá: Temis, 1996, p. 80.

Alinhado com tais considerações encontra-se BITENCOURT, ao afirmar que o tipo penal “é um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido”⁴²⁵. Responde similarmente DOTTI, ao expressar: “*Tipo é a descrição do comportamento proibido e compreende as características objetivas e subjetivas do fato punível*”⁴²⁶. Examinando as seguintes palavras de MARQUES, também o colocamos nesse grupo: “Quando há referência a fato típico, menciona-se a conduta que, enquadrada em uma definição legal, constitui o primeiro elemento do delito”⁴²⁷. O mesmo conceito é compartilhado por MÉDICI: “Podemos conceituar *tipo* como a descrição do comportamento humano considerado lesivo ao bem ou interesse jurídico tutelado pelo Direito Penal”⁴²⁸. Ainda nesse sentido, NORONHA, ao afirmar que o tipo “*é a descrição da conduta humana feita pela lei e correspondente ao crime*”⁴²⁹. A concepção de NUCCI não é diferente: “Considera-se tipo penal um *modelo legal de conduta*. Quanto ao tipo penal incriminador, tem-se a fixação de um modelo de conduta proibida”⁴³⁰.

Conquanto sua doutrina demande uma análise mais acurada, ZAFFARONI não se desprende do grupo supra-aludido. Vejamos uma síntese conceitual primeiramente, para depois examinarmos cada um de seus aspectos, em um pequeno aprofundamento, que será tão breve quanto valioso para nosso estudo. Diz o autor:

“O tipo penal é um instrumento *legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem proibidas)*”⁴³¹.

Para o jurista argentino, os tipos *pertencem à lei*, vez que significam “fórmulas legais que nos servem para individualizar as condutas que a lei penal proíbe”⁴³². Além disso, o tipo é *logicamente necessário*, “porque sem o tipo nos poríamos a averiguar a antijuridicidade e a culpabilidade de uma conduta que, na maioria dos casos, resultaria sem

⁴²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.* (nota 186), p. 322.

⁴²⁶ DOTTI, René Ariel, *Curso de direito penal: parte geral*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 311.

⁴²⁷ MARQUES, José Frederico, *op. cit.* (nota 185), p. 46.

⁴²⁸ MÉDICI, Sérgio de Oliveira, *op. cit.* (nota 115), p. 106.

⁴²⁹ NORONHA, E. Magalhães, *Direito penal*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 96.

⁴³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 89.

⁴³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et PIERANGELI, José Henrique, *op. cit.* (nota 105), p. 381.

⁴³² *Ibidem*.

relevância penal alguma”⁴³³. Ou seja, embora a análise da existência de uma conduta, de sua ilicitude e da culpabilidade do agente seja viável, a possibilidade de ausência da sanção penal respectiva levaria à inutilidade do raciocínio, pois sem o tipo não teríamos crime.

O penalista defende ser o tipo *predominantemente descritivo*, o que à frente avaliaremos com cuidado. Por ora, basta assinalar sua justificativa mais imediata, que referenda aquela afirmativa sob o argumento de que:

“os elementos descritivos são os mais importantes para individualizar uma conduta e, dentre eles, o verbo tem especial significação, pois é precisamente a palavra que gramaticalmente serve para conotar uma ação”⁴³⁴.

Com efeito, a *estrutura* do tipo penal, na qual a ação tem proeminência, conforma seu conceito ao mesmo tempo em que, para ZAFFARONI, revela sua função. Parece-nos, diante do excerto a seguir, não haver dúvida de estar esse jurista no grupo ora destacado: “A *função dos tipos é a individualização das condutas humanas que são penalmente proibidas*”⁴³⁵.

Vale frisar que alguns estudiosos conceituam o tipo por meio de um termo mais geral do que conduta: *fato*. Todavia, em seguida fazem considerações nas quais se entrevê a figura da *ação*, pelo que se deduz estar aquela palavra sendo utilizada como sinônimo desta última. Nesse sentido, o próprio BITENCOURT chega a dizer que o tipo é “o conjunto dos elementos do fato punível na lei penal”, para depois explicar tratar-se de “uma construção que surge da imaginação do legislador, que descreve legalmente as ações que considera, em tese, delitivas”⁴³⁶.

É o que se nota também em BRUNO, para quem a função capital do tipo é “definir cada espécie de fato punível, cada uma das ações violadoras de bens jurídicos especialmente tutelados, que a ordem de Direito veta sob a ameaça da sanção penal”⁴³⁷. O fato punível nada mais é do que a conduta descrita na lei. Para elidir qualquer dúvida, confira-se mais este trecho do penalista:

⁴³³ *Ibidem*.

⁴³⁴ *Idem*, p. 382.

⁴³⁵ *Ibidem*.

⁴³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.* (nota 186), p. 322.

⁴³⁷ BRUNO, Aníbal, *op. cit.* (nota 177), p. 55.

“O pressuposto da sanção penal é a prática de um fato definido na lei como crime. A segurança de todos diante da ameaça penal exige uma precisão de fórmula definidora que permita à sanção alcançar somente o fato que o legislador quis realmente incriminar. Exige a tipificação dos fatos puníveis”⁴³⁸.

O segundo grupo pode ser definido como um reflexo da doutrina do *injusto típico*, elaborada inicialmente por MEZGER, seguido neste aspecto conceitual do tipo por MIR PUIG. Para esses doutrinadores, o tipo é o *conjunto de caracteres especificadores do injusto*. Não podemos esquecer aqui o quanto a sutileza das distinções elaboradas por MEZGER torna difícil o estudo de sua obra, o que leva a algumas confusões.

Assim, tendo em vista os cuidados a serem tomados na compreensão desse ponto, é possível vislumbrar três diferentes usos da palavra tipo:

“Ante todo aparece *el tipo*, en el sentido de la teoría general del Derecho, como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica. En el Derecho Penal dicha consecuencia jurídica es la pena y, por tanto, este concepto del tipo significaría que ‘tipo’ es *el total delito*”⁴³⁹.

Em um primeiro momento, *tipo* significa a condição para a consequência jurídica ou sanção penal, sendo que esta condição pode ser subdividida em vários pressupostos. Esquemáticamente, trata-se de um silogismo, no qual a premissa maior é o tipo, a premissa menor é a realidade e a conclusão, a pena⁴⁴⁰.

“Ya en el área específica del Derecho punitivo se habla luego en sentido menos amplio de un ‘tipo general’, entendiéndose bajo tal concepto las características propias *de todo* delito. El valor de dicho concepto quiere verse en la circunstancia de que contiene *subintelligenda*; es decir, que hace referencia a cosas que si faltan en el tipo especial concreto han de ser completadas desde este tipo general”⁴⁴¹.

⁴³⁸ *Idem*, p. 60.

⁴³⁹ MEZGER, Edmund, *op. cit.* (nota 237), p. 365.

⁴⁴⁰ Note-se que tal figura é o que SANTOS distingue como sendo o *tipo de garantia*.

⁴⁴¹ MEZGER, Edmund, *op. cit.* (nota 237), p. 365.

Em um segundo momento, especificamente no Direito Criminal, a palavra *tipo* quer dizer uma noção ideal, uma construção abstrata que, enquanto pano de fundo doutrinário, é utilizada para compreender os tipos específicos. Existiria uma espécie de *tipo geral* ou, mais propriamente, um *meta-tipo*, cuja função seria justamente a de unificar os diversos tipos, completando o que faltasse àqueles que não trouxessem em si todos os seus componentes.

“Frente a él se designa con el nombre de ‘tipo especial’ el conjunto de las características de determinada especie delictiva, esto es, de las características propias de dicha especie y que la distinguen, por tanto, de otros delitos; mediante tal tipo especial se determinaría lo propio y específico de cada delito concreto”⁴⁴².

Em um terceiro momento, o termo *tipo* designa as características que tornam específica uma dada espécie de delitos. Trata-se aqui justamente da figura tradicional do tipo, embora explicada de modo alternativo. É que, ao invés de conceituar o tipo tendo em vista a realidade referida, MEZGER centra-se no próprio ordenamento, determinando o tipo em oposição aos demais, de forma interior.

Tal orientação é compartilhada por MIR PUIG. Na obra deste penalista, é possível visualizar o conceito de modo didático, além de podermos afastar certas lições, que confundem o tipo do injusto com a figura do tipo total. Diz esse doutrinador:

“Utilizamos a terminologia ‘tipo penal’ no sentido do conjunto de elementos ‘típicos’, é dizer, específicos de uma classe de delitos, mediante os quais esta se distingue de outras formas delitivas. Neste sentido, o tipo não equivale à hipótese de fato antijurídico, não equivale ao fato antijurídico completo, mas apenas ao que há de específico em uma classe de injusto. Para que um fato seja penalmente antijurídico é preciso algo mais que a realização dos elementos específicos de um tipo penal: é preciso a ausência de causas de justificação”⁴⁴³.

Se, por um lado, os conceitos defendidos por cada um dos grupos acima não se identificam, também não se pode afirmar que sejam antagônicos. De nossa parte,

⁴⁴² *Idem*, pp. 365-366.

⁴⁴³ MIR PUIG, Santiago, *op. cit.* (nota 159), p. 127.

acreditamos não haver problema em manter as duas visões, como complemento uma da outra. É que, como adiantamos, a primeira corrente procura formular o conceito a partir da oposição entre fato e lei, compreendendo o tipo no âmbito legal, mas fazendo uma referência à realidade, instrumentalizada por meio da conduta humana. De seu turno, a segunda corrente opta por traçar uma distinção interna, buscando a diferença dentro do próprio ordenamento e como desenvolvimento de uma série de esquemas abstratos, que vão se especificando desde a teoria geral do Direito até a seara criminal.

Prosseguindo, quanto à *tipicidade*, os autores em uníssono defendem ser esta a *correspondência entre realidade e previsão legal*.

Com efeito, nos ensina BITENCOURT: “Tipicidade é a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal”⁴⁴⁴. No mesmo sentido JIMÉNEZ DE ASÚA: “la *tipicidad*, en cuanto carácter del delito, se emplea aquí como la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción”⁴⁴⁵. Comunga com eles LYRA: “Não há crime, nem contravenção, sem **tipicidade**, isto é, sem exata correspondência entre o fato e a definição legal”⁴⁴⁶. Também não difere muito o que diz GRECO, ao afirmar que *tipicidade* “quer dizer, assim, a subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, isto é, a um tipo penal incriminador”⁴⁴⁷. Vale ainda trazer as palavras de DOTTI, que claramente expõem a questão:

“A *tipicidade* é a adequação do fato humano ao tipo de ilícito contido na norma incriminadora. Ou, em outras palavras: é a conformidade do fato à imagem diretriz traçada na lei, a característica que apresenta o fato quando realiza concretamente o tipo legal”⁴⁴⁸.

A despeito de mínimas discrepâncias, MESTIERI pode ser considerado mais um representante dessa corrente. Na verdade, trata-se de um certo desvio da linguagem. Note-se a exposição literal: “É precisamente essa identidade entre a previsão abstrata e um dado fato da vida, atribuível ao comportamento humano, que permite a integração do Direito

⁴⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.* (nota 186), p. 324.

⁴⁴⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op. cit.* (nota 206), p. 746.

⁴⁴⁶ LYRA, Roberto, *op. cit.* (nota 100), p. 59.

⁴⁴⁷ GRECO, Rogério, *op. cit.* (nota 257), p. 156.

⁴⁴⁸ DOTTI, René Ariel, *op. cit.* (nota 426), p. 311.

Penal: a tipicidade”⁴⁴⁹. Não se pode exatamente dizer que haja uma *identidade* entre um fato concreto e uma previsão legal abstrata, pois se tratam de planos diferentes. Todavia, a inexatidão da palavra utilizada não impede deduzir que esse penalista estava se referindo àquela relação acima, de correspondência ou conformidade.

O mesmo raciocínio poderia ser feito a respeito de QUEIROZ, segundo o qual a *tipicidade* “significa, assim, a coincidência entre dado comportamento humano e a norma penal incriminadora”⁴⁵⁰. Ou seja, coincidência quer dizer correspondência.

Por último, ZAFFARONI segue essa mesma linha doutrinária. Em sua obra, encontra-se a diferença entre os termos tipo, tipicidade e típico de modo esquemático, trecho que aproveitamos para introduzir nosso derradeiro vocábulo:

“a) *Típica* é a conduta que apresenta a característica específica de tipicidade (*atípica*, a que não apresenta); b) *tipicidade* é a adequação da conduta a um tipo; c) *tipo* é a fórmula legal que permite averiguar a tipicidade da conduta”⁴⁵¹.

Desse plano, resta evidente que a palavra *típico* é utilizada para adjetivar aquilo que apresente *tipicidade* e que, portanto, pode ser tanto utilizada para fatos concretos – a conduta típica, por exemplo – como para coisas abstratas – os elementos típicos, o núcleo típico etc. Frise-se que, na esteira da segunda corrente conceitual do tipo, construída sob a perspectiva interna do ordenamento, *típicos* são os caracteres que fazem singular uma dada figura.

Logo, é possível dizer que, de maneira geral, embora a evolução do tipo penal revele as mais diversas oposições, o conceito de tipo não apresenta divergências relevantes. A noção que se extrai, dessarte, é que o *tipo* diz respeito a algo do ordenamento, consensualmente, a descrição legal da conduta; *tipicidade* é a relação positiva entre o tipo e um ente real; e, por fim, *típico* é a qualidade de um ente, tanto do ordenamento quanto da realidade, que mantenha aquela relação positiva (tipicidade) com o tipo.

⁴⁴⁹ MESTIERI, João, *op. cit.* (nota 175), p. 117.

⁴⁵⁰ QUEIROZ, Paulo, *op. cit.* (nota 114), p. 150.

⁴⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et PIERANGELI, José Henrique, *op. cit.* (nota 105), p. 382.

Feito esse esboço, podemos ingressar no tema da dicotomia entre tipos abertos e tipos fechados, começando por sondar a origem da classificação, o que nos remete à obra de Hans WELZEL.

4.3.ORIGEM DA DICOTOMIA ENTRE TIPOS FECHADOS E TIPOS ABERTOS

Em 1960, na cidade de Roma, Hans WELZEL fez uma apresentação na sessão preparatória para o VIII Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Lisboa, no ano de 1961. O trabalho – traduzido para o português sob o título *Culpa e delitos de circulação* – trouxe diversas reflexões inovadoras do professor alemão e, entre elas, está a distinção entre os tipos fechados e os tipos abertos⁴⁵².

WELZEL iniciou o texto diagnosticando um crescimento cada vez maior da utilização das figuras delitivas culposas, com destaque para a tipificação do perigo:

“Enquanto outrora a conduta culposa só merecia castigo, em quase todos os casos, quando o comportamento do autor houvesse ocasionado uma consequência indesejável (*lesão* a um bem juridicamente tutelado), a exposição a perigo é suficiente cada vez mais hoje em dia (...). Na vida social essas novas figuras de delito ampliaram consideravelmente a *punibilidade* dos comportamentos culposos”⁴⁵³.

Tal elevação, segundo o doutrinador, estava relacionada com o aumento do tráfego de veículos. Até certo ponto, o recrudescimento dos crimes culposos não poderia ser evitado, seria uma espécie de “tributo que o homem paga por seu progresso técnico”⁴⁵⁴.

Por consequência, essa mudança na realidade implicaria alterações na dogmática penal, que não dava respostas aos novos problemas. Tradicionalmente, o modelo de delito utilizado era o das infrações intencionais, a partir do qual foram

⁴⁵² WELZEL, Hans, *Culpa e delitos de circulação*, in *Revista de Direito Penal*, nº 3, Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. ROXIN aponta que o desenvolvimento, por WELZEL, da idéia dos *tipos abertos*, juntamente com a concepção dos elementos do dever jurídico, data de 1952. ROXIN, Claus, *op. cit.* (nota 180), p. 3, *in* nota 1.

⁴⁵³ WELZEL, Hans, *op. cit.* (nota 452), p. 14 (*sic*).

⁴⁵⁴ *Idem*, p. 15.

desenvolvidas as teorias do tipo e da antijuridicidade. De seu turno, a figura da negligência era trabalhada enquanto “forma de culpa”⁴⁵⁵.

A idéia geral sustentava que, uma vez comprovada a lesão a um bem juridicamente protegido e sua provocação por um ato voluntário, haveria indício da antijuridicidade (teoria da *ratio cognoscendi*). Após a verificação destes aspectos iniciais do crime, “todas as outras indagações destinadas a verificar se o autor seria efetivamente responsável por seu ‘ato antijurídico’ se processavam no domínio da culpa”⁴⁵⁶.

Todavia, esta construção – ponderou WELZEL – se mostrava problemática. É que a doutrina utilizava a chamada *teoria psicológica da culpabilidade*, segundo a qual “se entende por culpa as relações psíquicas entre o agente e seu ato, das quais resulte que tal ato lhe deva ser reprovado”⁴⁵⁷, o que não se coadunava com as decisões dos Tribunais. A jurisprudência a respeito dos delitos culposos de circulação não se baseava nessas noções, tratando de outros argumentos.

“Na maior parte dessas decisões, o *problema central* reside precisamente em saber se o usuário da via, em sua situação concreta, tinha ou não direito a praticar o ato em questão, a que comportamento estava ou não obrigado, com o quê tinha ou não direito de contar, etc. Trata-se do conteúdo e delimitação do ‘cuidado objetivo’ que devia ser posto no ato, e também da verificação ou não dêsse cuidado”⁴⁵⁸.

Coloca-se, assim, a questão da localização dos elementos que permitam encontrar o referido *cuidado objetivo*, retirando-se do centro do raciocínio a relação psicológica entre autor e conduta. Neste sentido, para o pensador alemão, considerando que a circulação pelas vias é admitida pelo Direito, a despeito do alto risco que implica, sustentando-se a permissão desde que sejam observadas regras específicas de comportamento, não haveria como afirmar que as ações realizadas em tais contornos seriam ilegítimas, mesmo que aquele risco fosse concretizado⁴⁵⁹.

⁴⁵⁵ Cf. *ibidem*.

⁴⁵⁶ *Idem*, pp. 15-16.

⁴⁵⁷ SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar zum Strafrecht*, 15.^a ed., p. 13, *Apud idem*, p. 16.

⁴⁵⁸ WELZEL, Hans, *op. cit.* (nota 452), p. 16 (*sic*).

⁴⁵⁹ Cf. *idem*, p. 17.

Trata-se de uma exigência de coerência lógica colocada para o sistema jurídico. O sentido geral permissivo, desde que preenchidos os requisitos jurídicos, não poderia, contrariamente à sua orientação inicial, assinalar como ilícita uma conduta que segue justamente suas prescrições normativas. É assim que a causação de um dano não seria determinante para revelar a antijuridicidade da conduta. Utilizando-se de uma função do princípio da legalidade, afirmou o jurista que uma “das tarefas do direito é dizer ao cidadão o que lhe é permitido fazer. Enquanto a ação do cidadão se situe nos limites dessa permissão, não pode ser ilegítima”⁴⁶⁰.

Portanto, a análise dos delitos culposos de circulação revelou uma falha da doutrina tradicional, que não apresentava, dentre os elementos dos crimes culposos, um espaço adequado para o *dever objetivo de cuidado*, problema central examinado pela jurisprudência.

Note-se que a permissão legal não poderia residir no âmbito da antijuridicidade, pois esta resulta – conforme a doutrina clássica – da provocação voluntária do dano, enquanto efeito automático da ausência de causas especiais de justificação. Também não haveria como figurar no elemento culpa, vez que esta nada mais era do que o liame psíquico entre o agente e a conduta⁴⁶¹.

Na verdade, esta insuficiência da teoria tradicional do delito derivava da premissa teórica de separação rigorosa entre um elemento objetivo e externo do ato (aspecto causal) e outro, de ordem subjetiva e psicológica. Naquele se encontravam a ação e a antijuridicidade, ao passo que no segundo estava a culpa.

Esta visão partia da concepção de que a ação – elemento objetivo – não passava de um movimento corpóreo, que poderia ser *provocado* de quatro formas diversas: consciente ou inconsciente, voluntária ou involuntária. Referida classificação, que permitia o juízo sobre a tipicidade ou não do comportamento, dizia respeito ao *modo de criação* da ação, e não sobre a ação mesma. Nesse contexto, o problema do *conteúdo* da conduta não era estudado enquanto pertencente à ação, mas sim como algo afeto à culpa, ao vínculo psicológico entre agente e ato⁴⁶².

⁴⁶⁰ *Ibidem*.

⁴⁶¹ Cf. *ibidem*.

⁴⁶² Cf. *idem*, pp.18-19.

Para solucionar o impasse, WELZEL enfatizou a alteração que deveria ocorrer no papel desempenhado pelo *desvalor da ação*, que assumiria, nos delitos culposos, o centro da teoria do delito, passando o *desvalor do resultado* a ter uma função meramente restritiva:

“Com o cuidado objetivo, o valor (ou o desvalor) da *ação* assume o centro da teoria do injusto, em tema de crimes culposos, ao passo que o desvalor do *resultado* (ofensa a um bem juridicamente tutelado) se situa na periferia (...). E com o valor ou desvalor da *ação*, esta se converte igualmente em centro da conduta típica nos crimes culposos; mais precisamente, a *ação*, naquilo que suas modalidades de realização possuem de particular, e não apenas em seu relacionamento de causa e efeito com o resultado”⁴⁶³.

A partir de tal mudança na teoria do injusto, a problemática que envolve os crimes culposos passou a ser analisada sob outra perspectiva, por meio da qual se deu um acento maior aos modos de conduta, “às *ações concretas cumpridas* pelo acusado, e às *ações que deveria ter cumprido*”⁴⁶⁴.

Logo, o exame da infração culposa não podia ser feito à moda tradicional: vínculo causal entre vontade e dano; e vínculo psicológico entre autor e ato. A nova formulação do jurista alemão revelou que o problema crucial se encontrava justamente na contraposição entre o modo como o autor se comportou e a conduta que dele exigiam as normas de conduta. Isto é, o interesse penal do comportamento nos delitos de circulação se justificaria pela dissonância entre a ação e o dever de cuidado, de modo que o agente:

“só deveria ser responsabilizado quando seu comportamento fosse (objetivamente) contrário às regras de circulação e (subjetivamente) reprovável e representativo de uma infração a seus deveres, vale dizer, culposos; a infração *objetiva* aos deveres, no comportamento, é uma *questão preliminar* ao exame da culpa”⁴⁶⁵.

Destarte, se o ponto central é a infração de um dever, antes mesmo de avaliar o aspecto subjetivo da violação, é preciso explicitar o conteúdo daquele dever, pressuposto

⁴⁶³ *Idem*, p. 19 (*sic*).

⁴⁶⁴ *Ibidem*.

⁴⁶⁵ *Idem*, p. 20.

para aferirmos sua observância. Uma vez determinado o dever de cuidado, este servirá como paradigma para o julgamento da ação praticada e, somente então, será possível decidir se a conduta é ou não reprovável.

Embora o estudo revelasse ser a *ação* o ponto central dos delitos culposos, a legislação fora construída com base na doutrina tradicional, gravitando ao redor da figura do *resultado*, negligenciando o tratamento da conduta. A arquitetura típica se erguia sobre a pedra fundamental do dano, definindo legalmente a provocação da lesão, porém relegando o comportamento à indeterminação⁴⁶⁶.

Com efeito, a “definição objetiva dos comportamentos proibidos na *lei* – e apenas na *lei* – assegura plenamente a aplicação da regra *nulla poena sine lege*”⁴⁶⁷. Ocorre que nos crimes culposos e nos crimes comissivos por omissão, o texto legal é elaborado com base no *resultado*, sem especificar suficientemente a *ação*, o que prejudica o cumprimento das funções do princípio da legalidade.

No que toca aos crimes comissivos por omissão:

“A lei não ‘determina’ a pessoa (‘o garantidor’) que se torna responsável pela não evitação do resultado penalmente definido como crime comissivo (por exemplo, de um homicídio); é ao juiz que cabe ‘determiná-la’. A separação entre o papel do legislador e o do juiz se resolve, assim, em favor deste último”⁴⁶⁸.

É justamente a ação, e não o resultado, o elemento que permite dizer se o agente é ou não responsável pela infração penal. No raciocínio de WELZEL, a indefinição da ação devida (dever de cuidado) enseja um maior poder para o magistrado, a quem cabe, em última instância, decidir se a conduta realizada é ou não típica e contrária ao Direito.

Outrossim, a situação se repete nos tipos de negligência, porquanto nestes delitos:

“o legislador não descreve a *ação delituosa* em termos concretos.

Igualmente, as definições da conduta típica dos crimes culposos são

⁴⁶⁶ Cf. *idem*, p. 22.

⁴⁶⁷ *Ibidem*.

⁴⁶⁸ *Idem*, pp. 22-23.

definições ‘abertas’, ou – como também poderíamos dizer – definições ‘a serem completadas’, para as quais é o *juiz* quem deverá determinar os caracteres particulares da ação punível”⁴⁶⁹.

Da mesma forma que nos crimes comissivos por omissão, para os quais o magistrado tem a função de estabelecer a figura do *garantidor* ou a chamada “*categoria dos autores*”⁴⁷⁰, completando a previsão abstrata da lei, nos delitos culposos é necessário definir o *dever de cuidado* e, por consequência, a conduta proibida pelo preceito normativo. Esta designação especial de competência, na visão do jurista germânico, é problemática, e denotaria o caráter aberto da norma.

“Enquanto que, para outros fatos delituosos, suficientemente definidos ou ‘fechados’, a realização do fato previsto pela lei implica o caráter antijurídico dessa realização, de forma que basta ao juiz comprovar a realização do fato previsto em lei para concluir por sua ilegitimidade, deve o juiz, diante das definições abertas dos crimes culposos, assumir parte do papel do legislador, vale dizer, deve determinar a própria ação delituosa, relegada à imprecisão pela definição legal”⁴⁷¹.

Enuncia-se, dessa forma, a dicotomia entre os tipos fechados e os tipos abertos, cujo eixo é composto pela capacidade de determinação da hipótese legal. Note-se que, conforme o pensamento de WELZEL, tal distinção é relevante, vez que diz respeito à diferença específica de uma categoria de crimes em crescimento. Não é sem motivo que o doutrinador alemão asseverou que o “principal problema que apresentam os crimes culposos não se coloca, portanto, no plano da culpa, e sim no do tipo, e mais especialmente, na determinação da conduta típica”⁴⁷².

4.4.TIPOS FECHADOS E TIPOS ABERTOS: CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS

Apesar de sua origem específica, relacionada com as figuras do *garantidor* dos crimes comissivos por omissão e do *dever de cuidado* dos crimes culposos, a dicotomia entre os tipos fechados e os tipos abertos extravasou os limites delineados por WELZEL em

⁴⁶⁹ *Idem*, p. 23.

⁴⁷⁰ *Ibidem*.

⁴⁷¹ *Ibidem*.

⁴⁷² *Ibidem*.

sua exposição primeira. A noção inicial deste jurista, que apontava para uma *indeterminação tópica*, acabou sendo ampliada e utilizada para taxar uma série de outras previsões típicas.

Além disso, como o desenvolvimento da teoria do tipo centrou-se cada vez mais na figura da *conduta humana*, desembocando em um conceito de tipo como *descrição legal da conduta*, os demais aspectos típicos foram aos poucos sendo obliterados, de modo que falar em tipo penal passou a significar, antes de tudo, falar da *conduta* e do que com esta se relaciona. Em outras palavras, o tipo é visualizado como a descrição da conduta e seus apêndices.

Daí porque, se o tipo *aberto* surgiu como adjetivo de uma figura maculada com a *indeterminação* em pontos específicos, em um segundo momento passou a abranger todo e qualquer tipo que apresentasse conduta indeterminada.

Assim, é preciso avaliar as concepções a respeito da dicotomia em questão, seguindo uma ordem de crescente complexidade⁴⁷³.

FRAGOSO entende que os *tipos fechados* são aqueles “que contêm, por completo, a descrição da conduta incriminada. Assim, por exemplo, o crime de homicídio (CP, art. 121)”⁴⁷⁴. Ou seja, no art. 121 do Código Penal teríamos a determinação já acaba da ação punível, o que tornaria o tipo fechado.

Por outro lado, nos *tipos abertos*:

“não aparece expressa, por completo, a norma que o agente transgredir com o seu comportamento, de tal maneira que não se contém no tipo a descrição completa do comportamento delituoso, que depende da transgressão de normas especiais que o tipo pressupõe”⁴⁷⁵.

Verifica-se que a abertura, para FRAGOSO, surge de uma *ausência de norma* no tipo penal, pois é justamente esta norma ausente aquela cuja violação configura o delito, pelo que o comportamento criminoso restaria desconhecido.

⁴⁷³ Tendo em vista preocupações didáticas e ilustrativas, preferimos não mesclar as visões dos inúmeros autores, deixando em evidência a opinião de cada qual. Assim, o agrupamento de citações e referências de uma mesma obra seguidamente não denota falta de bibliografia, mas apenas um modo de exposição.

⁴⁷⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio, *op. cit.* (nota 15), p. 203.

⁴⁷⁵ *Ibidem*.

Daí decorre a classificação dos *crimes culposos* nessa categoria, pois os tipos penais que os regem “apenas descrevem resultados e devem ser completados com a ação ou omissão contrária ao dever objetivo de cuidado”⁴⁷⁶. Neste caso, o tipo é aberto:

“porque cabe ao juiz identificar a conduta proibida, contrária ao cuidado objetivo, causadora do resultado. Sabemos que no crime culposo não há vontade dirigida ao resultado e que a ação dirigida a outros fins deve ser praticada com negligência, imprudência e imperícia. É proibida e, pois, típica, a ação que, desatendendo ao cuidado, à diligência ou à perícia exigíveis nas circunstâncias em que o fato ocorreu, provoca o resultado”⁴⁷⁷.

O mesmo se pode dizer dos *crimes comissivos por omissão*, “pois nestes a conduta típica depende da transgressão do dever jurídico de impedir o resultado”⁴⁷⁸.

Nos dois casos, a ausência da norma correlata – o *dever objetivo de cuidado* ou o *dever jurídico de impedir o resultado* – impede o conhecimento integral da conduta tutelada pelo tipo, acarretando sua abertura.

Uma terceira hipótese também é encontrada por esse penalista: aquela dos tipos nos quais há elementos que contêm uma referência à ilicitude, por meio de vocábulos como *indevidamente*, *sem justa causa* ou *sem permissão legal*.

“É o que se tem chamado de antijuridicidade ou *ilicitude especial*. Em tais casos o agente deve saber que atua indevidamente, sem justa causa ou sem permissão legal, conforme o caso, e o erro a tal respeito é *erro de proibição* (erro de fato), que não exclui o dolo, mas exclui a culpabilidade”⁴⁷⁹.

Conclui o jurista que nos tipos *abertos*, diferentemente do que ocorre nos tipos fechados, a tipicidade *não indicia* a ilicitude, porquanto a antijuridicidade deverá ser comprovada positivamente “através da demonstração de que houve contrariedade ao dever”⁴⁸⁰ ou a esses especiais elementos do tipo. Nos tipos abertos “desaparece o efeito

⁴⁷⁶ *Ibidem*.

⁴⁷⁷ *Idem*, p. 243.

⁴⁷⁸ *Idem*, p. 203.

⁴⁷⁹ *Ibidem*.

⁴⁸⁰ *Idem*, p. 262.

indiciário da tipicidade”⁴⁸¹ e, portanto, “a ilicitude deve ser estabelecida pelo juiz, verificando se houve a transgressão das normas que a incriminação pressupõe”⁴⁸².

Na esteira dessas considerações, MIRABETE e FABBRINI entendem que nos tipos *fechados* “a tipicidade indica a antijuridicidade sem qualquer ressalva, condição ou restrição”⁴⁸³, ao passo que nos tipos abertos é necessário uma comprovação da ilicitude, pois a conduta em si não significa a violação da norma.

Mais do que uma simples atividade de complementação, esses estudiosos afirmam haver uma verdadeira delegação, já que nos tipos *abertos* é transferida “ao intérprete a tarefa de tipificar cada conduta com fundamento em doutrina e jurisprudência, valendo-se, para tanto, de elementos não integrantes expressamente do tipo”⁴⁸⁴.

Eles ressaltam, ainda, que não se pode traçar uma equivalência entre crimes culposos e tipos abertos, nem mesmo entre delitos dolosos e tipos fechados. Trata-se de figuras que, embora possam coincidir em certas ocasiões, não se confundem. Ou seja, “nem todos os tipos culposos são abertos (ex: art. 180, § 1º, do CP) e nem todos os tipos dolosos são fechados (ex: art. 157, do CP, ao se referir a ‘qualquer meio’ para reduzir a capacidade de resistência)”⁴⁸⁵.

A ressalva é compartilhada por NUCCI, para quem, normalmente, “os tipos culposos são abertos, embora exista exceção (o art. 180, §3º, CP, constitui tipo fechado)”⁴⁸⁶. Entretanto, esse penalista traz uma conceituação diversa das noções apreciadas.

Com efeito, em um primeiro momento NUCCI assevera que aberto é o tipo “que depende da interpretação do juiz para ser integralmente compreendido e aplicado”⁴⁸⁷.

⁴⁸¹ *Idem*, p. 203.

⁴⁸² *Ibidem*.

⁴⁸³ MIRABETE, Julio Fabbrini *et* FABBRINI, Renato N., *Manual de* vol. 1, São Paulo: Atlas, 2007, p. 103.

⁴⁸⁴ *Ibidem*.

⁴⁸⁵ *Ibidem*. É o que também defende MÉDICI. Quanto aos crimes culposos, dá o exemplo do art. 180, §3º, do Código Penal – receptação culposa: “Este tipo culposo está completo, com a descrição integral da conduta, não podendo o intérprete considerar típico o comportamento que não se ajuste a uma das hipóteses previstas, não obstante configurada a culpa”. Por outro lado, assevera que os tipos dos arts. 124 a 126 – que versam sobre o aborto – todos dolosos, são abertos: “Em todos eles, o intérprete deverá *fechar* o tipo, ao indicar o seu entendimento a respeito dos referidos delitos. Para tanto, empregará conceitos comuns, não incluídos no preceito legal”. MÉDICI, Sérgio de Oliveira, *op. cit.* (nota 115), pp. 113-114.

⁴⁸⁶ NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.* (nota 430), p. 185.

⁴⁸⁷ *Idem*, p. 89.

Portanto, a *contrario sensu*, tipo fechado é o que não depende da interpretação judicial, que pode ser compreendido e aplicado sem esta atividade⁴⁸⁸.

Em um segundo momento, esse jurista estabelece uma conexão entre a atividade interpretativa e os *elementos do tipo*. Note-se a relação:

“Por oportuno, deve-se mencionar a existência e diferença entre os *tipos fechados* (aqueles que contêm apenas elementos descritivos, prescindindo da valoração cultural do magistrado, como o homicídio – art. 121, CP, já citado como ilustração) e os *tipos abertos* (os que contêm elementos normativos ou subjetivos, merecedores de valoração pelo aplicador da lei, como o *ato obsceno* – art. 233, CP –, que menciona o elemento ‘obsceno’, de difícil interpretação, variando conforme a época e o lugar)”⁴⁸⁹.

Perceba-se que a natureza do elemento componente do tipo é a razão pela qual, para esse estudioso, é ou não necessária uma atividade judicial de interpretação, que realiza um juízo valorativo sobre os termos da lei. O paralelo resta evidente nos excertos a seguir, onde se defende que o *tipo fechado*:

“é constituído somente de elementos descritivos, que não dependem do trabalho de complementação do intérprete, para que sejam compreendidos (ex.: art. 121 – *matar alguém*. Os dois elementos são puramente descrições, sem qualquer valoração a exigir do intérprete conceitos que vão além do vernáculo)”⁴⁹⁰.

