

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Carlos Eduardo Rocha Mussolini

A CRISE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Belo Horizonte
2020

Carlos Eduardo Rocha Mussolini

A CRISE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Henrique Viana Pereira.

Área de concentração: Direito Penal.

Belo Horizonte

2020

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M989c Mussolini, Carlos Eduardo Rocha
A crise do princípio da legalidade / Carlos Eduardo Rocha Mussolini. Belo Horizonte, 2020.
102 f.

Orientador: Henrique Viana Pereira
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Legalidade (Direito). 2. Direito penal - Legislação - Brasil. 3. Tipicidade. 4. Princípio da dignidade da pessoa humana - Brasil. 5. Culpabilidade - Brasil. 6. Devido processo legal - Brasil. 7. Tipo (Direito penal) - História. I. Pereira, Henrique Viana. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343.21

Carlos Eduardo Rocha Mussolini

A CRISE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Penal.

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva – PUC Minas (Examinador)

Prof. Dr. Eduardo Bruno Avellar Milhomens – IBCCRIM (Examinador)

Profa. Dra. Renata Furtado de Barros – PUC Minas (Suplente)

Belo Horizonte, 11 de março de 2020.

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente à minha esposa por todo seu apoio, incentivo, companheirismo, sacrifício e, principalmente, por ter sido aquela que permitiu, desde a graduação, que tudo isso fosse possível.

À minha filha, por ser a imagem pelo qual eu buscava conforto e ânimo para nunca desistir.

À minha mãe pelo costumeiro cuidado, incentivo e pelo amor explícito que acabaram por me incentivar nos momentos mais difíceis.

À minha irmã Bárbara por sempre me cobrar comprometimento, ajudar com as burocracias da secretaria e me honrar com sua doçura.

Ao professor orientador Henrique Viana pela paciência, pela disponibilidade e principalmente por nunca ter desistido deste tão problemático orientando.

Ao professor Carlos Augusto Canedo pelo exemplo de profissional, mentor acadêmico e defensor incondicional da democracia.

Ao professor Eduardo Milhomens pelos constantes conselhos e pelo exemplo acadêmico.

Aos amigos que me ajudaram até o final, em especial Pedro Olguin, Élder Lúcio, Leonardo Vilela, Alana Carlech e Márcia Teodoro, pelos corriqueiros auxílios, lembranças e principalmente pelo incentivo!

E aos funcionários da PUC Minas, sempre cordiais e dispostos a ajudar, muitíssimo obrigado!

RESUMO

A presente dissertação de mestrado tem por objetivo apresentar de forma sistemática estudos sobre a consolidação histórica do Princípio da Legalidade e seu processo de crise entre tipo e tipicidade. O tipo penal compreende a descrição dos elementos que identificam a conduta proibida pela norma, enquanto a tipicidade é a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora. O trabalho foi lastreado na construção e evolução da teoria do delito dentro na dogmática penal, bem como na análise do papel que desenvolveu o princípio da Legalidade em sua construção e modulação das políticas dos Estados ao longo dos anos. Por aproximadamente quase 500 anos, perceberemos como foram as primeiras manifestações da doutrina, seu surgimento nas codificações e sua construção na dogmática penal. Também verificaremos ao longo da evolução da teoria do tipo penal, o perceptível movimento de intensificação da complexidade acerca da análise da compatibilidade do princípio da Legalidade com a necessidade de permitir que a interpretação possa fazer parte dos elementos do tipo penal. Desta forma verificaremos que a tipicidade é a condição para que o procedimento penal ocorra e torne possível, em consonância com a Legalidade Penal, a análise dogmática da imposição de uma pena. Entretanto, quando verificamos a necessidade do uso da interpretação da linguagem para a real subsunção do fato à norma, surge-se uma crise que será o ponto central do presente trabalho. Por fim, verificaremos que o senso comum teórico dos juristas acerca da necessidade de precisão e clareza das palavras nos tipos penais não está errado, entretanto, é necessário perceber a abertura interpretativa decorrente do contexto em que certos tipos penais foram criados, bem como após uma detida análise da interpretação da atual concepção de tipo penal, a discussão da questão da vagueza e ambiguidade da lei poderá não estar ligado à qualidade da redação típica. Em breve síntese, é o que será apresentado.

Palavras-chave: Direito penal. Princípio da legalidade. Evolução histórica. Tipicidade. Interpretação do tipo penal.

ABSTRACT

This master's dissertation aims to present a systematically study on the historical consolidation of the Principle of Legality and its cyclical process of instrumentalization in typicality. The penal type comprises the description of the elements that identify the conduct prohibited by the rule, while the typicality is the correspondence between the fact practiced by the agent and the description of each type of infraction contained in the incriminating criminal law. The work was based on the construction and evolution of the theory of crime within criminal dogmatics, as well as on the analysis of the role that the principle of Legality has developed in its construction and modulation of State policies over the years. For nearly 500 years, we will see how the doctrine first manifested, its appearance in codifications and its construction in criminal dogmatics. We will also verify throughout the evolution of the theory of the penal type, the noticeable movement of intensification of the complexity regarding the analysis of the compatibility of the principle of Legality with the need to allow the interpretation to be part of the elements of the penal type. In this way we will verify that the typicality is the condition for the criminal procedure to occur and make possible, in line with the Criminal Legality, the dogmatic analysis of the imposition of a penalty. When we verify the need to use language interpretation for the real subsumption of the fact to the norm, a crisis arises that will be the central point of the present work. Finally, we will verify that the juridical common sense of lawyers about the need for precision and clarity of words in criminal types is not wrong. However, it is necessary to understand the interpretative openness resulting from the context in which certain criminal types were created, as well as after a careful analysis of the interpretation of the current conception of a criminal type, the discussion of the vagueness and ambiguity of the law may not be linked to the typical writing quality. In brief, this is what will be presented.

Keywords: Criminal Law. Legality principle. Historical developments. Typicality. Interpretation of penal type.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CP	Código Penal
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
n.	Número
p.	Página
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: PILARES E RAÍZES EXISTENCIAIS	21
2.1 Legalidade e sua origem.....	21
2.1.1 <i>A legalidade nas sociedades primitivas.....</i>	22
2.1.2 <i>Primeiro paradigma: ausência da Legalidade e o Direito Romano.....</i>	24
2.1.3 <i>A substituição do Jus pelo Directum</i>	25
2.1.4 <i>Idade Média e escolástica tardia Ibérica</i>	26
2.1.5 <i>O idealismo alemão.....</i>	29
2.2 O sistema Penal e o Conceito de Legalidade	37
2.3 O Sistema Penal e as primeiras manifestações	37
3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E FORMAS DE ESTADO	41
3.1 Formas de Estado	41
3.1.1 <i>Estado Teocrático</i>	41
3.1.2 <i>Estado Totalitário</i>	43
3.1.3 <i>Estado de Direito.....</i>	44
3.2 Proteção e Direito.....	46
3.2.1 <i>Proteção dos Indivíduos da Sociedade</i>	46
3.2.2 <i>A Legalidade no “Civil Law” e no “Common Law”</i>	46
3.3 Desenvolvimento do Princípio da Legalidade no Direito Penal	48
3.3.1 <i>Constituições e legislações infraconstitucionais no Direito Penal</i>	50
3.3.1.1 <i>Constituição do Império de 1824.....</i>	50
3.3.1.2 <i>Constituição de 1891.....</i>	50
3.3.1.3 <i>Código Penal de 1890.....</i>	53
3.3.1.4 <i>Constituição de 1934.....</i>	54
3.3.1.5 <i>Constituição de 1937.....</i>	56
3.3.1.6 <i>Constituição de 1946.....</i>	55
3.3.1.7 <i>Constituição de 1988.....</i>	57
4 CONSECUTÓRIOS PENAIS	59
4.1 Analogia	59
4.2 Tipos penais abertos (<i>Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Certa</i>)	63
4.3 Anterioridade da Lei Penal (<i>Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Previa</i>).....	69
4.4 Costumes (<i>Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Scripta</i>).....	71
5 LEGALIDADE E TIPICIDADE PENAL	75
5.1 O surgimento da tipicidade e sua evolução.....	75
5.2 Elementos do tipo e suas funções.....	79
5.3 O tipo penal.....	80
6 ATUAIS MITIGAÇÕES	85
6.1 A interpretação da jurisprudência como complemento do tipo penal e a preservação do tipo penal	85

6.2 Os tipos penais abertos, culposos e a estrita Legalidade.....	87
7 CONCLUSÃO	93
REFERÊNCIAS	97

1 INTRODUÇÃO

O Princípio da Legalidade se confunde com a fundação do próprio Estado democrático de direito e, tal assertiva decorre do fato que o referido princípio tem como principal função garantir que o Estado não cometa abusos quanto aos direitos de seus cidadãos. Por toda história percebemos que as democracias surgiram para combater o despotismo exacerbado por parte de chefes de Estado ou, até mesmo, de seus representantes.

Sua história contribuiu, não só para a concepção dos regimes de Estado como, também, para a construção dos modelos de direito e, principalmente, para a construção da atual dogmática Penal.

O tema tem, cada vez mais, sido objeto de análise de juristas e tribunais que se debruçam sobre seus contornos a fim de se compreender como um princípio, muito embora positivado tanto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), quanto na legislação infraconstitucional, ainda vem sendo contornado pela jurisprudência pátria.

O princípio da legalidade é um conceito jurídico que faz parte dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, e estabelece que não existe crime ou pena se não estiverem previstos em lei. A palavra princípio significa algo que vem logo no começo, a causa, o que dá a base e é uma definição pela qual a teoria se desenvolve. No universo jurídico, os princípios são postulados criados para estruturar o Estado de Direito.

A legalidade é, portanto, uma das bases do ordenamento jurídico brasileiro, e todas as normas devem respeitar esta noção da nulidade de punição no caso de inexistência de regra prévia. O postulado aparece expresso em nosso ordenamento, na CRFB/88, assim como também faz parte do Código Penal Brasileiro (CP).

Uma vez vigente a norma e verificada sua legalidade formal, não é suficiente que a mesma será válida, seu conteúdo depende de certos requisitos para que possa ser aplicável, dentre eles a sua taxatividade e precisão, caso contrário, acabaríamos por adotar tão somente o chamado princípio da mera legalidade, fato bem definido pelo professor Rogério Greco: "a aceitação em nosso ordenamento jurídico de uma norma que atendesse tão somente às formas e aos procedimentos destinados à sua criação conduziria a adoção do princípio da mera legalidade, segundo a expressão utilizada por Ferrajoli" (GRECO, 2013, p. 98).

O interesse desta pesquisa encontra-se na observação de que o princípio da legalidade, muito embora positivado tanto na CRFB/88 quanto na legislação infraconstitucional, por vezes acabou sendo contornado e ignorado pelos tribunais. Isto acaba por demonstrar que a sua origem histórica, bem como sua evolução ao longo de pouco mais de cinco séculos não garantiram, por si só, a tranquilidade necessária da doutrina quando do surgimento e enfrentamento das novas modalidades delitivas.

É bem sabido que o judiciário vem, ao longo dos anos, e cada vez mais, admitindo certos níveis de indeterminação das leis como podemos observar quando de certos termos utilizados pelo legislador que admitem várias interpretações, podendo até mesmo dar interpretações não restritivas ou ampliativas da norma, mas sim contrárias a outras.

A evolução da sociedade e das tecnologias acabam por impor a criação de novos tipos penais que, nem sempre acabam por atender os anseios da sociedade. É o que vemos quando do enfrentamento dos problemas das "sociedades de risco", que acabam por mudar a compreensão de "bem jurídico" e impor uma flexibilização do princípio da Legalidade em prol da sociedade.

Conforme já mencionamos e sem a pretensão de esgotar o tema neste momento, o princípio da legalidade veio sofrendo diversas mudanças de concepção ao longo do tempo, ou seja, significativas transformações em razão do processo evolutivo da ciência penal e da necessidade da sua adaptação às novas concepções e necessidades sociais que gradativamente se sucederam. Não podemos mais interpretar o Princípio da Legalidade hoje da mesma forma como fazíamos nos séculos passados, ele já se encontra sistematizado.

Para Cláudio Brandão:

O tipo penal deve ser um modelo abstrato de um comportamento, logo deve individualizar a conduta proibida. O núcleo do tipo penal, como sabido, é sempre um verbo, que, conceitualmente, expressa uma conduta. Nessa hipótese, entretanto, o legislador se utilizou de um verbo de ligação, demonstrando uma total ausência de técnica. Com efeito, a alienação técnica do político atinge diretamente a tipicidade, no seu aspecto formal. De outro lado, o técnico, que aplica o direito penal, tende a não vislumbrar o conteúdo material do tipo penal, que é o bem jurídico. (BRANDÃO, 2014b, p. 60).

Desta forma, conforme se apura da dogmática penal quando da reprodução dos manuais de direito penal, é nítido que encontra-se plantado no senso comum

teórico dos juristas a necessidade de precisão e clareza das palavras. Como veremos adiante, não está errado! Entretanto, é necessário perceber a abertura interpretativa decorrente do contexto em que certos tipos penais foram criados, a discussão da questão da vagueza e ambiguidade pode não estar ligado à qualidade da redação típica.

2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: PILARES E RAÍZES EXISTENCIAIS

O presente estudo, que tem por objeto o princípio da Legalidade, normalmente é estudado como um princípio jurídico-penal que coexiste ao lado de outros, como o Princípio da Culpabilidade, o Princípio da Separação dos Poderes, dentre outros. Entretanto, cumpre esclarecer, temos uma visão diferenciada deste Princípio. Na verdade, ele é um princípio de Princípios, constituindo-se, a um só tempo, a missão e o objetivo do sistema de justiça penal. Nas palavras de Cláudio Brandão, é na Legalidade que o Direito Penal moderno encontra sua legitimidade.

Desta forma, demonstraremos também, que todas as três teorias que formam a dogmática penal (Teoria do Crime, Teoria da Pena e Teoria da Lei Penal) encontram o seu suporte no Princípio da Legalidade. Percebam que o conceito atual de Legalidade trata-se de uma construção doutrinária que levou séculos para ser construída e, por isso, precisamos compreender todo o contexto histórico que desencadeou todo o processo de construção do Princípio da Legalidade.

2.1 Legalidade e sua origem

O princípio da legalidade, divulgado pela fórmula *nullum crimen nulla poena sine lege*, surge historicamente com a revolução burguesa e exprime, em nosso campo, o mais importante estágio do movimento então ocorrido na direção da positividade jurídica e da publicização da reação penal. Por um lado, resposta pendular aos abusos do absolutismo e, por outro, afirmação da nova ordem, o princípio da legalidade a um só tempo garantia o indivíduo perante o poder estatal e demarcava este mesmo poder como o espaço exclusivo da coerção penal. Sua significação e alcance políticos transcendem o condicionamento histórico que o produziu, e o princípio da legalidade constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo (BATISTA, 2007).

É necessário compreender que o Princípio da Legalidade surge para romper com o terror dos Estados Absolutistas (Terror Estatal) e dar, como consequência, uma outra feição ao Direito Penal. A partir dele o Direito Penal se prestará a proteger o homem, não se coadunando com aquela realidade passada.

Sendo assim, precisamos estabelecer que tal Princípio será abordado conforme dois ângulos: Político e Jurídico. Para seguirmos, dividiremos o Direito

Penal em dois grandes períodos: o período do terror e o período liberal. Essa divisão nos permitirá entender melhor toda essa construção e transformação.

Antes de adentrarmos mais a fundo cumpre esclarecer que a Terminologia Direito Penal nos permite duas acepções. A primeira, como meio pelo qual castigos e punições eram aplicados pelo estado contra seus membros e que se remete à ideia de justiça. A segunda, como entendemos hoje, trata o Direito Penal como mecanismo de proteção de seus indivíduos dos abusos do Estado.

2.1.1 A legalidade nas sociedades primitivas

Muito embora a ideia de punir já existisse nos agrupamentos sociais mais primitivos, o Direito Penal antigo não conheceu o princípio da legalidade. A necessidade de sobrevivência do ser humano e atrelado ao impulso da própria consciência coletiva em formarem sociedades, acabaram por dar origem às primeiras regras de comportamento dentro das mesmas, com o intuito de criar um bem-estar e harmonia social. Tais mecanismos se manifestaram através de magias, crenças e, principalmente, da religião.

Estas primitivas microformas de sociedade (comunidade), não conheciam a figura do Estado, um órgão que viria a exercer o poder e autoridade perante a coletividade. Desta forma, as “regras” existentes à época, ainda que tivessem por finalidade a harmonia e coesão daquele agrupamento de pessoas, era deficiente em coercibilidade, uma vez que dependia, única e exclusivamente, na capacidade de cada um dos indivíduos em aceitar e acreditar nas proposições.

Como se vê, o temor, a crença e a capacidade de autocontrole dos indivíduos não são o suficiente para evitar a violação das regras, mas, para a época, em razão da simplicidade das mesmas – que se resumiam ao sentimento de grupo e à própria subsistência dos mesmos – e o temor ao descumprimento, acabavam por gerar um sentimento propício à sua não infringência.

As violações, ainda que remotas, aconteciam e delas surgiam, portanto, a necessidade de reação por parte dos grupos. Tais reações eram manifestadas de diversas formas e severidade, tudo conforme a gravidade dela perante os demais. A título meramente exemplificativo, tais reações oscilavam desde um desprezo e humilhações, até a vingança privada e a expulsão, daquele indivíduo, do grupo. Esta última, tida como uma das reações mais fortes e aplicada às transgressões tidas

como mais graves, acabaram por dar origem à expressão “perda da paz”, que acabava por determinar a impossibilidade de se conviver em sociedade com determinado indivíduo.¹

Como já era de se imaginar, com o aumento de pessoas, da complexidade de vida e das próprias normas, naturalmente, a quebra da paz, das regras e dos pactos iam se tornando, cada vez, mais recorrentes. E isso, acabou por determinar a necessidade de novas medidas e mecanismos. Tivemos, então, as primeiras manifestações de um poder público que, inicialmente, era composto por representantes de grupos familiares, muito embora não tenha se firmado a ideia de monopólio do *ius puniendi*, pelo contrário, a vingança privada tomou força e definição. A reação era de titularidade do grupo familiar vítima em questão e que poderia, inclusive, ser evitada através de uma composição, em caso de possibilidade de reparação. Entretanto, em razão de uma maior gravidade, por vezes a punição se apresentava como forma simbólica de destruição da própria violação.

A medida em que esta primeira manifestação de poder público intervinha, surgiram necessidades de se estabelecer condições para o exercício do poder punitivo, na forma, geralmente, da perda da paz absoluta e relativa. Quando absoluta, situação, esta, mais grave, implicava no banimento do infrator, enquanto na relativa, que era uma forma de vingança particular, implicava em uma reação imediata quando de uma flagrante ou, quando após o delito, exigia-se prévia declaração de *animitticia*, o que equivalia a um desafio objetivando a composição, o desterro ou mesmo a vingança privada. Ainda no tocante às formas mais graves, aquele que era apenado, restava desprovido de qualquer direito – formal ou material – ou proteção legal, podendo ser, inclusive, morto.

Por fim, temos que tais medidas acabaram por inaugurar um método comum e duradouro de sanção penal na história, a pena de morte. Momentos depois, em homenagem ao mesmo direito de vingança, temos a lei de talião. Esta, por sua vez, aprimorando a ideia de vingança, estabeleceu o monopólio do poder público quanto ao direito de punir, bem como a proporcionalidade entre o delito praticado e à

¹ A *perda da paz absoluta* aplicava-se aos casos de «traição», que seriam “homicídio que tinha lugar violando-se tréguas, fianças de salvo, uma paz especial, e à morte do inimigo depois da reconciliação”, também “ofensa de um especial dever de fidelidade, v. g., do inferior relativamente a um superior ou entre parentes”, ainda “quando o homicídio fosse particularmente grave, com premeditação (matar «por conselho», «conselheiramente», «sobre conselho feito», de *consílio*, «sem porquê»), e, por fim, segundo Orlandis, “no caso de homicídio do não desafiado”. A perda da paz relativa era aplicada as demais hipóteses de crime de sangue e contra a honra não qualificados como «traição». (CORREIA, 1977, p. 53-59).

medida que seria imposta (olho por olho, dente por dente).

Progredindo na história, temos que a imposição de sanções penais continuou seu crescimento exponencial sempre atrelado às ideias de crenças e religião, pelo qual as punições se apresentavam mais como formas de purificação e sacrifício de pessoas. Na mesma época e alheia a esta natureza, há uma isolada manifestação de codificação, o Código de Hammurabi, da Babilônia (2.083 a.C.) que, assim como na lei de talião, tinha a punição dos transgressores, como forma de vingança pública.²

Por fim, nos deslocando para a Grécia antiga, temos que os gregos, em um primeiro momento, concebiam a pena como vingança (visão sacral), ou melhor, uma consequência do delito. Foi Aristóteles, com a concepção do livre arbítrio, que orientou uma convergência de concepção, não só grega, mas ocidental como um todo. Há um necessário afastamento das penas com a religião e as crenças, impondo-se uma divisão entre as infrações contra o Estado - os mais graves -, a religião e o particular, tendo como palco destes primeiros focos Atenas e Esparta.

2.1.2 Primeiro paradigma: ausência da Legalidade e o Direito Romano

Ab initio, temos que o primeiro paradigma da Legalidade não é sua existência, mas, sim, sua completa ausência. Período, esse, longo, tenebroso, de progressos e retrocessos, à medida em que se desencadeava-se um processo de positivação das leis (no sentido de se atribuir garantias), seus textos de nada atendiam às demandas e anseios necessários para se efetivar uma garantia jurídica. Ou seja, ao mesmo tempo em que se atendia a necessidade de previsão legal, o conteúdo da lei era, por demais, amplo e genérico, não retirando, assim, a discricionariedade do Estado.

Quando projetamos a nossa reflexão sobre a temática das Fontes do Direito, tomando como base o panorama jurídico hodierno, é comum se apontar a lei escrita como a protagonista dentre aquelas ditas fontes, como principal meio de formulação das normas jurídicas (GOLDCHSCHIMIDT, 1996).

² “A esse respeito ainda não estava em primeiro plano o desejo de proteger o cidadão da arbitrariedade do Estado, sim o que se queria (sobretudo entre os pensadores do direito natural alemão) dar aos governantes do absolutismo ilustrado a possibilidade de impor sua vontade do modo mais amplo possível frente aos juízes; e para isto eram necessárias regulações em forma de leis exatas. Mas este desejo coincidiu com as ideias liberais do Iluminismo, tendentes à auto limitação do poder estatal, e que se impuseram amplamente nas obras legislativas do pós-Iluminismo (sobre os fundamentos históricos-ideológicos cooperantes).” (ROXIN, 2002, p. 142).

Entretanto – por mais paradoxal que aparente! – quando projetamos a nossa reflexão sobre o Direito aplicado no passado, sobretudo na nossa base: no período romano, encontramos um distanciamento completo do paradigma atual, com relação ao protagonismo da lei como fonte principal do Direito (BRANDÃO; OLIVEIRA, 2009).

Não era, pois, a lei a fonte principal do Direito Romano nem tampouco a formulação de normas gerais e abstratas, que regulassem com generalidade os casos, era tida como uma atividade jurídica essencial. Isto posto, pode-se categoricamente afirmar que os romanos não conheceram o Princípio da Legalidade.

Para os romanos, o Direito poderia ser expresso na definição de Celso: o Direito é a arte do bom e do equitativo (*jus est ars boni et aequi*). Por conseguinte, o Direito Romano foi, sobretudo, costumeiro. A lei existia somente como um guia, como um esquema de interpretação, que o prudente arbítrio do julgador poderia afastar, tendo sempre presente a decisão boa e justa.

Foi no período do declínio do Direito Romano que surgiu a famosa compilação do imperador Justiniano, posteriormente denominada de *Corpus Juris Civilis*, que tinha como parte mais importante o Digesto. O referido Digesto era uma reunião, não das leis, mas da opinião dos doutrinadores. Com efeito, para os romanos, os ensinamentos de juristas como Papiniano, Modestino, Ulpiano, Gaio, Celso, Paulo, dentre outros, tinha muito mais valor que qualquer lei.

O antigo Direito Penal romano surge através da disciplina doméstica, da disciplina militar e da ação direta da polícia da época; somente quando o Estado, através de suas normas legais ou consuetudinárias, interveio para limitar a discricionariedade das pessoas revestidas do poder de punir surge o Direito Penal público. No Direito Penal romano, a lei não poderia ser obstáculo para a construção da decisão boa e justa no caso concreto (BRANDÃO; OLIVEIRA, 2009).