Da mesma forma, os *tipos abertos* também são conceituados a partir de seus elementos constitutivos, consistindo na espécie:

“que contém elementos normativos ou subjetivos, de modo que dependem da interpretação de quem os conhece, para que adquiram um

⁴⁸⁸ Para OLIVEIRA, no campo dos tipos abertos, a função judicial é mais complexa: “Não se trata de uma operação simplesmente de subsunção, como ocorre com os tipos cerrados”. OLIVEIRA, José Luiz de, *A função judicial na integração dos tipos penais*, São Paulo: Universidade de São Paulo, 1988 (Tese de Doutorado), p. 25.

⁴⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.* (nota 430), p. 91.

⁴⁹⁰ *Idem*, p. 184.

sentido e tenham aplicação (ex. art. 134 – *expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria*)”⁴⁹¹.

Logo, a diferente estrutura dos tipos, sua composição em cada caso, leva o juiz a se colocar de maneira diversa perante eles. A definição da situação fechada ou aberta de um tipo penal passa pela possibilidade ou não de interpretação do magistrado. De certo modo, a difusão acerca do significado da dicotomia se fez pautada justamente por esta compreensão básica. É assim que GRECO passou a conceituar os *tipos fechados* como “aqueles que possuem a descrição completa da conduta proibida pela lei penal”⁴⁹².

Conseqüentemente, a existência dos *tipos abertos* acabou por ser vista como uma exigência prática, embora não ideal, de modo que a atividade interpretativa é tida como efeito indesejado. Daí o tom pesaroso da doutrina quando do tratamento dessa figura:

“em determinadas situações, o legislador, por impossibilidade de prever e descrever todas as condutas possíveis de acontecer em sociedade, criou os chamados tipos abertos, nos quais não há a descrição completa e precisa do modelo de conduta proibida ou imposta. Nesses casos, faz-se necessária sua complementação pelo intérprete”⁴⁹³.

Aprofundando o tema, ZAFFARONI e PIERANGELI revelam que essa atividade interpretativa do juiz se faz, em última instância, com o encontro de uma norma geral que permita ao magistrado especificar o sentido do tipo. A lição demanda nossa atenção:

“há casos em que o tipo não individualiza totalmente a conduta proibida, exigindo que o juiz o faça, para o que deverá recorrer a normas ou regras gerais, que estão fora do tipo penal. Quando a lei reprime o homicídio culposo, está exigindo do juiz que, frente ao caso concreto, determine qual era o dever de cuidado que o autor tinha a seu cargo, e, com base nele, ‘feche’ o tipo, passando depois a averiguar se a conduta concreta é típica deste tipo ‘fechado’ pelo juiz mediante uma norma geral de cuidado, que necessitou ‘trazer’ ao tipo, vinda de outro contexto”⁴⁹⁴.

⁴⁹¹ *Ibidem*.

⁴⁹² GRECO, Rogério, *op. cit.* (nota 257), p. 167.

⁴⁹³ *Ibidem*.

⁴⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et PIERANGELI, José Henrique, *op. cit.* (nota 105), p. 384.

Note-se que a especificação da *conduta* tutelada no tipo penal, na doutrina desses autores, somente pode ser levada a cabo por meio de uma figura específica, que são as *normas gerais*. A interpretação, portanto, não se faz de qualquer modo, mas deve estar pautada pelo objetivo de descobrir uma norma maior, que se aplica ao caso concreto, o que implica o *fechamento* do tipo penal, antes aberto.

“Estes tipos – que, como o art. 121, §3º, necessitam recorrer a uma norma de caráter geral – chamam-se de *tipos abertos*, por oposição aos *tipos fechados* (como o art. 125 do CP), em que a conduta proibida pode ser perfeitamente individualizada sem que haja necessidade de recorrer-se a outros elementos além daqueles fornecidos pela própria lei penal no tipo”⁴⁹⁵.

Para eles, o “tipo aberto, por si mesmo, resulta insuficiente para individualizar a conduta proibida”⁴⁹⁶. Esses penalistas não deixaram de seguir o coro majoritário, ao estabelecerem como exemplos de tipos abertos a categoria dos crimes culposos, vez que nestes “não é possível individualizar a conduta proibida se não se recorre a outra norma que nos indique qual é o ‘cuidado devido’ que tinha o sujeito ativo”⁴⁹⁷; e os crimes omissivos impróprios, pois “é impossível a tipificação legal de todas as hipóteses em que um sujeito se acha na posição de garantidor”⁴⁹⁸.

Às observações precedentes, ZAFFARONI e PIERANGELI agregam mais esta: os *tipos fechados* possibilitam a individualização da conduta apenas independentemente do recurso a outros instrumentos normativos, enquanto os *tipos abertos* necessariamente exigem o encontro da aludida norma geral.

Outrossim, DOTTI parece corroborar o que dizem esses autores, porquanto considera *tipos abertos* “aquelas normas incriminadoras que não contêm a indicação da conduta proibida que somente é identificada em função dos elementos exteriores ao tipo”⁴⁹⁹; e sistematiza o afloramento da categoria em três grupos: os *crimes culposos*, “que somente descrevem o resultado da conduta e devem ser completados com a ação ou a

⁴⁹⁵ *Ibidem*.

⁴⁹⁶ *Idem*, p. 436.

⁴⁹⁷ *Ibidem*.

⁴⁹⁸ *Idem*, p. 465.

⁴⁹⁹ DOTTI, René Ariel, *op. cit.* (nota 426), p. 60.

omissão contrária ao dever objetivo de cuidado”⁵⁰⁰; os *crimes comissivos por omissão*, “posto que nos mesmos a adequação típica depende de transgressão do dever jurídico de evitar o resultado”⁵⁰¹; e, por derradeiro, “crimes cujo preceito se refere à ilicitude com o emprego de expressões ou vocábulos como ‘contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito’”⁵⁰² etc.

De forma semelhante a ZAFFARONI e PIERANGELI, esse penalista brasileiro também fundamenta a distinção das categorias na necessidade ou não do apelo ao mundo exterior da lei, isto é, a abertura de um tipo significa a permissão para ir além do preceito. O resultado fica claro na conceituação a seguir: “Tipos penais *fechados* são todos os que para a sua compreensão o intérprete ou aplicador da lei não necessita recorrer a qualquer indagação estranha aos elementos constantes da norma incriminadora”⁵⁰³.

Vale lembrar que, nos dizeres de KAUFMANN, o instrumento utilizado para *fechar* o tipo são as denominadas *regras para completar a tipicidade*, compostas por “conceptos y cláusulas generales”⁵⁰⁴, o que parece ter sido posteriormente identificado como as *normas gerais* desenvolvidas na argumentação de ZAFFARONI e PIERANGELI.

Em sua obra, DIAS também deita raízes em WELZEL para falar dos tipos abertos, reafirmando o que dizem os demais autores. *Vide* seus comentários sobre esta criação do pai do finalismo:

“tipos existiriam em que os elementos definidores da espécie de delito teriam de ser *completados*, para determinação da matéria proibida – não esgotantemente descrita na definição legal da conduta, mas de determinação necessária para integral preenchimento do tipo de ilícito –, por uma *valoración autónoma* levada a cabo pelo aplicador; valoración que, deste modo, se encontraria já fora do tipo e constituiria uma pura **regra de ilicitude**”⁵⁰⁵.

⁵⁰⁰ *Ibidem*.

⁵⁰¹ *Ibidem*.

⁵⁰² *Idem*, p. 61.

⁵⁰³ *Idem*, p. 311.

⁵⁰⁴ KAUFMANN, Armin, *Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad*, in *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, tomo XXXVII, fascículo I (janeiro-abril), Madrid: 1984, p. 11.

⁵⁰⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* (nota 386), p. 290 (grifo do autor).

A incompletude do tipo penal demanda uma valoração do juiz; tal juízo a ser realizado encontra-se jungido ao campo da ilicitude, conquanto sua finalidade seja a de inteirar a compreensão do tipo. Insinua-se, desse modo, um espaço no qual a tênue separação entre tipo e ilícito torna-se dramática, sendo difícil precisar a fronteira entre eles, uma divisão que se mostra fluida.

Mais ainda, a fenda do tipo tem sua abertura levada a cabo por elementos específicos, que, como na lição de ZAFFARONI e PIERANGELI, nos guiam a certas normas gerais. Não se pode ignorar a relação entre essas observações, o que resta mais evidente quando DIAS examina esses elementos de caráter dúbio:

“elementos típicos que, possuindo embora uma *base fáctica individualizável*, todavia se revelam simultaneamente configurados como juízos de valor gerais ou **elementos valorativos globais**; e que nessa medida possuem um cunho de tal modo extremadamente normativo que praticamente arrastam consigo um **juízo de valor global** sobre a ilicitude da conduta”⁵⁰⁶.

Daí porque, esse penalista português – ao lado de Roxin, conforme *infra* – nota a ligação do tipos abertos com o tema de *adequação social*, que exclui do ilícito as ações que, apesar de formalmente correspondentes ao tipo, não extravasam o âmbito do ético e do socialmente aceitável no grupo⁵⁰⁷.

Por último, mas não menos importante, é imprescindível destacar a leitura analítica que ROXIN faz dos tipos abertos de WELZEL. Oportunamente, frise-se que colocamos aqui somente a parte expositiva, vez que as críticas de ROXIN serão vistas mais à frente.

De acordo com a leitura de ROXIN, a comprovação da antijuridicidade (oposição a uma norma proibitiva, tendo em vista o ordenamento jurídico como um todo) exige do juiz um *procedimento negativo*, para aferir a ausência de permissões legais. Feito isso, a adequação típica seria indiciária da antijuridicidade. Esclarece o professor alemão:

⁵⁰⁶ *Idem*, p. 291 (grifo do autor).

⁵⁰⁷ Cf. *ibidem*.

“En tales supuestos habla Welzel de ‘tipos cerrados’, pues el círculo de los elementos indicativos de lo injusto es cerrado”⁵⁰⁸.

Porém, para WELZEL nem todos os tipos são fechados, vez que há aqueles nos quais a matéria de proibição não está descrita de forma total e exaustiva. Temos um tipo *aberto*, vez que “la conducta prohibida no está caracterizada por una descripción objetiva y exhaustiva y, por tanto, la idealización del tipo no podría indicar la antijuricidad”⁵⁰⁹.

Isto resulta em uma atividade diferenciada do magistrado, obrigado a aferir a antijuridicidade de forma *positiva*, o que é feito pela comprovação dos *elementos do dever jurídico*. Observando as diversas formas de manifestação desses *elementos*, ROXIN os distingue em cinco grupos.

Primeiro, as chamadas *regras gerais de antijuridicidade*. Para explicar a questão, o penalista alemão utiliza como exemplo o tipo de *coação* (previsto no §240, StGB). Em relação a tal tipo, o juiz deveria investigar se a utilização da violência ou da ameaça seria reprovável conforme a finalidade da conduta. O tipo não seria indiciário da antijuridicidade, já que na vida em sociedade haveria casos de coação adequados ao Direito, ainda que sem uma autorização legal específica⁵¹⁰.

Um segundo grupo seria o dos *elementos especiais da antijuridicidade*, no qual se incluíam uma série de casos singulares: (i) *exercício da autoridade adequado ao Direito* – no caso do crime de desobediência, v.g., o pressuposto da licitude da autoridade seria um elemento do dever jurídico, todavia, a legalidade não diz respeito à descrição do fato, mas sim à antijuridicidade; (ii) *a validade jurídica de uma lei ou de um regulamento* – por exemplo, um tipo que proíba a instigação do não-cumprimento, já que a referida validade não descreve a conduta; (iii) *a competência* – similar ao caso anterior; (iv) *elementos de autoria* – aqueles elementos do tipo que o tornam *próprio*, por especificação do autor, que também demandam verificação positiva; (v) *ausência de autorização* – eminentemente um pressuposto jurídico; (vi) *fato prévio na ocultação de delito* – pois o crime anterior é condição, embora não integre a descrição do comportamento⁵¹¹.

⁵⁰⁸ ROXIN, Claus, *op. cit.* (nota 180), p. 5.

⁵⁰⁹ *Idem*, p. 6.

⁵¹⁰ Cf. *idem*, pp. 6-7.

⁵¹¹ Cf. *idem*, pp. 8-14.

Terceiro, a *falta de adequação social*, porquanto atuar dentro dos limites da ética social daquela comunidade seria permitido pela ordem legal, de modo que sua contraposição surge como elemento da antijuridicidade⁵¹².

O quarto e o quinto grupos correspondem exatamente ao *dever jurídico nos delitos de omissão* e ao *dever de cuidado nos delitos culposos*⁵¹³, que já foram examinados detidamente, motivo que nos dispensa de uma repetição desnecessária.

Ante todo esse legado doutrinário a respeito da dicotomia, torna-se salutar elaborar um quadro sintético, um apanhado logicamente concatenado dos conceitos e das características dos tipos fechado e aberto, o que acentua as disparidades entre as duas categorias, bem como, em termos metodológicos, faz mais segura a apuração científica⁵¹⁴.

Os *tipos fechados*, portanto, são aqueles nos quais (i) há a *descrição completa da conduta proibida*, (ii) isto em razão de serem compostos puramente por *elementos descritivos*, (iii) de modo que exercem um *efeito indiciário* em relação à ilicitude, (iv) a qual é *comprovada negativamente*; (v) além disso, tais tipos são operacionalizados por meio da *subsunção*, (vi) vez que a individualização do comportamento é realizada a partir dos *elementos do próprio tipo*.

Os *tipos abertos*, de sua sorte, são aqueles nos quais (i) existe uma *descrição incompleta da conduta proibida*, (ii) o que se deve à sua estruturação por *elementos normativos e/ou subjetivos*, (iii) razão pela qual *não mantêm efeito indiciário* perante a ilicitude, (iv) que precisa ser *comprovada positivamente*; (v) ademais, esses tipos demandam a *interpretação* por parte dos operadores, (vi) pois o comportamento somente pode ser individualizado com o encontro de uma *norma geral*, (vii) que se busca através de uma *valoração autônoma*, que extravasa o mero campo dos termos da lei, um verdadeiro *juízo de valor global*.

⁵¹² Cf. *idem*, p. 15. O ponto é polêmico, o que reconhece o próprio ROXIN e também DIAS, logo acima. Para um estudo pormenorizado a este respeito, ver a obra de SILVEIRA, na qual se explica que, ao final, ROXIN “pontuou que a adequação social seria um princípio correto em sua tendência de criação de um perfil da figura delitiva e, por isso, uma causa de restrição do tipo que nada diz respeito à antijuridicidade ou à culpabilidade. Entretanto, segundo Roxin, hoje existiriam instrumentos hermenêuticos mais precisos do que ela, podendo mesmo ser substituída”. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *op. cit.* (nota 207), pp. 173-174.

⁵¹³ Cf. ROXIN, Claus, *op. cit.* (nota 180), pp. 16-19.

⁵¹⁴ OLIVEIRA agrega uma série de características sobre a *função judicial* relacionada aos tipos abertos. Segundo ele, esta é: *criativa, evolutiva* (tempo e espaço), *complementar, adaptativa* (peculiaridades do caso concreto), *discricionária, mas não-arbitrária, valorativa, declaratória* (da conduta devida) e *determinativa* (da ilicitude). OLIVEIRA, José Luiz de, *op. cit.* (nota 488), pp. 116-118.

4.5. LEGALIDADE E TIPOS ABERTOS: O PROBLEMA DA INDETERMINAÇÃO

Retomando nosso percurso até aqui, já investigamos o princípio da legalidade, seu surgimento histórico e seus aspectos atuais; o tipo penal, sua evolução e conceitos; e a dicotomia entre os tipos fechados e os tipos abertos. Cabe agora atar esses pontos, de modo a visualizar claramente o problema que está no cerne deste trabalho e cuja proposta de solução é a razão de ser das nossas linhas.

A constatação da existência dos tipos abertos não se resumiu a uma atividade meramente expositiva, nem muito menos sua conceituação serviu apenas à descrição dogmática de uma realidade. Mais do que isto, o diagnóstico doutrinário foi intróito à crítica dessa categoria.

Com efeito, se os tipos abertos são por definição aqueles nos quais a descrição da conduta está incompleta, exigindo uma tarefa de complementação interpretativa por parte dos aplicadores, e se o princípio da legalidade abriga o mandato da certeza, então resta evidente a contraposição entre as duas assertivas, de modo que a conclusão do raciocínio aponta, a princípio, para a ilegitimidade da abertura típica.

Não foi outra, certamente, a opinião da doutrina.

SILVEIRA observa que “o tipo fechado é o que mais respeito ofertaria ao princípio da legalidade”⁵¹⁵. Neste sentido, alguns doutrinadores entendem que os *tipos abertos* poderiam abrir portas ao alvitre judicial, colocando em risco a integridade do princípio da legalidade. Daí a dureza das palavras de BRUNO:

“Os tipos abertos, dentro dos quais é possível incluir, segundo a interpretação que se lhes dê, essa ou aquela ação, frustram a função do tipo. A figura típica é, então, um molde elástico, inapto para a definição precisa do fato punível. Tipos desse gênero encontram-se especialmente em leis de governos autoritários, onde há sempre tendência a deixar certa

⁵¹⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 305.

margem de arbítrio na incriminação do fatos, e, afrouxando a definição legal, defraudam o princípio de garantia”⁵¹⁶.

Igualmente, as ponderações de HASSEMER sobre o fenômeno da abertura: “o legislador confia hoje cada vez mais a complementação de suas diretrizes ao aplicador da lei: as leis tornam-se obscuras e as margens de decisão maiores”⁵¹⁷.

De modo mais direto, MÉDICI postula evitar os tipos abertos ao máximo, porquanto, em seu entender, a “*tipicidade aberta*, por propiciar larga margem interpretativa, não deve ser admitida em Direito Penal, a não ser em situações já definidas e que não propiciam ofensa ao princípio da legalidade”⁵¹⁸.

NUCCI também demonstra preocupação com o problema da abertura do tipo e apela à prudência do legislador: “Levando-se em consideração que o direito penal veda o uso da analogia (...) para criar tipos penais incriminadores, é preciso evitar a elaboração de definições legais de crimes que sejam tão vagas, quanto inseguras”⁵¹⁹.

Não se pode estranhar, portanto, que a doutrina coloque o *tipo fechado* como o tipo ideal, um modelo que não somente serve como norte, mas sim como possibilidade concreta ao alcance do Direito Penal, vinculando a atividade legislativa aos postulados constitucionais da legalidade, ao mesmo tempo em que denuncia os tipos que ostentam o emblema deletério da abertura.

Nesse contexto, as palavras de BRUNO não soam como mero conselho, mas como uma ordem derivada dos contornos constitucionais do sistema criminal:

“Para o fim a que visa, deve o tipo formular-se em termos claros e precisos, traçando um limite firme em redor da figura típica. O tipo assegura a apreciação justa da crimiiosidade do fato contra todo arbítrio. Quanto mais fechado é o tipo, isto é, quanto mais restrita é a sua compreensão, maior é a garantia que dêle decore para as liberdades civis. Na submissão do fato ao tipo, o julgador está limitado pela linguagem terminante em que o traçou o legislador. Há mesmo um princípio de técnica legislativa que proíbe definirem-se os crimes em termos que dêem

⁵¹⁶ BRUNO, Aníbal, *op. cit.* (nota 177), p. 61.

⁵¹⁷ HASSEMER, Winfried, *op. cit.* (nota 111), p. 7.

⁵¹⁸ MÉDICI, Sérgio de Oliveira, *op. cit.* (nota 115), p. 111.

⁵¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.* (nota 430), pp. 89-90.

lugar à incerteza sobre os fatos que são realmente vedados. O tipo deve constituir-se de modo tal que reduz ao mínimo, nesse particular, o arbítrio do julgador”⁵²⁰.

Porém, a identificação do problema não foi capaz de trazer uma solução. Os juristas foram obrigados a reconhecer que a existência de tipos abertos é uma realidade. A impossibilidade de prever todas as situações, a complexidade crescente da sociedade, a tutela penal cada vez mais ampla, tudo isso colaborou para a manutenção, e até mesmo para a proliferação, de figuras penais de textura aberta.

Prima facie, o choque entre uma elaboração legal e um preceito constitucional poderia ser resolvido pelo sistema de controle da constitucionalidade, em seus diversos mecanismos. Sobre tal possibilidade, NUCCI chegou a considerar a experiência estrangeira:

“mesmo no direito anglo-americano, baseado no sistema do direito consuetudinário, portanto, não vinculado perfeitamente ao princípio da legalidade, já existem vários precedentes judiciais declarando inconstitucionais as regras de Direito Penal que permitem a elaboração de normas penais genéricas e imprecisas”⁵²¹.

Mais próxima à tradição brasileira, a experiência italiana quanto ao controle da abertura típica insinua uma lição importante⁵²². VASSALI dá notícia de que na jurisprudência da Itália a declaração de inconstitucionalidade de leis questionadas por sua indeterminação – como no caso dos tipos abertos – não se mostrou proveitosa:

“Dal canto sua la giurisprudenza, specialmente quella costituzionale, si è sostanziata – sai com riferimento ad elementi costitutivi del reato che com riferimento a circostanze aggravanti – in una lunga serie di decisione

⁵²⁰ BRUNO, Aníbal, *op. cit.* (nota 177), p. 61.

⁵²¹ NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.* (nota 430), p. 91.

⁵²² Ressaltamos o exemplo italiano, embora pudéssemos nos socorrer de outros. CERVINI – professor uruguaio –, de sua parte destaca o mesmo fenômeno, tendo por base o remédio constitucional do *habeas corpus*: “La cuestión de si existe determinación suficiente de una conducta incriminada, si bien se reconduce em primera y última instancia a preguntarse por la constitucionalidad de la norma, por la obediencia del legislador hacia el constituyente, tiene, también, un alcance más concreto y delimitado, ejemplo, en materia de *habeas corpus*: al magistrado le alcanzará con preguntarse si el hecho que se imputa al paciente *está suficientemente determinado* como conducta punible, por una ley penal. En otras palabras: si el instrumento que le proporciona la ley tiene la suficiente nitidez y concreción como para distinguir aquello que se quiere punir”. CERVINI, Raúl, *El principio de la legalidad y la imprescindible determinación suficiente de la conducta incriminada en los crímenes contra el sistema financiero* (art. 4.º de la Ley 7.492/86), in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 48, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 176.

di infondatezza e in una sola decisione di pieno accoglimento della denuncia di illegittimità costituzionale; quella relativa al delitto di «plagio» già figurante nell'art. 603 c.p.»⁵²³.

Excetuando-se o caso do tipo de plágio mencionado, a Corte Constitucional italiana não albergou as alegações de inconstitucionalidade das leis por vício de indeterminação. Em sua argumentação, o tribunal afirmou que o princípio da legalidade:

“è rispettato «anche quando la descrizione del fatto incriminato sia sommaria o consista nell'uso di espressioni meramente indicative» e perfino «estensive od esemplificative», purchè sia chiara l'identificazione del bene tutelato dalla norma; e che non rappresenta una eccessiva discrezionalità lasciata al giudice l'usare «concetti extragiuridici» diffusi e generalmente compresi nella collettività in cui il giudice opera, «nozione di comune comprensione ed esperienza»”⁵²⁴.

Por seu turno, a procedência da arguição contra a figura penal do plágio baseou-se em enunciados diametralmente opostos, o que revela uma coerência de critérios, embora o peso atribuído em cada caso concreto deva ser ponderado singularmente. Nesta hipótese excepcional, os magistrados declararam a inconstitucionalidade “per «l'imprecisione e indeterminatezza della norma» e «l'impossibilità di attribuire ad essa un contenuto oggettivo, coerente e razionale», com la conseguenza di una assoluta arbitrarietà della sua concreta applicazione”⁵²⁵.

Diante de tais fatos, a conclusão de VASSALI não poderia ser outra:

“Il principio di determinatezza è stato dunque riconosciuto come appartenente a quello di legalità, ma, attesa anche la singolarità di quella fattispecie del plagio e della sua storia giudiziaria (su cui la sentenza della Corte si è particolarmente soffermata), il riconoscimento dei casi in cui quel principio sia stato o possa essere violato si profilano sin d'ora come caso-limite ed estremamente rari”⁵²⁶.

⁵²³ VASSALI, Giuliano, *op. cit.* (nota 162), p. 322.

⁵²⁴ *Ibidem.*

⁵²⁵ *Ibidem.*

⁵²⁶ *Ibidem.*

FIANDACA e MUSCO corroboram essas informações, relatando que a Corte Constitucional italiana, a despeito de reconhecer o princípio da legalidade cerrada, não realizaria de fato um controle sobre a legislação tendo por base tal garantia. Na visão desses juristas, o tribunal italiano teria se utilizado basicamente de três argumentos.

Em primeiro lugar, estaria o *significado lingüístico* das expressões utilizadas:

“al giudice sarebbe sempre possibile rintracciare un significato determinato, corrispondente al normale uso linguistico, dei termini impiegati nelle norme sospettate di eccessiva indeterminatezza; e questo comune significato linguistico dovrebbe costituire il tramite per assegnare alla norma anche un corrispondente contenuto normativo”⁵²⁷.

Daí a afirmação, naquela Corte, da constitucionalidade de tipos que se referiam a expressões como “obsceno”, “assistência moral”, “exercício abusivo da profissão” etc. Os autores não aceitam o raciocínio, contra-argumentando que em tipos de matéria técnica e especializada, o método do *comum significado lingüístico* seria inadequado⁵²⁸.

Um segundo fundamento utilizado pelo tribunal assentaria no modo de tratamento do Direito vigente: de um lado, a norma poderia assumir suficiente determinação caso aplicada segundo a *interpretação jurisprudencial prevalente*; de outro, quando não houvesse prevalência, caberia ao juiz escolher a interpretação correta, estando resguardado o princípio da legalidade enquanto a polêmica sobre o significado estivesse em uma *normalidade fisiológica*. Porém, esses penalistas criticam esta posição, dizendo ser a técnica facilmente manipulável, outorgando ao juiz a tarefa de suprir a deficiência do legislador⁵²⁹.

Em terceiro, há o posicionamento que defende uma maior abertura da dimensão constitucional do princípio, pois “la determinatezza o tassatività della fattispecie incriminatrice non attiene soltanto alla sua formulazione lingüistica, ma implica anche la verificabilità empirica del fatto da essa disciplinato”⁵³⁰. A clareza, nesse contexto, não

⁵²⁷ FIANDACA, Giovanni, et MUSCO, Enzo, *Diritto penale: Parte generale*, 3ª ed., Bologna: Zanichelli, 1995, p. 67.

⁵²⁸ Cf. *ibidem*.

⁵²⁹ Cf. *idem*, p. 68.

⁵³⁰ *Ibidem*.

deve estar somente no texto, mas na própria realidade a que se refere: “il vero punto di riferimento della determinatezza è (non già la sola formulazione della norma incriminatrice, bensì) il cosiddetto «tipo criminoso» come sintesi espressiva di un omogeneo contenuto di disvalore penale”⁵³¹.

Ao final da exposição do quadro jurisprudencial, esses autores pregam maior severidade na observância do princípio, postulando:

“un più rigoroso rispetto dei criteri che presiedono ad una corretta tecnica di redazione delle norme incriminatrici avrebbe come effetto di meglio consentire un equilibrato rapporto tra i poteri dello Stato, evitandosi così il rischio di spregiudicate operazioni «creatrici» dell’illecito penale ad opera della giurisprudenza”⁵³².

O protesto, entretanto, parece não surtir efeitos concretos, ao menos imediatamente. Ou seja, conquanto o princípio da legalidade, em seu aspecto mandamental da determinação e da certeza, seja reconhecido como integrante da ordem constitucional, a decretação de um dispositivo legal como oposto a este preceito da Constituição é algo que não se pode esperar ocorrer com frequência. Acreditamos que este fato deve ser considerado muito seriamente e que dele podemos extrair certas consequências para nosso exame, como veremos ao final.

Sobressai a importância do crivo constitucional, ainda mais quando examinada a jurisprudência brasileira, na qual o debate sobre a abertura típica foi levado a cabo em um julgamento crucial do Supremo Tribunal Federal, trazido analiticamente no item seguinte.

De qualquer modo, o diagnóstico da legislação aponta para o recrudescimento dos tipos abertos, como já havia preconizado WELZEL, acerca dos delitos culposos. Nas palavras de SALVADOR NETTO, “a sociedade ficou grande e dinâmica demais para os limites do tipo penal fechado”⁵³³.

⁵³¹ *Idem*, p. 69.

⁵³² *Ibidem*.

⁵³³ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo, *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 37.

Por derradeiro, vale mencionar que as propostas para o problema da abertura não vão além do apelo genérico à elaboração de leis mais claras, sublinhando os postulados da determinação (*aspecto legislativo*) e da taxatividade (*aspecto judicial*). A anotação dos deveres dos legisladores e dos juízes é tarefa notável, todavia, não configura realmente uma solução.

Das contribuições doutrinárias, destaca-se apenas uma de maior concretude e aplicabilidade, apontada por SILVEIRA, para quem os tipos abertos, como efeito inescapável do Direito Penal moderno, deveriam ser obstados em certos campos onde as garantias individuais encontram-se abaladas. Neste sentido, propõe que não se aceitem tipos abertos na seara do Direito Penal supra-individual, onde a especificidade do bem jurídico tutelado gera dificuldades dogmáticas para a aplicação dos princípios criminais⁵³⁴, nem mesmo na área do Direito Penal sexual, em que a difícil distinção entre normatividade e moralidade pode dar azo a decisões discricionárias⁵³⁵.

4.6. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PROBLEMA DA ABERTURA: ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO TIPO DO ART. 233 DO ECA

O problema da abertura típica galgou subir até a Corte Maior de nosso país. Em 1994, o Supremo Tribunal Federal debateu amplamente o tema, em acórdão paradigmático, no qual se discutiu a constitucionalidade do art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, *in verbis*:

“Art. 233. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura:

Pena - reclusão de um a cinco anos.

§ 1º Se resultar lesão corporal grave:

Pena - reclusão de dois a oito anos.

§ 2º Se resultar lesão corporal gravíssima:

Pena - reclusão de quatro a doze anos.

§ 3º Se resultar morte:

⁵³⁴ “(...) a utilização de tipos penais abertos não pode ser aceita para a proteção difusa”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *Direito Penal Supra-individual: interesses difusos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 87.

⁵³⁵ “A aceitação de um certo grau de indeterminação no conteúdo do tipo pode até ser imprescindível em certos casos, mas nunca no sexual”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *op. cit.* (nota 515), p. 308.

Pena - reclusão de quinze a trinta anos”.

À época, vale lembrar, a Lei de Tortura (Lei nº 9.455/97), que no seu art. 1º definiu a tortura em pormenores e por meio de diversas variações, e que acabou por revogar o aludido dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 4º, ainda não havia sido editada, razão pela qual a discussão sobre a abertura restou justificada.

O tema veio à baila com o *habeas corpus* nº 70.389-5, de São Paulo, que tinha como pacientes dois policiais militares denunciados pelo Ministério Público como incursos no art. 233 supramencionado. A alegação inicial do impetrante insurgiu-se contra a hipótese de *bis in idem*, em razão de estarem os pacientes sendo processados perante a Justiça Comum Estadual e também frente à Justiça Militar Estadual pelos mesmos fatos. Ocorre que a solução da questão necessariamente passava pela análise da constitucionalidade do tipo em comento, e que acabou por se tornar o centro da atenção dos Ministros.

Parece-nos que a melhor abordagem do julgamento é reproduzir a argumentação dos magistrados na ordem em que se deram, espelhando, assim, a dialética jurídica que se desenvolveu no debate. Ao mesmo tempo transcrevemos os pontos essenciais em que se apoiaram as duas visões que se formaram ao redor do tema, tornando clara a tensão entre os aspectos sublinhados por um e por outro julgador.

Adiantamos que o acórdão deferiu o pedido, mas reconheceu a validade do preceito criminal. Todavia, isso não pode ofuscar a polêmica da questão. Note-se que todos os Ministros houverem por bem se manifestarem e que, no fim, o julgamento se resolveu por maioria de votos, em apertada votação de seis a cinco.

O Ministro Sydney SANCHES – relator do processo – entendeu que a norma do Estatuto da Criança e do Adolescente era insuficiente, e que isto era comprovado pela existência, naquele tempo, de projetos de lei objetivando tipificar o crime de tortura. Concluiu que “à falta de definição legal do crime de tortura, os pacientes não podem ser processados”⁵³⁶, e também declarou “a inconstitucionalidade do art. 233 da Lei nº

⁵³⁶ STF – HC 70.389-5/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, julgado em 23.06.1994. Como todas as demais transcrições referem-se ao mesmo acórdão, omitiremos a nota de rodapé remissiva nos excertos seguintes, evitando atormentar o leitor com itens sem utilidade.

8.069/92, por não definir o crime de tortura, ali referido, como exige o inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal”.

Seguiu-se o voto do Ministro Celso de MELLO, entendendo que estaria configurada a espécie delitiva do artigo em apreciação em todos os seus elementos essenciais. Este juiz afirmou que a norma permitia avaliar claramente a presença da conduta incriminada; e explicou:

“A circunstância de o Estatuto da Criança e do Adolescente não haver discriminado, **objetivamente**, os diversos meios de execução dessa modalidade criminosa não significa que deixou de tipificar adequadamente o delito de tortura, cuja existência jurídica – inclusive em função do princípio constitucional da tipicidade penal (CF, art. 5º, XXXIX) – decorre da previsão normativa de ‘**Submeter criança ou adolescente (...) a tortura**’” (grifo do autor).

MELLO reconheceu a abertura típica, todavia, negou que isso maculava o preceito, já que a complementação era possível:

“Impõe-se ressaltar, neste ponto, que o tipo penal em causa é passível de complementação, à semelhança do que ocorre com os tipos penais **abertos**, bastando, para esse efeito, que o aplicador da norma proceda à integração do preceito primário incriminador mediante a utilização dos meios postos à sua disposição” (grifo do autor).

Ademais, o Ministro argumentou a possibilidade de aplicação de normas de Direito Internacional, porquanto a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e a Convenção Americana de Direitos Humanos, ambas ratificadas pelo Brasil, não poderiam ser ignoradas, por serem:

“instrumentos normativos que, podendo e devendo ser considerados pelas autoridades nacionais, **fornece** **subsídios relevantes** para a adequada compreensão da noção típica do crime de tortura, ainda que em aplicação limitada, no que se refere ao objeto de sua incriminação, apenas às crianças e aos adolescentes” (grifo do autor).

Por último, MELLO ensinou que o comedimento do legislador, ao se limitar à expressão *tortura*, sem especificar as condutas humanas tuteladas, não era capaz de afastar o potencial significativo do artigo. Isto porque a tão-só palavra já trazia em si uma série de sentidos que permeiam a sociedade, como legado cultural de todos.

Em suas linhas:

“a simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, as múltiplas formas de execução desse gesto caracterizados de profunda insensibilidade moral daquele que se presta, com ele, a ofender a dignidade da pessoa humana”.

Acompanhando o voto desse magistrado, o Ministro Francisco REZEK também se convenceu pela constitucionalidade do dispositivo. Além disso, lembrou que a abertura típica não era evento isolado ou mesmo novidade:

“Nossa sistemática penal não carece de experiência em situações nas quais se prevê determinado tipo, na presunção de que já se compreende aquilo que em certa linguagem, aparentemente incompleta, quer dizer; ou na suposição de que a doutrina proporcionará os subsídios necessários à compreensão do tipo”.

Para REZEK, a incompletude inicial de um tipo penal não é prova de sua inconstitucionalidade. Em seu entender, a tradição e a prática na área jurídica demonstram que se convive com tais casos. Tanto os aplicadores, quanto os estudiosos, se auxiliam na atividade de decodificar a lei.

“Portanto, nosso ordenamento não é, absolutamente, jejuo na prática de situações assim. Espera-se do intérprete que conheça o significado da linguagem da lei; espera-se da doutrina que lance luzes sobre aquilo que ainda as reclama”.

De fato – reconheceu o Ministro – há hipóteses nas quais o sentido dos termos da lei é duvidoso, não havendo consenso. Por outro lado, isso não quer dizer que as poucas letras de um tipo automaticamente levem à sua inconstitucionalidade: “Numa palavra, podemos divergir quanto a situações fronteiriças, mas sabemos todos muito bem qual é o núcleo do tipo tortura” (destaque do autor).

Após ter pedido vista dos autos, o Ministro Marco Aurélio de FARIA MELLO seguiu o voto do Relator, para declarar a inconstitucionalidade do art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente por ofensa ao princípio da tipicidade. Vejamos sua argumentação:

“a simples menção à tortura, sem que se defina o comportamento suficiente a configurá-la, deixa até mesmo ao sabor da capacidade intuitiva daquele que exerce o ofício judicante o alcance da norma penal, a conclusão sobre a prática, ou não, do crime ao qual o contexto jurídico-constitucional impõe conseqüências das mais gravosas (...). A insegurança grassará e, o que é pior, o julgamento das ações penais correrá à conta da formação do julgador”.

A incompletude do tipo penal no caso comprometeria a segurança jurídica, deixando ao talante do magistrado a decisão sobre a incriminação ou não da conduta. Na história do Direito Penal – lembrou esse Ministro – as garantias tendem para a mitigação das previsões de tipos abertos. Mais ainda, a indeterminação estaria perfeitamente revelada, até porque o “grande leque de versões do tipo, passíveis de serem adotadas, deu origem a seis projetos em tramitação”.

Replicou então o Ministro Francisco REZEK, postulando que as leis por fazer não poderiam obstar a aplicação do artigo. *In verbis*:

“o direito existente, o Estatuto, quando diz que submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância à tortura é crime, nos proporciona a norma seguida da cominação da pena, e o faz em termos tais que, neste momento do século, ninguém poderia dizer insuscetíveis de operatividade” (grifo do autor).

Depois de os Ministros Celso de MELLO e Marco Aurélio de FARIA MELLO terem confirmado seus votos, o Ministro Ilmar GALVÃO também fez considerações contra a indeterminação do preceito em comento, apoiando o voto do Relator.

Em seguida, o Ministro Carlos VELLOSO repudiou a retórica que defendia a declaração de inconstitucionalidade e recordou que a própria Convenção Americana de Direitos Humanos já havia definido o crime de tortura. Endossando o voto dos Ministros Celso de MELLO e Francisco REZEK, acabou por mostrar seu inconformismo diante da corrente contrária: “Não sei como seria possível, em nome de um formalismo excessivo, ou um apego excessivo à letra fria da lei, exigir mais do que está posto na Convenção, que é direito interno”.

Igualmente, o Ministro Sepúlveda PERTENCE seguiu a linha que preservava o art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente no ordenamento. Afirmou este magistrado que o problema da abertura também é compartilhado por outros tipos penais, cuja compreensão se faz por meio de dados culturais e que tal circunstância não seria suficiente para fazer surgir a inconstitucionalidade.

“Há números tipos no Direito Penal positivo, daqui e dali, que, sem que se lhe pretenda imputar violação ao princípio **nullum crimen sine lege**, se valem, na definição da ação incriminada e de suas circunstâncias típicas, de conceitos culturais, que permanecem compatíveis com a exigência de definição legal, se o seu núcleo significativo é suficientemente unívoco”.

Não se pensou em declarar inconstitucionais uma série de normas esparsas, que trazem preceitos abertos, disse esse jurista. A legislação especial – defendeu ele – apresenta muitas hipóteses de incompletude, mas que são solucionadas pela prática jurídica. E ainda ponderou:

“Mas, fiquemos no Código Penal e, aqui, já se falou de injúria, no delito de redução à condição análoga de escravo. E vilipendiar cadáver? E raptar? E praticar ato obsceno? E praticar adultério? A prova de que não são conceitos matematicamente inequívocos é que vários deles têm uma compreensão típica atemporal, mas variam seu âmbito de significação no

correr do tempo. Nesse sentido, o delito de ato obsceno parece exemplar”.

Além disso, PERTENCE argumentou que o homicídio qualificado do art. 121, §2º, III, do Código Penal, onde se encontra a figura da tortura, também se prestaria a tanto, estando na legislação há tempos, sem que se aventasse a hipótese de inconstitucionalidade. Afastou a alegação de que não se trataria, no exemplo, de tipo, pois a qualificação não seria senão um tipo ao qual se agregam mais circunstâncias.

Posteriormente, o Ministro Paulo BROSSARD postou-se na mesma fileira, entendendo que a expressão *submeter a tortura* definiria sim uma conduta, embora não o fizesse em pormenores, o que também ocorre com outros tipos não especificadores. E argumentou:

“Alguém ignora o que seja tortura? Acredito que não. Também não tenho dúvidas em afirmar que jamais o legislador seria capaz de descrever todos os tipos possíveis de tortura, porque a capacidade humana de torturar é maior do que a do legislador em formular a regra. Há mil e uma variantes de procedimentos que caracterizam tortura”.

Com efeito, reconheceu o Ministro BROSSARD, existem múltiplas realidades difíceis de imaginar que poderiam significar um ato de tortura. Porém, obtemperou ele, isso não quer dizer que o ser humano não possa reconhecer esse comportamento quando o mesmo se manifesta no mundo. E daí concluiu:

“penso que a condenação desta conduta, retratada pela palavra, “tortura”, é suficientemente clara, suficientemente determinada, suficientemente positiva no sentido de enquadrar uma situação, de caracterizar um quadro; terá variantes, haverá torturas. A própria lei reconhece isto, ao distinguir a tortura que poderá gerar ferimentos leves, graves e até à morte. Mas ninguém deixa de saber, ninguém ignora, ninguém desconhece o que seja o horror da tortura”.

Terminando a corrente que postulava a validade do dispositivo, o Ministro Néri da SILVEIRA mais uma vez acentuou a existência de indeterminação nos preceitos criminais, sem que tal fato pudesse gerar por si a inconstitucionalidade. Na observação deste magistrado:

“se se visualizar o capítulo dos crimes contra os costumes, em quase todas as figuras penais, há conceitos que, em realidade, não estão descritos legislativamente, pois a lei não estipula, de referência a eles, o que se considera, como tal, para a incidência da regra indicada. A conceituação depende, em consequência, da definição da doutrina e da jurisprudência, que disso se encarregam, emprestando ao dispositivo condições de ser aplicado”.

A coerência entre o art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal foi reconhecida pelo Ministro Néri da SILVEIRA explicitamente, sem olvidar as características da disposição legal: “No particular, há um tipo penal aberto, à semelhança de tantas outras figuras penais, com a mesma natureza, que se ajustam, entretanto, ao princípio constitucional da tipicidade dos crimes”.

Volvendo à posição original do Relator, o Ministro Moreira ALVES argumentou que não havia fechamento suficiente no artigo em questão, chamando a atenção para o fato de não se admitir interpretação analógica em Direito Penal.

Por fim, encerrando o julgamento, o Presidente do Supremo Tribunal Federal de então, Ministro Octavio GALLOTTI, acompanhou o voto do Relator, no sentido do reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como se pode ver, a tese da constitucionalidade saiu vencedora por seis votos (Ministros Celso de MELLO, Francisco REZEK, Carlos VELLOSO, Sepúlveda PERTENCE, Paulo BROSSARD e Néri da SILVEIRA) a cinco (Ministros Sydney SANCHES, Marco Aurélio de FARIA MELLO, Ilmar GALVÃO, Moreira ALVES e Octavio GALLOTTI), o que espelha a polêmica do tema.

De um lado, estava o argumento da indeterminação do preceito, de sua insuficiência para precisar a conduta incriminada, de modo que a abertura demasiada levaria à sua inconstitucionalidade, por ofensa ao princípio da legalidade, no aspecto da determinação ou da certeza, o que vinha reforçado pela presença de seis projetos de lei pretendendo tipificar especificamente a tortura.

De outro, havia a tese de que a simplicidade dos termos do tipo penal não levava à sua invalidação, e isto por várias razões: (i) porque a compreensão do que seja *tortura* poderia ser atingida por todos na sociedade em geral, pelo senso comum e pelos dados da cultura; (ii) a doutrina e a jurisprudência também ajudariam nessa tarefa; (iii) o próprio ordenamento, sob a égide de documentos internacionais, já trazia elementos determinantes da conduta; (iv) a figura da tortura já encontrava-se presente no Código Penal, sendo aplicada como qualificadora e também como agravante; (v) muitos outros tipos penais também sofriam da mesma imperfeição, sem que se cogitasse de sua inconstitucionalidade; e (vi) apesar da indeterminação, o termo abria portas para um universo conceitual plenamente operacional no campo jurídico.

Como antecipamos no início desse item, o delito de tortura foi tipificado posteriormente pela Lei nº 9.455/97, que também revogou o art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Inobstante, o julgamento visto acima, único que encontramos no Supremo Tribunal Federal versando especificamente sobre o tema da abertura diante da constitucionalidade, serve de referência para nossa reflexão⁵³⁷.

Com efeito, mesmo em um caso-limite como esse, a declaração de inconstitucionalidade de um preceito legal por violação do mandato de determinação ou de certeza não se fez presente. Parece-nos, realmente, que a hipótese é remota, e que o rol extenso de tipos abertos em nossa legislação não favorece declarações dessa modalidade. Os instrumentos de controle da constitucionalidade, a exemplo da Itália e de nosso próprio país, não se mostram muito idôneos para o tratamento dos tipos abertos.

Não se nega, obviamente, que no futuro normas possam vir a ser retiradas do ordenamento por contrariarem o princípio constitucional da legalidade, no aspecto que estamos analisando. Todavia, mesmo para que isso ocorra, é preciso um exame mais acurado do fenômeno da abertura, de modo a compreender sua essência, e então permitir a construção de critérios mais claros para seu enfrentamento.

⁵³⁷ É claro que o Supremo Tribunal Federal já enfrentou problemas de interpretação de lei, inclusive na área penal, casos que se aproximam de nossa problemática. Mas em nenhum deles o problema da abertura foi tratado de forma tão direta. Para análise de outros julgados da Corte Maior a respeito de outros temas hermenêuticos na seara criminal, bem como comentários doutrinários, *vide* TAVARES, Juarez, *Interpretación, principio de legalidad y jurisprudencia*, in *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, tomo XL, fascículo I (janeiro-abril), Madrid: 1987, *passim*.

Os próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal aventaram diversas questões pertinentes ao tema, mas não puderam se socorrer de um material doutrinário específico, vez que o fenômeno da abertura não recebeu um tratamento mais detido por parte de nossos estudiosos.

O grande desafio, portanto, é desvendar os problemas sutis que se insinuam por trás da dicotomia entre os tipos fechados e os tipos abertos, de modo a revelar a tensão conceitual criada por WELZEL, para enfim estabelecer critérios mais seguros na avaliação da legitimidade dos tipos penais.

5. CATEGORIAS AFINS OU RELACIONADAS

Para um melhor entendimento do tema, é preciso ressaltar algumas categorias científicas que lhe são afins, de forma a apontar suas semelhanças e diferenças, o que nos permitirá maior aprofundamento e precisão. Ou seja, vislumbrar o que é comum entre outras figuras e os tipos abertos, e o que a estes é específico e diferente, passa a contar em prol de nossa metodologia, reforçando pelo contraste a natureza de nosso objeto de estudo.

5.1.DISTINÇÃO NECESSÁRIA: TIPOS ABERTOS E NORMAS PENAIS EM BRANCO

É preciso distinguir entre os *tipos abertos* e as denominadas *normas penais em branco*, que são um fenômeno semelhante, embora diferente.

Já VON LISZT dispunha sobre as *normas penais em branco*. O professor alemão asseverava que nessas leis o legislador imperial fixava somente as *penas*, outorgando a outrem a *qualificação do fato*. Veja-se o exemplo suscitado por ele:

“Merece especial menção a lei de 17 de Julho de 1881, art. 2 e 3, concernente ás infracções das leis aduaneiras austro-hungaras. – Taes disposições são denominadas *leis em branco* (Binding) ou cominações *suppostas* ou *abertas* (Heinz, Janka). Em todos estes casos a força obrigatória que liga o facto qualificado ás suas consecuencias juridicas, isto é, á disposição penal mesma resulta de um preceito de lei imperial”⁵³⁸.

Na lição de MEZGER, as *normas penais em branco* são os tipos penais cuja forma externa faz remissão a complementos que lhe são exteriores. Ele distingue entre as leis penais em branco *em sentido amplo* “en las cuales el necesario complemento está contenido en la misma ley o, por lo menos, en otra ley emanada de la misma autoridad legislativa” e as leis penais em branco *em sentido estrito* “en las cuales el necesario complemento está contenido en una ley emanada de otra autoridad legislativa”⁵³⁹.

⁵³⁸ VON LISZT, Franz, *op. cit.* (nota 125), p. 138.

⁵³⁹ MEZGER, Edmund, *op. cit.* (nota 59), p. 154.

No solo pátrio, FARIA conceituou a figura em questão como “normas penais cuja aplicabilidade fica condicionada a existência de outras regras jurídicas que não contêm em si mesmas sanções penais, ou a decretação de determinados atos administrativos”⁵⁴⁰.

FRAGOSO ensina que a expressão *lei ou norma penal em branco* foi criada por BINDING, que identificou figuras nas quais o preceito estava incompleto, e cuja descrição poética da aludida espécie ficou vastamente conhecida: um corpo errante à procura de alma⁵⁴¹.

Esse doutrinador brasileiro atesta que os tipos das normas penais em branco devem ser integrados por outra disposição, também de ordem normativa, quer existente, quer por fazer. Ademais – ressalta ele – não falta a tais normas o preceito, que existe sim, embora seja formulado genericamente, e cuja completude vem somente com a disposição integradora. E esclarece, com base em PETROCELLI:

“a razão de ser de tais normas encontra-se na necessidade que a ordem jurídica reconhece, de fornecer a tutela penal a determinadas categorias de prescrições administrativas, a serem emanadas em relação a contingências futuras, gerais ou particulares”⁵⁴².

De modo semelhante, NORONHA faz a divisão entre as normas *completas* e *incompletas*, conforme seja o preceito integral ou não, e dá como exemplo destas últimas a *norma penal em branco*: “Nela o preceito, quanto ao conteúdo, é indeterminado, sendo preciso somente quanto à sanção. É aquele, pois, preenchido por outra disposição legal, por decretos, regulamentos e portarias”⁵⁴³.

Postulando rigor científico, SCHÜNEMANN distingue *entre leis penais em branco* e leis penais que necessitam de complementação pelo magistrado. Para este autor:

“se deben denominar leyes penales en blanco todas aquellas leyes penales que remiten explícita o implícitamente, para la eliminación de su imprecisión semántica, a proposiciones de deber general que no han sido

⁵⁴⁰ FARIA, A. Bento de, *Código Penal brasileiro (comentado)*, vol. I, Rio de Janeiro: Distribuidora Récord, 1958, p. 52.

⁵⁴¹ Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio, *op. cit.* (nota 15), p. 84.

⁵⁴² *Ibidem*.

⁵⁴³ NORONHA, E. Magalhães, *op. cit.* (nota 429), p. 47.

creadas por el juez penal sentenciador – por contraposición a las ‘leyes penales indeterminadas’ que presuponen su complementación por el juez”⁵⁴⁴.

Também TELLES apóia-se na doutrina estrangeira para distinguir entre a norma penal em branco *em sentido estrito*, “aquela cujo complemento emana de outra instância legislativa, por exemplo um decreto, uma portaria, uma resolução”⁵⁴⁵; e a norma penal em branco *em sentido amplo*, quando o complemento é dado por outra lei.

Atualmente, GRECO separa o que antes NORONHA havia agrupado. De um lado, estão as *normas penais em branco completas* ou *primariamente remetidas*, nas quais é preciso um complemento para compreender seu *preceito primário*⁵⁴⁶; e, de outro, encontram-se as *normas penais incompletas* ou *secundariamente remetidas*, em que o conhecimento da sanção imposta exige a remissão a outra lei, ou seja, não se trata mais do conteúdo da proibição, mas sim de sua *consequência jurídica* ou *preceito secundário*⁵⁴⁷. Assim, o que anteriormente foi tido como um gênero que englobava as duas hipóteses é agora colocado como uma espécie diversa: as normas *incompletas*. A diferença entre as duas categorias se dá em razão do *preceito* que depende de complementação: *primário* ou *secundário*.

Além disso, GRECO utiliza o termo *homogêneas*, que se consagrou modernamente, para denominar as normas penais em branco *em sentido amplo*; atribuindo às normas penais em branco *em sentido estrito* o nome de *heterogêneas*⁵⁴⁸. Com tal procedimento, enfatiza que a disparidade está na *fonte* normativa, que pode ser a mesma da norma original (*homo*) ou de outra ordem (*hetero*).

Segundo esse jurista brasileiro, as normas penais em branco *heterogêneas* ofendem o princípio constitucional da legalidade:

“visto que o conteúdo da norma penal poderá ser modificado sem que haja uma discussão amadurecida da sociedade a seu respeito, como acontece quando os projetos de lei são submetidos a apreciação de ambas

⁵⁴⁴ SCHÜNEMANN, Bernd, *Las reglas de la técnica en Derecho Penal*, in *Obras*, Tomo II, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 252.

⁵⁴⁵ TELES, Ney Moura, *Direito penal: parte geral: arts. 1º ao 120*, vol. 1, São Paulo: Atlas, 2004, p. 102.

⁵⁴⁶ Cf. GRECO, Rogério, *op. cit.* (nota 257), p. 22.

⁵⁴⁷ Cf. *idem*, p. 27.

⁵⁴⁸ Cf. *idem*, pp. 23-24.

as Casas do Congresso Nacional, sendo levada em consideração a vontade do povo, representado pelos seus deputados, bem como a dos Estados, representados pelos seus senadores, além do necessário controle pelo Poder Executivo, que exercita o sistema de freios e contrapesos”⁵⁴⁹.

Note-se que, para esse autor, o procedimento por meio do qual se criam as leis é visto como essencial para a democracia, e que sua ausência no caso das normas penais em branco *heterogêneas* impediria a consagração dessa garantia, maculando, dentre outros, o princípio da legalidade penal.

Nesse contexto, ZAFFARONI e PIERANGELI anotam que o problema está tão-somente nessa modalidade heterogênea das normas penais em branco, porquanto na outra hipótese a complementação também observa aquele caminho garantidor, emanando do Congresso Nacional. Voltando-se a atenção para o caso problemático, testemunham que há verdadeiramente “o risco de estarmos diante de uma delegação de atribuição legislativa em matéria penal – que compete ao Congresso da Nação – e que estaria vedada pela Constituição Federal”⁵⁵⁰.

Analizando a questão, esses pensadores concluem não haver inconstitucionalidade, vez que a estrutura das normas penais em branco seria uma imposição da própria divisão dos poderes estatais, estabelecida na Carta Magna. *In verbis*:

“O Congresso Nacional não pode legislar em matérias próprias do Executivo ou das legislaturas estaduais e municipais. Em tais hipóteses, o Congresso Nacional não rompe a divisão dos poderes que a Constituição estabelece, mas, ao contrário, deixa em branco a lei penal para respeitar a divisão dos Poderes”⁵⁵¹.

É extremamente difícil arbitrar esse debate, que tem chamado a atenção de juristas de todo o globo. De nossa parte, não podemos senão apenas mencionar a existência do tema, para voltar os olhos à tese principal deste trabalho⁵⁵².

⁵⁴⁹ *Idem*, p. 25.

⁵⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et* PIERANGELI, José Henrique, *op.cit.* (nota 105), p. 386.

⁵⁵¹ *Ibidem*.

⁵⁵² Interessante notar as diferenças e as semelhanças dos problemas envolvendo as duas figuras perante novas questões que vem sendo suscitadas pela doutrina. Nesse contexto, SCHÜNEMANN aponta como um problema atual correlato às normas penais em branco. Segundo ele, ocorrem hoje em dia remissões legais a usos,

Ante o exposto, pode-se perceber que as *normas penais em branco* diferem dos *tipos abertos*. Com efeito, na *norma penal em branco* o complemento do tipo penal é realizado por *outra norma*, quer seja uma lei, quer um ato administrativo, ainda de forma *abstrata e genérica*. Diferentemente, no *tipo aberto* a integração da norma é trabalho do *aplicador do Direito*, diante do caso *concreto*.

Há uma insuficiência nas duas figuras, mas a forma como se suprirá esta carência é totalmente distinta em uma e na outra. Podemos dizer que nas *normas penais em branco* a competência é do legislador ou do administrador; nos *tipos abertos*, do juiz. Na *norma penal em branco* não se concretiza a figura delitiva após seu complemento, que ainda configura uma abstração legal; enquanto que no *tipo aberto* o momento de integração é o mesmo da concretização da norma, que doravante será individual.

Por fim, o problema das *normas penais em branco* centra-se na divisão dos poderes, na competência legislativa e na localização do complemento, ao passo que nos *tipos abertos* a questão está na própria lei, em sua deficiência e aplicação pelos juízes. Trata-se, evidentemente, de coisas diversas.

5.2.ELEMENTOS DESCRITIVOS E ELEMENTOS NORMATIVOS

Quando estudamos a evolução do tipo penal, aprendemos que MAYER descobriu os chamados *elementos normativos do tipo*, que passaram a formar o tipo penal juntamente com os *elementos descritivos*. Naquele momento, nosso enfoque estava no desenvolvimento da figura típica, sem detalhar em minúcias todos os aspectos que foram sendo descortinados. Cabe-nos, neste instante, perquirir com maior análise esta dicotomia que se criou, e que mantém uma relação especial com a problemática dos tipos abertos.

recomendações e regulações *privadas*, ou seja, o complemento normativo se dá por alguém alheio ao Estado. Essa situação – postula SCHÜNEMANN – extravasa o conceito tradicional de normas penais em branco, pois a fonte de Direito rompe com o sistema estatal. Nesse sentido, o penalista denuncia “la *cesión encubierta de competencia legislativa a grupos o instituciones privados*”. SCHÜNEMANN, Bernd, *op.cit.* (nota 544), p. 249. Trata-se de *normas técnicas* que regulam setores específicos e especializados da vida, e que acabam por complementar o sentido de leis penais. Essas regras técnicas – diz SCHÜNEMANN – devem ser tratadas igualmente ao que se faz com o *dever de cuidado*, ou seja, “los tribunales deberán *concretar* las reglas técnicas *caso por caso*, de la misma manera que concretan las reglas generales del deber de cuidado en cualquier delito imprudente”. *Ibidem*. O problema se torna mais grave porque esta complementação estaria sendo feita pelos próprios órgãos privados. Em sua visão, a concretização da regra técnica deveria caber a um órgão estatal, quer o Executivo, quer o Judiciário, ao menos a princípios. Mas SCHÜNEMANN acaba por optar por este último, por não confiar na discricionariedade daquele, justificando: “el Ejecutivo en este campo está claramente bajo la influencia de los grupos de presión de la industria, frente a la que únicamente los tribunales están protegidos mediante mecanismos institucionales”. *Idem*, p. 283.

Note-se que alguns autores falam também de elementos *subjetivos*, “dados que se colhem com a observação e que constituem o suporte natural do juízo de culpabilidade. Trata-se de fenômenos psicológicos que se situam no fato típico”⁵⁵³; em contraposição aos elementos *objetivos*, “o ‘verbo’ que exprime a ação ou conduta, e que constitui o chamado *núcleo do tipo*, e os elementos objetivos que à ação se agregam, uma vez que o tipo, por definição, é fórmula descritiva das circunstâncias objetivas do delito”⁵⁵⁴.

Essas distinções são obtidas através da separação entre *sujeito* e *objeto*, entendida em termos daquilo que se refere ao *agente*, de sua psique, em oposição ao restante, que escapa à mera esfera psíquica. NUCCI sinteticamente diz que se consideram *subjetivos* “todos os elementos relacionados à vontade e à intenção do agente”⁵⁵⁵; ao passo que são *objetivos* “aqueles que não dizem respeito à vontade do agente, embora por ela devam estar envolvidos”⁵⁵⁶.

Entretanto, é necessário perceber que essa divisão não corresponde, nem mesmo substitui ou se compatibiliza perfeitamente, com a dicotomia dos elementos *descritivos* e *normativos*. Alguns doutrinadores até procuraram traçar uma correlação, mas que nos parece malograr. Para ilustrar tal fato, vejam-se três diferentes posições.

Para NUCCI, os elementos *objetivos* seriam um *gênero*, dentro do qual estariam as *espécies descritivas* e *normativas*. Isto é, esse autor entende que o tipo pode ser dividido com base na separação entre aspectos relacionados com a vontade e a intenção do agente (elementos *subjetivos*) e aspectos que com essas figuras não tenham ligação (elementos *objetivos*), e que estes últimos, por sua vez, admitiriam uma divisão interna, entre partes *descritivas* e partes *normativas*⁵⁵⁷.

Por outro lado, MEZGER entende que a divisão superior se daria entre elementos *descritivos* e elementos *normativos*. Posteriormente, o *gênero* dos elementos *descritivos* poderia ser subdividido em elementos *descritivos objetivos* e elementos *descritivos subjetivos*⁵⁵⁸. Ou seja, o que para NUCCI era uma das espécies (elementos

⁵⁵³ MARQUES, José Frederico, *op.cit.* (nota 185), p. 80.

⁵⁵⁴ *Idem*, p. 77.

⁵⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza, *op.cit.* (nota 430), p. 183.

⁵⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁵⁸ Cf. MEZGER, Edmund, *op.cit.* (nota 59), pp. 146-147.

descritivos), passa a ser gênero; ao passo que os gêneros (elementos *subjetivos* e elementos *objetivos*) passam a ser espécie.

Uma terceira alternativa foi intentada por TELLES, que, ao contrário dos anteriores, opõe apenas duas categorias: os elementos *objetivos*, em contraponto aos elementos *normativos*. Na verdade, parece haver certa confusão entre o que é *objetivo* e o que é *descritivo*.

Esse penalista estabelece que os elementos *objetivos* “são os que se referem à materialidade do fato, (...) aqueles que se referem à forma em que o fato é executado, ao tempo, à ocasião, ao lugar, aos meios empregados, aos sujeitos, ao objeto”⁵⁵⁹. Depois vincula essa conceituação com aspectos não propriamente *objetivos*, mas sim *descritivos*:

“Os elementos objetivos, de natureza descritiva, são facilmente identificáveis, porquanto não pertencem ao âmbito do psiquismo do homem, o agente do fato, mas são perceptíveis pelos sentidos, independentemente de qualquer valoração de natureza normativa”⁵⁶⁰.

Dessas observações, fica demonstrada a impertinência da afirmação de um liame intrínseco entre as duas classificações, que, de resto, são erigidas por procedimentos diversos, tendo por fundamento aspectos diferentes da realidade. É claro que essas e outras categorizações são importantes no estudo do Direito Penal, mas por imperativo científico devemos ser rigorosos no emprego de cada uma delas.

Justificado esse primeiro ponto, estamos preparados para volver à questão principal, que é a distinção e a caracterização dos elementos *normativos* e dos elementos *descritivos*. Para uma sistematização racional, a ordem da exposição começa com a *gênese* desses elementos, passando por sua *essência*, depois pelo *modo de sua aplicação*, para enfim enumerar os *efeitos* deles decorrentes.

De acordo com MEZGER, a *gênese* da existência de um ou outro elemento está na *técnica* de elaboração dos tipos. Na construção da cominação, o legislador “puede emplear ‘*descriptivamente*’ los recursos del lenguaje corriente, como ocurre cuando habla

⁵⁵⁹ TELLES, Ney Moura, *op.cit.* (nota 545), p. 206.

⁵⁶⁰ *Ibidem*.

en el código penal, por ejemplo, de la ‘muerte’ de un ‘hombre’”⁵⁶¹. Se assim proceder, o parlamento formará um tipo penal com elementos *descriptivos*.

“Pero lo legislador puede *también* señalar ‘*en forma valorativa (normativa)*’ ciertas relaciones que concluyen en otro juicio y valoración. Aquí, ya no se trata de una simple descripción de situaciones y sucesos externos a los que el legislador podría atenerse sin más, sino de determinaciones que requieren, de parte del mismo juez, una valoración y un juicio más circunstanciados, de acuerdo con su propio criterio u otros principios, como ser la costumbre, la conveniencia, las normas que se siguen normalmente en el trato con las personas”⁵⁶².

O surgimento da espécie elementar decorre da técnica empregada por aqueles que fazem as leis. Implicitamente, a observação parece sugerir que o resultado é controlável, como fruto de uma escolha do legislador, que poderá lançar mão desta ou daquela ferramenta para elaborar os tipos penais.

Consequentemente, a utilização de uma linguagem descritiva ou que, ao contrário, tenha viés valorativo redundará em produtos diversos. Daí porque a essência dos elementos normativos difere daquela referente aos elementos descritivos. A normativização *descriptiva* “describe il fatto criminoso mediante l’impiego di termini che alludono a dati della realtà empirica”⁵⁶³; enquanto que na normativização *sintética* o legislador:

“adotta una qualificazione di sintesi mediante l’impiego di elementi normativi (ad esempio atti osceni), rinviando ad una fonte esterna rispetto alla fattispecie incriminatrice (ad esempio buon costume in materia sessuale) come parametro per la regola di giudizio da applicare nel caso concreto”⁵⁶⁴.

De modo geral, há consenso em apontar os elementos *descriptivos* como genuinamente típicos, pois naturalmente desempenhariam a função de *descrever* o comportamento proibido. Por outro lado, os elementos *normativos*, como já aludimos

⁵⁶¹ MEZGER, Edmund, *op.cit.* (nota 59), 146.

⁵⁶² *Ibidem*.

⁵⁶³ FIANDACA, Giovanni, et MUSCO, Enzo, *op.cit.* (nota 527), p. 70.

⁵⁶⁴ *Ibidem*.

anteriormente no retrato da evolução do tipo penal, expõem circunstâncias preñhes de *normatividade*, relacionando-se com a *ilicitude* do fato. Nesse sentido, MARQUES aduz que os elementos *normativos* “se referem à antijuridicidade, como os expressos pelos vocábulos ‘indevidamente’ (arts. 151, 192, I, 193, VII, do Cód. Penal), ‘sem justa causa’ (arts. 153, 154, etc.), ‘fraudulentamente’ (art. 177)”⁵⁶⁵.

Essa afirmação é corroborada por SANTOS, para quem os elementos *normativos* “são elementos próprios da antijuridicidade, que integram a tipicidade porque devem constituir objeto do dolo, subordinados, portanto, juntamente com os elementos descritivos, às conseqüências do erro de tipo”⁵⁶⁶. Na visão deste penalista, a essência dos elementos normativos está na ilicitude; todavia, por um imperativo sistemático, estão eles localizados no tipo penal, vez que precisam integrar a consciência do agente (ao menos potencialmente, é bom frisar).

Tais implicações levaram NORONHA a diagnosticar que os elementos *normativos*, por estarem no tipo, mas fazendo referência à antijuridicidade, são *ambivalentes*⁵⁶⁷. Igualmente, REALE JR. atestou que as características particulares dessa figura lhe emprestam uma natureza mais volátil; os elementos *normativos* apresentam um *conteúdo variável*, e são por isso “aferidos a partir de outras normas jurídicas, ou extrajurídicas, quando da aplicação do tipo ao fato concreto”⁵⁶⁸.

Neste último trecho, já se insinua a terceira parte da exposição, a respeito do *modo de aplicação* desses elementos. De fato, em razão da dificuldade de se precisar essas figuras por meio de um conceito – como se pode verificar acima – a doutrina costuma utilizar para a tarefa de identificação o artifício de anotar a forma pela qual os elementos descritivos e os elementos normativos são operados na prática.

Duas são as atividades discerníveis na aplicação dos elementos enfocados: primeiro, o *contato* com o elemento; segundo, a *apreciação*. Trata-se de nomes ausentes na doutrina, mas que nos parecem desempenhar suficientemente bem a função de delinear dois aspectos diversos existentes na aplicação, que não estão claramente distintos nas obras

⁵⁶⁵ MARQUES, José Frederico, *op.cit.* (nota 185), p. 81.

⁵⁶⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos, *op.cit.* (nota 189), pp. 30-31.

⁵⁶⁷ Cf. NORONHA, E. Magalhães, *op.cit.* (nota 429), p. 97.

⁵⁶⁸ REALE JÚNIOR., Miguel, *op.cit.* (nota 196), p. 50.

jurídicas. De qualquer modo, outra nomenclatura mais adequada não deporia contra nossa opção, pelo contrário, completaria algo provisório.

Assim, tomando por base a distinção arbitrada acima, inicialmente devemos examinar as formas de *contato* que um ou outro elemento exigem por sua natureza. De modo geral, afirma-se que com relação aos elementos *descritivos* o contato se faz pela *percepção*, ao passo que os elementos *normativos* demandam a *compreensão*. Vejamos as lições para melhor entender essas assertivas.

BRUNO ensina – em concordância com WELZEL – que os elementos *descritivos* são perceptíveis materialmente, enquanto que os elementos *normativos* são compreensíveis espiritualmente. Para tanto, fornece alguns exemplos, ressaltando que, de um lado:

“figuram termos ou expressões de caráter puramente descritivo, como *matar, subtrair, contrair casamento*; do outro, termos ou expressões, como *ato libidinoso, motivo torpe, motivo fútil*, cuja compreensão resultará da análise a que os submeterá o juiz, tendo em vista concepções propriamente jurídicas, como *função públicas, documento*, ou idéias ou conceitos estranhos ao Direito, de natureza geral ou cultural, como *mulher honesta, dignidade, decoro*”⁵⁶⁹.

Os elementos *descritivos* – diz ele – são apreendidos por *mera atividade cognoscitiva*. Já os elementos *normativos* exigem uma apreciação diferenciada do magistrado, embora também mantenham um conteúdo próprio: “Não termos vazios de sentido, mas necessitados de interpretação para que se fixe o seu sentido justo, de acordo com a figura típica”⁵⁷⁰.

DIAS compartilha desse entendimento:

“Dizem-se **descritivos** os elementos que são apreensíveis através de uma actividade sensorial, isto é, os elementos que referem aquelas realidades materiais que fazem parte do mundo exterior e por isso podem ser conhecidas, captadas de forma imediata, sem necessidade de uma valoração. São ainda considerados como descritivos os elementos que

⁵⁶⁹ BRUNO, Aníbal, *op.cit.* (nota 177), p. 49.

⁵⁷⁰ *Ibidem*.

exigem já uma qualquer actividade valorativa, mas em que é ainda preponderante a dimensão naturalística”⁵⁷¹.

A característica principal ressaltada está na *atividade sensorial*, que é responsável por levar o elemento descritivo ao contato humano. Justamente esse ponto é diverso na categoria oposta:

“Elementos **normativos** são aqueles que só podem ser representados e pensados sob a lógica pressuposição de uma norma ou de um valor, sejam especificamente jurídicos ou simplesmente culturais, legais ou supralegais, determinados ou a determinar; elementos que assim não são sensorialmente perceptíveis, mas só podem ser espiritualmente compreensíveis ou avaliáveis”⁵⁷².