2.1.3 A substituição do *Jus* pelo *Directum*

Deste modo, ao se concluir que os romanos não conheceram a lei como fonte maior de produção do Direito, uma pergunta se põe: quando e por que a lei se tornou a principal fonte de Direito? No Século IV, o grande acontecimento histórico ocorrido foi vinculado à religião. Constantino, Imperador de Roma, converteu-se à

religião Cristã, tornando, posteriormente, a religião oficial de todo o Império a crença que anteriormente era perseguida: o Cristianismo. Ocorre que o Cristianismo não surgiu de modo alheio à tradição judaica. Para o judaísmo o Direito não é uma criação que brota do caso e o juiz não tem que construir a decisão boa e justa a partir daquele, mas o Direito é um caminho a ser seguido.

Os romanos clássicos não se utilizaram da expressão latina *directum*, que origina o vocábulo Direito, para designar a nossa ciência. Com efeito, os romanos somente utilizaram a palavra *jus*, a qual conforma a raiz dos vocábulos justiça e jurisprudência, para designar o Direito.³

Como se vê, a tradição judaica-cristã não se coaduna com a ideia da construção do Direito pelos julgados, mas se baseia em caminhos previamente estabelecidos para nortear aquele que decide, por isso, o Direito não será mais designado pelo *Jus*, mas será designado pelo vocábulo *directum*. Por tanto, a nossa ciência tem, a partir da elevação do Cristianismo à religião oficial do Império, um novo paradigma: deixa de ser o Direito uma construção do julgador no caso concreto, visando à decisão boa e justa, e passa a ser um caminho a ser seguido, embasado em normas gerais, que regulam as condutas e orientam as decisões: surge aí o novo paradigma da lei⁴ – rompendo com a tradição romana – que historicamente vai se tornar como a fonte principal do Direito.⁵

2.1.4 Idade Média e escolástica tardia Ibérica

³ Preliminarmente, registre-se que os romanos clássicos não se utilizaram da expressão latina *directum*, que origina o vocábulo Direito, para designar a nossa ciência. Com efeito, os romanos somente utilizaram a palavra *jus*, a qual conforma a raiz dos vocábulos justiça e jurisprudência, para designar o Direito (BRANDÃO; OLIVEIRA, 2009).

⁴ Ressalte-se que essa mudança não representa apenas uma troca de nomenclatura, mas representa uma mudança na própria metodologia do nosso saber. Enquanto o *jus* representa a construção da decisão jurídica a partir da arte do pretor, que era o juiz *ro mano*, buscando embasar no caso concreto a decisão boa e justa, o *directum*, que significa reto caminho, buscava dar uma direção geral, que sirva de modelo abstrato a todos os casos enquadrados nas suas hipóteses. O *directum*, por conseguinte, não se compatibiliza com a liberdade do julgador em construir a decisão, como se verificava no *jus*, mas supõem a atribuição de um caminho a ser seguido por aquele, que enquadra a sua decisão nas hipóteses previamente dadas (BRANDÃO; OLIVEIRA, 2009).

⁵ Como se vê, a tradição judaica-cristã não se coaduna com a ideia da construção do Direito pelo julgados, mas se baseia em caminhos previamente estabelecidos para nortear aquele que decide, por isso, o Direito não será mais designado pelo *Jus*, mas será designado pelo vocábulo *directum*. Por tanto, a nossa ciência tem, a partir da elevação do Cristianismo à religião oficial do Império, um novo paradigma: deixa de ser o Direito uma construção do julgador no caso concreto, visando à decisão boa e justa, e passa a ser um caminho a ser seguido, embasado em normas gerais, que regulam as condutas e orientam as decisões: surge aí o novo paradigma da lei – rompendo com a tradição romana – que historicamente vai se tornar como a fonte principal do Direito (BRANDÃO; OLIVEIRA, 2009).

A idade média na Europa deixou heranças que fizeram com que os períodos posteriores vivenciassem tempos sombrios desempenhados pelos monarcas e imperadores que comandavam o estado. Como consequência, as penas eram impostas e executadas à inocentes que se encontravam na condição de ofensor da figura do representante do poder estatal - seu inimigo - enquanto diversos culpados ofensores de bens jurídicos valiosos para a sociedade, restavam impunes.

O iluminismo penal foi forjado como a culminação de um processo de quebra de paradigmas. Isso se deveu muito às posições de vanguarda que foram construídas antes de sua afirmação, especialmente aquelas do direito natural racionalista, que estavam na base do pensamento jurídico da Idade Moderna. Neste contexto, as ideias penais de Francisco de Vitoria ganham uma notável importância para a compreensão da matriz do direito penal hodierno, pois elas se vinculam ao já referido iluminismo. Tais ideias rompem o paradigma medieval e substituem o teocentrismo pelo antropocentrismo no campo criminal.

Muito pouco se fala em manuais e livros de graduação sobre Francisco de Vitória e sua contribuição para o Direito Penal moderno. O pensamento medieval e seus paradigmas foram, por seus ideais e aos poucos, desconstruídos para a fundação do Iluminismo Penal à partir da substituição do teocentrismo pelo antropocentrismo.

Seus ensinamentos e métodos pedagógicos influenciaram direta ou indiretamente um grande número de teólogos, juristas e universitários, tal como Francisco Suárez, no que se chamou a "Escola de Salamanca" e "Escolástica tardia ibérica" voltada para o antropocentrismo jurídico.

Francisco de Vitória (1492 ou 1483-1546), era um teólogo espanhol jusnaturalista, nasceu em Vitória, capital da província de Alava, em Biscaia. Este autor é considerado um dos fundadores do Direito Internacional e, recentemente descoberto como um dos autores mais importantes para o Direito Penal moderno. Seu nome veio a ser ofuscado nos séculos XVII e XVIII pelo nome de Grotius, que só voltou à superfície, no século XIX, quando Ernest Nys o redescobriu e passou a divulgar os seus trabalhos.

A forma como os monarcas se portavam, aplicando a força Estatal a favor da nobreza, impondo sua vontade e aplicando sanções brutais e públicas à seus inimigos não agradavam a classe burguesa. Tais atos de violência - que nada mais eram que uma espécie de vingança privada - alcançavam também as pessoas que

participassem do mesmo grupo social do agressor, fazendo com que a sociedade se organizasse em classes e estas classes entrassem em conflitos umas com as outras. Surgia, assim o Iluminismo, que possui com um de seus precursores um Catedrático espanhol que plantaria a semente de nossa dogmática moderna.

Muito pouco se fala em manuais e livros de graduação sobre Francisco de Vitória e sua contribuição para o Direito Penal moderno. O pensamento medieval e seus paradigmas foram, por seus ideais e aos poucos, desconstruídos para a fundação do Iluminismo Penal à partir da substituição do teocentrismo pelo antropocentrismo.

As conclusões de Francisco de Vitória possibilitaram conceber o conceito de bem jurídico pelo qual o valor do objeto não advinha da lei. A escolástica medieval tratava a lei divina, natural e humana, pelo qual Vitória atribuía à esta última a possibilidade de submissão a uma valoração.

O Samantino nos explica:

Pois o fundamento do mérito ou do demérito de algo é que ele é bom ou ruim. Portanto, a primeira coisa que a lei divina faz é tornar bom ou ruim o que em si era indiferente. [...] A circuncisão era indiferente e se tornou uma coisa boa ao promulgar uma lei. (VITÓRIA, 2010, p. 139, tradução nossa).⁶

Estas contribuições multidisciplinares, que tinham por pretensão redefinir o conhecimento e conceitos das instituições jurídicas provenientes do período medieval, acabaram por apresentar soluções para a resolução de casos concretos e, por consequência, solucionar e iniciar os estudos acerca da Dogmática Penal.

As teorias desenvolvidas por Vitória que acabaram por influenciar e contribuir na construção de novas teorias e ideais que culminaram na construção da atual dogmática penal podem ser resumidas na seguinte ordem: o poder de punir e a dignidade da pessoa humana, tendo-se o homem como destinatário do direito; a lei e o princípio da legalidade; a noção de objeto do direito penal e o conceito de bem jurídico; assim como a relação entre a pena e a culpabilidade.

Como visto, Vitória foi produtor de ideias que acabaram por, assim como no efeito dominó, passar adiante toda a força de deslocamento de questões que se encontravam estagnadas pelo período medieval. Deu causa à existência da

⁶ Pues el fundamento del mérito o del desmérito de algo reside en que él sea bueno o malo. Por consiguiente, lo primero que hace la ley divina es convertir en bueno o malo lo que en sí mismo era indiferente. [...] La circuncisión era indiferente y se transformó en algo bueno mediante la promulgación de una ley.

escolástica tardia ibérica e semeou teorias, conceitos e críticas ao longo de todo o período do Direito Natural e Idealismo alemão, que acabaram por produzir e desenvolver a dogmática penal moderna sobre a teoria do crime, sendo, até hoje, objeto de estudo.

Deve-se notar que as leis que punem, visto como um caso limitante de raciocínio de Vitória, apenas pela punição infringida, tem natureza criminosa. Assim, finalmente, trazendo a revogação da punição prevista por lei, através do costume, Vitória também limita, com isso, o poder de punir. É digno de reflexão que o que é apresentado como um dos pilares do atual método criminal, que é o uso de um desuso revogar a lei penal, como consequência do Princípio da Legalidade aplicado ao costume (*nullum crime nulla poena sine lege scripta*), já defendido desde o século XVI como produto de uma noção de direito centrado no homem, o que revela a vanguarda desse pensamento.

Apesar de Francisco de Vitória não ter desenvolvido nenhum estudo ou trabalho destinado, exclusivamente, ao Direito Penal, à partir de suas fundamentações teleológicas, podemos afirmar que ele contribui de sobremaneira para o desenvolvimento das teorias acerca da limitação do poder punitivo, sobre as leis e sobre a própria teoria da pena. Todas as contribuições foram desenvolvidas de forma espaçada e fragmentada ao longo de seus diversos estudos que, a priori, eram destinados ao direito internacional e constitucional, mas que, porém, eram aproveitadas por diversas áreas do direito.

2.1.5 O idealismo alemão

Para fins de melhor elucidação da importância de Francisco de Vitória, cumpre esclarecer o conceito do que vem a ser compreendido o Idealismo Alemão e sua importância para a dogmática penal moderna.

O idealismo alemão denomina-se como o período, mais compreendido entre os séculos XVIII e XIX, pelo qual os regimes feudais absolutistas já haviam sido derrocados através das novas relações capitalistas e da ascendência e desenvolvimento da burguesia. Os movimentos e revoluções burguesas para fins de democracia, apoiava-se no crescente e superior desenvolvimento científico da época.

A compreensão do Idealismo alemão deve se pautar nas influências culturais

e, principalmente, filosóficas da época, tais como o Iluminismo francês, o Empirismo britânico e no Racionalismo holandês. Entretanto, a mais conhecida designação se pauta através da teoria filosófica empregada por Kant, dentre outros autores, até Schelling.

Cumprе esclarecer que o presente trabalho se pauta na compreensão do Idealismo alemão quanto aos estudos da Dogmática Penal, muito embora, durante este período, tenham sido apresentados ao mundo nomes como Immanuel Kant, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Johann Gottlieb Fichte, Friedrich Wilhelm, Joseph von Schelling, dentre outros, temos que os autores de maior importância do período para nós serão Karl Binding e seu aluno Ernst Ludwig von Beling, Franz von Liszt e Edmund Mezger.

Através dos autores anteriormente mencionados, veremos que o período do Idealismo alemão, mediante orientações e influências da escolástica tardia ibérica e do direito natural alemão, possibilitou a formação e o desenvolvimento, não só do que temos hoje como a Dogmática da Teoria do Crime, como do próprio Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, estamos diante do movimento intelectual desenvolvido na era da razão pelo qual, a compreensão filosófica era a própria manifestação da razão, seja como ciência, seja como a manifestação do progresso rumo à liberdade e consolidação de direitos. Trata-se do período de ouro da construção dos pilares da moderna Dogmática Penal acerca da Teoria do Crime e o ponto mais alto da ascensão do pensamento burguês que definiram as transformações da sociedade ocidental nos períodos mais totalitários dos Estados Absolutistas.

Para o idealismo alemão, assimilar as ideias de Vitória proporcionou uma contribuição determinante para a concepção e determinação de um sistema capaz de conceituar a pena e, ainda, podemos afirmar que tal contribuição alcançou o próprio conceito de bem jurídico.