Corroborando essa posição, NUCCI também se utiliza do mesmo raciocínio, para argumentar que os elementos *descritivos*:

“são os componentes do tipo passíveis de reconhecimento por juízos de realidade, isto é, captáveis pela verificação sensorial (sentidos humanos). Assim, quando se estuda o tipo penal do homicídio, verifica-se que é composto integralmente por elementos descritivos. *Matar alguém* não exige nenhum tipo de valoração ou interpretação, mas apenas constatação. *Matar* é eliminar a vida; *alguém* é pessoa humana”⁵⁷³.

Atente-se para que, sutilmente, a divisão ancorada na polaridade entre a capacidade *sensorial* e a capacidade *espiritual*, vai abrindo espaços para outra, assentada na existência ou não de um *juízo de valoração*. É o que se pode deduzir do seguinte excerto de NUCCI a respeito dos elementos *normativos*:

“são os componentes do tipo desvendáveis por juízos de valoração, ou seja, captáveis pela verificação espiritual (sentimentos e opiniões). São os elementos mais difíceis de alcançar qualquer tipo de consenso, embora sua existência tenha justamente essa finalidade. Quando se analisa, no crime de ato obsceno (art. 233, CP), o conceito de *obsceno*, tem-se evidente juízo de valor (...). Enfim, o elemento normativo produz os

⁵⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op.cit.* (nota 386), pp. 288-289 (grifo do autor).

⁵⁷² *Idem*, p. 289 (grifo do autor).

⁵⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza, *op.cit.* (nota 430), p. 183.

juízos de valoração cultural (como a *obscenidade* nos delitos de ultraje ao pudor público) e os juízos de valoração jurídica (como o conceito de *cheque*, no estelionato)”⁵⁷⁴.

Na obra de BACIGALUPO também se percebe essa tendência. Em um primeiro momento, acentua-se o aspecto *sensorial* relacionado com os elementos *descriptivos*:

“*Elementos descriptivos* son aquellos que el autor puede conocer a través de sus sentidos; puede verlos, o tocarlos, u oírlos, etc. Ejemplo de elemento descriptivo es ‘cosa mueble’ en el delito de hurto (Código Penal argentino, art. 162; Código Penal español, art. 514; Código Penal mexicano, art. 367)”⁵⁷⁵.

Por outro lado, quando se passa ao exame dos elementos *normativos*, sobressai a atividade *valorativa* implicada:

“*Elementos normativos* son aquellos en los que predomina una valoración que, por lo tanto, no es perceptible sólo mediante los sentidos. Por ejemplo: *puros conceptos jurídicos*, como el ‘cheque’ (Código Penal argentino, art. 302; Código Penal español, art. 563 bis b) o el ‘concurso’ (Código Penal mexicano, arts. 319 y ss.) en los delitos concursales. Se trata de elementos cuyo conocimiento no se exige de una manera técnico-jurídica: es suficiente con la ‘valoración paralela en la esfera del lego’. También pertenecen a la categoría de los elementos normativos los elementos que requieren una *valoración empírico-cultural* del autor, como la ‘honestidad’ de la mujer (Código Penal argentino, art. 120; Código Penal mexicano, art. 262) o ‘las buenas costumbres’ (Código Penal español, art. 431)”⁵⁷⁶.

O que desejamos demonstrar, com tal observação, é que o segundo aspecto da atividade de aplicação dos elementos – a *apreciação* – acaba por se mesclar com o primeiro – o *contato* – de modo que se torna difícil distinguir um e outro. Na verdade, a dificuldade reside no fato de que *concretamente* esses dois aspectos estão adstritos, são inexoravelmente dependentes um do outro; sua separação, portanto, só pode ocorrer *abstratamente*, ressaltando dois planos lógicos que, na realidade, formam uma unidade.

⁵⁷⁴ *Ibidem*.

⁵⁷⁵ BACIGALUPO, Enrique Z., *op.cit.* (nota 424), p. 84.

⁵⁷⁶ *Ibidem*.

Então, após esta nota, podemos voltar nossos olhos para a *apreciação* dos elementos típicos, que se dá natural e diretamente quanto aos elementos *descriptivos* e exige uma atividade valorativa quanto aos elementos *normativos*. Por este motivo, a diferença de apreciação só pode ser visualizada afirmativamente no âmbito dos elementos *normativos*, já que nos elementos *descriptivos* temos – conforme a doutrina majoritária – uma ausência, uma falta de valoração. Por esta razão, MAURACH escreveu que os elementos *descriptivos* têm a tarefa de “describir un tipo en lo posible de manera concluyente, absoluta, con exclusión de la variable valoración judicial”⁵⁷⁷.

MARQUES já notara a exigência valorativa específica dos elementos *normativos*, conceituando-os como “aquêles componentes do tipo que exigem, para sua verificação *in-concreto*, um juízo de valor dentro do próprio plano da tipicidade”⁵⁷⁸, o que se compatibiliza com o ensinamento de BITENCOURT, para quem os elementos normativos “levam implícito um juízo de valor”⁵⁷⁹. MARQUES ainda aperfeiçoou seu pensamento enumerando três formas diversas de valoração:

“Os elementos normativos, portanto, além de se referirem algumas vezes a dados relacionados com a própria ilicitude, prendem-se, em outras ocasiões, a fatores que implicam uma apreciação cultural, ou um juízo de conhecimento baseado na experiência, ou em conceituações de caráter jurídico”⁵⁸⁰.

Na visão de MEZGER, os elementos *normativos* são “presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial *valoración* de la situación de hecho”⁵⁸¹. O jurista alemão faz ainda uma classificação interna, dividindo os elementos *normativos* com base no juízo de valoração, que pode ser *puro/próprio* ou *impuro/impróprio*:

“pueden distinguirse aquellos elementos normativos del tipo cuya determinación exige del Juez juicios valorativos ‘puros’, genuínos (afirmaciones valorativas); y aquellos otros que reclaman de él juicios valorativos no genuinos, ‘impropios’ (confirmaciones valorativas), es

⁵⁷⁷ MAURACH, Reinhart, *op.cit.* (nota 232), p. 365.

⁵⁷⁸ MARQUES, José Frederico, *op.cit.* (nota 185), p. 81

⁵⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op.cit.* (nota 186), p. 322.

⁵⁸⁰ MARQUES, José Frederico, *op.cit.* (nota 185), p. 82.

⁵⁸¹ MEZGER, Edmund, *op.cit.* (nota 237), p. 388.

decir, la aplicación de valoraciones que han tenido efecto en otra parte, en especial la aplicación de conceptos jurídicos ya existentes”⁵⁸².

Em outro trabalho, MEZGER realiza uma classificação diferente, também partindo da distinção qualitativa dos juízos empregados na valoração dos elementos *normativos*. Nesta segunda categorização, a dicotomia se dá entre aquilo que é *cognitivo* e o que é *valorativo*. *In verbis*:

“[De um lado] Los elementos típicos de juicio *cognitivo*, en los cuales el juez deduce este juicio con arreglo a los conocimientos generales que ofrece la experiencia. Es el caso de la verdad o no verdad objetiva del hecho (...), o de toda especie de ‘peligrosidad’ (...). [De outro] Los elementos típicos de juicio *valorativo* (*emocional*), ‘que exigen una valoración’ en sentido estricto. Es el caso de ‘maltratar’ (§ 223), de la acción ‘impúdica’”⁵⁸³.

Independentemente da validade ou não dessas classificações de MEZGER, fato é que a doutrina emprega o juízo valorativo para distinguir os elementos *normativos* dos elementos *descriptivos*. No estudo de LOPES, chegou-se à conclusão de que os elementos *normativos* são “parcelas típicas que exigem do intérprete uma tomada de valores para completar o sentido pleno de expressão. São partes do tipo penal que exigem um complemento hermenêutico”⁵⁸⁴.

A exigência de um juízo de valor, de uma interpretação que o complete, uma atividade não-trivial, é este o traço específico dos elementos *normativos*, conforme os juristas. Para MAURACH, isto significa que os elementos *normativos* levam o aplicador para além da lei, arrastando-o para um campo exterior à figura típica:

“se habla de elementos *normativos* cuando al juez, de manera expresa o tácita, y para efectuar una valoración de los conceptos dados por los métodos de interpretación de que él dispone (...) se lo remite a normas y padrones valorativos extrañas al tipo penal”⁵⁸⁵.

⁵⁸² *Idem*, pp. 390-391.

⁵⁸³ MEZGER, Edmund, *op.cit.* (nota 59), p. 147 (aparte nosso).

⁵⁸⁴ LOPES, Luciano Santos, *op.cit.* (nota 245), p. 14.

⁵⁸⁵ MAURACH, Reinhart, *op.cit.* (nota 232), pp. 365-366.

E é justamente esta possibilidade ou mesmo necessidade de se afastar do centro típico a razão pela qual a utilização dos elementos *normativos* é criticada por alguns. Entramos, com isso, no quarto aspecto da dicotomia: os *efeitos*.

Nos dizeres de BRUNO, a presença dos elementos *normativos* enfraquece a consistência do tipo, porque “deixam largo passo à interpretação no enquadramento do fato à figura típica”⁵⁸⁶. Contrariamente, o “emprego de termos puramente descritivos limita esse arbítrio”⁵⁸⁷. Assim, enquanto os elementos *descritivos* reforçam a segurança do tipo, os elementos *normativos* abalam a legalidade. De forma direta, esse penalista brasileiro postulou contra a utilização destes elementos:

“A principal consequência da admissão de elementos normativos no tipo é o reflexo que podem ter sobre o princípio de garantia. Já se tem afirmado que o alargamento do emprego desses elementos é incompatível com aquele princípio. De fato, quanto mais limitado e preciso é o tipo, quanto menos carente de interpretação, mais segurança e firmeza confere ao Direito. Assim, os elementos normativos, como os subjetivos, introduzindo na fórmula do tipo um germe de indeterminação, contribuem para enfraquecer aquela firmeza e segurança”⁵⁸⁸.

Além desse jurista, MARQUES anuncia que “BETTIOL também é contrário à proliferação desses *tipos* anormais que em si contém dados normativos, porquanto alargam de muito os poderes discricionários do Juiz, e tendem a tornar elásticas as figuras delituosas”⁵⁸⁹.

Outrossim, na visão de TELLES a presença dos elementos *normativos* também gera efeitos deletérios, embora sua utilização seja necessária atualmente, em vista da complexidade crescente da sociedade. Nas palavras do penalista:

“A existência de elementos normativos nos tipos é uma exigência dos tempos modernos, o que, infelizmente, importa numa menor segurança para os cidadãos, uma vez que deixa para o julgador uma margem maior

⁵⁸⁶ BRUNO, Aníbal, *op.cit.* (nota 177), p. 61.

⁵⁸⁷ *Idem*, p. 62.

⁵⁸⁸ *Idem*, p. 50.

⁵⁸⁹ MARQUES, José Frederico, *op.cit.* (nota 185), p. 81. Vale trazer aqui um rápido esclarecimento: na evolução do tipo penal, houve certa tendência a se considerar o tipo inicial de BELING, descritivo e objetivo, como o tipo *normal*, daí porque, posteriormente, os tipos que apresentassem elementos subjetivos ou normativos viessem a ser denominados de *anormais*.

na verificação da tipicidade dos fatos, o que não é o desejável num regime democrático, pois que enfraquece o princípio da legalidade”⁵⁹⁰.

Não obstante a pregação generalizada contra os elementos *normativos*, alguns pensadores buscaram formas de minorar as conseqüências negativas do emprego dessas figuras. Segundo BACIGALUPO, perante os elementos normativos:

“el autor debe hacer una valoración de las circunstancias en las que actúa y esa valoración debe ajustarse a la del término medio de la sociedad. Los márgenes para el error son sumamente amplios y los problemas que de allí se pueden derivar son sumamente complejos”⁵⁹¹.

Ou seja, esse penalista entende que o juízo de valor deve ser realizado tendo por norte a sociedade, o termo médio, em outras palavras, o razoável. O argumento vem reforçado por ADRIASOLA, o qual, após lembrar que o princípio da legalidade é ofendido quando não é possível ao cidadão conhecer o que está proibido ou permitido, pondera que, “con matices, se entienden compatibles los elementos normativos del tipo en tanto el juez, para precisarlos, no aplique sus valores personales sino los generales morales de la sociedad”⁵⁹².

A idéia é que ao se pautar pelos valores sociais, em uma atitude razoável, que procura o termo médio de significação daquele preceito, o juiz não estará agindo de modo arbitrário, pois exerce sua liberdade de acordo com a consciência social, com aquilo que se espera geralmente; enfim, o magistrado vem a confirmar a expectativa da sociedade.

Uma alternativa ao problema também foi desenvolvida por FIANDACA e MUSCO, que fazem uso de uma subdivisão dos elementos *normativos*. Para eles, a especificidade desses elementos reside na necessidade de uma *hetero-integração*, que se realiza através do *reenvio* a uma norma diferente do tipo incriminador. É exatamente a *natureza da norma* que serve de parâmetro para distinguir entre os elementos normativos *jurídicos* e *extrajurídicos*. Tratando-se de elementos normativos *jurídicos* “l’esigenza di tassatività è per lo più rispettata perchè la norma giuridica richiamata è solitamente

⁵⁹⁰ TELES, Ney Moura, *op.cit.* (nota 545), p. 207.

⁵⁹¹ BACIGALUPO, Enrique Z., *op.cit.* (nota 424), p. 84.

⁵⁹² ADRIASOLA, Gabriel, *op.cit.* (nota 163), p. 1.072.

individuabile senza incertezze”⁵⁹³. Por outro lado, no caso dos elementos normativos *extrajurídicos*:

“cioè rinviati a norma sociali o di costume (ad. es. atti osceni, la determinazione dei quali rinvia al «comune sentimento del pudore»), il parametro di riferimento diventa inevitabilmente incerto e sorgono forti dubbi circa il limite discrezionale tra rispetto di un sufficiente livello di determinatezza e carattere indefinito dell’elemento del fatto di reato”⁵⁹⁴.

Além disso, os autores mostram conhecer o argumento, por vezes mencionado, de que os elementos normativos possibilitariam a adequação do ordenamento à atualidade da sociedade. Todavia, defendem que deixar essa atualização ao arbítrio do juiz, indivíduo único, que teria o poder de expressar o estado real de toda aquela sociedade, fere o princípio da determinação ou de certeza⁵⁹⁵.

Com esse último destaque, encerramos por ora a discussão dos elementos normativos. No decorrer de nossa exposição, o leitor deve ter notado algumas semelhanças entre a dicotomia dos elementos *descritivos* e *normativos* com a dos tipos *fechados* e *abertos*. De fato, já havíamos anteriormente mencionado que a doutrina costuma afirmar que os tipos *fechados* são formados por elementos *descritivos*; e que os tipos *abertos* são compostos por elementos *normativos* (e também *subjetivos*, para alguns doutrinadores, como já se anotou acima).

O raciocínio é o seguinte: os elementos *descritivos* permitem a *descrição completa* da conduta proibida, permitindo o reconhecimento por mera atividade *sensorial*, de modo que o trabalho do juiz resume-se à *subsunção*, individualizando o comportamento com os dados do próprio tipo, um tipo penal *fechado*.

De seu turno, os elementos *normativos* acarretam uma *descrição incompleta* da conduta proibida, exigindo uma atividade de *compreensão espiritual*, de forma que o magistrado é obrigado a realizar um *juízo valorativo*, utilizando *outras normas* (hetero-integração), quer jurídicas, quer morais ou culturais, para individualizar a ação, tutelada, então, por um tipo *aberto*.

⁵⁹³ FIANDACA, Giovanni, et MUSCO, Enzo, *op.cit.* (nota 527), p. 71.

⁵⁹⁴ Cf. *ibidem*.

⁵⁹⁵ *Ibidem*.

Há quem defenda que a abertura do tipo também decorre dos elementos *subjetivos* – o que já ressaltamos algumas vezes⁵⁹⁶. Porém, a análise dos tipos abertos demonstra que o relevante não é se o tipo contém caracteres *subjetivos*, referentes ao âmbito da psique do agente, mas sim se tais elementos – sejam eles *objetivos* ou *subjetivos* – demandam uma valoração judicial, tornando a descrição da conduta incompleta. Ou seja, o importante é se a composição do tipo apresenta ou não elementos *normativos*, uma categoria que, como já comprovamos, não corresponde, nem substitui ou se compatibiliza perfeitamente com a divisão entre elementos *subjetivos* e *objetivos*.

Mais à frente, quando introduzirmos o tema da interpretação, veremos que a noção dos elementos *normativos* é problemática, como também é a de tipos *abertos*. A relação entre as duas figuras e a tensão inerente aos conceitos respectivos será abordada, portanto, no momento propício. Por enquanto, continuemos a examinar outras modalidades da ciência penal que tenham afinidade, ou estejam de algum modo relacionadas, com a dicotomia entre os tipos *fechados* e os tipos *abertos*.

5.3. TIPICIDADE FORMAL E TIPICIDADE MATERIAL

A doutrina penal é profícua em sistematizar e classificar os diversos aspectos do crime. No campo do tipo penal, existe uma categorização que pode auxiliar na compreensão da dicotomia entre os tipos fechados e os tipos abertos, qual seja, aquela que separa a tipicidade *formal* da tipicidade *material*.

É bom adiantar, desde já, que não se trata de uma relação de identidade entre as dualidades, mas sim de uma analogia. Realçar aquilo que é comum entre essas figuras aguça ainda mais nossa capacidade de perceber a tensão interna que envolve o problema da abertura. O recorte conceitual dos tipos abertos ganha assim maior nitidez, pois agregar crescentemente pontos de comparação insufla o raciocínio e nos permite entender mais claramente.

Para TOLEDO, a tipicidade *formal* é a *correspondência* entre a previsão legal e a conduta real, a qual por sua vez é obtida através de um *juízo formal de subsunção*⁵⁹⁷. Não se confundindo com o texto normativo ou com o fato do caso em concreto, a tipicidade

⁵⁹⁶ Vide, por exemplo, BRUNO, Aníbal, *op.cit.* (nota 177), p. 50.

⁵⁹⁷ Cf. TOLEDO, Francisco de Assis, *op.cit.* (nota 121), p. 125.

formal estaria na *relação* entre estes, isto é, sobrevém neste vínculo que se estabelece entre ambos. Para tanto, o operador do Direito deve utilizar a *subsunção formal*, verificando se há ou não a devida correspondência.

De sua sorte, como ensina PRADO, a tipicidade *material* é determinada pelo *conjunto* dos elementos constitutivos do delito, atingidos por meio de um *juízo axiológico*⁵⁹⁸. Assim, como o tipo penal se refere à proteção de um determinado bem jurídico, significando uma reprovação de conduta, verifica-se no caso concreto se o comportamento realmente perfaz uma lesão ao bem jurídico.

Recorde-se que a *tipicidade* denota uma *relação*, e que se refere, obviamente, ao *tipo*, que é o parâmetro, a figura central a partir da qual a existência ou não da correspondência pode ser aferida. A noção de diferentes *tipicidades* implica diferentes *tipos*. Neste sentido, NUCCI fala em *tipo formal* e *tipo material*, como correlatos da classificação mencionada.

Para este penalista, o tipo *formal* “é o tipo legal de crime, ou seja, a descrição feita pelo legislador ao construir os tipos incriminadores, inseridos na Parte Especial do Código Penal”⁵⁹⁹. Por outro lado, o tipo *material* “é o tipo legal adequado à lesividade, que possa causar a bens jurídicos protegidos, bem como socialmente reprovável”⁶⁰⁰.

No exemplo do art. 129 do Código Penal, que trata do crime de lesões corporais, é preciso que a conduta humana, para se adequar ao tipo *material*, tenha ofendido o bem jurídico integridade física, e isto de maneira reprovável pela sociedade. Daí a explicação de NUCCI:

“Por isso, o furo na orelha de uma menina para a colocação de um brinco pode ser formalmente uma lesão à integridade corporal, mas, materialmente, trata-se de fato atípico, pois adequado socialmente. Entende-se não ter havido *lesão*, mas apenas a promoção de um fator de embelezamento estético, fruto da tradição. O delito do art. 129 tem por

⁵⁹⁸ Cf. PRADO, Luiz Regis, *op.cit.* (nota 9), p. 302.

⁵⁹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza, *op.cit.* (nota 430), p. 187.

⁶⁰⁰ *Ibidem*.

finalidade punir aquele que, fugindo aos parâmetros éticos e socialmente adequados, fere a integridade do corpo humano”⁶⁰¹.

Logo, a tipicidade *material* exige uma tarefa a mais, que se acrescenta à verificação de subsunção formal. Primeiro, o aplicador deve examinar se a conduta corresponde formalmente à descrição legal, para depois realizar o juízo de lesividade. Para tanto, utilizam-se várias teorias, dentre elas a teoria da adequação social de WELZEL ⁶⁰² e a teoria da imputação objetiva. O que se pretende com isso é afastar do plano típico ações que, embora pareçam tuteladas pela norma, devido à sua forma, na verdade estão fora do âmbito proibido. A razão para a exclusão assenta no sentido dito material do comportamento, o qual é encontrado por meio de um *juízo axiológico*, ou seja, através de uma *valoração*.

Prima facie, poderíamos acreditar não haver ligação entre as categorias dos tipos *formais* e *materiais* com a dos tipos *fechados* e *abertos*, ou mesmo que tanto tipos *fechados* quanto tipos *abertos* estariam englobados na classificação dos tipos *formais*, na descrição da conduta. E se assim procedêssemos cometeríamos um erro, pois uma análise mais profunda nos revela haver um verdadeiro problema.

Já ressaltamos – e vale reafirmar – que não há uma relação de identidade ente as dualidades. Existe, isto sim, uma analogia. Note-se que a tipicidade *formal* toma por base o tipo enquanto composto por elementos *descritivos*, o que permite concretizar a *subsunção formal*. Porém, no caso dos tipos *abertos*, o preceito está *incompleto*, motivo pelo qual a *subsunção formal* não pode ocorrer ou, pelo menos, não antes de se precisar o sentido da conduta humana tutelada.

Os tipos *abertos* – afirmaram os doutrinadores – demandam uma atividade valorativa por parte dos juízes. A indeterminação do comportamento proibido exige que se interprete o tipo, dando ensejo a uma especificação concreta, que se perfaz no momento

⁶⁰¹ *Ibidem*.

⁶⁰² SILVEIRA deixa nítida a relação entre a hermenêutica e os aspectos típicos no tema da adequação social, explicando que: “No mesmo sentido em que a adequação social se mostra com um caráter hermenêutico de natureza extra-sistêmica (em análise de valores sociais da ação), também se pode verificar uma ponderação de interesses em termos sistêmicos da tipicidade. Assim, ter-se-ia que, em primeiro nível, o legislador, no momento de tipificar determinada conduta, orienta-se por critérios e bases gerais de ponderação de interesses. Já em um segundo momento, o juiz, no caso concreto, avalia se algumas ocorrências mostram-se socialmente adequadas ou não ao aperfeiçoamento do tipo objetivo”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *op.cit.* (nota 207), pp. 338-339.

mesmo de avaliação do caso. Daí porque, na aferição do significado dos termos legais, a própria realidade envolvida é imprescindível para se chegar a uma conclusão, mesclando a verificação do tipo em abstrato com a averiguação do sentido material da conduta. Em suma, tipicidade *formal* e tipicidade *material* se misturam, de modo que para encontrar a primeira é preciso lançar mão da segunda.

Atenção para nossas palavras, porque não dissemos que a determinação de um tipo aberto corresponde ao exame de lesividade, ou que, opostamente, o tipo fechado prescinde do crivo material. O que se argumenta é que na atividade de aplicação de um tipo *aberto* o aspecto *formal* só pode ser pensado com o auxílio de elementos *materiais*.

Tome-se, por exemplo, o art. 233 do Código Penal, que criminaliza a prática do ato obsceno. Ora, saber o que seja *obsceno* e, portanto, encontrar o tipo *formal*, necessariamente implica a consideração do fato social, da manifestação real do bem jurídico tutelado, das condições e circunstâncias em que a conduta se desenvolve. O juízo axiológico migra também para a aferição do tipo tomado formalmente. Ou seja, a abertura provoca a instabilidade da distinção entre o que é *formal* ou *material*.

Talvez no campo da lógica ainda se possa sustentar os planos formal e material para os tipos abertos. Porém, esta divisão é diluída quando tomada na realidade, tornando tênue a fronteira entre esses níveis. Esta instabilidade torna mais evidente o problema da abertura, que se mostra mais e mais complicado, na medida em que vai arregimentando pontos de tensão.

5.4. ABERTURA E CONSCIÊNCIA: DOGMÁTICA DO ERRO

Uma vez que a abertura do tipo penal, conforme os ensinamentos da doutrina, leva a uma indeterminação do preceito incriminador, demandando uma valoração judicial para especificar o tipo, é de se indagar quais são os efeitos dessa figura para a consciência do criminoso, um dos pressupostos para o delito.

Aqui e acolá, o debate sobre a consciência reponta e refulge na doutrina, que procura deslindar o problema com incontáveis análises. A despeito de sua indubitável qualidade e importância, não é aconselhável reproduzir aqui essa discussão, para não fugir

ao nosso tema central. Limitemo-nos, portanto, ao que é essencial, seguindo a orientação consagrada em nosso Direito positivo.

Tendo por base a legislação brasileira, podemos perceber que a questão da consciência veio tratada nos artigos 20 e 21 do Código Penal, que versam acerca do *erro de tipo* e do *erro de proibição*, respectivamente⁶⁰³. Analisemos essas duas figuras, para depois perscrutar o liame entre este assunto e o tema principal do trabalho.

Frise-se que a doutrina distingue entre *erro* e *ignorância*. É o que ensina NUCCI: “O erro é a falsa representação da realidade ou o falso conhecimento de um objetivo (trata-se de um estado positivo); a ignorância é a falta de representação da realidade ou o desconhecimento total do objeto (trata-se de um estado negativo)”⁶⁰⁴. Entretanto, a diferença não foi levada em conta pelo ordenamento, que tutelou as duas situações sob a unidade do *erro* e, portanto, “tanto faz *errar* quanto *ignorar*”⁶⁰⁵, condutas que manifestam as mesmas conseqüências jurídicas.

TOLEDO – coordenador das reformas do Código Penal que sucederam em 1984 – ensina que o *erro de tipo* é “todo erro ou ignorância que recai sobre circunstância que constitua elemento essencial do tipo legal”⁶⁰⁶. É o que também nos diz QUEIROZ, ao afirmar que o *erro de tipo* consiste “na ausência ou na falsa representação da realidade”⁶⁰⁷.

Por outro lado, o *erro de proibição* “é todo erro que recai sobre o caráter ilícito da conduta realizada”⁶⁰⁸; neste caso, “o agente engana-se quanto ao caráter proibido (ilícito) do seu comportamento, supondo lícita uma ação ilícita”⁶⁰⁹. Na hipótese, o falso

⁶⁰³ *In verbis*: “Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

§ 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.

§ 2º - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

§ 3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência”.

⁶⁰⁴ NUCCI, Guilherme de Souza, *op.cit.* (nota 430), p. 341.

⁶⁰⁵ *Ibidem*.

⁶⁰⁶ TOLEDO, Francisco de Assis, *op.cit.* (nota 121), p. 279.

⁶⁰⁷ QUEIROZ, Paulo, *op.cit.* (nota 114), p. 220.

⁶⁰⁸ TOLEDO, Francisco de Assis, *op.cit.* (nota 121), p. 280.

⁶⁰⁹ QUEIROZ, Paulo, *op.cit.* (nota 114), p. 222.

conhecimento ou sua ausência está na antijuridicidade, “ou seja, na relação de contrariedade que se estabelece entre uma certa conduta e o ordenamento jurídico”⁶¹⁰.

Logo, o *erro de proibição* está afeto à *consciência da ilicitude*. Daí porque, para melhor compreendê-lo, é preciso analisar esta última figura.

No magistério de TOLEDO, “a consciência da ilicitude é uma valoração paralela do agente na *esfera do profano* (Mezger), bastando, para que seja atingida, que cada um reflita sobre os valores ético-sociais fundamentais da vida comunitária de seu próprio meio (Welzel)”⁶¹¹. Conseqüentemente, o agente não pode se escusar alegando falta de consciência da ilicitude quando:

“a) teria sido fácil para ele, nas circunstâncias, obter essa consciência com algum esforço de inteligência e com os conhecimentos hauridos da vida comunitária de seu próprio meio; b) propositadamente (*ignorantia affectata* do direito canônico), recusa-se a instruir-se para não ter que evitar uma possível conduta proibida; c) não procura informar-se convenientemente, mesmo sem má intenção, para o exercício da atividades regulamentadas”⁶¹².

Não se pode tomar a *falta da consciência da ilicitude* com o *desconhecimento da lei*, ao que já advertia esse mesmo jurista:

“sendo a ‘lei’ uma coisa e a ‘ilicitude’ de um fato outra bem diferente, só mesmo por meio de uma imperdoável confusão a respeito do verdadeiro sentido desses dois conceitos se poderá chegar à falsa conclusão de que *ignorância da lei* é igual a *ignorância da ilicitude* de um fato da vida real”⁶¹³.

E depois salientava com argúcia: “*lei*, em sentido jurídico estrito, é a *norma escrita* editada pelos órgãos competentes do Estado. *Ilícitude* de um fato é a correlação de contrariedade que se estabelece entre esse fato e a totalidade do ordenamento jurídico vigente”⁶¹⁴. Desse modo, o *erro de proibição*, como negação da *consciência da ilicitude*,

⁶¹⁰ TOLEDO, Francisco de Assis, *op.cit.* (nota 121), p. 280.

⁶¹¹ *Idem*, p. 262.

⁶¹² *Ibidem*.

⁶¹³ *Ibidem*.

⁶¹⁴ *Idem*, p. 263.

recai exatamente sobre essa *correlação* entre fato e ordenamento, isto é, resulta de um falso conhecimento ou ignorância a respeito dessa *contrariedade*, e não sobre o fato ou sobre a legislação.

Ainda sobre o tema, vale lembrar a advertência de BITENCOURT:

“Uma coisa é a presunção *iuris tantum* do conhecimento das leis, abstratamente consideradas; outra é a aceitação do chamado *erro de proibição* (falta de consciência do injusto) e sua *escusabilidade*, em certos casos. Assim, o erro de proibição cuida é da concreta ausência no agente, no momento da ação, da consciência da ilicitude de uma determinada conduta”⁶¹⁵.

De seu turno, o *erro de tipo* versa sobre o *sentido da realidade*, a qual, ao mesmo tempo, está referida no tipo penal. Ademais, a realidade objeto do erro pode ser mencionada no tipo através das diferentes técnicas legislativas, quer de modo descritivo, quer de maneira normativa. O que vale, ao final, é se a falta de conhecimento, seja por sua falsidade ou mera ausência, diz respeito a um aspecto do mundo real que está previsto no tipo. Daí a lição de TOLEDO: “Pouco importa que essa circunstância sobre que recai o erro seja fático-descritiva ou jurídico-normativa. Em qualquer hipótese, tratando-se de elemento essencial do tipo, o erro será sempre erro de tipo”⁶¹⁶.

Tomando por base esses ensinamentos, no caso dos tipos abertos, não se trata da falta de consciência do enunciado legal, nem mesmo do erro sobre tão-somente a ilicitude do fato. Diferentemente, a volatilidade das questões tratadas no tipo, e que por sua natureza levam a uma incriminação indeterminada, pode gerar desentendimentos em um campo diverso. Note-se bem: uma coisa é o agente conhecer o art. 233 do Código Penal, outra bem diversa é saber se a sua conduta consiste em um ato obsceno e, portanto, se tem conhecimento do *significado* concreto de seu comportamento. O crucial não é o conhecimento do tipo aberto, mas da valoração a que se refere esse tipo. Como a indeterminação não está isolada no texto legal, mas sim presente na realidade, pode também afetar a consciência do agente.

⁶¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.* (nota 186), p. 463.

⁶¹⁶ TOLEDO, Francisco de Assis, *op. cit.* (nota 121), p. 279.

Além disso, como estamos sublinhando as implicações jurídicas do tipo aberto no campo da consciência, vale apontar que sua correspondência categorial é o *erro de tipo*. Isto porque a ausência ou presença da consciência em questão sempre diz respeito a um elemento que está no tipo penal, e que, por sua essência indeterminada, leva à sua abertura. Nesse sentido, a solução dogmática para a afetação da consciência em razão da abertura de um elemento típico é dada pelo *erro de tipo*, em todas as suas modalidades (erro de tipo essencial ou accidental, evitável ou inevitável).

Enfatize-se que não é o tipo penal que leva ao erro. Mas é a própria realidade, que se apresenta difícil de decifrar, e que ao mesmo tempo está referida por termos abertos na lei, a razão da falsa compreensão ou inconsciência. No exemplo dado, não é o termo legal, nem ao menos a figura típica o verdadeiro motivo para o erro, mas sim o *significado* do ato. O problema é que, a depender do sentido dado ao comportamento, teremos uma conduta típica ou não. E, quanto ao agente, essa valoração também não é unívoca, ou seja, a dificuldade de valoração não é somente do operador do Direito, mas do próprio autor do fato social. Daí porque, ao problema da abertura típica se conecta a questão da consciência do sujeito.

6. HERMENÊUTICA JURÍDICA E TIPOS ABERTOS

Segundo a lição de MAXIMILIANO, a hermenêutica é a ciência que estuda a interpretação⁶¹⁷. O termo interpretação deriva do latim – *interpretatio*⁶¹⁸ – e quer dizer, basicamente, a ação de atingir o significado de algo. Nos próximos itens, abordaremos a atividade de interpretação na seara jurídica, apontando a especificidade do estudo para o Direito Penal, no que toca à teoria dos tipos penais.

É plenamente possível elaborar um estudo sistemático e analítico sobre o tema da interpretação jurídica. Essa tarefa, de indiscutível valor, não será assumida por nós. Ao refletirmos a respeito da utilidade do tema para nosso trabalho, chegamos à conclusão de que a melhor abordagem assenta-se em outro método mais simples e de acordo com nossos objetivos.

De fato, como já fizemos previamente, ao invés de concatenar logicamente premissas e conclusões, em uma articulação racional e linear de abstrações, vale mais cinzelar os diversos aportes teóricos, acentuando os pontos de encontro, para apreendermos aquilo que é comum entre os múltiplos pensamentos. Sem nos furtarmos ao debate, embora evitando persistir nos pontos de tensão, nosso caminho tem por norte a concordância, expressa ou tácita, que se insinua por detrás das doutrinas.

Os problemas, os paradoxos, os embates e as refutações, tudo isso fica em aberto, para que outros se debrucem sobre essas questões, sem que nossa posição implique quer enfrentamento, quer fuga. Note-se que a conclusão ofertada ao final para a problemática da dicotomia estudada resta incólume, pois foi deduzida do que é consensual, daquilo que, a despeito dos desencontros, ninguém mais nega ser verdadeiro.

Daí porque, sem pretender criar um exame pormenorizado do tema da interpretação, esse capítulo traz o esboço de uma mudança já consagrada na literatura jurídica e procura apontar que desse fato surgem efeitos inarredáveis para o entendimento da aludida dicotomia. O comedimento e a síntese, portanto, não são indícios de precariedade, mas antes algo essencial.

⁶¹⁷ Cf. MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e aplicação do Direito*, 8ª ed., São Paulo: Freitas Bastos, 1965, p. 13.

⁶¹⁸ ABBAGNANO, Nicola, *op. cit.* (nota 139), p. 665.