Cumprе esclarecer que o pensamento de Vitória não influenciou a dogmática alemã - que foi o motor propulsor do multi referido conceito de bem jurídico - de forma remota. Conforme Cláudio Brandão, foi o oposto: muito pelo contrário, as ideias penais de Vitória estão na raiz do pensamento tanto da chamada doutrina alemã do direito natural (*Naturrechtlehre*), a qual pertencem Hugo Grotius e Samuel Puffendorf, quanto do idealismo alemão, que tem em Binding o seu maior representante, no campo da ciência do direito.

Conforme a tripartição da escolástica medieval - lei divina, lei natural e lei humana - para Vitória a lei humana, para fins de se atender um bem comum deveria ser objeto de valoração, não conferindo esta o caráter de bem ou mal, de mérito ou demérito, pois para ele fica a cargo da lei divina a definição do ser algo bom ou mau.

Cláudio Brandão nos apresenta sua compreensão e cita Amelung, dizendo que:

A valoração do objeto se extrai de forma independente da lei humana, porquanto se atribuiu de maneira logicamente independente dela, através da lei divina, um signo positivo (objeto bom) ou um signo negativo (objeto mau). Como já salientou Amelung, os valores existem em função dos sujeitos que os atribuem. Na criação conceitual de Vitória, o sujeito avaliador é Deus. (BRANDÃO, 2018, p. 16).

Como é de se ver, a concepção da finalidade da lei como afirmação de um valor, dentre outras concepções, foram assimiladas por Hugo Grotius e Samuel Pufendorf no período da doutrina alemã do direito natural, sendo posteriormente de extrema relevância para a construção da epistemologia alemã nascida no sec. XIX através do idealismo alemão.

Puffendorf, enquanto jovem estudante, ficou impressionado com a teoria de Direito Natural desenvolvida por Hugo Grotius. Tal teoria era pautada na compreensão do direito ditado pela razão, que apenas os homens possuem entre os seres vivos. Grotius fornece três definições de direito, a primeira como sinônimo de justo - aquilo mais próximo do direito natural -, a segunda é de direito subjetivo - definição de direito como qualidade da pessoa - e a terceira como definição objetiva de direito - que se fazem através da lei e são consideradas como válidas, não só por sua conformidade com a justiça, mas também, se apresentarem compatibilidade com outras virtudes.

Percebe-se que a pretensão de Grotius era proporcionar instrumentos para possibilitar à sociedade uma coexistência pacífica ou, no mínimo, respeitosa. Tal pretensão não se limita à relação interpessoal dentre seus indivíduos, mas também, quanto a coexistência da sociedade para com o Estado (o pacto social). Da mesma maneira, Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, buscava legitimar o direito de punir bem como o critério de sua utilidade. Temos, então, o nascimento e consagração do Direito Penal liberal e do Estado democrático de direito, ou seja, a limitação do Poder de punir e, conseqüentemente, a limitação do efeito penal - a

pena.

Em Grotius, partindo-se das ideias de Vitória, iniciou a sistematização do conceito de pena. Esta, por sua vez, começa a ser concebida por sua culpabilidade, algo que iria perdurar até ser incorporado e estruturado pelo sistema dogmático tripartido do século XIX. Nas palavras de nosso venerável professor Cláudio Brandão (2017), Vitória faz uso do termo em latim *anobligent ad culpam*, que relaciona a problemática penal ao problema do pecado. A culpabilidade tratada por Vitória é aquela vinculada às modalidades teológicas de pecado, que indica que a idéia de culpa estava relacionada à pena como forma de censura pessoal.

Cumpre esclarecer que, ainda conforme Cláudio Brandão (2014b), o conceito de culpabilidade advém da terminologia alemã *Schuld*, que significa pecado. Ao vincular a pena à culpa, no campo da lei penal, Vitória indica a necessidade de se fundamentar o mal da pena na censura que deve ser realizada sob o agente. O produto da lei não é a vontade divina, mas, sim, da vontade do homem.

Samuel Pufendorf, nesta mesma linha, reelaborando a doutrina aristotélica, afirmou que determinados resultados só podem ser objeto de imputação se provenientes da vontade humana ou por ela domináveis. Conforme Luiz Régis Prado (2017), Hans Welzel definia que Pufendorf fora, certamente, o primeiro a introduzir na ciência do Direito Penal o fundamental conceito de imputação (*imputatio*).

Para Francisco de Vitória (2010) a Lei é um mandato proveniente da razão humana e destinado a uma finalidade de atingir-se um bem comum. A lei não se resume à vontade do legislador, ela vai além, se apresenta como um mandamento racional destinado e substanciado no bem comum, trata-se de sua essência e de sua condição existencial, que impõe como característica sua natureza imperativa e mandamental.

Ao firmar-se a ideia de que toda lei deve ser ordenada a um bem comum, Vitória passa a idealizar o mecanismo de valoração da conduta frente ao objeto do Direito Penal que, por sua vez, no início do século XIX, permitiu a Ansel von Feuerbach a construção da teoria do bem jurídico. Não temos a pretensão de afirmar que Feuerbach desenvolveu tal teoria, entretanto fora sua teoria que buscou tratar, exatamente, do objeto do Direito Penal. Nesses termos, Brandão afirma que:

A tese de Feuerbach gravita em torno da função que ele atribui ao direito penal: segundo o autor, esta função se traduz na tutela de direitos externos, mais precisamente os direitos subjetivos. Por seu turno, os direitos

subjetivos são o conjunto dos direitos privados ou individuais, atribuídos às pessoas que são titulares desses direitos. A noção de direitos externos (que é - ressalte-se - um direito subjetivo privado e particular), portanto, radica no centro da tutela penal, sendo seu objeto de proteção. (BRANDÃO, 2014b, p. 115).

Feuerbach, assim, determina que o fundamento jurídico da pena é a causa pela qual depende a possibilidade jurídica da pena. Trata-se da obrigação do estado de assegurar direitos e da razão que se funda a obrigação do Estado de se infligir uma pena conforme cominada em lei. Desta forma, por esta afirmação Feuerbach nos explica que "toda pena jurídica dentro do Estado é a consequência jurídica, fundada na necessidade de preservar os direitos externos, de uma lesão jurídica e de uma lei que comine um mal sensível" (FEUERBACH, 1989, p. 76, tradução nossa)⁷.

Ao contrário do que muitos pensam, Feuerbach (1775-1833) não foi o criador do princípio da legalidade que, também, fora desenvolvido doutrinariamente por Montesquieu e Beccaria e, até mesmo, encontrado em codificações antes dele. Entretanto, fora ele quem, na primeira metade do século XIX, formulou a proposição latina que vem sendo usada até hoje na expressão da Legalidade. Talvez, tudo isso, tenha como base a fundamentação de sua teoria da prevenção geral da pena (coação psicológica).

Originariamente, Feuerbach se dedicou à Filosofia, tendo como primeira filiação Kant e, posteriormente, abrindo mão do absolutismo kantiano, que concebia a lei penal como um imperativo categórico e a pena como caráter retributivo da culpabilidade do agente (assim como na lei de Talião), para, então, conceber a famosa proposição *nulla poena sine lege*. Para melhor compreensão de sua preposição faz-se necessário buscar a fundamentação de sua teoria de prevenção geral como coação psicológica.

Feuerbach, inicialmente, antes de dedicar ao Direito, era um estudioso da Filosofia e filiado a Kant, vindo posteriormente a se desapegar do imperativo categórico da lei penal (assim como a lei de Talião), que se apresentava como uma exigência de justiça livre, que estabelecia que a pena era a retribuição da culpabilidade do agente, que era proveniente do absolutismo kantiano. Como veremos adiante, Feuerbach concebe a sanção penal como meio de se garantir a

⁷Toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia jurídica, fundada en la necesidad de preservar los derechos externos, de una lesión jurídica y de una ley que comineun mal sensible.

ordem da segurança nacional e não como um meio de retribuição, trata-se de um instrumento de prevenção.

A verdadeira finalidade do Direito Penal para ele versa sobre a coação psicológica pela ameaça de pena como visto na prevenção geral. Executar-se a pena nada mais é que a exteriorização da ameaça, o que lhe atribui eficácia e compromisso, não havendo dúvidas acerca de sua aplicabilidade, sendo assim a ameaça em si é exatamente o que impede a ação criminosa.

Mir Puig nos diz que acerca da teoria da coação psicológica de Feuerbach:

A prevenção geral, introduzida em seu sentido moderno por Feuerbach, alude à prevenção frente à comunidade, concebendo a pena como meio para evitar que surjam delinquentes na sociedade. Antes de Feuerbach a prevenção se confiava sobretudo à exemplariedade da execução. Em troca, Feuerbach, a partir da perspectiva legalista do liberalismo, entendeu-a ao momento da cominação legal contida na lei. Para ele, a pena serve como ameaça dirigida ao cidadão pela lei para evitar que venham a delinquir. Isto é, opera como «coação psicológica» no momento abstrato da cominação legal. A execução da pena só tem sentido, nesta construção, para confirmar a seriedade da ameaça legal. (MIR PUIG, 2002, p. 87).

Desta forma o Estado alcança sua finalidade e, até mesmo, sua função de garantir a paz social através da referida coação psicológica. Feuerbach ainda entendia que o direito positivo emanava do direito natural, pelo que a lei seria a essência e o fundamento do sistema jurídico.

Conforme Jescheck, fora Feuerbach "o primeiro a distinguir claramente desde a perspectiva teórica entre prevenção especial e geral" (JESCHECK, 1993, p. 63), atrelando-se a teoria da prevenção geral como cominação abstrata de pena como forma de coação psicológica, muito embora a ideia de prevenção geral já fosse encontrada em escritos e teorias dos séculos XVII e XVIII.

Cumprе esclarecer, conforme já mencionado anteriormente, que fora Feuerbach quem concebera a máxima latina como *nulla poena sine lege* e, a partir dela, foram criados desdobramentos naturais, ou até mesmo outras máximas, na forma de princípios derivados.

Isto nos apresenta os primeiros princípios limitadores do poder punitivo estatal, tal como o princípio da legalidade - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal - que condiciona a imposição de um mal - uma pena - imposta a alguém por uma ação desenvolvida determinada. Por conseguinte, percebemos a ligação do objeto de proteção do Direito Penal com tal

princípio, o bem jurídico só pode ser tutelado a medida em que o Estado desenvolve uma coação psicológica dirigida à sociedade, a previsão de imposição de uma pena pela prática de uma ação.

Ainda sim, tratando-se do conceito de bem - objeto do direito penal -, Johann Birnbaum trouxe gigante contribuição na primeira metade do século XIX. A conceituação de bem jurídico, como entendemos atualmente, resta desabrochada em concepções liberais e na necessidade da lesão de direitos concebida por Birnbaum em face da crítica nominal a Feuerbach. "A polêmica sobre o conteúdo da tutela penal é protagonizada por Birnbaum, ainda na primeira metade do Século XIX, e é nesta polêmica que surge a conceituação de *bem* vinculada à referenciada tutela penal" (BRANDÃO, 2014b, p. 117).

Conforme nos explica Cláudio Brandão (2017), na concepção de Birnbaum, Feuerbach se equivocou em trazer a valoração do bem como objeto de direito subjetivo ou de interesses da sociedade. Assim como Francisco de Vitória, Birnbaum atribui ao direito objetivo a ideia de bem como objeto de valoração do Direito Penal, não estando na lei humana o caráter de conferir a algo o status de bem ou mal.

Conforme se expressa Cláudio Brandão, para Vitória:

O mérito ou o demérito de algo reside no fato de ser bom ou ruim, mas quem converte algo bom ou ruim é a Lei Divina, cujo o autor é exclusivamente Deus. Desta forma, Vitória defende a existência de uma valoração nas coisas que se extrai de forma independente da Lei Humana, pois se atribui de forma logicamente independente dela (pela Lei Divina) um signo positivo (qualificando a coisa como um bem) ou signo negativo (qualificando como uma coisa ruim). (BRANDÃO, 2017, p. 175).

A ideia de bem, desta forma, passa a ter uma concepção concreta de suscetibilidade de violação uma vez que, agora, possui caráter concreto e objetivo. A tutela penal demanda objetividade ao passo que o bem tutelado não é o direito em si, mas, sim, o próprio objeto de direito. O direito não é passível de ser subtraído, o objeto sim! Sendo assim, percebemos que os ideais de Francisco de Vitória que haviam inspirado Feuerbach na construção da concepção de objeto do Direito Penal, mas que, porém, mal interpretados, voltam a serem resgatados e esclarecidos por Birnbaum.