6.1. A FALÁCIA DO BROCARDO IN CLARIS CESSAT INTERPRETATIO

Na obra clássica do Marquês de BECCARIA – *Dos delitos e das penas* – o pensador milanês estabeleceu que ao magistrado, mero aplicador da lei, não cabe interpretar a norma, mas apenas verificar sua contrariedade, lançando mão do *silogismo perfeito* da *lógica formal*, que lhe dará, a partir da correlação entre fato e norma, a consequência jurídica aplicável ao caso (*método dedutivo formalista*)⁶¹⁹. Toma-se o delito como uma relação natural e causal entre a pessoa e um fato, cabendo ao juiz evidenciar, por meio da lógica formal, que tal causação é contrária a lei.

Com efeito, a norma é vista a partir de um alto grau de abstração e formalidade, apresentada como sinónimo de texto de lei, cujo significado é dado previamente, expressão da vontade soberana. Constituindo a primeira parte do raciocínio jurídico (premissa maior), o aspecto normativista desse pensamento é um dado teórico *a priori*, que serve ao aplicador do Direito como *representação abstrata da realidade*.

No Iluminismo, procurava-se minorar a atividade do magistrado a algo praticamente automático, de modo a conter a utilização arbitrária do poder. Daí porque BECCARIA pretendeu vetar a interpretação – que poderia dar azo a abusos – criando a idéia de que a aplicação da lei poderia ser feita de modo lógico e abstrato⁶²⁰. O juiz é tomado como mera peça em um esquema mecânico, a boca da qual saem as palavras da lei – como disse MONTESQUIEU.

BOCKELMAN, em 1956, expôs de maneira precisa a concepção iluminista: “O tribunal, ao aplicar o Direito, deve funcionar como um autômato, com a única particularidade de que o aparelho em função não é um mecanismo automático mas um mecanismo lógico”⁶²¹.

⁶¹⁹ “O juiz deve fazer um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz fôr constrangido a fazer um raciocínio a mais, ou se o fizer por conta própria, tudo se torna incerto e obscuro.” (*sic*), BECCARIA, Cesare, *op. cit.* (nota 36), p. 38.

⁶²⁰ No protesto de NORONHA: “O engano é manifesto. Interpretar não é função do legislador e, quanto à consulta ao espírito da lei, por si não oferece perigo como é indispensável, se quisermos fixar-lhe com exatidão o sentido (...). A interpretação nada mais é do que o processo lógico que procura estabelecer a vontade contida na norma jurídica. Interpretar é desvendar o conteúdo da norma”. NORONHA, E. Magalhães, *op. cit.* (nota 429), p. 70.

⁶²¹ *Apud* ENGISCH, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008, p. 206.

Com o tempo, atenuou-se essa visão radical da atividade judicial⁶²². Todavia, na escola positivista que se seguiu, a função exercida pelo órgão aplicador conservava-se reduzida. Esse pensamento foi sintetizado por NEVES, ao elucidar que, para o positivismo:

“o direito, se era entendido como *criação* autônoma do legislador *político*, segundo a sua teleologia político-social e variável em função das circunstâncias histórico-sociais condicionantes dessa mesma teleologia, uma vez todavia desse modo criado e posto passaria a ser *objecto* de um pensamento que se pretendia puramente jurídico e assumido assim pelo «jurista enquanto tal» (...): o seu *objectivo* metodológico seria exclusivamente *cognitivo* (...) e a sua índole noética estritamente *dogmática* e *formal* – se o legislador *cria* o direito positivo, o jurista com o seu pensamento exclusivamente jurídico *conhece-o* na sua estrutura lógico-dogmática e *aplica-o* lógico-formalmente ou lógico-dedutivamente (...), constituindo nesses termos o que viria a designar o estrito «*método jurídico*»”⁶²³.

A tarefa do jurista – atividade dedutiva, cognoscitiva apenas – deveria se limitar a conhecer o sentido prévio da lei, sendo que diante de uma norma clara não caberia interpretação alguma: *in claris cessat interpretatio*⁶²⁴.

Entretanto, o próprio conceito de clareza pode trazer dúvidas. O que é claro para um pode não o ser para outro⁶²⁵. Bem como uma análise minuciosa de um texto

⁶²² Vale anotar a observação de COELHO: “à luz do conhecimento histórico, pode-se dizer que a experiência do absolutismo e a desconfiança nos *magistrados do rei* foram as causas determinantes da *dogmatização* ou do *endurecimento* do princípio da separação dos poderes”. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, et BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 118.

⁶²³ NEVES, A. Castanheira, *Metodologia Jurídica – Problemas fundamentais*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993, p. 28.

⁶²⁴ Interessante notar o comentário de MAXIMILIANO: “O brocardo – *In claris cessat interpretatio*, embora expresso em latim, não tem origem romana. ULPIANO ensinou o contrário: *Quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus* – “embora claríssimo o edito do pretor, contudo não se deve descurar da interpretação respectiva”. MAXIMILIANO, *op. cit.* (nota 617), p. 45. Registre-se, ainda, a refutação de HUNGRIA: “O monopólio legal do direito repressivo não podia oferecer ou assegurar a mirífica perfeição dos textos da lei, para reduzir a função do juiz a um puro automatismo na aplicação literal dêles. Mesmo os textos aparentemente mais claros não estão isentos da necessidade de explicação, pois o seu verdadeiros alcance pode ficar aquém ou além das letras. *Scire leges non est verba earum, sed vim ac potestatem tenere*. O *interpretatio cessat in claris* é um conceito superficial, que, na realidade da vida jurídica, a cada passo se desacredita”. HUNGRIA, Nélson, *C op. cit.* (nota 4), p. 47. Na esteira desse pensamento, são as críticas de Fragoso: “A interpretação é imprescindível à aplicação da lei e ao estudo do direito e não a dispensa a aparente clareza do texto. O brocardo *in claris non fit interpretatio* não tem qualquer fundamento, pois só através da interpretação é possível afirmar a clareza da lei. Por outro lado, a aplicação da norma ao caso concreto impõe sempre a fixação de seu sentido geral”. FRAGOSO, Heleno Cláudio, *op. cit.* (nota 15), p. 89.

aparentemente claro pode demonstrar várias possibilidades de sentido⁶²⁶. Para DASCAL, o conceito de clareza tem natureza *pragmática*:

“Ela não é uma propriedade inerente do texto legal, mas depende do seu uso em uma determinada situação comunicativa. Os aspectos relevantes de tal situação incluem os usuários da linguagem, as suas atitudes epistêmicas e axiológicas, assim como as formas específicas de contexto e co-texto mencionadas acima. Usado em situações diferentes, o mesmo texto pode ser às vezes (pragmaticamente) claro e, às vezes, obscuro”⁶²⁷.

Logo, não se nega a possibilidade de um texto ser considerado claro, desde que nos conscientizemos de que tal clareza não é algo inerente à expressão verbal tomada em si mesma, pelo contrário, ela só pode ser realizada concretamente, em uma dada situação na qual o significado não seja dúbio⁶²⁸, e isto exige a confluência de inúmeros fatores que extravasam a mera representação lingüística.

De fato, existem casos que a princípio não demandam um grande esforço por parte do aplicador, pois a situação se mostra translúcida, sem qualquer complicação que exija desenlace, como se a resposta não precisasse ser buscada quer pelo raciocínio, quer pela interpretação, pois estaria exposta a nossos olhos, ao alcance de nossa percepção. Jamais poderíamos olvidar tais momentos e por isso não o faremos. Ocorre que a facilidade para lidar com esses eventos não quer dizer uma ausência de atividade interpretativa. Veja-se a arguta observação de HART:

“Os casos simples, em que os termos gerais parecem não necessitar de interpretação e em que o reconhecimento de casos de aplicação parece não ser problemático ou ser «automático» são apenas os casos familiares que estão constantemente a surgir em contextos similares, em que há

⁶²⁵ Nesta direção, estão as seguintes elucubrações de ANTOLISEI: “È noto che l’interpretazione è *quella operazione mentale con la quale si ricerca e si spiega il significato della legge*. Senza questo processo di chiarificazione, evidentemente, non sarebbe possibile applicare la norma al caso particolare. Il processo in parola si rende necessario per tutte le leggi, non potendo accogliersi l’antica massima *in claris non fit interpretatio*, sia perchè ciò che appare chiaro ad una persona, può non esser tale per un’altra, sia perchè in ogni caso l’interprete non deve arrestarsi al risultato che si desume immediatamente dalle parole, vale a dire al significato apparente, ma deve ricercare il senso più intimo e profondo della disposizione e l’effettiva portata di essa”. ANTOLISEI, Francesco, *op. cit.* (nota 23), p. 84.

⁶²⁶ MAXIMILIANO, Carlos, *op. cit.* (nota 617), pp. 47-51.

⁶²⁷ DASCAL, Marcelo, *Interpretação e compreensão*, São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 359.

⁶²⁸ Em síntese: “dependendo do contexto em que esteja inserida, a mesma palavra assume significados diferentes” BOBBIO, Norberto, *op. cit.* (nota 135), p. 213.

acordo geral nas decisões quanto à aplicabilidade dos termos classificatórios”⁶²⁹.

Esse jurista atesta que essas situações não abrem mão da atividade interpretativa, que na verdade a presteza com que identificamos a norma aplicável, com que confirmamos a pertinência jurídica é antes fruto do consenso, de um acordo por parte dos aplicadores proveniente da repetição de realidades assemelhadas. É justamente a constância de certos casos que permite a interpretação mais ágil, tão natural e imediata que nem sequer a percebemos, razão pela qual alguns chegaram a negá-la, a dizer que estava ela reservada para os casos difíceis, não-usuais. Claramente, a novidade de um caso gera maiores dificuldades, mas nosso argumento é que a interpretação não escapa nunca, e que entre uma situação banal e outra de caráter especialíssimo a diferença está na intensidade e na complexidade do processo interpretativo, não em sua existência.

Retomaremos essas considerações à frente. Por ora, voltando à nossa problematização inicial, percebemos que a falácia da prescindibilidade da interpretação não foi ignorada pela escola positivista, a qual contou com nomes notáveis e que colocaram intrincadas questões para os pensadores da área jurídica.

Sob inspiração das pretensões analíticas universais das ciências de modo geral, o positivismo jurídico kelseniano surgiu almejando dar *status* verdadeiramente científico ao Direito, construindo um arcabouço teórico amplo, norteado pela idéia de *pureza*, assim pretendendo livrar o Direito de todo conteúdo ideológico e da influência do empirismo, buscando a peculiaridade do objeto de sua ciência⁶³⁰. Rompendo com os paradigmas anteriores, essa corrente foi à procura de um fundamento eminentemente jurídico, sobre o qual se erigiria toda a ciência do Direito.

Hans Kelsen, em sua *Teoria pura do Direito*, estabeleceu como ponto de partida o princípio da “*grande divisão*” entre *ser* e *dever-ser*, correspondentes às noções descritivo e prescritivo da filosofia kantiana, fundamentada na lei de Hume. Disse ele ser impossível extrair preceitos (que têm caráter normativo) de asserções (que são descritivas)

⁶²⁹ HART, Herbert L. A., *O conceito de Direito*, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007, p. 139.

⁶³⁰ “(...) empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto.” Kelsen, Hans, *Teoria pura do Direito*, 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. XI.

e vice-versa⁶³¹. Por este motivo, tomou como base de sua exposição a caracterização do Direito a partir da *norma*, do *dever-ser*. Assim, para Kelsen, a “natureza” do Direito é dada pela legalidade, é esta a ontologia jurídica, que está presente em todo e qualquer Direito, de qualquer lugar ou tempo.

Com tal consideração inicial, Kelsen criou uma complexa sistematização do Direito, guiada pelas relações lógicas entre as normas, por sua hierarquia própria e conforme uma deontologia específica.

Agindo assim, esse jurista colocou como limite para a ciência jurídica, quanto à aplicação do Direito, o encontro da *moldura*, as possibilidades múltiplas de sentido de uma norma, que é essencialmente indeterminada⁶³². Sem dar um passo além, Kelsen afirmou que a norma individual, aquela que servirá para o caso concreto, somente pode ser determinada por um ato de vontade, uma escolha dentre as diversas possibilidades contidas na *moldura*. Este ato é um ato de política de Direito, que está fora da ciência jurídica⁶³³, relacionando-se com esta na medida em que lança mão de uma interpretação autêntica, ou seja, trata-se de uma escolha feita por um órgão competente (competência esta dada por outra norma e assim por diante, até a norma fundamental).

Não se pode confundir o positivismo-jurídico kelseniano com o pensamento lógico formalista exposto por Beccaria, segundo o qual se pretende uma *subsunção formal*, pela realização do *silogismo perfeito*, atribuindo ao fato sua correta configuração jurídica, que é previamente dada, sendo única. Para Kelsen – como vimos – entre o fato e a norma a relação não é meramente *formal*, mas de caráter *volitivo*, estando presente a escolha do juiz diante do quadro de possibilidades que a norma geral apresenta.

Logo, Kelsen nos colocou um enorme desafio: se a ciência jurídica não pode fazer mais do que evidenciar a plurivocidade de sentidos da norma, não caberia mais falar

⁶³¹ FARALLI, Carla, *A filosofia contemporânea do direito – Temas e desafios*, São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 7-10.

⁶³² “Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato.” Kelsen, Hans. *op. cit.* (nota 630), p. 388.

⁶³³ “A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito.” *Idem*, p. 393.

em *verdade hermenêutica*⁶³⁴? O que fazer diante da constatação de que “o dispositivo judiciário consiste em escolher um sentido entre todos aqueles que se oferecem ao intérprete”⁶³⁵. Como devemos nos portar perante o relativismo que se impõe juntamente com o positivismo⁶³⁶?

Há quem, diante de tal quadro, assuma uma visão mais pessimista, dizendo não haver objetividade alguma na atividade judicial. Segundo ENGISCH, a chamada *escola do Direito livre*, preconizada por H. ISAY, seguia nesse sentido, ao afirmar:

“a ideia de que o jurista, especialmente o juiz, exteriormente fundamenta a sua decisão normativa concreta a partir da lei e satisfaz assim, aparentemente, o princípio da legalidade na aplicação do Direito, mas frequentemente, as mais das vezes mesmo, *descobre* a sua decisão por vias completamente diferentes, a saber, intuitivamente, instintivamente, pelo sentido jurídico, pela razão prática, a partir duma *sã* razão humana. A fundamentação da decisão na norma abstracta teria apenas importância secundária, ela apenas racionalizaria *a posteriori* a decisão em si irracional e desempenharia, em todo o caso, uma certa função de controlo”⁶³⁷.

Na doutrina italiana também se mencionou a idéia de irracionalidade imanente das decisões judiciais: “il giudizio sarebbe caratterizzato per la presenza di elementi irrazionali, incombenti, anche a livello inconscio, nella psiche del giudice, spesso inconsapevole dei sentimenti e delle emozioni realmente alla base delle singole decisioni”⁶³⁸.

Contra tal formulação, podemos responder com ENGISCH:

“Qualquer que seja a função que possam desempenhar as fontes irracionais da descoberta do juízo ou sentença judicial, o juiz, perante o seu cargo (função) e a sua consciência, tão-só poderá sentir-se justificado quando a sua decisão também possa ser fundada na lei, o que significa,

⁶³⁴ FERRAZ JÚNIOR. Tércio, *op. cit.* (nota 134), p. 259.

⁶³⁵ RIGAUX, François, *A Lei dos Juízes*, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 305.

⁶³⁶ REALE JÚNIOR, Miguel, *Razão e subjetividade no Direito Penal*, in *Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, 00, ano 1, São Paulo: 2004, p. 226.

⁶³⁷ ENGISCH, Karl, *op. cit.* (nota 621), pp. 84-85.

⁶³⁸ CARUSO, Giovanni, *La discrizionalità penale: tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2009, p. 18.

ser dela deduzida. Neste ponto de vista, a descoberta e a fundamentação da decisão não são procedimentos opostos. A tarefa que o juiz tem perante si é esta: descoberta duma decisão (solução) fundamentada através da lei. A teoria de ISAY é puro psicologismo. Ela passa por cima dos problemas específicos da lógica normativa⁶³⁹.

Esse jurista tece ainda algumas considerações tendo por base a Constituição alemã, pensamento que podemos aproveitar, por se compatibilizar com o ordenamento de nossa pátria:

“sob o domínio da nossa Lei Fundamental (...) importa em último termo (...) que o «resultado» a que se chegue seja lógica, metodológica e juridicamente sustentável. E, para tanto, devem ser mantidas mais rigorosamente separadas do que por vezes sucede (...) a *quaestio facti* e a *quaestio juris*, quero dizer: o problema psicológico e sociológico de como os nossos juízes de facto procedem, por um lado, e o problema lógico-gnoseológico de saber sob que pressupostos formais e materiais o resultado da descoberta do direito (*Reschtsfindung*) é verdadeiro ou correcto”⁶⁴⁰.

Também na doutrina anglo-saxônica, HART noticia o chamado *ceticismo das regras* (*rule cepticism*), que chega até a negar a existência ou mesmo a possibilidade das regras ou normas jurídicas. O diagnóstico desse jusfilósofo deixa claro a origem dessa visão tão pessimista e falseada:

“O céptico acerca das regras é por vezes um absolutista desapontado; descobriu que as regras não são tudo o que seriam no paraíso de um formalista, ou num mundo em que os homens fossem iguais aos deuses e pudessem prever todas as combinações possíveis de facto, de tal forma que a textura aberta não fosse um aspecto necessário das regras. A concepção do céptico sobre aquilo que é necessário para a existência de uma regra pode, por isso, ser um ideal inatingível, e quando descobre que

⁶³⁹ ENGISCH, Karl, *op. cit.* (nota 621), p. 85. Além desse argumento mais formal de ENGISCH, vale mencionar a ponderação de HART, que também cuidou da idéia de arbitrariedade dos juízes: “Algumas decisões judiciais podem ser semelhantes a isso, mas é claramente evidente que, na sua maior parte, as decisões, como sucede nos movimentos do jogador de xadrez, são obtidas, ou através de um esforço genuíno de obediência às regras, tomadas conscientemente como padrões orientadores de decisão, ou, se obtidas intuitivamente, são justificadas por regras que o juiz se dispunha anteriormente a observar e cuja relevância para o caso concreto seria reconhecida de forma geral”. HART, Herbert L. A., *op. cit.* (nota 629), p. 154.

⁶⁴⁰ ENGISCH, Karl, *op. cit.* (nota 621), p. 109.

não é atingido por aquilo a que se chamam regras, exprime o seu desapontamento pela negação de que haja, ou possa haver, quaisquer regras”⁶⁴¹.

Se o brocardo *in claris cessat interpretatio* é falacioso, e se na atividade judicial resta um elemento volitivo, embora sem configurar uma total irracionalidade, qual é o correto entendimento a respeito da relação entre o juiz e a lei? Como o estudioso e o operador do Direito podem se colocar perante esses dois extremos?

A questão fundamental, que se coloca ante essas indagações, refere-se à *interpretação*. Para ENGISCH, a interpretação é “o problema central da metodologia jurídica”⁶⁴². Igualmente, TAVARES afirma que “La interpretación puede ser considerada como la operación más importante de concretización del derecho; es el vínculo que une norma y realidad y que hace posible y actualizable la prohibición legal o la determinación de conducta”⁶⁴³. As perguntas anteriores podem não ter uma resposta decisiva, mas a análise fornecida pela hermenêutica, a partir da distinção entre texto e norma, com o desenvolvimento dos métodos de interpretação e contando com a força emprestada pelo imperativo constitucional de fundamentação das decisões, tudo isso nos ajuda a deslindar muito do que se colocou. Ademais, recordando nossa estratégia pragmática, não é preciso resolver nenhum problema de filosofia de Direito, bastando encontrarmos os pontos críticos para a análise e revisão da dicotomia entre tipos fechados e tipos abertos.

6.2. NATUREZA GERAL DA INTERPRETAÇÃO E A DISTINÇÃO ENTRE TEXTO LEGAL E NORMA

No estudo de DASCAL, a interpretação é apresentada como um encadeamento altamente intrincado de atos, algo de tão extraordinária complexidade, que chega a ser espantoso o fato de nos entendermos uns aos outros.

“Perante a complexidade desse processo interpretativo, é quase um milagre que possamos nos compreender uns aos outros mais do que sermos incompreendidos. A tarefa de uma teoria da compreensão e

⁶⁴¹ HART, Herbert L. A., *op. cit.* (nota 629), p. 152.

⁶⁴² ENGISCH, Karl, *op. cit.* (nota 621), p. 123.

⁶⁴³ TAVARES, Juarez, *op. cit.* (nota 537), p. 754.

interpretação é tentar esclarecer quais os princípios por meio dos quais alcançamos esse milagre diário”⁶⁴⁴.

Alinhado a essa percepção, GADAMER acredita que viver e interpretar são experiências inseparáveis, formando uma unidade indissociável. Este filósofo postula que “sem a hermenêutica ainda poderia haver mundo, porém nunca consciência de mundo”⁶⁴⁵. A consciência somente surge no homem através da interpretação da vida. Assim, somente “por meio da hermenêutica é que a realidade consegue abrir os olhos e, então, perceber que existe”⁶⁴⁶.

Não há alternativa, a vida é “interpretar ou interpretar – ‘o resto é silêncio’. Na medida em que ‘tudo o que (...) nós podemos compreender e representar depende da interpretação’, todos, aonde quer que forem, de onde quer que venham, estão, desde sempre e para sempre, condenados a interpretar”⁶⁴⁷.

De fato, toda vez que me aproximo de um objeto e o interpreto, trago uma série de preocupações ligadas à minha vivência – a vida é vista como uma *experiência hermenêutica*⁶⁴⁸. Para GADAMER, não se cogita de um viver sem interpretar, pois apenas “à luz da interpretação algo se converte em fato e uma observação possui força enunciativa”⁶⁴⁹. Pelo que podemos concluir que “não há hermenêutica alheia ao homem, e que não há homem alheio à hermenêutica”⁶⁵⁰.

Conforme nos ensina BOBBIO:

“interpretar significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada. Ora, a linguagem humana (falada ou escrita) é um complexo de signos, é uma *species* do *genus* signo (tanto é verdade que é substituível por outros signos, por exemplo

⁶⁴⁴ DASCAL, Marcelo, *op. cit.* (nota 627), p. 5.

⁶⁴⁵ PASQUALINI, Alexandre, *Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível*, in *Hermenêutica plural – Possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*, BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu et RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.), São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 159.

⁶⁴⁶ *Ibidem*.

⁶⁴⁷ *Idem*, p. 161.

⁶⁴⁸ BITTAR, Eduardo C. B., *Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica*, in *Hermenêutica plural – Possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*, BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu et RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.), São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 183.

⁶⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg, *Verdade e método II – complementos e índice*, Bragança Paulista: Vozes, 2004, p. 392.

⁶⁵⁰ BITTAR, Eduardo C. B., *op. cit.* (nota 648), p. 183.

os gestos da mão, embora seja mais perfeito porque mais rico e maleável)”⁶⁵¹.

Portanto, a interpretação diz respeito à linguagem humana em geral, que na sua gama de manifestações sempre exige este caminho, esta ligação entre o signo e o significado. Ocorre que as veredas hermenêuticas são variadas, um mesmo signo pode desembocar em significados diferentes, ou seja, o destino não é certo, ao menos não enquanto só tivermos em mente a origem – o signo. Daí a anotação de BOBBIO:

“Como complexo de signos, a linguagem exige a interpretação: esta é exigida pelo fato de que a relação existente entre o signo e a coisa significada (neste caso, entre a palavra e a idéia) não é uma relação necessária, mas puramente convencional, tanto que a mesma idéia pode ser expressa de modos diversos”⁶⁵².

O caráter geral da interpretação identificado pela filosofia evidentemente também se manifesta na seara jurídica⁶⁵³. Quanto ao que nos interessa, é necessário afirmar desde já que toda lei demanda uma interpretação⁶⁵⁴ – o que nos leva imediatamente à distinção entre texto legal e norma – e que o postulado iluminista contra a atividade interpretativa deve ser afastado, mas não sem algum proveito⁶⁵⁵.

⁶⁵¹ BOBBIO, Norberto, *op. cit.* (nota 135), p. 212.

⁶⁵² *Ibidem*.

⁶⁵³ HART empreende uma explicação de tal fenômeno, como, de resto, também é feito por filósofos. Vejamos o que diz: “É um aspecto da condição humana (e, por isso, da legislativa) que trabalhemos sob a influência de duas desvantagens ligadas, sempre que procuramos regular, de forma não ambígua e antecipadamente, alguma esfera da conduta por meio de padrões gerais a ser usados, sem directiva oficial ulterior, em ocasiões particulares. A primeira desvantagem é a nossa relativa ignorância de facto; a segunda a nossa relativa indeterminação de finalidade. Se o mundo em que vivemos fosse caracterizado só por um número finito de aspectos e estes, conjuntamente com todos os modos por que se podiam combinar, fossem por nós conhecidos, então poderia estatuir-se antecipadamente para cada possibilidade. Poderíamos fazer regras cuja aplicação a casos concretos nunca implicasse uma outra escolha. Tudo poderia ser conhecido e, uma vez que poderia ser conhecido, poder-se-ia, relativamente a tudo, fazer algo e especificá-lo antecipadamente através de uma regra. Isto seria um mundo adequado a uma jurisprudência «mecânica». Simplesmente este mundo não é o nosso mundo (...). Esta incapacidade de antecipar acarreta consigo uma relativa indeterminação de finalidade”. HART, Herbert L. A., *op. cit.* (nota 629), p. 141.

⁶⁵⁴ JESCHECK não poderia ser mais claro: “**Toda norma jurídica necesita interpretación.** Esto es así incluso habiendo un ‘claro tenor literal’, porque el sentido jurídico de un precepto legal puede ser distinto del que un entendimiento sin prejuicios extrae de la lectura de un texto legal aparentemente claro”. JESCHECK, Hans-Heinrich, *op. cit.* (nota 255), p. 137 (grifo do autor). O coro também conta com a pena de HUNGRIA: “Como toda norma jurídica, a norma penal não pode prescindir do processo exegético, tendente a explicar-lhe o verdadeiro sentido, o justo pensamento, a real vontade, a exata razão finalística, quase nunca devidamente expressos com todas as letras”. HUNGRIA, Nelson, *op. cit.* (nota 4), pp. 53-54.

⁶⁵⁵ A lei penal deve ser vista sob o mesmo enfoque dado por REALE para a ciência jurídica, “deve ser estável, mas não estática, deve ser certa sem se cristalizar em fórmulas rígidas, ilusoriamente definitivas”. REALE, Miguel, *Teoria Tridimensional do Direito*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 14.

Com efeito, a exigência de uma vinculação à lei mantém sua razão de ser, tendo sido elevada a mandamento legal, constitucional e de direitos humanos. Porém, a legalidade não pode mais ser tomada em sentido tão radical e simplório; a realidade impõe um posicionamento mais acurado e, por assim dizer, mais complexo. Essa nova caracterização da hermenêutica jurídica será brevemente estudada, para finalmente elucidarmos as implicações que acarreta na dicotomia entre os tipos fechados e os tipos abertos. Iniciemos nossas investigações, naturalmente, pelo que é essencial: a diferença entre o texto legal e a norma.

Não podemos tomar o enunciado normativo, o texto legal, sancionado e promulgado pelo Estado, pela norma jurídica, o imperativo que significa o dever-ser regulador das relações humanas. Uma coisa é a nossa expressão verbal, as palavras, frases e orações que utilizamos, outra é o sentido de tais palavras, frases e orações; de um lado temos o signo, de outro o significado. Na síntese de ÁVILA: “*Normas* não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”⁶⁵⁶.

Alinhando-se na mesma fileira temos ENGISCH, que proclama:

“tanto nas próprias leis como nas premissas maiores formadas a partir delas, devemos manter como coisas distintas, por um lado, a expressão verbal (o «texto», o «teor literal») e, por outro, o «sentido» («conteúdo de pensamento») que nela se alberga. A primeira é *objecto*, o segundo o *escopo* da interpretação”⁶⁵⁷.

Coisas diversas em sua ontologia, a relação entre *dispositivo* e *norma* também é mais complexa do que a primeira vista se possa imaginar, já que não há uma correspondência unívoca: uma *norma* não corresponde sempre a um *dispositivo* e vice-versa. Pode haver *norma* sem *dispositivo* algum: v.g., o princípio da segurança jurídica e o

⁶⁵⁶ ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 30.

⁶⁵⁷ ENGISCH, Karl, *op. cit.* (nota 621), p. 150.

princípio da certeza do Direito. E pode haver *dispositivo* sem *norma*: por exemplo, a proteção de Deus no preâmbulo da Constituição Federal⁶⁵⁸.

Além disso, pode haver um *dispositivo* e mais de uma *norma*: um modelo evidente é o da *inconstitucionalidade parcial sem redução de texto* ou o da *interpretação conforme*: o Supremo Tribunal Federal investiga os vários sentidos do dispositivo impugnado declarando quais são inconstitucionais ou constitucionais, respectivamente⁶⁵⁹.

Por último, é possível que mais de um dispositivo signifique uma única norma: “Pelo exame dos dispositivos que garantem a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade chega-se ao princípio da segurança jurídica”⁶⁶⁰. Ou seja, um apanhado de enunciados pode, em seu conjunto, designar uma norma única.

Ante todas essas observações, podemos concluir que não há uma identidade entre texto legal e norma, e que existem ao menos cinco formas diversas de relação entre tais entes: *a)* pode ocorrer a convergência – um dispositivo para uma norma; *b)* a divergência ampliativa – um dispositivo para mais de uma norma; *c)* a divergência redutiva – mais de um dispositivo para uma norma; *d)* a desvinculação textual – um dispositivo sem norma; e *e)* a desvinculação normativa – uma norma sem dispositivo.

Mais ainda, podemos cogitar que um mesmo *dispositivo*, que frente a uma dada *norma* pode ter um tipo de relação, em outro momento, quando colocado perante outra *norma*, pode manifestar uma espécie diversa de relação. Ou seja, um *enunciado* pode apresentar uma convergência quando comparado com a norma *x*, ao passo que mantém uma divergência redutiva no que toca à norma *y*.

⁶⁵⁸ Cf. ÁVILA, Humberto, *op. cit.* (nota 656), p. 30.

⁶⁵⁹ Cf. *idem*, pp. 30-31. Na explicação de MENDES, “enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na *declaração de nulidade sem redução de texto*, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas *hipóteses de aplicação do programa normativo* sem que se produza alteração expressa do texto legal”. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, et BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.* (nota 622), p. 1305. No mesmo sentido a lição de BULOS, para o qual a “*interpretação conforme à constituição* é um meio para as Cortes Supremas neutralizarem violações constitucionais. Em vez de declarar a norma inconstitucional, o Tribunal escolhe a alternativa interpretativa que a conduza a um juízo de constitucionalidade”, contrariamente à *declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*, que “é a técnica decisória que possibilita excluir determinadas hipóteses de aplicação de um programa normativo. Sem empreender qualquer alteração gramatical dos textos legais, permite que o Supremo aplique uma lei, num determinado sentido, a fim de preservar a sua constitucionalidade”. BULOS, Uadi Lammêgo, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 348 et 353.

⁶⁶⁰ ÁVILA, Humberto, *op. cit.* (nota 656), p. 31.

Essa miríade de relações complexas e – é mister lembrar – disjuntivas, demonstra claramente a diferença entre *texto legal* e *norma*, e evidencia, de uma vez por todas, que a *norma*, enquanto sentido normativo, é antes o *destino* e não a *origem* da atividade interpretativa.

Tema intrigante e que desafia o intelecto, a interpretação chamou e continua a chamar de modo acentuado a atenção dos juristas. No intuito de desvendar essas questões, muitos juristas se debruçaram com afinco sobre o tema, procurando esculpir uma metodologia sólida em seu auxílio – é o que veremos a seguir.

6.3. TIPOS E MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO

A ciência do Direito não descurou do problema da interpretação⁶⁶¹. Ao longo do tempo, foram desenvolvidos diferentes métodos de interpretação para tratar com rigor tão complicado assunto, bem como surgiu uma polaridade de difícil trato para os hermeneutas. Nesse tópico introduziremos algumas noções a esse respeito, procurando ilustrar o essencial, sem pretensão de solucionar problemas tão difíceis no campo jusfilosófico.

Quanto ao sujeito que realiza a interpretação, esta é dividida em três categoriais: *a)* interpretação *autêntica* – proveniente do mesmo órgão autorizado a emanar a norma; *b)* interpretação *judicial* – feita pelo magistrado, no exercício da sua função jurisdicional; e *c)* interpretação *doutrinal* – realizada pelos juristas, no estudo do Direito, a chamada *opinio doctorum*⁶⁶².

De qualquer modo, quando o problema é o confronto entre o princípio da legalidade e a textura aberta da norma – ou do tipo – a aludida divisão perde sua força, vez que interessa antes a pertinência do sentido a que se chegou, e não exatamente quem realizou a interpretação. Além disso, o controle demandado pela legalidade só pode recair sobre a atividade *judicial*, razão pela qual nosso trabalho se circunscreve à interpretação promovida pelos juízes.

⁶⁶¹ Mais ainda, a interpretação foi um dos fatores responsáveis para o desenvolvimento da teoria jurídica atual. Como bem ensinou REALE: “Foi através dos debates sobre a teoria geral da interpretação que as inquietações filosófico-jurídicas penetraram nos redutos da Ciência Jurídica, fazendo com que viessem à tona, ou, por outras palavras, que se elevassem à plena consciência teórica os pressupostos que jaziam subentendidos na Jurisprudência conceitual”. REALE, Miguel, *op. cit.* (nota 655), p. 6.

⁶⁶² Cf. ANTOLISEI, Francesco, *op. cit.* (nota 23), p. 84. Ver também: PRADO, Luiz Regis, *op. cit.* (nota 9), pp. 152-153.

Uma tipologia deveras relevante no âmbito hermenêutico é aquela da oposição entre *subjetivismo* e *objetivismo*. Trata-se de dois modos de proceder: o *subjetivo*, que dá prevalência ao sujeito; e o *objetivo*, que coloca em primeiro plano o objeto⁶⁶³. Para adentrarmos no tema, vale colocar uma introdução colhida na obra de ENGISCH:

“A moderna doutrina filosófica da compreensão conhece múltiplas distinções do «compreender». Distingue-se, v. gr., o puro «compreender de um sentido», enquanto apreensão do conteúdo real (objectivo) de uma expressão, do «compreender pelos motivos», enquanto apreensão dos motivos daquele que se exprime”⁶⁶⁴.

De um lado, se coloca o *historiador* do Direito, de outro, temos o *dogmático*. As atitudes de cada um perante a lei são diferentes: “o jurista parte para a interpretação da norma instigado pela necessidade de satisfação de um caso concreto, enquanto o historiador do direito avança no sentido da norma como um fenómeno histórico mais geral que necessita possuir um sentido”⁶⁶⁵. A essas condutas diversas correspondem perspectivas também opostas: “o historiador se atém mais ao passado enquanto tal, e (...) o jurista se aferra mais ao presente, procurando adaptar-lhe o passado em face de sua necessidade atual”⁶⁶⁶. Daí as observações de ENGISCH:

“Ao *historiador* do Direito importa, através das suas investigações obre o imediato sentido das fontes jurídicas, descobrir os motivos das leis e dos usos jurídicos (compreensão pelos motivos), mostrar, por vezes, as personalidades e forças espirituais que tiveram actuação na elaboração do Direito («compreensão pessoal», etc.), e, finalmente e por outro lado, pôr a claro toda a situação histórica da qual emergiu o Direito”⁶⁶⁷.