Sendo assim, por mais inacabada que seja e por mais incompleta que pareça - em comparação com a teoria do bem jurídico adotada atualmente -, é cristalina a ideia de que tais teorias possibilitaram uma guinada na concepção da tutela penal,

permitindo-se seu desenvolvimento por outros dois importantes autores alemães e representantes do positivismo - e que merecem um estudo próprio em outra oportunidade: Karl Binding (teoria positivista normativa) e seu aluno Ernst Ludwig von Beling, Franz von Liszt (teoria positivista sociológica) e Edmund Mezger (teoria Neokantista).

Para finalizarmos a análise do Idealismo alemão precisamos alcançar Hans-Heirich Jescheck que interpretava a culpabilidade como pressuposto de aplicação da pena - sanção estatal. Como já mencionado anteriormente, Vitória relacionava a culpa (culpabilidade) à idéia de pecado ou censura pessoal, como pressuposto de aplicação da pena.

De forma a não nos confundirmos com a expressão, Claudio Brandão cita Maurach: "a culpabilidade é definida como um juízo de reprovação pessoal, feito a um autor de um fato típico e antijurídico, porque, podendo se comportar conforme o direito, optou por se comportar contrário ao direito" (BRANDÃO, 2014b, p. 167).

De forma a demonstrar o caráter teleológico em torno da relação entre a culpabilidade e a pena, temos que não só Vitória relacionava culpa à ideia de pecado, como já comentado anteriormente, o vocábulo alemão que expressa a ideia de pecado é *Schuld*, mas que, entretanto, é traduzida como culpabilidade. Sendo assim, quando vinculou-se a pena à culpa, Cláudio Brandão (2017) conclui que Vitória era enfático ao afirmar que o fundamento do mal da pena encontra-se na censura que deve ser realizada sobre o agente.

Neste sentido, Jescheck contribuiu com o aperfeiçoamento da ideia de Vitória na medida em que atribuiu maior ênfase à análise da culpabilidade. O alemão, como já mencionado, despence seus esforços no sentido de valorar a culpabilidade como pressuposto de aplicação da pena, como forma de juízo de reprovação e de censura do autor. Cláudio Brandão, em uma de suas obras cita Jescheck: "a pena requer culpabilidade. A culpabilidade é reprovabilidade. Com o desvalor da culpabilidade se censura ao autor por não haver se comportado conforme o direito, não tendo se decidido por ele, quando podia se decidir por ele" (JESCHECK apud BRANDÃO, 2017, p. 179).

De ver-se que Vitória e Jescheck comungavam da mesma ideia de que a culpabilidade é o fundamento da pena como pressuposto de sua aplicação, percebemos a importância da influência de Vitória, não só para o Idealismo alemão, como também, para a construção e alcance da moderna dogmática penal.

Portanto, o presente estudo tentou demonstrar todo o desenvolvimento desde as influências que Francisco de Vitória exerceu sobre estudiosos do direito, suas teorias, escolas e ideais. Ainda sim, não estamos falando de meras influências, estamos falando de ideais que foram objeto de estudo e discussões por séculos, desenvolvendo um papel de extrema relevância na evolução de cada autor, teorias, escolas, estado, dogmática e sociedade.

2.2 O sistema Penal e o Conceito de Legalidade

O sistema Penal é fundado na máxima da Legalidade e todo seu conteúdo depende de uma sistematização enraizada nele. Para se pensar o sistema penal precisamos compreender melhor o conceito de Legalidade dentro do próprio sistema.

Sendo assim, como já mencionado anteriormente, cumpre esclarecer que a máxima latina concebida por Feuerbach originariamente era a *nulla poena sine lege*, ainda que hoje, mais comumente, a conheçamos como *nullum crimen, nulla poena sine lege*, onde percebe-se a clara divisão entre a conduta que se pretende punir e a pena que se pretende impor. O real sentido de seus dizeres parece ser claramente uma dedução lógica de suas ideias. Para Feuerbach, conforme nos explica Roxin:

Se o fim da cominação penal consiste na intimidação de potenciais delinquentes, a determinação psíquica que se pretende só se pode alcançar se antes do fato se fixe na lei do modo mais exato possível qual é a ação proibida; pois se falta uma lei prévia ou esta é pouco clara, não se poderá produzir o efeito intimidatório, porque ninguém saberá se sua conduta pode acarretar pena ou não. (ROXIN, 2000, p. 146).

2.3 O Sistema Penal e as primeiras manifestações

Ao contrário do que muitos pensam, Feuerbach (1775-1833) não fora o primeiro a falar ou conceber a idéia de Legalidade. Na verdade Montesquieu e Beccaria já haviam desenvolvido o instituto e que, também, já havia sido previsto em codificações antes mesmo deles. Entretanto, Feuerbach foi quem criou, no início do século XIX, a preposição latina que segue sendo usada até os dias de hoje. Para melhor compreensão de sua preposição faz-se necessário buscar a fundamentação de sua teoria de prevenção geral como coação psicológica.

Ainda no século XIX, Feuerbach concebia que o tipo era uma “totalidade de elementos”. Segundo ele, “a totalidade dos elementos de uma determinada ação ou fato que estão contidos no conceito legal de uma determinada classe de ações antijurídicas se denomina tipo do delito” (FEUERBACH apud JACOBS, 2009, p. 98). Desta forma, ganhando uma conotação material, afasta-se do conceito inicial de tipo a ideia de persecução penal (processual), ainda que possuindo como elementos constituintes todo o conjunto de pressupostos de punibilidade, especialmente aqueles que compõe a antijuridicidade (Ilicitude) e da culpabilidade. Como há de se perceber, os conceitos de tipo e delito ainda se misturam.

A verdadeira revolução do princípio da legalidade no futuro do direito penal se deu em 1906 por Ernst Ludwig von Beling. Muito embora Feuerbach tenha sido o criador da expressão, fora Beling o responsável por sua sistematização na doutrina (*Die Lehrevom Verbrechen* - A doutrina do Crime), ainda que não tenha, à época, sido devidamente reconhecida. Ainda sim, como visto anteriormente, conforme a doutrina alemã do século XVIII, o conceito de tipo (*Tatbestand*) era comumente confundido com o de *corpus delicti* - que hoje possui seu conceito dentro do direito processual como sendo aqueles sinais de materialidade (sinais externos de um delito) que autorizam a persecução criminal.

Feuerbach afirma acerca do *Tatbestand* que:

O tipo do crime é diferente, segundo a sua diferente conceituação legal. Habitualmente, pertencem ao tipo: I) Um determinado resultado ilícito de ação, mas também, frequentemente, II) Certos fundamentos subjetivos (que fincam o ânimo do criminoso) da ação antijurídica, seja uma certa intenção ou uma certa forma de determinação da vontade. III) As características estabelecidas da ação exterior sempre pertencem ao tipo de um crime. (FEUERBACH, 1989, p. 97).

Beling veio a tornar a tipicidade independente da ilicitude e da culpabilidade, criando-se, assim, um novo conceito de tipo, o que, por sua vez, ao limitar-se o conceito, veio a desenvolver em dos elementos estruturais do conceito formal de crime na concepção clássica tripartida (tipicidade, antijuridicidade ou ilicitude e culpabilidade). Em sua ideia, assim como iniciado por Von Liszt, Beling adotou uma linha causal-naturalista, pelo qual o tipo penal seria concebido através de uma estrita descrição objetiva, não se fazendo qualquer juízo de valor acerca da conduta nele contida. Desta forma, sem qualquer incidência valorativa ou subjetiva, tem-se uma idéia claramente formal da descrição da conduta prevista, afastando-se

categoricamente de seu significado qualquer coisa que não for uma descrição.

Assim como Montesquieu e Beccaria, Beling concebia que a função da lei (tipo penal) era ser a mais rígida possível, não permitindo ao julgador outras formas de interpretação. Para ele, bastaria que a conduta abstratamente descrita no tipo penal estivesse subsumida na conduta praticada concretamente, não se fazendo qualquer análise acerca do dolo ou culpa do sujeito, ainda que fosse objeto de análise a vontade (objeto de toda conduta desde o causalismo).

Conforme Beling todo crime é uma “ação típica, antijurídica e culpável, subsumível em uma cominação legal ajustada a ela e que realiza as condições da cominação penal”. Assim, a ilicitude da conduta seria analisada em um segundo momento quando da análise da antijuridicidade, assim como o dolo e a culpa, que seriam analisados quando do alcance da culpabilidade. Desta forma, a definição de uma conduta criminosa dependeria da análise de elementos autônomos e em momentos distintos.

Para Beling, citado por Roxin, o tipo está

Limpo de todos os momentos de ilegalidade”, nele “não é um significado legal reconhecível” e “a mera verificação de que um tipo foi cumprido por si só não é onerosa para ninguém”, pois “a pesquisa sobre a tipicidade é mantida em terreno estritamente neutro. (ROXIN, 2000, p. 279, tradução nossa)⁸.

Apesar de Beling ter modificado consideravelmente sua teoria (em 1930), esta ficou conhecida como a teoria objetiva do tipo. Neste meio tempo, Fischer, Hegler, Mayer e Mezger, à partir da análise das causas de justificação, passaram a acreditar que o injusto do fato, por vezes, dependiam de elementos de natureza subjetiva (o dolo).

Hegler foi o primeiro a concluir que certos tipos penais dependem de elementos subjetivos para sua definição. Por conseguinte, Mayer passou a entender que o tipo penal não poderia ser composto por meros elementos descritivos do tipo, ou seja, dependeriam de outros elementos normativos a serem objeto de análise dentro do tipo penal, e não quando da análise de sua antijuridicidade.

Sendo assim, Beling acabou cedendo a um tipo também composto de elementos subjetivos e normativos, assim nos explica Claus Roxin (2002, p. 282)

⁸ Limpio de todos los momentos de antijuridicidad”, nele “no es reconocible un significado jurídico”, e “la sola comprobación de que se ha cumplido un tipo por sí misma no es gravosa para nadie”, pois “las investigaciones sobre la tipicidad se mantienen en un terreno estrictamente neutral.

quando cita Erik Wolf, “uma estrutura estrutural inseparável onde se entrelaçam elementos de valor e elementos do ser” (ROXIN, 2002, p. 282, tradução nossa)⁹.

Com a concepção do finalismo e o fim da teoria objetiva do tipo de Beling (reconhecida por ele mesmo), o dolo e a culpa passam a integrar os elementos constitutivos do tipo penal, abandonando a culpabilidade para outros elementos. Sendo assim, passamos a ter tipos penais culposos e dolosos, assim como o conteúdo de normatividade (ilicitude) e a subjetividade (finalidade) passam a ser integrantes da tipicidade. Ainda sim, temos que, como visto anteriormente, os tipos penais abertos, que acabam por descrever de forma incompleta os elementos de sua previsão legal, foram contra tudo o que Beling pensava à época.

Portanto, temos que a tipicidade é a ação descrita objetivamente no tipo legal, sendo dolosa ou culposa, destinada a um fim ilícito e causador de dano ou gerador de perigo a um bem jurídico penalmente tutelada.

Tudo isso em nada desmerece a importância da teoria introduzida por Beling ao desenvolvimento da teoria do crime e da atual dogmática penal. Ainda sim, de igual maneira, Adolf Merkel e Karl Binding, penalistas de grande renome desde a época de Beling, acabam por atrelar a tipicidade com o crime, entretanto, de modo a facilitar a compreensão, faz-se necessário, acerca da dimensão da ruptura epistemológica proposta por Beling, adentrarmos um pouco mais ao conceito de delito da doutrina daquela época, que era concebido dentro do conceito do *Tatbestand*.

Stübel definiu em 1805 o *Tatbestand* como sendo um conjunto de todos os elementos internos e externos do delito, ou seja, o conceito de *Tatbestand* se identificava substancialmente com a própria ideia de crime. Asúa afirma que “essa origem do *Tatbestand*, surgido do corpus delicti, explica que [...] este se interprete como os elementos essenciais do crime, e como a figura concreta de uma espécie de delito em todos os seus elementos materiais” (ASÚA, 1953, p. 658).

Alcançando-se o Princípio da Legalidade este, mantendo sua máxima até hoje, passou, na atualidade, a ter alguns desdobramentos e consequências. Temos o que António Castanheira Neves (1984), ao se deparar com o princípio, acerca de seus elementos (*lex scripta*, *lex praevia*, *lex certa* e *lex stricta*), aponta como os três primeiros elementos como sendo de natureza político-jurídica, cujo destinatário é o

⁹ Un inseparable entramado estructural donde se entrelazan elementos de valor y elementos del ser.

legislador, e o quarto elemento como um problema exclusivamente jurídico, cujo destinatário é o julgador. E é exatamente sobre isso que o princípio apresenta seu real sentido. O fundamento dogmático-jurídico se apresenta como um aspecto formal do fundamento axiológico-normativo, ou seja, quando do cumprimento do princípio acerca da aplicação do conteúdo da lei escrita diz respeito ao aplicador da lei, cuja a solução metodológica não resolve a questão, seja pelo critério interpretativo, seja pelo critério teleológico.

António Castanheira Neves conclui que:

Se quisermos enunciar uma conclusão geral o sentido fundamental deste estudo será esta: o princípio *nullum crimen sine lege* não é suscetível de ser cumprido no seu sentido normativo essencial, que toca os valores capitais da juridicidade, só ao nível da legislação, nem bastará para tanto a estrita obediência legal do julgador; o seu cumprimento só é possível pela mobilização nessa intenção de todas as dimensões e de todas as instâncias do universo jurídico. Não é tarefa só do legislador ou só do juiz, é tarefa e responsabilidade de todo o pensamento jurídico. (NEVES, 1984, p. 307).

Atualmente, não é admissível em sede de Direito Penal qualquer imputação ou sanção sem que, previamente, exista uma lei escrita e em vigência. Nesta seara, em atenção ao Direito Penal moderno, especialmente em relação ao Direito Penal de segunda velocidade, justificada pelo fundamento que “sociedade do risco” impõe, podemos concluir que o princípio da legalidade passa por uma séria e incontornável crise.

3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E FORMAS DE ESTADO

3.1 Formas de Estados

Para uma ainda melhor compreensão do tema, precisaremos analisar o princípio da Legalidade dentro de algumas formas de Estado, de modo a explicar e perceber sua influência que impulsionaram transformações dentro do próprio conceito de Estado.

3.1.1 Estado Teocrático

A palavra Teocracia vem do grego *teo*, que significa Deus, somado a *cracia*, que quer dizer poder. Assim, um Estado Teocrático é compreendido como aquele que é governado sob a supremacia de ordens religiosas.

Nestes Estados, o ser Divino é personificado e considerado chefe de governo e de Estado. Cabe aos “escolhidos”, que são aqueles que se consideram ter recebido o chamado de Deus, ou serem seus descendentes ou, ainda, a reencarnação do divino, exercerem os poderes estatais sob a égide da doutrina religiosa. Da mesma forma são regidos os atos dos subordinados que recebem delegação administrativa.

Nas palavras de Priscila Carla Santana e Moura (2017):

[...] o Estado teocrático exemplifica de forma prática como se evidencia o Estado Religioso, na medida em que há a mistura dos aspectos políticos e religiosos e ainda, admite um sistema de governo no qual a autoridade política é exercida por pessoas que se consideram representantes de alguma divindade na terra, e tal como se deu no período compreendido entre os séculos V a XV, em que imperou a Idade Média, principalmente, demonstra-se que neste tipo de Estado há, por parte do governante, ao mesmo tempo, o poder político e o poder religioso. (SANTANA E MOURA, 2017, p. 18).

Os atos de gestão e as Leis que emanam do Estado teocrático são recebidas pelos governados como sendo a própria vontade da divindade, revelada para os representantes terrenos ou inspiração divina.

Os representantes atuam valendo-se das suas convicções pessoais e espirituais, agindo conforme o que lhe é compreendido como verdade.

Representantes dos Estados teocráticos atuam valendo-se da Lógica

denominada por Max Weber (1918) de “ética da convicção”, segundo a qual a convicção pessoal daquilo que é considerado verdade e legítimo é o que direcionada e determina as decisões.

A busca primeira é atender à vontade do Deus tutor, seguindo suas regras “reveladas” aos representantes. A vontade do povo é deixada de lado, pois é Deus que entende e sabe das necessidades sociais e individuais.

As Leis positivadas traduziam-se em sua maioria, nas escrituras sagradas, sendo que, a infringência de um preceito normativo consubstanciava na desobediência e na afronta ao próprio Deus.

Na teocracia o conceito de Legalidade, conforme hoje conhecemos, é quase inexistente. Os governados se submetem a um ordenamento jurídico instável que oferece grande margem de discricionariedade, pois dá aos representantes o poder de, em nome de Deus, criar normas que afetem circunstâncias anteriores a sua vigência, bem como promove a exclusão daqueles que não pactuam como o mesmo credo.

A lei fundamental é proveniente das concepções extraídas da crença. Aqui a legalidade não se traduz na busca da defesa das liberdades e da dignidade humana, sendo o homem social mero servo do poder teocrático.

Neste sentido é a crítica lançada por Karl Marx: “[...] um Estado ‘cristão’, que tem por fim, em vez de uma associação livre de homens morais, uma associação de crentes, em vez da realização da liberdade, a realização do dogma” (MARX, 1957, p. 94, 101).

Nos dias atuais ainda encontramos alguns países que adotam a forma de Estado teocrático. Como exemplo podemos citar o Vaticano, Irã, Afeganistão, entre outros.

Em decorrência da globalização e da interferência política mundial, os estudiosos inclinam-se na inexistência de Estados teocráticos puros que vão de encontro ao epicentro da liberdade humana, sem a qual não há nem verdadeira busca religiosa nem Estado verdadeiramente livre. Ideais estes previstos nas resoluções do Concílio Vaticano 2.

3.1.2 Estado Totalitário

O estado totalitário, é aquele que tem por característica um agente, uma

organização militar ou um partido político que exerce domínio absoluto, sobre determinada nação. Neste modelo de Estado, o governante controla a sociedade, em seu aspecto público e privado, de forma explicitamente autoritária, por meio de práticas que objetivam impor, pela doutrinação e violência, os fundamentos ideológicos comungado pelos governantes.

Nos Estados totalitários verificamos algumas características que demonstram a usurpação dos direitos e garantias fundamentais, dos direitos políticos e dos direitos sociais. Sua marca predominante é a centralização do poder, justificado por um nacionalismo extremo, onde os meios de comunicação são censurados e a ideologia é propagada por meio de doutrinação e culto ao líder.

Para o Doutor Paulo Bonavides:

Nos sistemas compactos da ordem totalitária, o homem, perante as esferas políticas, deixa de ser politicamente “sujeito” ou “pessoa”, para anular-se por inteiro como “objeto”, que fica sendo, da organização social [...] Evidentemente, só há pois uma saída possível, solução única para o poder consentido, dentro no Estado moderno: um governo democrático de bases representativas. (BONAVIDES, 2000, p. 352).

Os indivíduos submetidos a este tipo de Estado, são excluídos das decisões, não participando do processo de gestão geral, bem como não exercem controle sobre a economia e as contas públicas.

Ainda, não há que se falar em hierarquização e competências fixadas em Lei, podendo o líder autoritário promover suas aspirações pessoais nos variados órgãos criados pelo próprio regime.

Por meio do temor, os indivíduos são expostos as mais constantes práticas arbitrárias e coagidos a reconhecerem a legalidade dos atos autoritários, pois passam a crer que o regime detém a chancela inescusável de validade da norma.

Essa percepção dissonante da realidade coloca os agentes beira ao aniquilamento da dignidade humana, pois esse conceito errôneo de legalidade se localiza muito acima das vontades individuais e os fracos passam a se submeter aos fortes.

Os Estados totalitários julgam-se detentores da justiça e do direito, através de concepções históricas, ideológicas e culturais. Para o regime a suspensão dos direitos protege os indivíduos da supressão.

A *mens legis*, nos Estados totalitários se transforma em legitimidade

totalitária, afastando-se do conceito de legalidade por julgar as condutas através do conhecimento ideológico sem converter a Lei em parâmetros permissivos ou proibitivos, de acordo com o interesse coletivo.

Esse desvirtuamento opressor teve várias consequências Penais. Estados totalitários, como exemplo a Alemanha Nazista e o Stalinismo na União Soviética, lançaram em seu ordenamento jurídico tipos penais imprecisos, a fim de atribuir ao julgador o poder de valorar a aplicação da norma imbuído de seus critérios subjetivos.

O princípio da Legalidade/reserva Legal, especialmente no ramo Penal é instrumento de garantia ao indivíduo inserido em sociedade, devendo ser observado em sua integralidade, não só através de normas positivadas, mas, também, sob o aspecto principiológico.

Nesse sentido aduz o professor Cezar Roberto Bitencourt:

O princípio da reserva legal é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado. (BITENCOURT, 2012, p. 11 e 13).

Nesta senda, conclui-se que nos estados totalitários a legalidade era usurpada para atender aos ditames pessoais do líder supremo em detrimento da vontade coletiva.

3.1.3 Estado de Direito

O Estado de Direito em seus primórdios, era voltado a salvaguardar os direitos individuais em favor da liberdade, sob os pilares da legalidade, da divisão dos poderes, da igualdade e da judicialidade, em uma perspectiva liberalista.

Mais tarde, foi atribuído a essas características a necessidade de se atentar ao bem comum, assegurando garantias de previsibilidade ao cidadão, uma vez que foi estendido os ditames da legalidade para os atos normativos executivos.

Posteriormente, alguns ordenamentos jurídicos modernos instituíram o modelo de Estado democrático de direito, elevando a dignidade humana e a liberdade ao centro do ordenamento, numa perspectiva social, aonde o homem é visto, participa e é tutelado como agente integrado socialmente.

No Estado Democrático de Direito, observamos a extensão do princípio da

legalidade, que atingiu não só a Lei posta e os atos normativos, mas também os princípios, valores e comandos expressos ou implícitos nas Constituições, dando materialidade ao ordenamento jurídico.

No ordenamento jurídico Pátrio, o modelo de Estado Democrático de Direito está insculpido no preâmbulo da constituição, que assim dispõe:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988).

Observamos, ainda, que dá análise no texto constitucional, é possível verificar o modelo de Estado democrático de direito, pela afirmação da abrangência da legalidade aos princípios e valores constitucionais.

A atividade estatal está vinculada à Lei e ao Direito, bem como deve ser voltada para atender os interesses e necessidades coletivas.

O princípio da legalidade, no Estado Democrático de Direito, possui um viés restritivo, que se consubstancia na chamada reserva de lei, que se refere as matérias exclusivamente disciplinadas por Lei, e um sentido amplo, que corresponde aos princípios e valores, cuja finalidade é a de reduzir a arbitrariedade do poder público, em suas atividades discricionárias.

Assim, é possível afirmar que no Estado democrático de Direito a lei possui dois sentidos: Um sentido formal, em que deve ser atendidas as disposições procedimentais para a elaboração da norma, bem como um sentido material, onde se busca atender as exigências democráticas previstas no texto constitucional.

A legalidade é uma conquista que não tolera retrocessos em um Estado democrático de direito, pois é fundamental para a preservação e efetividade das garantias e direitos fundamentais.

3.2 Proteção e Direito

3.2.1 Proteção dos Indivíduos da Sociedade

No direito penal contemporâneo, o uso da violência legítima é reservada ao poder público, sendo o Estado o único que detém a atribuição de utilizar das cominações legais para realizar o legítimo controle social.

Neste contexto, a pena existe como instrumento de manutenção da ordem jurídica, sendo esta necessária para desenvolver harmonicamente a paz social.

Para assegurar que a pena não se consubstancie em método de coerção ilegítima e agressão social, o ordenamento jurídico deve ser orientado pelo princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, e fundamento do ordenamento penal orientado pela segurança jurídica.

A legalidade, no que tange a sua aplicação a seara penal, promove a segurança dos indivíduos na sociedade, assegurando prévio conhecimento das normas incriminadoras e das que estipulam consequências jurídicas, garantindo ao indivíduo social a coerção correspondente aquela previsível e predisposta em Lei.

Assim, é possível concluir que o princípio da legalidade se traduz em um dos principais mecanismos de proteção aos indivíduos, assegurando que o Estado não usurpe as garantias e direitos fundamentais, colocando a dignidade humana no centro da tutela jurídica.

Nesta senda, o princípio da legalidade é verdadeiro espectro de defesa e proteção ao cidadão, frente ao *ius puniendi* estatal tendo em vista que este deve-se pautar pela regra segundo a qual as normas penais incriminadoras devem repousar seus efeitos somente à condutas posteriores à sua elaboração, efetivando a segurança jurídica.