Muito diferente é a posição do *dogmático*, a ele:

“há-de interessar na verdade o conteúdo objectivo da lei *per se*, e em primeira linha o seu alcance prático, assim como lhe hão-de igualmente interessar o conteúdo e o alcance (extensão) dos conceitos e normas jurídicas, mas em segunda linha interessam-lhe também os significados

⁶⁶³ RIGAUX, François, *op. cit.* (nota 635), p. 311.

⁶⁶⁴ ENGISCH, Karl, *op. cit.* (nota 621), p. 165.

⁶⁶⁵ BITTAR, Eduardo C. B., *op. cit.* (nota 648), p. 192.

⁶⁶⁶ *Idem*, p. 193.

⁶⁶⁷ ENGISCH, Karl, *op. cit.* (nota 621), pp. 167-168.

político, ético e cultural da mesma lei. Tudo o que é elemento histórico apenas pode estar subordinado a estes conteúdos objectivos e colocar-se ao seu serviço”⁶⁶⁸.

De forma análoga ao *historiador*, a interpretação *subjetivista* procura conhecer a *voluntas legislatoris*, a vontade do legislador, de quem criou a lei. Os *subjetivistas* vão em busca de algo que está no *sujeito*, e este sujeito é o legislador, e aquele algo é a sua vontade. Para essa corrente hermenêutica, é preciso recapitular o que ocorreu, de modo a desnudar o que ambicionara o parlamento, a fim de colocar em prática o desejo daqueles que legitimamente inovaram o sistema jurídico. Interpretar a lei, em tais moldes, é uma atividade de fidelidade a homens do passado, à vontade que os animou⁶⁶⁹.

Nas palavras de ANTOLISEI, para os defensores da teoria *subjetiva* da interpretação: “l’interprete deve ricercare la volotà storica del legislatore, vale a dire l’intenzione che effettivamente hanno avuto i compilatori della legge: lo scopo che essi si sono proposti di conseguire nel dettare quella determinata disposizione”⁶⁷⁰.

Também em sentido analógico, podemos falar que o *objetivista* assemelha-se ao *dogmático*, pois vai à procura do sentido da lei, enquanto algo que a esta pertence, e não como uma vontade subentendida de outrem. FARIA postulava explicitamente: “A vontade que se procura é a da própria lei e não a do legislador, considerada subjetivamente”⁶⁷¹. Os *objetivistas* negam o traço eminentemente histórico afirmado pela corrente *subjetivista*, o que ficou patente na lição de FRAGOSO:

“Objeto da interpretação é conhecer o preciso significado da norma. Não é o caso de pesquisar a vontade do legislador, como pretendia a Escola da Exegese, que surgiu em França, ao início do século passado, com o aparecimento do Código Civil francês (1804)”⁶⁷².

Para o hermeneuta MAXIMILIANO, após ser promulgada, a lei adquire vida própria, tem certa autonomia, “separa-se do legislador; contrapõe-se a êle como um

⁶⁶⁸ *Idem*, pp. 169-170.

⁶⁶⁹ Para uma amostragem de concepções subjetivistas, *vide idem*, pp. 170-172.

⁶⁷⁰ ANTOLISEI, Francesco, *op. cit.* (nota 23), p. 86.

⁶⁷¹ FARIA, A. Bento de, *op. cit.* (nota 540), p. 59.

⁶⁷² FRAGOSO, Heleno Cláudio, *op. cit.* (nota 15), p. 90.

produto nôvo; dilata e até substitui o conteúdo respectivo sem tocar nas palavras; mostra-se, na prática, mais providente que o seu autor”⁶⁷³.

HUNGRIA também vociferou contra o pensamento *subjetivista*, defendendo a independência da lei, que se desgarrar de seus criadores. O penalista brasileiro lecionou nesses termos:

“Cumpre ter em mira, antes de tudo, o escopo prático, a razão finalística da lei (*ratio legis*), que é alcançada ou reconhecível pela consideração do interesse ou bem jurídico que a lei visa a tutelar (vida, patrimônio, liberdade, fé pública, etc.), perquirindo-se toda a respectiva disciplina jurídica, a fim de que se possa descobrir e entender com exatidão a *voluntas legis*. Não é de confundir-se a *ratio legis* (isto é, o espírito da lei aduzido do fim que colima) com os motivos ocasionais que militaram na formação da lei (*occasio legis*), isto é, os acontecimentos ou circunstâncias contingentes que tenham inspirado, para emanção da lei, a política legislativa. Desde que entra em vigor, a lei existe em si e por si”⁶⁷⁴.

Outrossim, ANTOLISEI ensinou a teoria *objetiva* da interpretação como correta:

“ciò che va ricercato non è già quello che gli artefici della legge in realtà hanno voluto, ma la volontà della legge obbiettivamente considerata: in altri termini, quello che risulta dalla legge, independentemente dal pensiero di coloro che l’hanno redatta, dato che la legge, una volta promulgata, si stacca dalle persone che hanno cooperato alla sua emanazione, acquistando un significato autonomo”⁶⁷⁵.

A corrente *objetivista* argumenta que há um rompimento entre criador e criatura, uma verdadeira emancipação da lei. Em palavras simples, ENGISCH explica o raciocínio da seguinte maneira: “O autor desempenhou o seu papel, agora desaparece e apaga-se por detrás da sua obra”⁶⁷⁶.

⁶⁷³ MAXIMILIANO, Carlos, *op. cit.* (nota 617), pp. 42-43.

⁶⁷⁴ HUNGRIA, Nelson, *op. cit.* (nota 4), p. 64.

⁶⁷⁵ ANTOLISEI, Francesco, *op. cit.* (nota 23), p. 86.

⁶⁷⁶ ENGISCH, Karl, *op. cit.* (nota 621), p. 172.

Além disso – argumenta ANTOLISEI – nem mesmo seria viável perseguir uma vontade do parlamento, isto porque atualmente o processo legislativo é deveras complexo, agregando uma gama de interesses conflitantes, que estão plasmados e que não podem, em virtude de sua pluralidade, ser condensados em um sentido unívoco. É o que se compreende dos ensinamentos do mestre italiano:

“Nello Stato moderno la redazione delle leggi non è mai o quasi l’opera di un solo, sibbene il risultato della collaborazione di molte persone e vari organi, i quali spesso hanno vedute diverse e mirano a scopi che non sempre coincidono, sicché la formula che prevale è di frequente il risultato di reciproche concessioni: un compromesso suggerito da motivi di opportunità di vario genere. Fra tante persone, chi è il legislatore?”⁶⁷⁷.

Ademais – pondera ele – existe a possibilidade de a lei ser aplicável para casos não previstos pelo legislador: “Infine è da notare che la teoria soggettiva porta necessariamente alla rigidità e immobilità della interpretazione”⁶⁷⁸. A proibição de alteração da intenção inicial levaria a uma lei *embalsamada*. No mesmo sentido, a fala de CAPPELLETTI, ao dizer que “o intérprete é chamado a dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo do ato de vida de outra pessoa”⁶⁷⁹.

Nas palavras de MAXIMILIANO, o intérprete é mais do que um mero investigador do passado:

“é o renovador inteligente e cauto, o sociólogo do Direito. O seu trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita, e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita. Esta é a estática, e a função interpretativa, a dinâmica do Direito”⁶⁸⁰.

Os vários motivos, as diversas razões, as múltiplas indagações, tudo isso foi condensado por ENGISCH – que se baseou na obra de HECK – ao esquematizar a fala dos *objetivistas* na espécie de argumentos utilizados, da seguinte maneira:

⁶⁷⁷ ANTOLISEI, Francesco, *op. cit.* (nota 23), p. 86.

⁶⁷⁸ *Ibidem*.

⁶⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro, *Juízes Legisladores?*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 22.

⁶⁸⁰ MAXIMILIANO, Carlos, *op. cit.* (nota 617), p. 24. O jurista ainda proclamou: “O dogma tradicional – da vontade, foi substituído pelo dogma histórico-evolutivo do escopo, o arbítrio indomável do indivíduo, pelo fim eminentemente humano do instituto”. *Idem*, p. 165.

“o «argumento da vontade» (não existe um legislador dotado de vontade própria), o «argumento da forma» (só as manifestações de vontade vertidas na forma da lei têm força legal), o «argumento da confiança» (os destinatários da norma devem poder confiar na palavra como tal) e o «argumento da integração» (só uma interpretação objectivista se ajusta aos interesses da integração e complementação do Direito)”⁶⁸¹.

Prima facie, a força da postulação *objetivista* e o maciço acolhimento doutrinário parecem superar sobremaneira e de forma definitiva a alegação *subjetivista*. Entretanto, não podemos ser inconseqüentes e acreditarmos na eliminação do problema. A tensão persiste, e o embate de idéias aponta corretamente um problema verdadeiro e a verdade do problema. Tome-se em consideração, por exemplo, a indagação de ENGISCH: “é-nos lícito passar por cima da vontade do legislador histórico onde essa vontade se mostre firmemente estabelecida e só o modo da sua expressão na lei se revele ambíguo?”⁶⁸². A resposta nos remete ao complicado tema da separação de poderes, que não nos cabe explorar aqui, mas cuja presença já demonstra quão delicada é a questão.

Logo, conquanto se possa aceitar e praticar a orientação *objetivista* na interpretação jurídica, é necessário ficarmos atentos para casos particulares, que não autorizam uma solução simples. A todo momento, os juristas devem se recordar da responsabilidade que carregam, de sua tarefa em prol da democracia e da ciência, que deles reclama um senso de proporcionalidade no trato de assuntos de tamanha gravidade. O risco que se corre é grande: na busca pela justa interpretação da lei, os operadores do Direito podem se perder, tornando-se “«senhores cheios de si» que se comprazem em ver-se reflectidos no espelho das palavras alheias”⁶⁸³.

Ao lado desses tipos de interpretação, dessas posturas perante a relação entre lei, legislador e sentido, foram arquitetados os chamados *métodos de interpretação*. A estruturação metodológica tem por finalidade emprestar um caráter científico, o mais rigoroso possível, à atividade hermenêutica, criando instrumentos mais precisos para executar sua tarefa. Esses métodos de interpretação podem ser divididos em: *a)* gramatical; *b)* sistemático; *c)* teleológico; e *d)* histórico.

⁶⁸¹ ENGISCH, Karl, *op. cit.* (nota 621), p. 175.

⁶⁸² *Idem*, p. 182.

⁶⁸³ *Idem*, p. 177.

De acordo com o método *gramatical*, o intérprete deve buscar o *teor verbal* da lei, baseando-se nas técnicas usuais de sua língua. Há quem o denomine também método *filológico*, que seria a “reconstrução do pensamento legislativo através das palavras da lei, em suas conexões lingüísticas e estilísticas”⁶⁸⁴.

Além disso, tende-se a dizer que o método *gramatical* procura o sentido literal do texto, um significado mais primário e natural. Sem lançarmos mão imediatamente dos argumentos já deflagrados contra a visão de que a clareza ou literalidade não são exatamente uma qualidade dos signos lingüísticos, é preciso antes dar ouvidos à ponderação de Umberto ECO:

“dentro dos confins de uma língua determinada, existe um sentido literal das formas lexicais, que é o que vem arrolado em primeiro lugar no dicionário, ou então aquele que todo cidadão comum elegeria em primeiro lugar quando lhe fosse perguntado o que significa determinada palavra. [...] Nenhuma teoria da recepção poderia evitar essa restrição preliminar. Qualquer ato de liberdade por parte do leitor pode vir *depois* e não *antes* da aplicação dessa restrição”⁶⁸⁵.

Com efeito, não se nega a existência de um tal sentido literal, mais comum e natural à maioria das pessoas. Todavia, é necessário muito cuidado para não concluirmos, erroneamente, que isso dispensaria a interpretação nos moldes já delineados. Recordemos o aviso de ENGISCH, para o qual “é frequente o mal-entendido que consiste em se supor que existe uma pura interpretação verbal ou terminológica distinta de uma interpretação do sentido”⁶⁸⁶. A oposição é sempre entre dois *sentidos* amparados pelo mesmo texto e descobertos pela atividade interpretativa⁶⁸⁷; ou seja, manifesta-se uma verdadeira tensão entre tendências contrárias: “por um lado, a de fazer prevalecer o sentido natural e corrente

⁶⁸⁴ PRADO, Luiz Regis, *op. cit.* (nota 9), p. 149.

⁶⁸⁵ ECO, Umberto, *Os limites da interpretação*, São Paulo: Perspectiva, 2008, p. XVIII.

⁶⁸⁶ ENGISCH, Karl, *op. cit.* (nota 621), p. 138.

⁶⁸⁷ O mestre alemão distingue magistralmente: “no que respeita ao termo frequentemente usado de «teor literal» (em vez de «sentido literal»), ele tem na base a falta de distinção e separação entre signo lingüístico e significado lingüístico. Em bom rigor o teor literal (*Wortlaut*, letra) é «objecto da interpretação» (...), o «sentido literal» (*Wortsinn*), que se trata de descobrir, é o escopo da interpretação, a «gramática» e a «sintaxe» são meios de interpretação. Usualmente quando se diz «teor literal» pensa-se no «sentido literal»”. *Idem*, p. 155. Na mesma direção a obtemperação de HASSEMER: “Não há como definir o que seja interpretação proibida fora da própria interpretação, e quem – a exemplo deste texto – critica a jurisprudência por ter ido longe demais nalguns casos, não faz mais do que contrapor sua compreensão da interpretação adequada à literalidade de um texto legal à compreensão alheia. A proibição de analogia não é um limite seguro à interpretação nem uma garantia confiável para situações jurídicas; ela é simplesmente um argumento”. HASSEMER, Winfried, *op. cit.* (nota 111), p. 66.

da linguagem e, pelo outro, a de privilegiar o sentido técnico-jurídico da mesma linguagem”⁶⁸⁸.

Um segundo método de interpretação é o *sistemático*, que procura entender a norma a partir da idéia de *ordenamento*. Parte-se da constatação de que “na realidade, as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si”⁶⁸⁹. De fato, “ainda quando se esteja cuidando, em aparência, de uma norma isolada, esta só poderá ser compreendida na relação mútua com as demais”⁶⁹⁰.

MAXIMILIANO já ressaltava a necessidade de uma interpretação *sistemática*, segundo a qual por “umas normas se conhece o espírito das outras”⁶⁹¹. Levando em consideração a visão global do ordenamento e a finalidade do Direito, podemos dizer que:

“a interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre as várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos”⁶⁹².

Nesse sentido, ENGISCH ensina que a “*conexidade (coerência) lógico-sistemática* não se refere só ao significado dos conceitos jurídicos em cada concreto contexto de idéias [...] e também se não reporta apenas à colocação ou situação meramente extrínseca de uma regra jurídica no texto da lei”⁶⁹³; mais do que isso, a conexão “refere-se antes, em último termo, à plenitude do pensamento jurídico latente na regra jurídica individual, com a sua multiplicidade de referenciais às outras partes constitutivas do sistema jurídico global”⁶⁹⁴.

Ademais, considerando que a referência global ao ordenamento tem um caráter eminentemente *teleológico*, vez que a combinação das regras jurídicas é realizada para

⁶⁸⁸ ENGISCH, Karl, *op. cit.* (nota 621), p. 138.

⁶⁸⁹ BOBBIO, Norberto, *op. cit.* (nota 137), p. 19.

⁶⁹⁰ FREITAS, Juarez, *A interpretação sistemática do Direito*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 58.

⁶⁹¹ MAXIMILIANO, Carlos, *op. cit.* (nota 617), p. 140.

⁶⁹² FREITAS, Juarez, *op. cit.* (nota 690), p. 60.

⁶⁹³ ENGISCH, Karl, *op. cit.* (nota 621), pp. 139-140.

⁶⁹⁴ *Idem*, p. 140.

desempenhar uma dada função, a separação entre o método *sistemático* e o método *teleológico* de interpretação é custosa: “Enquanto interpretação sistemática ela é já, em larga medida e simultaneamente, interpretação teleológica”⁶⁹⁵.

Nos dizeres de MAXIMILIANO, o “hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática”⁶⁹⁶. Resta evidente, portanto, a relação entre interpretação *sistemática* e interpretação *teleológica*, vez que a unidade do ordenamento, na sua globalidade, será norteadada pela idéia de sentido que está contida na finalidade⁶⁹⁷.

Por último, no chamado método *histórico*, a interpretação volta-se ao passado, à legislação pretérita e aos acontecimentos de elaboração da lei⁶⁹⁸. Neste sentido, ENGISCH recorda a distinção elaborada por MÜLLER, entre a interpretação *genética* e a interpretação *histórica* propriamente dita. Em suas palavras:

“«genética» é aquela que é feita com base na «história do aparecimento» e nos «materiais» da norma legal, «histórica» em sentido próprio é aquela que parte das «normas precursoras» e procura a resposta à questão: «como é que isto era anteriormente regulado?»”⁶⁹⁹.

Clássicos na literatura jurídica, esses métodos de interpretação, a despeito de auxiliarem em muito os operadores do Direito, não são suficientes para resolver o problema da aplicação das normas. Somam-se àqueles novos métodos hermenêuticos, com base em leituras constitucionais do ordenamento⁷⁰⁰. De qualquer modo, a metodologia não

⁶⁹⁵ *Idem*, p. 141.

⁶⁹⁶ MAXIMILIANO, Carlos, *op. cit.* (nota 617), p. 163.

⁶⁹⁷ REALE JÚNIOR, Miguel, *op. cit.* (nota 320), pp. 87-90. Vale ressaltar a interpretação *teleológica* no Direito Penal, onde cresce em importância a política criminal. Ademais, já no finalismo a relevância desse método é crucial, como observa ENGISCH: “a tese de H. WELZEL segundo a qual as «condutas socialmente adequadas», que se comportam nos quadros dos «ordenamentos ético-sociais historicamente constituídos», são excluídas do círculo das condutas penalmente relevantes, se reconduz à interpretação teleológica da lei”. ENGISCH, Karl, *op. cit.* (nota 621), p. 156. De forma análoga, diz BACIGALUPO: “La opinión dominante considera que la adecuación social contiene, en realidad, una *regla interpretativa* (confr. JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 203; HIRSCH, en *ZStW*, 1962, pp. 78 y ss.; STRATENWERTH, núms. 337 y ss.). Este punto de vista significa, en la práctica, que aunque aparezcan dados todos los elementos del tipo penal es posible excluir estos hechos del derecho penal *aunque no haya una causa de justificación expresa*. De lo contrario, habría que admitir la adecuación típica y al no existir una causa de justificación ni circunstancias que excluyan la culpabilidad, habría que aplicar la pena”. BACIGALUPO, Enrique Z., *op. cit.* (nota 424), p. 116.

⁶⁹⁸ Cf. PRADO, Luiz Regis, *op. cit.* (nota 9), p. 152.

⁶⁹⁹ ENGISCH, Karl, *op. cit.* (nota 621), p. 157.

⁷⁰⁰ Nesse campo, destacam-se: método *tópico-problemático*; método *hermenêutico-concretizador*; método *científico-espiritual*; e método *normativo-estruturante*. De certo modo, trata-se de posturas já encontradas, em maior ou menor grau, na história jurídica. O que se percebe atualmente é uma sistematização teórica, bem

pode tomar o lugar ocupado por uma gama complexa de atividades que compõe a interpretação. Por esta razão, antes de começarmos a perceber as implicações que a teoria hermenêutica acarreta no tipo penal e, posteriormente, na dicotomia entre os tipos fechados e os tipos abertos, analisemos um pouco mais a natureza do ato interpretativo.

6.4. ATIVIDADE DE CONCRETIZAÇÃO

A princípio, ENGISCH enunciou que “a tarefa da interpretação é fornecer ao jurista o *conteúdo e o alcance (extensão) dos conceitos jurídicos*”⁷⁰¹. Essa era a visão geral da doutrina. Nas palavras de FARIA, a interpretação é concebida como “o processo lógico através do qual é posto em evidência o conteúdo da disposição legislativa”⁷⁰². Processo lógico, conteúdo da disposição, essas expressões parecem de certa maneira não se coadunar perfeitamente com a natureza complexa do ato interpretativo já vislumbrada acima. As possibilidades múltiplas de sentido, as relações variadas entre norma e enunciado legal, essas particularidades apontam para algo maior e mais completo.

Na esteira de tais considerações, o próprio ENGISCH indagou:

“Mas pode dizer-se com uma certa razão que tudo isto apenas nos mostra o resultado final e, em certa medida, o lado exterior da interpretação. Não tem a interpretação de penetrar mais fundo, não tem ela que apreender o *sentido* dos preceitos jurídicos, não há-de ela tornar-se uma *compreensão*?”⁷⁰³.

A resposta já conhecida e aceita de modo amplo, foi sintetizada na letra de FRAGOSO: “Objeto da interpretação é conhecer o preciso significado da norma”⁷⁰⁴. Nas ciências naturais, a imagem de uma *cognição*, de um ato de puro conhecimento, passivo e contemplativo, acabou por vingar. No Direito, como nas ciências humanas ou espirituais em geral, galga importância o *sentido*, o significado das coisas torna-se o verdadeiro objeto de nossas reflexões. E esta diferença reflete-se no método e na concepção da ciência jurídica.

como a radicalização de certas perspectivas. Inobstante, o debate em nada macula nosso estudo, que parte de um núcleo consensual entre os autores. Para uma visão geral a respeito, *vide* MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, *et* BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.* (nota 622), pp. 121-132.

⁷⁰¹ ENGISCH, Karl, *op. cit.* (nota 621), p. 126.

⁷⁰² FARIA, A. Bento de, *op. cit.* (nota 540), p. 59.

⁷⁰³ ENGISCH, Karl, *op. cit.* (nota 621), p. 127.

⁷⁰⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio, *op. cit.* (nota 15), p. 90.

O constitucionalista COELHO argumenta:

“os objetos culturais, porque são ontologicamente *valiosos*, exigem para o seu conhecimento um método específico e adequado, *empírico-dialético*, que se constitui pelo ato gnosiológico da *compreensão*, através do qual, no *ir* e *vir* ininterrupto da materialidade do substrato à vivência do seu sentido espiritual, procuramos descobrir o *significado* das ações ou das criações humanas”⁷⁰⁵.

Hoje em dia, admite-se que a compreensão das normas não se restringe à mera cognição, abrangendo também o aspecto criativo. Reconhece-se que “na interpretação judiciária do direito legislativo está ínsito certo grau de criatividade”⁷⁰⁶. O problema colocado já não é do caráter criativo da decisão, mas “do *grau de criatividade* e dos *modos, limites e aceitabilidade* da criação do direito por obra dos tribunais judiciais”⁷⁰⁷. A concepção anterior é modificada: “a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que *constitui* a significação e os sentidos de um texto”⁷⁰⁸.

Neste sentido, MAXIMILIANO já ressaltara o desenvolvimento que nos Estados Unidos da América levou à acepção de construção (*construction*), explicando que:

“A Interpretação atém-se ao texto, como a velha exegese; enquanto a Construção vai além, examina as normas jurídicas em seu conjunto e em relação à ciência, e do acôrdo geral deduz uma obra sistemática, um todo orgânico; uma estuda pròpriamente a lei, a outra conserva como principal objetivo descobrir e revelar o Direito; aquela presta atenção maior às palavras e ao sentido respectivo, esta, ao alcance do texto; a primeira decompõe, a segunda recompõe, compreende, constrói”⁷⁰⁹.

⁷⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, et BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.* (nota 622), p. 76.

⁷⁰⁶ CAPPELLETTI, Mauro, *op. cit.* (nota 679), p. 20.

⁷⁰⁷ *Idem*, p. 21.

⁷⁰⁸ ÁVILA, Humberto, *op. cit.* (nota 656), pp. 31-32.

⁷⁰⁹ MAXIMILIANO, Carlos, *op. cit.* (nota 617), p. 52.

É assim que a interpretação, em uma nova perspectiva, será realizada na *concretização* da norma, e, por conseguinte, o Direito “apresenta-se jungido à própria hermenêutica, na medida em que a sua existência, enquanto significação, depende da concretização ou da aplicação da lei em cada caso julgado”⁷¹⁰. As duas atividades – *compreensão* e *concretização* – encontram-se agora “intimamente relacionadas: existe o que se compreende em função imediata de um aplicar”⁷¹¹.

Como o enunciado normativo permite o encontro de sentidos diversos, e considerando que o significado só poderá ser atingido cotejando-se a situação concreta colocada perante o intérprete, o objetivo de aplicação da norma revela-se essencial, porque é justamente na exigência de aplicação do Direito, diante da proibição do *non liquet*, que fato e ordenamento se encontram, para serem solucionados na valoração do julgador. Na versão de COELHO: “a tarefa da interpretação consiste em *concretizar a lei* em cada caso, isto é, na sua *aplicação*”⁷¹². Daí a afirmação de ÁVILA:

“interpretar é construir a partir de algo, por isso significa *reconstruir*: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentido*, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual”⁷¹³.

De forma mais pormenorizada e esquemática, podemos dizer, com COELHO:

“é somente pelo trabalho hermenêutico de *ajustamento* entre normas e fatos – no qual se fundem, necessariamente, a *compreensão*, a *interpretação* e a *aplicação* dos modelos jurídicos –, que se viabiliza a ordenação *jurídico-normativa* da vida social, porque é no ato e no momento da *individualização* da norma que o juiz desempenha o papel de

⁷¹⁰ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 17.

⁷¹¹ *Idem*, p. 23.

⁷¹² MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, et BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.* (nota 622), p. 90.

⁷¹³ ÁVILA, Humberto, *op. cit.* (nota 656), pp. 33-34.

agente redutor da inevitável distância entre a generalidade dos preceitos jurídicos e a singularidade dos casos a decidir”⁷¹⁴.

Assim, não se pode dizer que um texto *contém* uma norma ou um princípio, vez que essa “qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete”⁷¹⁵. Na advertência de HUNGRIA: “Não quer isso, porém, dizer que possa fazer *tabula rasa* da lei, julgando, não pelo que esta ordena, mas pelo que, na sua opinião, devia ordenar”⁷¹⁶.

O magistrado desempenha um papel criativo, que se conduz pela realidade fática e se perfaz com a valoração daquela colocada perante o ordenamento, mas deve fazer tudo isso de modo responsável, sendo fiel à ordem jurídica que tem por missão defender e aplicar⁷¹⁷. Os limites desta atuação são difíceis de precisar, mas podem ser – e de fato são – controláveis na estrutura jurídica do país. Diante de tais considerações, queremos postular um olhar realista para o trabalho dos juízes, mas sem cair em exageros, que signifiquem um rompimento, uma afronta ao Direito, uma deslealdade para com a Justiça.

Logo, essa nova concepção do que seja o processo interpretativo e de qual é o papel do juiz produzirão implicações para a teoria do tipo penal⁷¹⁸ e, de forma mais aguda, para a dicotomia entre os tipos fechados e os tipos abertos. Em primeiro plano, destacam-

⁷¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, *et* BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.* (nota 622), p. 89.

⁷¹⁵ ÁVILA, Humberto, *op. cit.* (nota 656), p. 34.

⁷¹⁶ HUNGRIA, Nélson, *op. cit.* (nota 4), p. 66.

⁷¹⁷ Lembremos mais uma vez as lições de HUNGRIA: “Não deve o juiz ser um aplicador automático do literalismo da lei, mas um revelador de todo o possível direito que *nela se encerra*, suprimindo-lhe a inexplicitude decorrente da imperfeição da linguagem humana. É-lhe vedado, entretanto, *negar* a lei. Notadamente em matéria penal, não pode o juiz meter-se a filósofo reformista, a santo incipiente ou a sociólogo de gabinete, para pretender corrigir a lei segundo a sua cosmovisão, a sua mística ou o seu teorismo. Tem de aplicar o direito positivo, o direito expresso ou latente nas leis, e não o direito idealmente concebido através de especulações abstratas ou lucubrações metafísicas”. *Ibidem*.

⁷¹⁸ Note-se, por exemplo, a influência da teoria tridimensional do Direito, em suas diversas acepções. Esta teoria, que mantém íntima relação com o imperativo de *concretização* do Direito também gerou conseqüências no campo penal. Na visão de REALE, WELZEL também poderia ser considerado um adepto do tridimensionalismo. Em suas palavras: “é o mesmo propósito de concreção que leva Hans Welzel a querer superar o positivismo e o jusnaturalismo numa concepção que saiba levar em conta os fatores de ordem moral, a ordenação legal e o efetivo comportamento dos consociados. [...] Essa sua diretriz reflete-se em sua *teoria finalística da ação*, concebendo a atividade humana como uma realidade ordenada e plena de sentido, de tal modo que o legislador não é criador onipotente: a sua ação normativa não pode deixar de adequar-se à estrutura ontológica da ação, previamente a qualquer valoração jurídica, o que demonstra o caráter abstrato de sua teoria”. REALE, Miguel, *op. cit.* (nota 655), pp. 26-27.

se os efeitos para a *valoração* dos elementos típicos, que será vista a seguir. Antes, porém, vale reafirmar expressamente a mudança que ora defendemos, para não deixar dúvidas a respeito do que aqui se diz. Para tanto, nos socorremos da síntese feita por ÁVILA:

“é preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a crendice de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto”⁷¹⁹.

6.5. VALORAÇÃO DE ELEMENTOS TÍPICOS

Conquanto os tipos penais signifiquem um modelo lingüístico que, dentre inúmeras funções, serve como garantia do indivíduo contra o arbítrio estatal, a atividade interpretativa jamais pode ser afastada, daí porque aquela estrutura deverá ser valorada pelo magistrado. Desejamos expor como essa valoração por parte do juiz está sempre presente nos tipos penais, não se limitando a um grupo particular de tipos.

Por diversas vezes, quando está em discussão a técnica legislativa, se faz a diferenciação entre uma regulação *concreta* ou *abstrata*. Todavia, é preciso perceber que esta distinção é apenas de grau, pois não há termos de tamanha concreção a ponto de significarem um único caso, nem enunciados de abstração tão elevada que não se possa atinar para qualquer situação real⁷²⁰. É nesse espaço de maior ou menor intensidade concreta ou abstrata que estão as normas em geral, e para cada uma dessas duas extremidades se fala em legislação *casuística* ou por meio de *cláusulas gerais*⁷²¹.

⁷¹⁹ ÁVILA, Humberto, *op. cit.* (nota 656), p. 34.

⁷²⁰ Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich, *op. cit.* (nota 255), p. 115 e ENGISCH, Karl, *op. cit.* (nota 621), p. 230.

⁷²¹ Na lição de ENGISCH: “«Casuística» é aquela configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria”; e “cláusula geral uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”. ENGISCH, Karl, *op. cit.* (nota 621), pp. 228-229.

Como bem ressaltou JESCHECK, “sería un error creer que una ley redactada casuísticamente garantizará la máxima coincidencia de las resoluciones judiciales con pleno sentido”⁷²². De um lado, a casuística não é obstáculo à interpretação, à mediação necessária e imprescindível do juízo humano na subsunção dos fatos reais à hipótese legal; de outro, um enunciado construído a partir da técnica dos casos pode permitir um hiato dificilmente superável entre a regulação formal e a realidade a ser regulada.

Conforme aquele jurista:

“al conectar con exteriorizaciones que en modo alguno son necesarias en todos los casos merecedores de pena, origina ineludiblemente lagunas que impiden una decisión correcta en casos límite, dado que con la prohibición de analogía se veda al juez que complete la ley”⁷²³.

Em razão de seu caráter mais genérico, as cláusulas gerais “tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica”⁷²⁴. Entretanto, o reverso dessa técnica legislativa traz problemas:

“en la *generalización* de la redacción legal no hay sólo un beneficio para la Justicia, sino también un peligro para la seguridad jurídica, por cuanto con la nivelación de las diferencias materiales pueden crearse **cláusulas generales** que menoscaben la función de garantía de la ley penal”⁷²⁵.

Sem avançarmos no estudo mais profundo das cláusulas gerais⁷²⁶, embora mantendo nossa linha de raciocínio, percebemos que a noção doutrinária a respeito dos elementos *normativos* parece estar refletida nas *cláusulas gerais*. Ou seja, os elementos *normativos*, por necessitarem de uma valoração, que ocorre através de uma hetero-integração, quer jurídica, quer moral ou cultural, tenderiam à generalidade, podendo

⁷²² JESCHECK, Hans-Heinrich, *op. cit.* (nota 255), p. 115.

⁷²³ *Ibidem*.

⁷²⁴ ENGISCH, Karl, *op. cit.* (nota 621), p. 233.

⁷²⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich, *op. cit.* (nota 255), p. 115 (grifo do autor).

⁷²⁶ Vale lembrar, pela relevância da informação, que também reforça nosso argumento, o fato de que “as cláusulas gerais e o método casuístico nem sempre se excluem mutuamente dentro duma certa matéria jurídica, mas, antes, se podem também completar”. Como hipótese, está a combinação de ambas as técnicas no chamado *método exemplificativo*, por meio do qual, após uma enunciação mais abstrata, genérica ou teórica, seguem-se exemplos de casos ilustrativos, que auxiliam o intérprete na compreensão do sentido normativo. ENGISCH, Karl, *op. cit.* (nota 621), p. 231.

alcançar um grande número de casos, ao mesmo tempo em que criam o risco para a legalidade.

Todavia, neste momento cabe revelar que não há um consenso sobre a distinção entre os elementos *descriptivos* e os elementos *normativos*, sendo negada por alguns e relativizada por outros.

É como nos diz MAURACH:

“la distinción, como lo ha demostrado suficientemente la práctica, es de un valor sólo condicionado. Los llamados elementos descriptivos del tipo también precisan, en verdad, de fijación e interpretación. Así, el concepto de cosa en el derecho penal es distinto en la vida real y en el derecho civil (...). El concepto de ‘hombre’ en su etapa de nacimiento debe enjuiciarse en el derecho penal (...) de manera distinta que en el derecho civil (...), y el concepto de ‘sustraer’, en apariencia tan primitivo, queda agotado si se tiene presente que conforme al § 242 se puede cometer hurto también por medio de un ‘hacerse dar’”⁷²⁷.

A natureza aberta da linguagem, bem como o caráter espiritual da compreensão humana, levariam a um enfraquecimento da diferença entre esses elementos, pois também os denominados elementos *descriptivos* demandam interpretação, dão ensejo a sentidos divergentes.

Apesar de ainda defender a separação, BACIGALUPO também tece considerações que admitem uma atenuação da diferença: “La distinción no es, por supuesto, absoluta. No faltan casos en los que el componente descriptivo requiere alguna referencia normativa y viceversa. Lo decisivo para determinar la naturaleza de un elemento es qué aspecto es el preponderante”⁷²⁸.

Endossando essas posições, JESCHECK também postula a relativização das espécies:

“no hay una oposición tajante entre ambos grupos: el sentido de los elementos descriptivos también viene frecuentemente determinado en parte

⁷²⁷ MAURACH, Reinhart, *op. cit.* (nota 232), p. 366 (grifo do autor).

⁷²⁸ BACIGALUPO, Enrique Z., *op. cit.* (nota 424), p. 84.

por el contexto en que se encuentran, mientras que los elementos normativos ofrecen asimismo un núcleo empírico”⁷²⁹.

Ademais, já mencionamos que Erik WOLF foi além, ao afirmar que todo elemento do tipo é *normativo*. Para ele, considerando “que todo o conceito jurídico é elemento constitutivo de uma norma jurídica e dela recebe o seu sentido e o seu conteúdo, então parece que deveríamos designar propriamente como «normativo» todo e qualquer conceito jurídico”, e, portanto, os chamados elementos *descriptivos*:

“seriam no fundo conceitos «normativos», pois que os conceitos de «homem», «morte», «escuridão», têm na verdade, enquanto conceitos jurídicos, uma significação *sui generis* que muito bem se poderá diferenciar da dos correspondentes conceitos biológicos, teleológicos ou físicos”⁷³⁰.