3.2.2 A Legalidade no *Civil Law* e no *Common Law*

A Legalidade pode exercer a mesma função em dois sistemas distintos. Muito embora a Legalidade no *Civil Law* e no *Common Law* tenha a mesma função, como já era de se esperar, sua aplicabilidade é verificada através de mecanismos distintos. Ainda sim, temos que a linguagem pode acabar apresentando-se como obstáculo ao real sentido da norma nos apontando em dois caminhos distintos para a solução do problema.

Winfried Hassemer nos diz:

Junto com a lei, a linguagem faz carreira. Justiça, Executivo, associações,

instituições, particulares, todos que indagam o que vige aqui como Direito são remetidos à lei e, com isso, a um objeto que não é apenas linguagem, pois os precedentes também o são, mas é simultaneamente o resultado de esforços especiais em torno da precisão e segurança do significado linguístico: a lei é, de um lado, o ponto de cristalização da teoria jurídica e da metodologia; de outro, da dogmática; ela é flanqueada por regras sobre como proceder com as próprias leis e enriquecida com as paráfrases de seu conteúdo; ela se aloja no Direito judicial e nas explicações e nos esclarecimentos adicionais da dogmática cientificamente conduzida; ela é, em resumo, o centro de uma atividade gigantesca em torno de signos linguísticos. (HASSEMER, 2008, p. 49).

No *Civil Law*, a lei acaba por exercer uma função padronizadora das decisões, apresentando-se como uma lente pelo qual todos julgadores deverão observar os fatos objeto de apreciação. Desta forma, a lei escrita, a fim de ser aplicável, demanda uma série de rituais, além de sua anterioridade, que acabam por ser pressupostos de vigência e validade. O processo legislativo é extremamente complexo e demanda que os representantes eleitos do povo (deputados) e de cada estado da federação (senadores) devem trabalhar o texto incluindo e excluindo dele todos os elementos de sua composição para a sanção presidencial. Winfried Hassemer (2008) destaca que o trabalho legislativo deve ser cuidadoso bem como deve ser devotado às leis em razão de sua centralidade nos sistemas jurídicos baseados em codificações.

Sendo assim, o tipo penal aqui exerce uma função essencial na formação do juízo de tipicidade, primeiro elemento do conceito analítico de crime. Entretanto, a interpretação da linguagem, como já mencionado, será sempre objeto de discussão.

É aqui que verificamos a diferença entre o *Civil Law* e o *Common Law*, a forma como interpretam a Lei. Enquanto no *Civil Law* discutimos acerca da interpretação da lei acerca de sua linguagem, no *Common Law* é diferente.

O fundamento que conforma a teoria do *criminal law* encontra-se basicamente na aplicação prática, privilegiando os resultados e não o modo pelo qual se chega a eles. Sendo assim, ela se pauta na premissas latinas *actus non facit reum, nisi mens sit rea*, pelo qual se abstrai os dois elementos constitutivos do delito incorporado pela tradição anglo-saxônica: *actus reus* (elemento externo) e *mens rea* (elemento interno). Desse modo, *actus reus* e *mens rea* funcionam, respectivamente, como elemento objetivo e subjetivo do tipo (*offence definition*).

Cumprido esclarecer que a combinação do *actus reus* e o *mens rea* não são o suficiente para definir a existência de um crime, faz-se necessário verificar as circunstâncias que o *Common Law* considera como excludente da responsabilidade

penal.

Sendo assim, quando de dúvidas acerca da interpretação e aplicabilidade da lei, no *Common Law* recorre-se aos precedentes (os *leading cases*), ou seja, às jurisprudências.

Roscoe Pound simplifica a essência do sistema:

A doutrina do common law é uma razão voltada à experiência, que é vista como apta a dar os fundamentos mais satisfatórios para guiar a ação e os princípios da decisão; a lei não é algo para ser feito a partir de um capricho da vontade soberana, mas deve ser descoberta pela experiência judicial das regras e dos princípios que guiaram as decisões no passado. (POUND apud GOMES, 2010, p. 90).

Portanto, a forma como se percebe a análise do precedente jurisprudencial e sua contribuição para a preservação do princípio da legalidade vem se espalhando pelo *Civil Law* como técnica interpretativa a medida em que, também, percebemos que os países do common law estão em processo de positivação e codificação de suas lei penais.

3.3 Desenvolvimento do Princípio da Legalidade no Direito Penal

O desenvolvimento de princípios envolve, notadamente o estudo histórico de vários períodos, seus erros e suas permanências.

Uma lenta e dolorosa evolução social permitiu o surgimento de alguns direitos que são inerentes à pessoa humana, em respeito à sua dignidade, notadamente aqueles que definimos como fundamentais.

Em relação ao Princípio da Legalidade, sem dúvidas, importante salientar que seu ponto inicial encontra conexões com o período da Grécia antiga, em torno de 600 a.C, quando normas penais desta natureza foram insculpidas em tábuas. No entanto, a verdadeira preocupação com este direito surge no Iluminismo, marco histórico que definiu dois momentos do Direito Penal, o do terror e o início do período liberal.

Luigi Ferrajoli observa que “enquanto o princípio de mera legalidade remonta ao direito romano, o princípio da estrita legalidade é obra do pensamento iluminista” (FERRAJOLI, 2000, p. 378).

Arbitrário e abusivo, o período do terror trazia completa ausência de

humanização da pena e se pautava na necessidade de resposta à uma sociedade que buscava pela solução de crimes, fazendo com que o cidadão, responsável ou não tivesse pouca ou nenhuma chance de se defender e proteger do âmbito punitivista estatal.

Utilizando de avançadas técnicas e métodos sociológicos, como análise do passado, verificação empírica e conexão com a realidade, os pensadores iluministas, tentando resolver problemas corriqueiros de seu tempo passaram a manifestar ideias básicas e universais.

Clássica obra do período ilustrado, *Dos Delitos e das Penas*, de 1764, de autoria de Beccaria é considerada inauguradora do período liberal do direito penal e previa a necessidade de proteção do Princípio da Legalidade, baseando-se em três pilares: a legalidade dos crimes e das penas, a separação de poderes e a utilidade da sanção.

A Legalidade, desde lá põe-se como essencial à prevenção das injustiças, sem trazer diferenças sociais quando da aplicação da pena de forma proporcional ao crime cometido, determinando a irretroatividade penal e a impossibilidade de aplicação de analogia, o que limitou o poder punitivo do Estado.

Para a época o Princípio da Legalidade era tamanha inovação que Beccaria não pôde publicar sua obra em Milão, nem tampouco identificar-se, pois temia receber as severas punições aplicadas àqueles que se opusessem ao regime. Ainda assim a obra de Beccaria é reconhecida por sua coragem e inovação.

A ideia de que o direito natural era fonte e diretriz do direito já estava em descrédito pela filosofia implementada pelo período Iluminista, fortalecendo as críticas atribuídas ao Contrato Social ao direito Penal.

Para Winfried Hassemer, o Iluminismo representou o afastamento do Direito Natural, buscando justificar o direito na vontade do homem racional através do Contrato Social:

A ideia do contrato social é evidente e, de acordo com os precedentes, consequente. Sem a força normativa do Direito Natural reconhecido, todo homem é inserido em si mesmo. Com a reunião dos homens em grupos, em sociedade, em um Estado, todos se colocam ao mesmo tempo, uns diante dos outros, pois os limites da sua soberania e da sua liberdade resultam dos limites da liberdade dos demais, isto é, eles devem se reunir contratualmente (*vertraglich*) e aí acordar os limites da sua liberdade, os limites até os quais eles renunciavam à sua soberania. (HASSEMER, 2008, p. 331).

Desta forma, arraigado a uma ideia de segurança jurídica e limitação do poder punitivo estatal, o Princípio da Legalidade passou a ser previsto em várias outras legislações de forma expressa e inquestionável.

A título de exemplo pode ser citada a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776 que previa expressamente em seu art. 9º a irretroatividade da lei em relação à prática dos delitos, o que foi seguido pela Constituição Americana, de 1787, Código Penal Austríaco de 1787, as Ordenações de Frederico II, de 1794, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 e pelo Código Penal Francês de 1810.

A organização e sistematização vem na obra de Feuerbach que unificou o conteúdo do Princípio da Legalidade, corroborando na expressão jurídica *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Este modelo representa a Teoria da Coação Psicológica de Feuerbach, como modelo de prevenção geral da criminalidade, sendo a pena, tão somente, um mecanismo dissuasivo da prática da conduta delitiva.

A sucessão desta teoria deu-se em razão da ideia de retribuição ética como postulada por Kant e como retribuição jurídica, como postulada por Hegel e finalmente surge uma terceira etapa do “sistema de legalidade” que passou a tratar a punição como medida social, dando prioridade à prevenção em contraponto à repressão.

3.3.1 Constituições e legislações infraconstitucionais no Direito Penal

Em se falando de sistema brasileiro, importante estabelecer diálogo com determinados períodos históricos que culminaram na criação de documentos regulamentadores do Princípio da Legalidade no Direito Penal.

3.3.1.1 Constituição do Império de 1824

Antes da Independência do Brasil em 1822, a legislação brasileira era atrelada à Portuguesa, notadamente às Ordenações Afonsinas (1446 a 1514); Ordenações Manuelinas (de 1521 a 1595); e Ordenações Filipinas (1603 a 1916) esta revogada pela Constituição de 1824.

A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824

(BRASIL, 1824), foi marcada pela separação de poderes, seguindo os preceitos dos movimentos liberais iniciados a partir da Revolução Francesa, que instituiu a separação de órgãos e funções. Entretanto, importante salientar, com um detalhe diferente daquele proclamado pelos movimentos Constitucionalistas, qual seja, o Poder Moderador.

O Poder Moderador era o quarto poder, exercido pelo Imperador, que tinha, nos termos do art. 101, VIII, o poder de perdoar e moderar as penas impostas aos réus condenados por sentença (BRASIL, 1824).

A Constituição de 1824 ainda instituiu Direitos de primeira dimensão, ao garantir “a inviolabilidade dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade” (BRASIL, 1824). Nesse sentido, ainda estabeleceu a abolição das penas de açoites, tortura, marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis. Ademais, ainda preceituou o princípio da pessoalidade da pena, ao determinar que nenhuma pena passaria da pessoa do réu, então denominado delinquente (art. 179, incisos XIX e XX) (BRASIL, 1824).

Por outro lado, a legislação penal também já contemplava a proteção ao Princípio da legalidade, especialmente no Código Criminal do Império, de 1830, que trazia em seu art. 1º: “não haverá crime, ou delicto sem uma lei anterior, que o qualifique” (BRASIL, 1830).

A proteção recebeu continuidade e consolidação, recebendo novas previsões nas cartas de 1891, 1934, 1946, 1967 e 1988, excetuando-se a carta de 1937, durante o período ditatorial.

Ainda, pela Constituição de 1824, determinou-se a suspensão do exercício dos Direitos Políticos em razão de sentença condenatória a prisão ou degredo, enquanto durassem seus efeitos (BRASIL, 1824).

3.3.1.2 Constituição de 1891

A Constituição de 1891 (BRASIL, 1891) estabeleceu como forma de governo a República e de Estado, a federação, de forma a soterrar o modelo monárquico de poder centralizado, e instituir uma divisão de poderes repaginada, nos moldes liberais, ou seja, Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, harmônicos e independentes entre si, afastando a figura do Poder Moderador.

Por esta constituição restou abolida a pena de morte, reservadas as

disposições da legislação militar em tempo de guerra nos termos do art.72 (BRASIL, 1891).

Adotou-se, neste texto constitucional, como forma de Governo a República Federativa, sob o regime político representativo. As antigas províncias tiveram declaradas a união perpétua e indissolúvel, surgindo os Estados Unidos do Brasil com a consequente vedação do direito de secessão.

Nesta mesma época o Brasil se constitucionalizava como país laico ou não confessional, afastando-se do conceito de religião oficial e predominante, tendo consequentemente, afastados os efeitos civis dos atos eclesiásticos, como por exemplo o casamento.

Para Ruy Barbosa o laicismo fez com que os cultos religiosos se sujeitassem às Leis civis, garantindo, assim, a liberdade e afastando a dependência com o governo, *in verbis*:

Eis os termos em que se fundou e organizou a secularização do nosso direito constitucional. Por eles todas as religiões e cultos, entre nós, são iguais perante a lei. Segundo eles, de abraçar quaisquer religiões, e observar quaisquer cultos, goza os indivíduos, entre nós, a mais plena liberdade. E, para afiançar essa liberdade com relação a todas as religiões, a todos os cultos, para garantir, entro todos os cultos, entre todas as religiões, essa neutralidade, firmou-se a regra de que nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nenhum culto ou igreja terá relações de dependência com o Governo, nenhum culto ou igreja terá com o Governo, relações de aliança, e o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos será leigo, isto é, se praticará sem o concurso de nenhum culto ou igreja. (BARBOSA, 934, p. 261.)