MAURACH também realiza esta ponderação: “El concepto de matar pasa a ser problemático si se discute la provocación del suicidio por un maltrato moral. Así, no están tan erradas las opiniones que niegan absolutamente la existencia de elementos típicos puramente descriptivos”⁷³¹.

Igualmente, o raciocínio elaborado por CORREIA:

“Sendo, pois, o «Tatbestand» embora descritivo, é-o de juízos de valor; ao juiz caberá uma simples função cognitiva mas de conceitos teleológicos, o que tem um importante significado no domínio da interpretação e aplicação do direito criminal. Razão têm nesta medida alguns autores, quando afirmam que todos os elementos do «Tatbestand» são normativos, enquanto todos concorrem para a expressão do integral juízo de valor que ele traduz”⁷³².

O próprio Aníbal BRUNO, que resguardou a diferenciação e que vociferou contra a proliferação dos elementos *normativos*, em virtude do abalo que causariam à segurança jurídica e à legalidade (“A possibilidade de divergência no entendimento do

⁷²⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich, *op. cit.* (nota 255), p. 116.

⁷³⁰ ENGISCH, Karl, *op. cit.* (nota 621), p. 211. Para Erik WOLF, “tanto nella formazione concettuale del diritto penale, quanto nel campo della scienza del diritto penale noi dobbiamo mettere delle realtà in relazione con dei valori”. *Apud* BARATTA, Alessandro, *Positivismo Giuridico e Scienza del Diritto Penale: aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall’inizio del secolo al 1933*, Milano: Giuffrè, 1966, p. 108.

⁷³¹ MAURACH, Reinhart, *op. cit.* (nota 232), p. 366

⁷³² CORREIA, Eduardo, *op. cit.* (nota 179), p. 283.

térmo normativo introduz no tipo um germe de imprecisão que lhe perturba a fixidez de limites”⁷³³), foi obrigado a admitir o seguinte: “Evidentemente não se pode prescindir, na construção dos tipos, de termos passíveis de interpretação. É uma resultante das condições da própria linguagem”⁷³⁴.

Ora, se a interpretação é uma atividade inarredável, e se contém no seu cerne a natureza espiritual da compreensão humana, que é naturalmente valorativa, a divisão de entes com base na existência ou não da valoração perde consistência e se mostra apenas aparente. Como veremos à frente, mesmo termos “*descritivos*” como *matar* ou *alguém* demandam interpretação, exigem valoração.

Diante dessa prova, há três caminhos possíveis: *a)* abrir mão da divisão entre elementos *descritivos* e elementos *normativos*, admitindo que todo elemento típico requer interpretação e valoração, e, portanto, é *normativo*; *b)* manter a distinção em termos relativos, de modo que as duas espécies não sejam vistas como de naturezas diversas, mas sim como dois pólos de um mesmo eixo, que permite uma variação na intensidade da valoração exigida; e *c)* conservar a diferenciação, dando a essas figuras outro sentido, que se coadune com a realidade.

De certo modo, as duas primeiras hipóteses já foram trabalhadas acima, restando apenas o exame da terceira. Esta última alternativa não aparece explicitada nas obras penais, mas podemos perceber alguma referência na obra de ENGISCH, que aponta o seguinte caso: “Sentido normativo (e não simplesmente *referido* a valores)”, elementos que “radicam o seu teor de sentido em quaisquer normas, quer estas normas provenham do Direito, da moral ou de qualquer outro domínio da cultura”⁷³⁵.

Em tais palavras é possível notar uma distinção muito sutil, que não está expressa de forma clara. Ao invés de tomar o elemento *normativo* como aquele referido a valores tão-somente – o que não o poderia diferenciar do elemento *descritivo*, como vimos – a figura é tomada a partir da natureza especial do *tipo de valoração* necessária. É dizer, a *normatividade* do elemento é dada pelo caráter *jurídico*, *moral* ou *cultural* da valoração; em oposição à natureza *descritiva*, que advém com valorações de outra ordem. Os dois

⁷³³ BRUNO, Aníbal, *op. cit.* (nota 177), p. 61.

⁷³⁴ *Ibidem*.

⁷³⁵ ENGISCH, Karl, *op. cit.* (nota 621), p. 212.

elementos precisam da valoração, mas a espécie de valoração é diversa conforme um ou outro, o que redundaria na diferença entre eles.

A originalidade da distinção determina cuidado em seu estudo, para não nos precipitarmos em seu julgamento. De qualquer modo, uma investigação a respeito terá que se debruçar sobre a natureza da valoração dos elementos *descritivos*, e avaliar se persiste a diferença entre esta e a valoração *normativa*. Não obstante, e sem prejudicar nossas ilações, podemos afirmar que essa hipótese científica vem corroborar nosso pensamento, pois parte da premissa de que todo elemento é, em última instância, objeto de valoração⁷³⁶.

6.6. TIPLICIDADE E INTERPRETAÇÃO: PROBLEMATIZANDO A DICOTOMIA ENTRE TIPOS FECHADOS E TIPOS ABERTOS

De tudo o que foi tido, chegamos à conclusão de que a dicotomia entre os tipos *fechados* e os tipos *abertos*, quando considerada com rigor científico, não pode mais se sustentar. Com efeito, as implicações teóricas provenientes da teoria da interpretação e da distinção entre norma e enunciado legal nos conduzem à revisão dessas categorias.

Se o tipo penal não é dado como um aglomerado de palavras, mas é antes encontrado por meio da investigação espiritual do sentido possível que reside naquela matriz lingüística, notaremos que as nuances caracterizadoras dos tipos *fechados* não existem realmente, e que todo tipo apresenta, pelo contrário, uma textura *aberta*, o que, de resto, sucede com toda e qualquer norma.

Para assegurar essa afirmação, vejamos detidamente cada uma daquelas características distintivas desenvolvidas pela doutrina, fazendo o cotejo com as considerações hermenêuticas já mencionadas⁷³⁷.

Como primeira característica, afirma-se que nos tipos *fechados* há a *descrição completa* da conduta proibida. Todavia, estudamos que todo e qualquer texto de lei demanda interpretação e que, portanto, mesmo a técnica descritiva de legislar não é capaz

⁷³⁶ Como disse MAURACH: “En todo caso, es preciso interpretar todos los elementos típicos, según las necesidades del derecho penal y, en especial, respecto del sentido de la protección del tipo concreto”. MAURACH, Reinhart, *op. cit.* (nota 232), p. 366

⁷³⁷ O leitor pode retornar ao item 4.4. *Tipos fechados e tipos abertos: conceitos e características*, para conferir as observações que faremos a seguir. Indicamos também, quando houver dúvida, consultar o item seguinte, no qual analisamos um tipo específico para comprovar nossa tese.

de impedir a construção de sentidos divergentes. Logo, a expressão *descrição completa* não encontra correspondência real, pois a *descrição* pode ensejar significados diversos, bem como a *completude* não existe de fato, sendo apenas um modo de dizer, uma forma de alegar que o sentido é consensual.

Ou seja, quando dizemos que uma *descrição é completa*, estamos querendo falar que aqueles signos da linguagem levam a uma compreensão da realidade que não se discute. Ocorre que isso é uma força de expressão e não uma realidade objetiva, porque a nossa formulação lingüística pode não ser capaz de fornecer ao intérprete os dados necessários para que ele compreenda a realidade referida – é dizer, a linguagem pode ser insuficiente para desempenhar a função descritiva –, bem como os signos utilizados, por mais exaustivos que sejam, podem ser incapazes de delinear com precisão a situação real. Em suma, a completude não é algo *a priori*, algo contido no texto, mas sim um resultado que se alcança no processo comunicativo.

A desconfiança que temos perante essas asserções acontece porque geralmente o processo de comunicação consegue êxito. Na maioria das vezes, quando interagimos uns com os outros, temos sucesso em nos compreender. Igualmente, no campo jurídico, é comum haver segurança na aplicação da lei, na subsunção dos fatos; em outras palavras, os juízes costumam identificar facilmente qual a norma aplicável, decidindo os casos sem grandes problemas.

Entretanto, é preciso saber que isso não é algo imposto com os enunciados legais, mas é um produto cultural, que acontece no desenrolar do processo comunicativo. Ou seja, não é exatamente em razão da redação legal que o magistrado é capaz de aplicar a lei com facilidade, mas sim porque a cultura lhe fornece os subsídios necessários para tanto. A decodificação do texto e a montagem da relação com o fato concreto está apoiada em incontáveis fatores culturais, os quais dão a base para a compreensão do que deve ser feito. Não é, por exemplo, em virtude de uma qualidade intrínseca da expressão “*matar alguém*” que o juiz aplica a pena de homicídio a um agente, mas sim porque sabe que aquele enunciado abrange, dentre outros, o significado do fato ajuizado.

Ocorre que nem sempre a comunicação se processa em situações de significados comuns ou consensuais. Há situações em que é possível se indagar a pertinência da relação entre um enunciado verbal e um fato concreto. Não é simples

resolver, por exemplo, a questão seguinte: a fórmula “*matar alguém*” abrange o médico que desliga os aparelhos de um paciente sem perspectiva de cura? É esta possibilidade, é esta potência latente no signo lingüístico, que lhe torna *aberto*.

Logo, não existe tipo *fechado*.

Nem mesmo poderíamos cogitar de um esquema *regra-exceção*. Ou seja, se na análise de um tipo em *regra* tivéssemos a interpretação fácil, este seria *fechado*, ao passo que o tipo *aberto* seria apenas o que não permitisse uma interpretação facilitada, sendo a *exceção*. Tal linha de pensamento não é coerente. O termo *abertura* não admite a distinção, pois ou o tipo é *aberto* ou é *fechado*; e se o tipo permite mais de um significado (como sempre sucede), então é *aberto*, podendo o *grau* de abertura variar.

Note-se que quando falamos que algo é *fechado*, estamos dizendo que não há passagem, que nada entra e nada sai. Por outro lado, quando algo é dito *aberto*, significa que há um fluxo, que é possível transitar de uma parte à outra. O *fechamento* não tem grau, a intensidade não varia, pois o caminho não existe, está bloqueado. De seu turno, a *abertura* é essencialmente variável, sendo maior ou menor, alcançando uma diversidade de estágios.

Por conseqüência, para os tipos penais só podemos utilizar a figura da *abertura*, pois é inevitavelmente múltiplo o número de significados possíveis do texto legal. Como veremos, deve-se aproveitar a crítica científica originalmente baseada na dicotomia, que mantinha certa fragilidade dada sua inconsistência categorial, para tecer com rigor um exame mais acurado de acordo com os graus de abertura dos tipos.

A segunda característica diz que os tipos *fechados* são compostos por elementos *descritivos*, em oposição aos tipos *abertos*, formados por elementos *normativos* e *subjetivos*.

No item precedente, verificamos que a *valoração* é uma atividade ligada a todo e qualquer tipo penal, não sendo exclusividade de uma espécie. Mais ainda, a própria diferença entre elementos *descritivos* e elementos *normativos* foi colocada em cheque, somente subsistindo enquanto hipótese teórica a ser desenvolvida em um sentido diverso do tradicional, e que não infirma nosso pensamento, pois também pressupõe a valoração geral dos tipos. Ou seja, não se pode utilizar a contrariedade *descritivo/normativo* para

distinguir entre tipos *fechados* e tipos *abertos*, porque tanto um quanto outro requer a valoração de seus elementos constitutivos.

Além disso, já esclarecemos que aludir à presença de elementos *subjetivos* como uma característica dos tipos *abertos* foi um erro doutrinário, pois os autores que assim o fizeram tentavam destacar, na verdade, o aspecto *valorativo*, que por eles mesmos era tido como algo da essência dos elementos *normativos*. Isto é, quando falavam em elemento *subjetivo*, queriam destacar a necessidade de *valoração*. De qualquer modo, a referência a aspectos psíquicos e volitivos – a estruturas internas do homem – em nada afeta a demanda por valoração, pois com ou sem elas o tipo exige uma atividade interpretativa. O que se pode conceder, neste ponto, é que talvez os signos dessa espécie ensejem sentidos diversos com maior intensidade, embora tal ilação tenha um caráter mais geral, não sendo inteiramente fiel à realidade. O *animus* do agente pode trazer embaraço no momento de subsumir os fatos concretos, mas nem sempre essa tarefa é mais fácil do que relacionar elementos de ordem objetiva.

A terceira característica defendida pelos penalistas diz respeito ao *efeito indiciário*, presente nos tipos *fechados*, e à *comprovação da ilicitude*, que nestes é feita de forma *negativa*; diferentemente dos tipos *abertos*, nos quais esta ausente a *indiciariedade*, devendo a ilicitude ser comprovada *positivamente*.

Essa distinção não encontra fundamento. As próprias especulações modernas, como a de Figueiredo DIAS⁷³⁸, já exposta acima, que dá primazia à ilicitude, já poderiam abalar aquela diferença. Isto porque, se em primeiro plano a essência pertence ao ilícito, o qual deve ser típico apenas em razão da seara jurídica específica em que se encontra – o Direito Penal –, perde sentido falar em indiciariedade. Mesmo que não se considere isso, a discrepância aludida é insustentável.

Em primeiro lugar, a diferença original entre tipos *fechados* e tipos *abertos* estava assentada no aspecto descritivo, e foi superada pela constatação da universalidade da interpretação e da valoração, ao passo que o segundo aspecto – a natureza dos elementos típicos – também já não pode ser admitido, e isso impossibilita identificar os tipos *abertos* como aqueles nos quais há uma indiciariedade diferenciada. Ou seja, essa

⁷³⁸ Vide item 4.1.7.3. Jorge de Figueiredo Dias: retomando o injusto típico.

terceira característica só faz sentido quando aceitas as duas primeiras, e, diante do afastamento daquelas, essa é eliminada automaticamente.

Se isso não é suficiente, cabe mencionar, em segundo lugar, que essa terceira diferença só faz sentido quando pressuposto o conceito de elemento *normativo* lembrado acima, no qual este é caracterizado pela *natureza* da valoração, e não pela presença dela. Ainda assim, e sem considerar a problemática por investigar dessa concepção hipotética, percebe-se que o caráter *jurídico*, *moral* ou *cultural* da valoração não elide a necessidade de se perquirir a ausência de causas de justificação, e também não impede que, após atingir o significado concreto da norma perante a situação real, já se suponha o indício da ilicitude.

Em suma, este aspecto é rebatido por modernas teorias do delito, sendo que não subsiste sem o auxílio da definição inicial de tipo fechado e tipo aberto – já afastada –, e muito menos sem pressupor a distinção entre elementos descritivos e elementos normativos, também já por nós contestada. De qualquer forma, esse aporte dogmático não se sustenta.

A quarta característica aventada insiste que os tipos *fechados* são operacionalizados por meio da *subsunção*, enquanto que os tipos *abertos* demandam a *interpretação*. Tudo o que já se disse até aqui é suficiente para desmistificar essa afirmativa⁷³⁹. Do que argumentamos sobre este assunto, poderíamos fazer uma síntese nas palavras de JESCHECK: “La interpretación es presupuesto de la subsunción”⁷⁴⁰.

Por último, os autores alegam que nos tipos *fechados* a individualização da conduta é feita a partir de *elementos do próprio tipo*, enquanto que nos tipos *abertos* isso é realizado através do encontro de uma *norma geral*, por meio de um juízo que extravasa o campo dos termos legais, de natureza mais global.

⁷³⁹ Este aspecto já fora notado por CORACINI: “A rigor, com esteio no caráter necessário e inevitável da interpretação, e na potencial multiplicidade de sentidos que as palavras escondem, não há tipos rigorosamente fechados (...) tipos abertos são tipos aceitáveis no âmbito do sistema jurídico-penal de um Estado Democrático de Direito, mesmo porque algum grau de abertura é inerente às formulações lingüísticas”. CORACINI, Celso Eduardo Faria, *Jurisprudência penal e determinação típica – Entre o princípio da legalidade e a criação do Direito pelo juiz*, São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004 (Dissertação de Mestrado), pp. 175-177.

⁷⁴⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich, *op. cit.* (nota 255), p. 136.

Entretanto, a individualização da conduta nunca é restrita aos *elementos* do tipo, pois a matriz lingüística nos remete inescapavelmente ao mundo da cultura. Através da interpretação o aplicador foge da mera exposição do signo, para atingir o universo de valorações que se mostrem obrigatórias naquela situação concreta. A idéia mesma de *individualização* só pode ser praticada frente a um caso destacado e contextualizado, pois antes disso o que temos é especulação sobre o significado dos termos, que ainda é tido de maneira abstrata e, portanto, não-individual.

Ademais, a necessidade de se recorrer a uma *norma geral* somente diz respeito, nas formulações doutrinárias, aos tipos *abertos* que versam sobre o *dever de cuidado* ou sobre a figura do *garantidor*. Poderíamos observar que a diferença, sob tal aspecto, reside na *natureza* da valoração utilizada, que é *jurídica*. Isso nos remeteria novamente àquela possibilidade de investigação sobre um novo conceito de elementos *normativos* supracitado. De uma maneira ou de outra, mais uma vez devemos lembrar que essa possível particularidade não é capaz de justificar a diferença de *fechamento* ou *abertura* entre os tipos. Mais precisamente, isto significa que, ainda que realmente exista uma distinção entre as formas de valoração naqueles tipos mencionados, esta não é capaz de fundamentar a dicotomia entre tipos *fechados* e tipos *abertos*.

Portanto, nenhuma das razões manejadas pela doutrina sustenta a diferença entre tipos *fechados* e tipos *abertos*, motivo pelo qual postulamos neste trabalho o abandono dessa categorização. Mais do que isso, nossa investigação demonstrou que todo tipo penal apresenta um caráter *aberto*, que consiste na possibilidade de significados diversos. De um lado, temos a perda de uma classificação dogmática, de outro, surge uma nova característica geral dos tipos penais, o que abre espaço para estudos subseqüentes.

Não obstante, é possível aproveitar as inúmeras contribuições que a doutrina ofereceu neste campo, para reformularmos o problema da *abertura* dos tipos penais em outros termos, mais apropriados para o patamar teórico contemporâneo. Vale dizer, a questão do risco que a *abertura* gera para o princípio da legalidade ainda persiste, sendo que as observações doutrinárias podem ser aproveitadas com uma nova estrutura, pois não se trata mais de uma dualidade, de tipos *fechados* e constitucionais de um lado, e tipos *abertos* e inconstitucionais de outro. Doravante, o desafio é maior e mais complexo, vez que é preciso descobrir, dentre a gama dos tipos, quais contêm um grau de abertura inaceitável em nosso Estado de Direito.

Para iniciar este empreendimento, oferecemos algumas propostas no próximo capítulo. Mas, antes disso, entendemos por bem fazer a análise de um tipo tradicionalmente colocado na categoria dos tipos *fechados*, ilustrando de maneira clara a correção de nosso posicionamento.

6.7. BREVE ANÁLISE DE UM TIPO APARENTEMENTE FECHADO

Neste item, desejamos demonstrar que os problemas desenvolvidos sobre a dicotomia entre os tipos *fechados* e *abertos*, que culminaram em sua revisão, não se limitam a uma dada categoria de delitos, mas são algo intrínseco às normas jurídicas, abrangendo a seara criminal como um todo.

Para tanto, faremos uma análise de um tipo penal ordinariamente classificado como sendo *fechado*, a fim de comprovar que mesmo previsões de delitos tradicionais padecem de certa indeterminação, maior ou menor, que sempre existirá em razão da intrínseca qualidade *aberta* da linguagem humana.

Não se pretende, absolutamente, revelar uma deficiência na técnica legislativa, mas antes confirmar que a classificação científica realizada precisa ser revista, para o bem da ciência e da crítica. Com efeito, somente de posse da consciência da realidade que o homem é verdadeiramente livre para escolher e, portanto, decidir. O problema da cognoscibilidade e da liberdade não se restringe ao Direito Penal enquanto prática humana, mas é algo universal, da condição do homem, abrangendo sua atividade racional e ética, e, destarte, científica.

Como já mencionamos, tradicionalmente quando se fala em tipo *fechado* o exemplo dado é aquele do *homicídio*, previsto no art. 121 do Código Penal⁷⁴¹, *in verbis*:

“Art 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos”.

⁷⁴¹ Podemos citar, à guisa de exemplo, que explicitamente fazem tal afirmativa os seguintes autores: DOTTI, René Ariel, *op. cit.* (nota 426), p. 224; FRAGOSO, Heleno Cláudio, *op. cit.* (nota 15), p. 203; GRECO, Rogério, *op. cit.* (nota 257), p. 167; e NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.* (nota 430), p. 91, dentre outros.

Frente a tal dispositivo, a conclusão lançada no item anterior, que repudia a divisão entre tipos *fechados* e tipos *abertos* em virtude de todo tipo ter por característica a abertura, poderia ser desafiada. *Prima facie*, há uma tendência a considerar que a fórmula legal “matar alguém” é tão precisa e tão clara, tão bem resumida e sintetizada, que prescinde da interpretação, pois está calcada em elementos objetivos e descritivos, que não demandam qualquer valoração e que, por esta razão, tornam tal tipo *fechado*.

Porém, se assim pensarmos estaríamos nos equivocando.

Com efeito, a revisão da dicotomia postulada neste trabalho não é apenas um conjunto de palavras que existem unicamente no plano abstrato, e que perde força quando enfrentada pela realidade. Pelo contrário, é no solo concreto que nossos argumentos revelam sua força e isto é comprovado pelo exame do art. 121 transcrito acima, justamente o *paradigma* dos tipos *fechados*.

De fato, quando procuramos nos comentários ao Código Penal, parece não haver espaço algum para a abertura, pois a doutrina não titubeia em descrever e conceituar o homicídio em termos quase idênticos. Para NUCCI, o homicídio é “a supressão da vida de um ser humano causada por outro”⁷⁴², para DELMANTO *et alii*, “a eliminação da vida de uma pessoa praticada por outro”⁷⁴³; e para BITENCOURT, “a eliminação da vida de alguém levada a efeito por outrem”⁷⁴⁴.

Mas será que essas poucas palavras afastam o problema da abertura? Teriam elas o poder de se auto-explicarem ou de revelarem sem intermédio e automaticamente o sentido real nelas contido? Não cabe pergunta alguma sobre o que seria *eliminar a vida de outro*?

O verbo *matar* pode ensejar muitos desafios aos juristas. Quando, realmente, ocorre a morte? Quais atividades correspondem ao *matar*? E o substantivo e objeto direto da oração – *alguém* – também abre possibilidades de indagação. A quem podemos considerar *alguém*? Essas questões, já há algum tempo, encontram guarida nas especulações doutrinárias e se apresentam aos tribunais para uma decisão. Basicamente,

⁷⁴² NUCCI, Guilherme de Souza, *Código Penal comentado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 521.

⁷⁴³ DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto *et alii*, *Código Penal comentado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 229.

⁷⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto, *Código Penal comentado*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 308.

todas podem ser resumidas em três. Quando começa a vida? Quando termina a vida? Quem é este ser que está vivo e depois não está?

Não se trata de um problema metafísico monopolizado por filósofos. Temos aqui um desafio verdadeiro e que se postou à frente dos juristas, sem possibilidade de desprezo.

Tomando a primeira daquelas questões essenciais, os penalistas procuram determinar quando começa a vida, e nesta tarefa já se vêem diante da última pergunta, pois quem é este ser que vive e quando começa sua vida são coisas adstritas que não se pode facilmente separar.

PRADO assevera que o sujeito passivo do homicídio é “o ser humano com vida”⁷⁴⁵, mas isso não responde ao que perguntamos. Para Alberto Silva FRANCO e Rui STOCO, “o sujeito passivo direto (ou material) pode ser qualquer pessoa, qualquer ser vivo nascido de mulher”⁷⁴⁶, expressão que já avança um pouco no entendimento. DELMANTO *et alii* empreendem uma resposta mais completa: “a vida principia no início do parto, com o rompimento do saco amniótico”⁷⁴⁷. Esses autores são acompanhados por BITENCOURT, para o qual: “A vida começa com o início do parto, com o rompimento do saco amniótico”⁷⁴⁸.

Porém, NUCCI já anuncia que tal pensamento não pode estar correto: “não se deve aceitar que a vida principia no início do parto, pois o aborto, que protege o ser em gestação, também é delito *contra a vida*”⁷⁴⁹. Com razão, esse penalista recorda que se considerarmos o início da vida a partir do parto, então estaríamos em contradição com o Código Penal, o qual criminaliza o aborto, conduta dirigida contra o feto em gestação e, portanto, contra uma vida anterior ao parto, dentre os crimes contra a vida⁷⁵⁰. Não é sensato pensar que tão-somente pela razão de estar na barriga de sua mãe o bebê ainda não vive. Sem precisarmos lembrar de todas as provas de vida do feto – como sua capacidade

⁷⁴⁵ PRADO, Luis Regis, *Comentários ao Código Penal: doutrina: jurisprudência selecionada: leitura indicada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 510.

⁷⁴⁶ FRANCO, Alberto Silva *et* STOCO, Rui (coord.), *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 635.

⁷⁴⁷ DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto *et alii*, *op. cit.* (nota 743), p. 229.

⁷⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.* (nota 744), p. 309.

⁷⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.* (nota 742), p. 523.

⁷⁵⁰ Anote-se a observação de FRANCO *et* STOCO, para os quais tanto o aborto e o infanticídio são considerados formas de homicídio. FRANCO, Alberto Silva *et* STOCO, Rui (coord.), *op. cit.* (nota 746), p. 622.

de reconhecer a voz de sua mãe, sua atividade cerebral, seu sofrimento, seus movimentos etc. – é mais do que razoável admitir que o feto vive.

É por isso que o próprio BITENCOURT, a despeito de defender que vida se inicia com o *parto*, diz também que o “Direito Penal protege a *vida* desde o momento da concepção até que ela se extinga, sem distinção da capacidade física ou mental das pessoas”⁷⁵¹. O autor admite que a vida existe desde a concepção, logo, não pode ter início no parto. Curiosamente, entretanto, após conceder que a proteção jurídica da vida ocorre “desde a sua formação embrionária, resultante da junção dos elementos genéticos”⁷⁵², esse doutrinador diz que “desde então até o início do parto, a sua eliminação tipifica o crime de aborto, uma vez que o ser evolutivo ainda não é uma criatura humana”⁷⁵³. Se levássemos tal consideração às suas últimas conseqüências, então seríamos obrigados a aceitar que existe vida antes do parto, mas que esse ser vivo não é humano. E não nos parece o caso de retirar o caráter humano do feto ou bebê que ainda não foi agraciado com o parto. A humanidade – é bom lembrar – não é uma característica outorgada pelo evento de retirada ou saída do útero materno.

Indo além, NUCCI reflete sobre a necessidade de mais uma revisão da noção de vida humana:

“urge repensar o conceito de sujeito passivo, defendido pela doutrina tradicional, no sentido de ser o *ser vivo, nascido de mulher* [...], pois a medicina está evoluindo dia após dia e, se já temos a fecundação fora do útero materno, nada impede que a gestação, no futuro, se desenvolva também fora do útero materno, nem por isso o ser humano dali advindo devendo ficar sem a proteção do direito penal, no tocante à sua vida”⁷⁵⁴.

No campo ainda da vida do homem, poderíamos cogitar a respeito dos *embriões*, cujo tratamento gerou polêmica em um dos recentes julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Destruir um embrião humano, que está fora do útero materno, poderia ser considerado um crime contra a vida, seja um homicídio ou um aborto? A questão pode parecer não ter relevância quando se pensa na pesquisa científica, que se utiliza dos embriões – doravante com a chancela da lei e do Judiciário – em prol de estudos e

⁷⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.* (nota 744), p. 309.

⁷⁵² *Idem*, p. 308.

⁷⁵³ *Ibidem*.

⁷⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.* (nota 742), p. 523.

procedimentos terapêuticos. Mas e na hipótese de uma atitude consciente e voluntária, com a intenção manifesta de eliminar um embrião por vingança, que seria utilizado para reprodução de um casal que já não pode mais realizar a fecundação e que tinha naquele embrião a esperança de um filho? Será que a resposta é tão fácil e não permite outras soluções? Será que temos aqui um fechamento? Por mais que se queira assumir uma posição, parece-nos prudente admitir a abertura do tipo.

Ademais, a natureza *aberta* do tipo de homicídio não se atém às questões das formas e do começo da vida humana. Também não prescinde de interpretação, de busca pelo sentido, quando nos defrontamos com a morte, com o término da vida.

Segundo FRANCO *et* STOCO, a “singularidade da redação legal (verbo e objeto) permite a imediata compreensão do significado da figura típica. É a destruição, a eliminação da vida humana”⁷⁵⁵. Mas não nos parece que esta compreensão é imediata quando nos defrontamos com situações peculiares. Por isso, analisemos mais detidamente o enunciado do tipo.

Note-se que nessa mesma obra, se reconheceu que tradicionalmente figurou o entendimento de que “a morte ocorria com a cessação do batimento cardíaco e da respiração”⁷⁵⁶.

Na visão de DELMANTO *et alii*, a “morte ocorre com a cessação do funcionamento cerebral, circulatório e respiratório”⁷⁵⁷. Como a concepção se amparou em três pontos diferentes, poderíamos perguntar qual o momento definitivo, se aquele da parada cerebral, do sistema circulatório ou respiratório. Mais ainda, se uma pessoa não apresenta atividade cerebral, embora mantenha as funções circulatórias e respiratórias em funcionamento, com o auxílio de aparelhos, caberia falar em vida⁷⁵⁸?

NUCCI intenta uma resposta:

⁷⁵⁵ FRANCO, Alberto Silva *et* STOCO, Rui (coord.), *op. cit.* (nota 746), p. 623.

⁷⁵⁶ *Idem*, p. 624.

⁷⁵⁷ DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto *et alii*, *op. cit.* (nota 743), p. 229.

⁷⁵⁸ O leitor pode também ter recordado as famigeradas questões da *eutanásia* – “a ação intencional dirigida a apressar a morte da pessoa acometida de doença incurável que causa padecimento” – e da *ortotanásia* – que consiste “na limitação do tratamento médico e no oferecimento de cuidados paliativos, que proporcionem ao doente terminal uma morte sem padecimento desnecessário e em paz”. As duas figuras, que estão envolvidas em polêmica, igualmente apontam a enorme complexidade que um tipo aparentemente simples pode esconder. FRANCO, Alberto Silva *et* STOCO, Rui (coord.), *op. cit.* (nota 746), pp. 627-628.

“para caracterizar o momento da morte, a fim de se detectar a consumação do delito de homicídio, que é crime material, sempre se considerou [...] a cessação das funções vitais do ser humano (coração, pulmão e cérebro), de modo que ele não possa mais sobreviver, por suas próprias energias, terminados os recursos médicos validados pela medicina contemporânea, experimentados por um tempo suficiente, o qual somente os médicos poderão estipular para cada caso isoladamente”⁷⁵⁹.

De certo modo, o autor resolve uma parte da questão, ao condicionar a verificação da morte à tentativa médica de recuperar o paciente, de modo que a mera subsistência por meio de aparelhos não é obstáculo ao óbito, desde que esgotado o tratamento. Todavia, há muitas pessoas que sobrevivem às doenças e acidentes apenas com o auxílio de aparelhos, sem que as consideremos mortas. Pense-se, por exemplo, na hipótese do chamado *marca-passo*, essencial para regular o ritmo dos batimentos cardíacos.

Nesse intrincado tema, o Direito positivo forneceu mais um critério por meio da Lei 9.434, de 1997, a qual “estabeleceu que a interrupção relevante para o direito penal, tanto que autoriza o transplante de órgãos, é a encefálica”⁷⁶⁰. No ensinamento de FRANCO *et* STOCO, tal alteração adveio das conclusões da comunidade científica mundial, lembrando que a partir do:

“informativo de 1968 do Comitê da Escola de Medicina de Harvard, o coração deixou de ser o órgão central da vida e a falta de batimentos cardíacos, a representação da morte. Elegeu-se, em substituição, o cérebro, de forma que a morte passou a ser definida como abolição total da função crebral (*whole brain criterion*)”⁷⁶¹.

Antes de com isso nos tranquilizarmos e comemoramos o encontro de um *fechamento*, merece vir à memória a prudência, já que a história nos ensina a lição de que o passar dos tempos está sempre a colocar novas perguntas, que exigem novas respostas. Se hoje a cessação da atividade cerebral – que também admite múltiplas formas de

⁷⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.* (nota 742), p. 522.

⁷⁶⁰ *Idem*, p. 523.

⁷⁶¹ FRANCO, Alberto Silva *et* STOCO, Rui (coord.), *op. cit.* (nota 746), p. 624.

constatação⁷⁶² – é tida como o marco da morte, amanhã a ciência pode nos dar outra notícia.

Assim, o desenrolar dos fatos e das soluções doutrinárias coloca em evidência que mesmo o art. 121 do Código Penal, conquanto seja festejado por sua natureza *fechada*, na verdade apresenta uma textura *abertura*, como sucede com todo e qualquer tipo penal, e toda e qualquer expressão lingüística humana⁷⁶³.

O enunciado “*matar alguém*” não é capaz de determinar por si um sentido unívoco e imutável, e nem mesmo pode discriminar os casos em que é aplicável. Tudo isso é uma tarefa do jurista, uma atividade que exige raciocínio, valoração e interpretação. Quer estejamos perante um enunciado descritivo ou normativo, a aplicação do Direito requer algo mais do que mera passividade contemplativa. A natureza *aberta* dos tipos penais não é um obstáculo a ser superado, mas um problema que integra a estrutura mesma da realidade e da linguagem, e que precisa – isto sim – ser trabalhado, estudado e experimentado.

Para conciliar este fato da abertura com as exigências da legalidade, para persistir no fito científico, inobstante a complexidade do real, é que nos debruçamos sobre o tema em nosso derradeiro capítulo.

⁷⁶² A este respeito, a lei determina que a morte deve ser atestada por dois médicos não participantes da equipe de remoção e transplante, com utilização de critérios clínicos e tecnológicos, atualmente definidos pela Resolução 1.480 de 1997, do Conselho Federal de Medicina. Cf. *ibidem*.

⁷⁶³ CORACINI já havia considerado este fato, ao expressar que “o tipo de homicídio, que muitos consideram constituir-se unicamente de elementos objetivos e que sequer necessitaria ser interpretado, não é *meramente* objetivo. O elemento *nuclear* do tipo correspondente ao verbo ‘matar’, que significa causar a *morte*, pode abrir campo para mudanças de sentido”. CORACINI, Celso Eduardo Faria, *op. cit.* (nota 739), p. 77.

7. COMPLEXO DE PROBLEMAS E PROPOSTAS

Entendemos que, diante das colocações críticas feitas a respeito da dicotomia entre tipos fechados e tipos abertos, conferidas pelo exame acima, resta evidente a necessidade de rever esta classificação, o que demanda uma nova abordagem do tema.

Com efeito, ao afastarmos a figura dos tipos *fechados*, para dizer que todo tipo é, em última instância, *aberto*, vem à tona a questão da legalidade da norma penal, pois a crítica doutrinária à abertura típica aponta o risco da deficiência no cumprimento do mandato de certeza. Em outras palavras, se os tipos penais têm indiscutivelmente um caráter *aberto*, como fica a determinação e a taxatividade da norma penal?

Não podemos nos esquivar desse desafio. Para iniciarmos o trato do problema, neste capítulo vamos elaborar um novo exame da relação entre abertura e legalidade, oferecendo, ao final, algumas propostas para lidar com o tema. Desta forma, após desconstruirmos a classificação entre tipos fechados e tipos abertos, em virtude de sua incorreção, avançamos para proporcionar em seu lugar um novo tratamento.

7.1. GRAUS DE ABERTURA

Dizer que todo enunciado legal demanda interpretação para encontrarmos a norma aplicável não significa que todo e qualquer sentido criado pelo intérprete seja correto ou adequado. Apesar de suportar uma pluralidade de sentidos – que estão latentes e que até mesmo podem ser desconhecidos dos operadores antes de sua manifestação –, os textos das leis trazem fronteiras, limites a serem observados quando de sua compreensão.

Esta qualidade não se restringe à linguagem jurídica, sendo antes uma característica geral da comunicação humana. E este mesmo problema já foi analisado pelos estudiosos de literatura. Na esteira dessas considerações, ponderou Umberto ECO:

“Em suma, dizer que um texto é potencialmente sem fim não significa que *todo* ato de interpretação possa ter um final feliz. [...] Isso significa que o texto interpretado impõe restrições a seus intérpretes. Os limites da

interpretação coincidem com os direitos do texto (o que não quer dizer que coincidam com os direitos de seu autor)”⁷⁶⁴.

A analogia com a seara do Direito é quase perfeita. O caráter aberto dos tipos penais não chancela toda e qualquer interpretação, pois existem limites a serem respeitados. Esses limites – vale ressaltar – não se confundem com a vontade de quem criou o texto (o legislador, poderíamos cogitar), pelo contrário, ajustam-se aos “*direitos do texto*”, isto é, àquilo que em uma situação comunicativa poderia ser acolhido, os sentidos aceitáveis daqueles signos lingüísticos quando tomados em um determinado contexto.

É difícil, não podemos negar, estabelecer quais sejam estes limites. Daí porque, com muita cautela, nos pronunciaremos a este respeito colocando alguns critérios iniciais, para que, posteriormente, outros pensadores prossigam na tarefa, colaborando para a construção de uma dogmática penal mais robusta e mais sólida.

De qualquer modo, a análise efetuada até este ponto já nos revela algo importante. A natureza dos tipos penais encontra-se entre dois extremos: o fechamento total, que não passa de uma utopia e de uma incompreensão do fenômeno da comunicação e da linguagem; e a absoluta ausência de limites, que também não condiz com a realidade, sendo apenas a expressão de uma irracionalidade, de um sentimento cético, sem espelhar a verdade dos fatos. É neste *locus* intermédio, nesta zona fluída entre os pólos, que devemos buscar os atributos dos tipos penais, para melhor entendermos sua abertura⁷⁶⁵.

Se, por um lado, todo tipo penal possui uma abertura intrínseca, em virtude de ser uma estrutura de linguagem, por outro, cada tipo apresenta um grau de abertura diverso dos demais. Isso significa que a abertura deixa de ser um problema de *qualidade* para se tornar uma questão de *intensidade*. A qualidade de todo e qualquer tipo penal é aberta, o que varia é a intensidade da abertura de cada qual.

Daí porque, ao invés de a crítica, segundo a solução teórica que oferecemos, ser dirigida à qualidade aberta de um dado tipo, deve ela ser direcionada para o *grau* de abertura do mesmo. O argumento é reformulado, para explicitar que o problema está na

⁷⁶⁴ ECO, Umberto, *op. cit.* (nota 685), p. XXII.

⁷⁶⁵ Nesta mesma direção, a conclusão de CORACINI, para o qual a nomenclatura dos tipos abertos “se refere, apenas, à intensidade da *abertura*. Pois nem o tipo penal pode ser tão fechado que prescindia de interpretação, por sua constituição lingüística, nem o tipo penal pode ser tão aberto que o juiz o interprete sem referência à lei”. CORACINI, Celso Eduardo Faria, *op. cit.* (nota 739), p. 177.

intensidade tolerável ou não da abertura que um tipo permite. Ademais, é preciso notar que a abertura variará para cada tipo, conforme a cultura em que é aplicável, a partir daquela mesma tridimensionalidade dialética entre fato, valor e norma, o contexto de *aplicação* e de *concretização* do Direito. A questão, portanto, não é somente de construção lingüística, mas sim de funcionalidade jurídica.

Nesse diapasão, é preciso estabelecer critérios para verificarmos o grau de abertura do tipo penal, o que nos permitirá, posteriormente, fazer o cotejo com o princípio da legalidade, realizando o controle da norma penal.

7.2. CRITÉRIOS PARA VERIFICAÇÃO DO GRAU DE ABERTURA

Considerando que todo tipo é aberto, e que o grau de abertura varia para cada tipo, somente podendo ser avaliado diante de um caso concreto, qual seria o método mais aconselhável para erigirmos os critérios de verificação daquele grau? A metodologia mais correta deve iniciar como tradicionalmente se faz em filosofia: indagando quais as razões para nossa pergunta.

Ora, por que razão desejamos saber o *grau* de abertura de um tipo? Para decidirmos se o tipo é aceitável ou não. Mas o que significa dizer que um tipo *é aceitável*? Esse questionamento somente faz sentido quando lembramos qual o problema da abertura em Direito Penal, e este problema é deveras conhecido: o risco para a legalidade.

É justamente o perigo para o princípio constitucional da legalidade o motivo pelo qual a abertura de um tipo penal é objeto de interesse e de críticas por parte dos estudiosos penalistas. Nessa perspectiva, as denúncias feitas contra os tipos abertos, na visão tradicional da dicotomia, postulavam a inconstitucionalidade dessas figuras por ofensa ao ditame da legalidade, insculpido na Constituição e no Código Penal.

Logo, a razão para procurarmos conhecer o grau de abertura de um tipo é a necessidade de apreciar o respeito ou não ao mandato de certeza. E se é este o *leitmotiv* de nossa indagação, então, os critérios para examinarmos a intensidade da abertura devem estar ancorados neste princípio específico, devem deitar suas raízes nas causas primeiras que levaram à coroação desse aspecto da legalidade.

Desse modo, os critérios para verificar o grau de abertura do tipo são exatamente os mesmos que levaram à criação da legalidade, em especial o mandato de certeza. Em outras palavras, podemos afirmar que os fundamentos do princípio da legalidade são os vetores de orientação no controle dos tipos penais.

Note-se que não há uma métrica absoluta para a classificação dos graus de abertura; não se pode dizer que o grau do tipo *x* é 1 e do tipo *y* é 2. *Prima facie*, só podemos dizer que o grau varia para cada tipo penal, lembrando ainda que esta variação deve ser aferida diante do caso concreto, mas nada se pode dizer quanto à *medição* da intensidade da abertura. Não obstante, é plenamente conhecido o critério de avaliação, que é o respeito ou não à legalidade. Sendo assim, podemos concluir, com um posicionamento conscientemente prático, que o importante é decidir se o tipo está para cá ou para lá da fronteira da legalidade, se o grau é *aceitável* ou *inaceitável*.

Portanto, sem ignorar a infundável variação de graus entre os tipos penais, basta-nos saber se o tipo ultrapassou a linha do aceitável. Ao invés de procurarmos uma quantificação absoluta, lançamos mão de um critério relativo – e *relativo à legalidade* –, que é o que realmente tem relevância.

Assim, os critérios para aferirmos o grau de abertura devem ser colhidos nas razões do mandato de certeza e podem ser operacionalizados mediante a dualidade entre o que é ou não condizente com a legalidade. Ante todas essas colocações, podemos iniciar novas investigações, perquirindo em detalhes quais são estes critérios, bem como outras particularidades da avaliação do grau aceitável de abertura. Neste sentido, oferecemos nossa contribuição no item seguinte, procurando aliar os problemas já vistos às observações teóricas e práticas relacionadas.

7.3. PROPOSTAS DE SOLUÇÕES

Diante da revisão teórica que oferecemos, cabe-nos propor uma solução para o problema que circunda a idéia de tipicidade aberta. Com efeito, é essencial, antes de tudo, identificar que o risco da abertura não é outro senão o de arbitrariedade. Por essa razão que discorreremos mais detidamente sobre o princípio da legalidade, garantia colocada para o homem contra o perigo do arbítrio.

Ocorre que o princípio da legalidade, em sua específica faceta do mandato de certeza, não se limita à função de contraponto à abertura, mas é também o referencial a ser utilizado para a solução do problema. Ou seja, é exatamente a função desempenhada pelo mandato de determinação e de taxatividade que servirá de pauta para a avaliação criteriosa da tolerância ou não da abertura de um dado tipo. Deve-se examinar, à luz da legalidade, se a abertura, naquela comunidade cultural, pode ou não ser admitida.

O princípio da certeza pode ser considerado como um *ideal interpretativo*, a ser observado pelo magistrado diante do caso concreto, exatamente no momento de individualização da norma, e não somente na etapa anterior, de avaliação da lei em abstrato. Isto é, o juiz não se atém a verificar a claridade ou não da norma. Vai além, para considerar – no momento de determinação do *conteúdo individual* do dever-ser – qual o sentido mais adequado a um ideal de certeza e de previsibilidade. O sentido normativo a ser consolidado na decisão será aquele que, dentre os possíveis, melhor atenda a este desiderato.

Volvendo os olhos para o passado, percebemos que a postulação inicial da legalidade, na época do Iluminismo, opunha-se ao arbítrio dos magistrados, razão pela qual se chegou mesmo a dizer que não caberia ao juiz interpretar a lei. Depois, FEUERBACH acentuou o papel da legalidade na função preventiva do Direito Penal, pois o conhecimento prévio do que seja proibido é imprescindível para a coação psicológica. Após o desvario comunista e nazista, a legalidade cresceu em importância no cenário maior de consagração dos Direitos Humanos. No plano nacional, a ampliação da legalidade também foi acolhida, estando hoje não só no Código Penal, mas na própria Constituição da República.

O percurso histórico da legalidade revela fatores essenciais para o problema da abertura dos tipos penais. Com efeito, apesar de não ser mais razoável negar a atividade interpretativa ou mesmo criativa dos julgadores, a lição iluminista destaca que o operador do Direito está sim condicionado por limites, por fronteiras que estão para além de seu talante.

Além disso, o magistério de FEUERBACH ensina que na avaliação do grau de abertura, é preciso levar em conta a previsibilidade da conduta típica, ou seja, o juiz deve examinar se naquele caso específico era possível ao agente conhecer a ação apenada, se os termos legais, contextualizados naquela situação específica, permitiam ao sujeito saber o

que era proibido; caso contrário, não estaria sendo observada a função preventiva da lei penal e, portanto, a abertura típica teria extrapolado os contornos da legalidade, tornando-se inconstitucional.

Lembre-se, por exemplo, do julgamento estudado acima, no qual os Ministros do Supremo Tribunal Federal precisaram decidir se os signos “*praticar tortura*” eram suficientes para significar, no caso que lhes fora ajuizado, uma conduta criminal. Em suas considerações, os Ministros seguidores da tese vencedora notaram que mesmo tão exíguas palavras eram capazes de apontar, com bastante certeza, qual era a ação típica. Vale dizer, o fundamento utilizado para declarar a constitucionalidade do tipo penal pautou-se também pela possibilidade de cognição do conteúdo significativo daquele enunciado legal.

Os eventos trágicos do séc. XX trazem aos juristas a responsabilidade por assegurar a legalidade na essência do Direito. E o desenvolvimento teórico desse princípio, especialmente no aspecto da certeza, fornece aos operados um instrumental mais seguro para o tratamento da abertura. Mandato de certeza e mandato de taxatividade: são estes os dois grandes aliados dos juristas no momento de dizer se um dado tipo penal respeita ou não as fronteiras da legalidade, se avança ou não a linha aceitável da abertura típica.

Cumpra-nos salientar que a avaliação da abertura, seu cotejo com a legalidade, com aqueles mandatos principiológicos, só pode ser realizada concretamente, diante de um contexto bem delineado. É que, como repetidamente falamos, a pluralidade significativa dos signos lingüísticos torna impraticável – ou pelo menos deveras improvável – a avaliação meramente abstrata dos textos legais, pois é difícil determinar, sem o substrato fático e valorativo da realidade, se um determinado enunciado cumpre ou não aquelas funções precípua concernentes à legalidade.

Trata-se, conforme Chaves CAMARGO, do sistema *aberto* de Direito Penal:

“Verifica-se, portanto, que o sistema aberto de Direito Penal não se configura como algo arbitrário e em constante transformação. Ao contrário, aqueles conhecimentos jurídicos decorrentes do debate científico, e que foram assentados como ordenados dentro do próprio sistema, são levados em conta, no momento da aplicação. O que não se acolhe, como definitivo, são as soluções encontradas, por não serem

permanentes, nem eternas, e poderão, a qualquer momento, levar a novos debates, modificando as conclusões anteriores”⁷⁶⁶.

Essa nova compreensão do Sistema Penal foi também aventada por VISSER’T HOOFT, o qual se contrapôs à formulação iluminista de MONTESQUIEU:

“o juiz não é a boca da lei, mas de certo modo o porta-voz de um sistema aberto (*open system*) do qual faz parte integrante a margem de apreciação judicial; não há a ‘lei’ de um lado e de outro lado uma certa latitude interpretativa existente em momentos isolados; ao contrário, a lei é sempre vista *através* de um leque de fatores (de perspectivas) formados pelos modos clássicos da interpretação *stricto sensu*, os princípios gerais do direito, os raciocínios jurídicos (por exemplo, o raciocínio ‘por analogia’), as necessidades sociais”⁷⁶⁷.

Contudo, esse é somente o primeiro passo da solução, pois diz respeito ao arcabouço teórico a ser manejado. O ponto mais crítico, e talvez seja este o grande problema que se esconde por detrás da abertura típica, é o *controle*. O risco da arbitrariedade, faticamente, só poderá ser combatido através do controle das decisões judiciais⁷⁶⁸. De nada adianta uma avaliação teórica, apontando que um dado tipo ultrapassou o grau tolerável de abertura, se a decisão que concretiza tal vício não é controlada.

Por óbvio, esta ilação teórica também não pode coibir interpretações inadequadas, dissonantes deste ideal principiológico. Porém, atentos a esta construção, os Tribunais podem realizar o controle jurisdicional. Mais uma vez, o problema se transfere para uma instância superior, não sendo resolvido de pronto. Ou seja, esta nova abordagem do tema da abertura típica implementa mais um dever para os juízes: a necessidade de controlar o grau aceitável de abertura dos tipos penais. Todavia, enunciar este dever é somente o aspecto doutrinário do trabalho, pois a efetivação dessa atividade diz respeito aos Tribunais, os quais, por sua vez, também precisam ser controlados.

⁷⁶⁶ CAMARGO, Antonio Luis Chaves, *op. cit.* (nota 296), p. 26.

⁷⁶⁷ *Apud* CORACINI, Celso Eduardo Faria, *op. cit.* (nota 739), p. 125.

⁷⁶⁸ É como diz HASSEMER: “A legalidade não é uma característica, mas, sim, a tarefa e objetivo do sistema da justiça penal”. HASSEMER, Winfried, *op. cit.* (nota 111), p. 53. No mesmo sentido: “Estas metas sólo pueden lograrse en la medida en que los presupuestos y modo del control social jurídicopenal sean ‘seguros’; este es el sentido que tiene el principio de legalidad visto desde el punto de vista de la formalización”. HASSEMER, Winfried *et* MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 118.

Em nosso sistema jurídico, no qual os recursos podem – a princípio – atingir as duas Casas máximas de Justiça, o controle será cada vez mais restrito a um número menor de julgadores. Deste modo, o que as Cortes Superiores disserem valerá como controle da atividade jurisdicional pátria, servindo como garantia de determinação do sentido normativo. Pode-se indagar que mesmo aqueles Tribunais maiores estão sujeitos a interpretações inadequadas. A isto responderemos que, inarredavelmente, se trata de um risco de nosso modelo de Estado⁷⁶⁹.

A aceitabilidade de tal modelo, e suas conformações a soluções novas, também são controladas e orientadas pelos demais poderes, tanto em normativas legais, como através de pressões. Neste sentido, as súmulas vinculantes atenderam a uma compreensão de que ao Supremo Tribunal Federal deveria caber um poder maior de controle, servindo como um exemplo em nossa seara. Da mesma forma, temos as ações de controle de constitucionalidade, o sistema recursal e o valor cada vez maior do precedente judicial.

Estas são algumas das soluções encontradas e aplicadas para lidar com um problema que, de qualquer modo, não pode ser resolvido em definitivo, porquanto se vincula à característica essencialmente livre do ser humano. Inobstante, a questão pode ser trabalhada, pautando-se por soluções contingentes e em desenvolvimento.

Contamos, após todo este trajeto, com as sábias palavras de Miguel REALE:

“Prefiro dizer que certeza e segurança formam uma ‘díade’ inseparável, visto como, se é verdade que quanto mais o direito se torna certo, mais gera condições de segurança, também é necessário não esquecer que a certeza estática e definitiva acabaria por destruir a formulação de novas soluções mais adequadas à vida, e essa impossibilidade de inovar acabaria gerando a revolta e a insegurança. Chego mesmo a dizer que uma segurança absolutamente certa seria uma razão de insegurança, visto ser conatural ao homem – único ente dotado de liberdade e de poder de síntese – o impulso para a mudança e a perfectibilidade”⁷⁷⁰.

⁷⁶⁹ Na visão de CORACINI: “Os diferentes graus de jurisdição e o sistema de reapreciação judicial de casos contribuem para a estabilização das expectativas sobre o significado do Direito, conduzindo à necessidade de admitir-se que certeza e segurança jurídicas perdem qualquer pretensão ao absoluto e devem ser analisadas em variáveis graus de intensidade”. CORACINI, Celso Eduardo Faria, *op. cit.* (nota 739), p. 141. Há ainda vasto campo para investigações acadêmicas nessa área. Veja-se, por exemplo, a observação de HASSEMER: “Ao lado da formação e da seleção de juristas orientadas pelos padrões do estado de Direito, dois outros fatores, até certo ponto característicos da nossa justiça penal, são relevantes para a realização da proibição da analogia: a estruturação da jurisdição num sistema transparente e o acompanhamento crítico da jurisdição pela opinião pública”. HASSEMER, Winfried, *op. cit.* (nota 111), p. 67.

⁷⁷⁰ REALE, Miguel, *op. cit.* (nota 655), p. 87.

8. CONCLUSÃO

O princípio da legalidade é uma conquista de primeira grandeza para nossa sociedade, tendo sido amparado na Lei, na Constituição e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Ao lado de sua consagração no Direito positivo, ocorreu também seu desenvolvimento teórico, culminando na distinção de quatro aspectos que o compõem: *lex scripta*, *lex stricta*, *lex praevia*, *lex certa*.

Na evolução do tipo penal, diversos problemas foram suscitados, destacando-se os chamados elementos normativos do tipo, bem como a crescente complexidade da figura típica. Como parte desse desenvolvimento, foi criada a dicotomia entre os tipos fechados e os tipos abertos, inicialmente formulada por WELZEL, e depois acolhida pela doutrina.

Os tipos abertos são criticados por atentarem contra o princípio da legalidade, especialmente no que toca ao mandato de certeza. Entretanto, a teoria hermenêutica atual revela que essa observação parte de uma visão ultrapassada do que seja a norma, devendo ser revista.

É necessário reavaliar a dicotomia entre os tipos fechados e os tipos abertos. Aqui oferecemos nossa contribuição teórica, para dizer que a questão não está no campo da qualidade dos tipos – todos inarredavelmente abertos – mas sim no *grau* de abertura que apresentam, na *intensidade* desta sua característica.

Uma vez considerado o problema sob essa perspectiva, é preciso notar que a crítica permanece, mas com outros contornos, para figurar quanto à tolerância ou não de um dado grau de abertura, o qual deve ser avaliado na comunidade cultural em que se insere, tomando a norma contextualizada.

Para operacionalizar o exame da abertura, postulamos *critérios* pautados pelos fundamentos que levaram à criação do princípio da legalidade, os quais pretendiam evitar a arbitrariedade e também assegurar a função preventiva da norma penal. Portanto, nosso trabalho apresenta mais uma obrigação do magistrado, consubstanciado no dever de avaliar a tolerância ou não do grau de abertura do tipo, de acordo com os critérios dogmáticos mencionados, amparados na legalidade.

Além disso, após o julgamento da aceitabilidade ou não do grau de abertura, é preciso oferecer uma resposta pragmática, que é concretizada pela via do *controle*. Este controle pode ser de diversas formas e, no campo jurisdicional, apresenta características peculiares. Dentre os instrumentos dispostos no sistema brasileiro, podemos assinalar as ações de controle de constitucionalidade, os recursos e as súmulas, com especial atenção para as chamadas súmulas vinculantes.

Destarte, a solução para o caráter aberto dos tipos penais não é encontrada em uma fórmula teórica definitiva, mas sim na dinâmica da atividade jurídica, que demanda de todos nós, operadores e estudiosos, uma perene atuação em prol da liberdade.

9. BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola, *Dicionário de Filosofia*, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ADRIASOLA, Gabriel, *Juez, legislador y principio de taxatividad en la construcción del tipo penal*, in *El penalista liberal: Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología*, Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

ANDRÉS IBANEZ, Perfecto, *Neutralidade ou pluralismo na aplicação do direito? Interpretação judicial e insuficiência do formalismo*, in *Revista do Ministério Público*, vol. 17, nº 65, Lisboa: 1996.

ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale: Parte Generale*, Milano: Giuffrè, 1997.

ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros, 2007.

BACIGALUPO, Enrique Z., *Manual de derecho penal: parte general*, Santa Fe de Bogotá: Temis, 1996.

_____, *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BARATTA, Alessandro, *Positivismo Giuridico e Scienza del Diritto Penale: aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Milano: Giuffrè, 1966.

BARDAZANO GRADIN, Gianella, *El lugar de la interpretación literal en la decisión judicial*, in *Revista de Derecho Penal*, nº 14, Montevideo: 2004.

BATISTA, Nilo, *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*, Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____, *Observações sobre a norma penal e sua interpretação*, in *Revista de Direito Penal*, nº 17/18, Rio de Janeiro: 1975.

BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*, São Paulo: Atena, 1959.

- BELING, Ernst von, *Esquema de Derecho penal: La doctrina del delito-tipo*, Buenos Aires: Depalma, 1944.
- BERNASCONI, Costanza, *Il difficile equilibrio tra leagalità ed offensività nella tutela penale dell'ambiente*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, Ano XVI, nº 1-2: CEDAM, 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto, *Código Penal comentado*, São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____, *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2006.
- BITTAR, Eduardo C. B., *Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica*, in *Hermenêutica plural – Possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*, BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu et RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.), São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BOBBIO, Norberto, *O positivismo jurídico – lições de filosofia do Direito*, São Paulo: Ícone, 2006.
- _____, *Teoria do ordenamento jurídico*, Brasília: Universidade de Brasília, 1995.
- BOSCARELLI, Marco, *A proposito del principio di tassatività*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, vol. 24, Milano: 1981.
- BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu et RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.), *Hermenêutica plural – Possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*, São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BRUNO, Aníbal, *Sôbre o tipo no Direito Penal*, in *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Néelson Hungria*, Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, 1962.
- BULOS, Uadi Lammêgo, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007.
- BUSATO, Paulo César, *Derecho penal y acción significativa – un análisis de la función negativa del concepto significativo de acción en derecho penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007.

- CAMARGO, Antônio Luís Chaves, *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, São Paulo: Cultural Paulista, 2002.
- _____, *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*, São Paulo: Cultural Paulista, 2002.
- _____, *Tipo penal e linguagem*, Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro, *Juízes Legisladores?*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- CARUSO, Giovanni, *La discrizionalità penale: tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2009.
- CEREZO MIR, José, *Ontologismo e normativismo na teoria finalista*, in *Ciências Penais*, Ano 1, 00, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.
- CERVINI, Raul, *El principio de legalidad y le imprescindible determinación suficiente de la conducta incriminada em los crímenes contra el sistema financiero: art. 4 de la ley 7.492/86*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 48, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- CÉSAR ESPÍNOLA, Julio, *Código Penal alemán: parte general*, Buenos Aires: Depalma, 1976.
- CHICHIZOLA, Mario I., *Codigo Penal de la Nacion Argentina*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- CORACINI, Celso Eduardo Faria, *Jurisprudência penal e determinação típica – Entre o princípio da legalidade e a criação do Direito pelo juiz*, São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004 (Dissertação de Mestrado).
- CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Tomo I, Coimbra: Almedina, 1993.
- DASCAL, Marcelo, *Interpretação e compreensão*, São Leopoldo: Unisinos, 2006.

- DAZA GÓMEZ, Carlos, *¿Los tipos culposos: tipos abiertos? Algunas consideraciones sobre el “fin de protección de la norma” en la acreditación del delito culposos*, in *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, vol. 10, Buenos Aires: 2005.
- DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto *et alii*, *Código Penal comentado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto, *Garantismo, legalidade e interpretação da lei penal*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 67, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*, São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007.
- _____, *Direito Penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- DOHNA, Alexander Graf Zu, *La estructura de la teoria del delito*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.
- DOTTI, René Ariel, *Curso de direito penal: parte geral*, Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- DROMI, Roberto *et* MENEM, Eduardo, *La Constitución Reformada – comentada, interpretada y concordada*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1994.
- ECO, Umberto, *Os limites da interpretação*, São Paulo: Perspectiva, 2008.
- ENGISCH, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.
- FARALLI, Carla, *A filosofia contemporânea do direito – Temas e desafios*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FARIA, A. Bento de, *Código Penal brasileiro (comentado)*, vol. I, Rio de Janeiro: Distribuidora Récord, 1958.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*, São Paulo: Atlas, 2001.

- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2007.
- FIANDACA, Giovanni, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, vol. 44, Milano: 2001.
- _____, *I reati sessuali nel pensiero di Francesco Carrara: un onorevole compromesso tra audacia illuministica e rispetto per la tradizione*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, vol. 31, Milano: 1998.
- FIANDACA, Giovanni et MUSCO, Enzo, *Diritto penale: Parte generale*, 3ª ed., Bologna: Zanichelli, 1995.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Apontamentos sôbre o conceito de crime no direito soviético*, in *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, nº 5, vol. 2, Rio de Janeiro: 1964.
- _____, *Lições de Direito Penal: Parte Geral*, São Paulo: Bushatsky, 1977.
- FRANCO, Alberto Silva et STOCO, Rui (coord.), *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FREITAS, Juarez, *A interpretação sistemática do Direito*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
- GADAMER, Hans-Georg, *Hermenêutica em retrospectiva – A Virada hermenêutica*, vol. II, Petrópolis: Vozes, 2007.
- _____, *Verdade e método II – complementos e índice*, Bragança Paulista: Vozes, 2004.
- GIOFFREDI, Carlo, *I principi del diritto penale romano*, Torino: G. Giappichelli, 1970.
- GOMES, Luiz Flávio et GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Direito Penal: Parte geral*, vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, *Direito Penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*, São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, M. Maia, *Código Penal Português: anotado e comentado e legislação complementar*, Coimbra: Almedina, 1986.

GRECO, Rogério, *Curso de direito penal: parte geral*, Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GRECO FILHO, Vicente, *Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores*, in *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*, José de Faria Costa e Marco Antonio Marques da Silva (coord.), São Paulo: Quartier Latin, 2006.

HART, Herbert L. A., *O conceito de Direito*, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

HASSEMER, Winfried, *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

_____, et MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HUNGRIA, Nélon, *Comentários ao Código Penal*, vol. I, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949.

HURTADO POZO, José, *A propósito de la interpretación de la ley penal*, in *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, vol. 14, nº 55/56, Buenos Aires: 1991.

JAKOBS, Günther, *Bases para una teoría funcional del Derecho Penal*, Lima: Palestra, 2000.

_____, *Derecho Penal: Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid: Marcial Pons, 1995.

_____, *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid: Civitas, 2004.

_____, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Civitas, 1997.

_____, *Fundamentos del Derecho Penal*, Buenos Aires: Ad Hoc, 1996.

- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, Granada: Comares, 1993.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, Tomo III: *El delito*, Buenos Aires: Losada, 1992.
- KAUFMANN, Armin, *Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad*, in *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, tomo XXXVII, fascículo I (janeiro-abril), Madrid: 1984.
- KAUFMANN, Arthur, *Filosofia do Direito*, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.
- KELSEN, Hans, *Teoria pura do Direito*, 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- LEONARDO, Marcelo, *Crimes ambientais e os princípios da reserva legal e da taxatividade do tipo em Direito Penal*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 37, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LOCKE, John, *The second treatise on civil government*, New York: Prometheus Books, 1986.
- LOPES, Luciano Santos, *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.
- LUHMANN, Niklas, *Sociologia do Direito*, vol. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- LUISI, Luiz, *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.
- LYRA, Roberto, *Expressão mais simples do direito penal (introdução e parte especial)*, Rio de Janeiro: José Konfino, 1953.
- _____, *Noções de direito criminal (Parte Especial)*, vol. I, Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1944.
- MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal*, Vol. I, Bogotá: Temis, 1954.
- MANZINI, Vincenzo, *Trattato di Diritto Penale italiano*, vol. I, Torino: Torinese, 1950.

MARKY, Thomas, *Curso elementar de direito romano*, São Paulo: Saraiva, 1995.

MARQUES, José Frederico, *Curso de Direito Penal: volume I – propedêutica penal e norma penal*, São Paulo: Saraiva, 1954.

_____, *Curso de Direito Penal: volume II – da infração penal*, São Paulo: Saraiva, 1956.

MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal: Parte general*, vol. I, Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994.

MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e aplicação do Direito*, 8ª ed., São Paulo: Freitas Bastos, 1965.

MAYER, Max Ernst, *Normas jurídicas y normas de cultura*, Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira, *Teoria dos tipos penais: Parte Especial do Direito Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____, *Tipos penais abertos*, in *Boletim IBCCRim*, fasc. 30, São Paulo: 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires, et BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2009.

MESTIERI, João, *Manual de direito penal*, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MEZGER, Edmund, *Derecho penal – Parte General*, Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1958.

_____, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

MIR PUIG, Santiago, *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini et FABBRINI, Renato N., *Manual de Direito Penal: Parte Geral, Arts. 1º a 120 do CP*, vol. 1, São Paulo: Atlas, 2007.

MOMMSEN, Teodoro, *Derecho penal romano*, Bogotá: Temis, 1991.

- MONTE, Elio Lo, *Reflexiones sobre técnica legislativa y ley penal: el problema de la inteligibilidad de los tipos penales*, in *Revista de Derecho Penal*, nº 16, Montevideo: 2006.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, *O espírito das leis*, São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962.
- NEVES, A. Castanheira, *Metodologia Jurídica – Problemas fundamentais*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993.
- _____, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, Coimbra: Coimbra, 2003.
- NORONHA, E. Magalhães, *Direito penal*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1993.
- NUCCI, Guilherme de Souza, *Código Penal Comentado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____, *Código Penal comentado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- OLAECHEA, José Urquiza, *Principio de determinación de la ley penal*, in *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos – in memoriam*, vol. I, Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha e Universidad Salamanca, 2001.
- OLIVEIRA, José Luiz de, *A função judicial na integração dos tipos penais*, São Paulo: Universidade de São Paulo, 1988 (Tese de Doutorado).
- PAGLIARO, Antonio, *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, vol. 43, Milano: 2000.
- PALAZZO, Francesco C., *Valores constitucionais e Direito Penal – Um estudo comparado*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.
- PASQUALINI, Alexandre, *Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível*, in *Hermenêutica plural – Possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*, BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu et RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.), São Paulo: Martins Fontes, 2005.

- PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*, São Paulo: Saraiva, 2006.
- PRADO, Luis Regis, *Comentários ao Código Penal: doutrina: jurisprudência selecionada: leitura indicada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____, *Curso de direito penal brasileiro*, vol. I, parte geral, arts. 1º a 120, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- QUEIROZ, Paulo, *Direito penal: parte geral*, São Paulo: Saraiva, 2006.
- REALE, Miguel, *Filosofia do direito*, São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____, *Nova fase do Direito Moderno*, São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____, *Teoria Tridimensional do Direito*, São Paulo: Saraiva, 1994.
- REALE JÚNIOR, Miguel, *Instituições de Direito Penal – Parte Geral*, vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____, *Razão e subjetividade no Direito Penal*, in *Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, ano 1, São Paulo: 2004.
- _____, *Teoria do delito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- REDONDO HERMIDA, Álvaro, *La función de la política criminal en la más reciente jurisprudência del Tribunal Supremo*, in *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, vol. 4, Madrid: 2007.
- RESTA, Eligio, *La legalità apparente*, in *Dei delitti e delle pene*, nº 3, 1994/1996.
- RIGAUX, François, *A Lei dos Juízes*, São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- RIONDATO, Silvio, *Legalità penale versus prevedibilità delle nuove interpretazioni. Novità dal Corpus Juris 2000*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, Ano XIII, nº 4: CEDAM, 2000.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dir.), JORGE BARREIRO, Agustín (coord.) *et alii*, *Comentarios al código penal*, Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal - Parte General - Tomo I - Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid: Civitas, 1997.

_____, *Estudos de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____, *Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 9, julho-setembro, nº 35, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

_____, *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Buenos Aires: Depalma, 1979.

ROXIN, Claus, ARZT, Gunther *et* TIEDEMANN, Klaus, *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, Barcelona: Ariel, 1989.

RUGGIERO, Giuseppe, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Napoli: Jovene Napoli, 1965.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo, *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*, São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos, *A moderna teoria do fato punível*, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SAUER, Guillermo, *Derecho Penal: Parte general*, Barcelona: Bosch, 1956.

SCHÜNEMANN, Bernd, *Las reglas de la técnica en Derecho Penal*, in *Obras*, Tomo II, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*, São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____, *Direito penal econômico como direito penal de perigo*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

_____, *Direito penal supra-individual: interesses difusos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

- _____, *Linhas reitoras da adequação social em Direito Penal*, São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009 (Tese de Titularidade).
- SÜB, Franck, *El trato actual del mandato de determinación*, in *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, 2000.
- TAVARES, Juarez, *Interpretación, principio de legalidad y jurisprudencia*, in *Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 40, nº 3, Madrid: 1987.
- _____, *Teoria do injusto penal*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- TELES, Ney Moura, *Direito penal: parte geral: arts. 1º ao 120*, vol. 1, São Paulo: Atlas, 2004.
- TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios básicos de direito penal*, São Paulo: Saraiva, 1994.
- URQUIZO OLAECHEA, José, *Principio de determinación de la ley penal*, in *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos – in memoriam*, vol. I, Cuenca: Univerisdad de Castilla-La Mancha e Universidad Salamanca, 2001.
- VARGAS, José Cirilo de, *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*, Tomo I, Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- VASSALI, G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, vol. VIII, Torino: UTET, 2001.
- VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de, *El principio de legalidad penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- VON LISZT, Franz, *Tratado de Direito penal alemão*, Tomo I, Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899.
- WELZEL, Hans, *Culpa e delitos de circulação*, in *Revista de Direito Penal*, nº 3, Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- _____, *Derecho penal alemán*, 4ª edição castelhana, Santiago de Chile: Juridica de Chile, 1997.

_____, *Derecho penal: Parte general*, Buenos Aires: Depalma, 1956.

_____, *El nuevo sistema del Derecho penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Buenos Aires: B. de F., 2004

_____, *La teoría de la acción finalista*, Buenos Aires: Depalma, 1951.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*, Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

_____, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, et SLOKAR, Alejandro, *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*, Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____, et PIERANGELI, José Henrique, *Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZDRAVOMÍSLOV, SCHNEIDER, KÉLINA et RASHKÓVSKAIA, *Derecho penal soviético – Parte general*, Bogotá: Temis, 1970.