No que concerne a organização do Estado, como brevemente citado, foi abolido o poder moderador, adotando-se a clássica teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu, restando estabelecido em seu artigo 15: “São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, harmônicos e independentes entre si”. (BRASIL, 1891).

Conforme Paulo Bonavides e Paes de Andrade destacam:

O texto de 1891, com seus 91 artigos e 8 disposições transitórias veio a ser, em termos jurídicos, o grande monumento de nossa erudição liberal. Em matéria de teor basicamente constitucional, consagrava ela a separação de poderes de conformidade com a proposta de Montesquieu – fórmula peculiar, aliás, a todas as Constituições do liberalismo. Confirmava também o sistema federativo já decretado pela ditadura de 15 de novembro de 1889, ao mesmo passo que introduzia tacitamente a forma presencial de governo.

(BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 250-251).

Fora fixado o bicameralismo federal, sendo que o poder Legislativo passou a ser exercido pelo Congresso Nacional, composto de 2 casas, sendo estas a Câmara dos Deputados e o Senado Federal.

O Poder Executivo exercido pelo Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, eleito junto com o Vice-Presidente, por sufrágio direto, por período de 4 anos, vedada a reeleição.

O órgão Máximo do Poder Judiciário passou a se chamar Supremo Tribunal Federal.

A Constituição foi classificada como rígida, por conter um processo mais solene e complexo de alteração das espécies normativas. Estabeleceu-se, a forma republicano-federativa e a igualdade de representação dos estados no senado como cláusulas pétreas.

Derradeiramente, dentre as garantias constitucionais, de forma inédita, houve a previsão do remédio constitucional do *habeas corpus*.

Importante salientar que a Constituição de 1981 recebeu forte influência norte-americana, em decorrência do sucedido regime republicano vigente nos Estado Unidos da América desde a independência.

3.3.1.3 Código Penal de 1890

O primeiro código da República do Brasil fora promulgado em 1890 e a previsão do Princípio da Legalidade logo se faz presente em seu primeiro dispositivo:

Art. 1 Ninguém poderá ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas.

A interpretação extensiva por analogia ou paridade não é admissível para qualificar crimes, ou aplicar-lhes penas. (BRASIL, 1890).

Este código, inspirado na Constituição Americana ainda criminalizava cultos religiosos diversos do catolicismo e logo passou a ser criticado.

3.3.1.4 Constituição de 1934

A promulgação da Constituição de 1934 confirmou a ascensão de Getúlio Vargas, a partir da Revolução de 1930, que destituiu Washington Luís e impediu a posse de Júlio Prestes.

A previsão ao Princípio da Legalidade fez-se presente nos arts. 21 e 26:

21) Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e promoverá, sempre que de direito, a responsabilidade da autoridade coatora.

[...]

26) Ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita. (BRASIL, 1934).

Trata-se de Constituição pautada, principalmente, em preceitos de direitos fundamentais de 2ª dimensão, ou seja, pautados em direitos sociais, consubstanciados a partir das lutas operárias em busca por dignidade em razão do tratamento desumano experimentado pela classe operária durante a Revolução Industrial na Europa.

3.3.1.5 Constituição de 1937

Getúlio Vargas, com o objetivo de permanecer no poder, instaurou o chamado “Estado Novo” e em 1937 impôs a Constituição, que seria conhecida a partir de então como a “Polaca”, inspirada na Constituição Polonesa de 1921, de orientação notoriamente fascista.

A pena de morte volta a ser permitida, conforme atesta o art. 122, em seu item 13, que inicialmente a previu nos seguintes termos:

13) não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a lei poderá prescrever a pena de morte para os seguintes crimes:

- a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro;
- b) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania;
- c) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operações de guerra;
- d) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida

na Constituição;

e) tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social;

f) o homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade. (BRASIL, 1937).

Alterado o art. 122, item 13 pelo Decreto n. 10.358 de 1942, passou a dispor:

13) Não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a pena de morte será aplicada nos seguintes crimes:

a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro;

b) atentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania;

c) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operações de guerra;

d) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição;

e) tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social;

f) a insurreição armada contra os Poderes do Estado, assim considerada ainda que as armas se encontrem em depósito;

g) praticar atos destinados a provocar a guerra civil, se esta sobrevém em virtude deles;

h) atentar contra a segurança do Estado praticando devastação, saque, incêndio, depredação ou quaisquer atos destinados a suscitar terror;

i) atentar contra a vida, a incolumidade ou a liberdade do Presidente da República;

j) o homicídio cometido por motivo fútil ou com extremos de perversidade. (BRASIL, 1942a).

Nesta constituição, em razão de sua clara inspiração no sistema fascista de Benito Mussolini não se fizeram presentes instrumentos de humanização das penas, nem fora observado o Princípio da Legalidade.

3.3.1.6 Constituição de 1946

A Constituição promulgada de 1946 marcou o fim do período autoritário, instituído pela Constituição de 1937, e buscou reinstaurar valores democráticos da Carta de 1934. Assim cada vez mais consolidava-se o Princípio da Legalidade em nosso ordenamento jurídico.

O texto foi fortemente motivado pelos ideais liberais insculpidos na Constituição de 1891, e nas premissas sociais de Constituição de 1934. Economicamente, procurou a harmonia entre o princípio da livre iniciativa com o da justiça social.

O objetivo era extinguir os atos autoritários e repressivos frutos da Ditadura do Estado Novo de Vargas. Para isso, fora restaurado os Três Poderes com vistas a reestruturação harmônica do modelo federativo, vez que a Ditadura do Estado Novo estendeu várias prerrogativas ao poder Executivo, permitindo que este praticasse todas as ações do Estado, manobra típica de Ditadores.

Sobre o tema, aduz Antônio Fernando Pires:

A Carta de 1946, de 18 de setembro de 1946, é considerada por muitos autores como a melhor que tivemos. Saboreava ares de democracia e liberdade pós-guerra e restituiu inúmeros avanços que tivemos na Constituição de 1934. Uma das principais mudanças foi a restauração dos Três Poderes, independentes e harmônicos entre si. O Poder Judiciário recuperou seu prestígio ao declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos e fixou as três conhecidas garantias da magistratura: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. (PIRES, 2016, p. 53).

Outro objetivo era restabelecer a democracia representativa, por mandatários eleitos pelo povo por prazo certo e determinado.

Foi incorporada definitivamente a justiça do trabalho ao judiciário, trazendo amplo rol de direitos trabalhistas, entre eles o direito à greve e o direito à participação dos lucros,

Conforme Ana Paula de Barcellos: “a nova Constituição, depois das dramáticas experiências anteriores, assegurou a inafastabilidade do controle judicial como um direito. E a Justiça do Trabalho foi incorporada ao Judiciário. A Constituição de 1946 era rígida e tinha duas cláusulas pétreas: federação e república” (BARCELLOS, 2018, p. 111).

O texto Magno de 1946, restaurou o controle de constitucionalidade judicial, fixando novamente a competência para apreciação dos recursos ordinários e disciplinando os recursos extraordinários. A arguição de inconstitucionalidade direta teve vasto emprego no período constitucional instituído em 1946.

3.3.1.7 Constituição de 1988

A CRFB/88 consagrou o Princípio da Legalidade no art. 5º, inciso XXXIX, que assim estabelece: “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988).

Mantida, neste sentido, a limitação ao poder punitivo do estado. Importante salientar que o Brasil sempre, desde suas primeiras regulamentações previu e aplicou, de forma consolidada o Princípio da Legalidade, mantendo a pena como instrumento inibidor da prática de crimes e o limite no poder punitivo do Estado.

4 CONSECTÁRIOS PENAIIS

4.1 Analogia

Ao se analisar um ordenamento jurídico sob o enfoque meramente positivista, conclui-se tratar de um de simples ou complexo conjunto de normas. Este acervo normativo tem como premissa prescrever regras de conduta que, por seu caráter cogente, regulam as ações dos indivíduos inseridos em sociedade, bem como cria mecanismos para solucionar possíveis conflitos de interesse.

Contudo, apesar dos esforços, o arcabouço normativo que constitui um ordenamento jurídico nem sempre é capaz de socorrer todas as hipóteses que, por ventura, surgirem dos casos concretos.

Essa limitação normativa, de forma temática e temporal, tendo em vista a dinâmica social, ocasiona Lacunas, que de forma rudimentar são verificadas de duas formas: Seja pela ausência da norma aplicável ao caso concreto, seja pela falta de método ou critério que dê contornos e permita a aplicação de outras disposições legais referentes a casos semelhantes.

Frise-se que, em que pese a existência das Lacunas normativas, estas não indicam uma imperfeição do ordenamento jurídico. Em verdade, não é crível que seja possível produzir normas que disciplinem situações atemporais de forma amplamente abrangente. Com isso, pode-se concluir que as Lacunas são pontos de omissão involuntária que resultam da própria limitação do ordenamento jurídico.

Com vistas a sanar estas limitações, dando completude ao ordenamento jurídico, a doutrina, apoiada na terminologia de Carnelutti e nos ensinamentos de Bobbio, aponta dois métodos de integração da norma, sendo eles a heterointegração e a autointegração. Segundo Bobbio:

O primeiro método consiste na integração operada através do: a) recurso a ordenamentos diversos; b) recurso a fontes diversas daquela que é dominante (identificada, nos ordenamentos que temos sob os olhos, com a Lei). O segundo método consiste na integração cumprida através do mesmo ordenamento jurídico, no âmbito da mesma fonte dominante, sem recorrência a outros ordenamentos e com o mínimo recurso as fontes diversas da dominante. (BOBBIO, 1999, p. 146).

Feitas as necessárias exposições e introduções, firmaremos neste tópico, com base nas informações acima dispostas, a análise do instituto da analogia, que

se trata de método de autointegração do ordenamento jurídico.

É necessário, desde já, esclarecer que a Analogia não se confunde com interpretação analógica. A Analogia não é, em sua essência, método de interpretação, mas forma de aplicação da norma jurídica. Desta forma a Analogia é instrumento de colmatação de possíveis lacunas existentes no ordenamento jurídico.

Manuel da Costa Andrade (2001), em que pese considerar a posição de Jacobs, Hassemer, Sax, Kaufmann e Castanheira Neves, aduziu como praticável distinguir a interpretação analógica da analogia.

A interpretação analógica, partiria de uma prática hermenêutica na qual se buscaria atribuir e essência e extensão ao comando normativo a ser aplicado.

Já a analógica se consubstancia em prática de criação no plano normativo, sendo que no direito penal tal função somente compete ao legislador.

Nessa esteira, Manuel da Costa Andrade (2001, p. 76) se referia ao “significado literal possível” como paradigma a ser observado pelo interprete, sob o argumento de que a interpretação não pode ser utilizada de forma ampla para solução jurídica, já que o ordenamento penal é amoldado pelo princípio da legalidade.

Assim, define-se como Analogia o método de autointegração do ordenamento jurídico, voltado a colmatar lacunas normativas, empregando, à hipótese carente de regulação legal, disposições normativas aplicáveis a casos símeis.

No ordenamento jurídico pátrio, sua previsão legal vem disposta no art. 4º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB): “art. 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, 1942b).

Outrossim, a Analogia fundamenta-se no brocardo *ubi eadem ratio, ubi eadem legis dispositivo*, atuando ao encontro da segurança jurídica, uma vez que exige tratamento igualitário a casos semelhantes.

A doutrina divide o instituto da Analogia em: *analogia juris* e *analogia legis*.

A primeira hipótese é aquela utilizada pelo interprete para suprir eventuais lacunas, tendo como instrumento os princípios gerais do direito. Ou seja, em caso de ausência normativa para disciplinar determinado caso e, da mesma forma, ausente norma aplicável a caso semelhante, o julgador deve aplicar os princípios gerais do direito, a fim de satisfazer a pretensão jurisdicional.

A título de exemplo, podemos citar a utilização do princípio da dignidade humana, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, com vistas a suprir lacunas no ordenamento jurídico.

Já a segunda hipótese trata-se da aplicação de disposição legal afeta a caso semelhante àquele carente de regulação normativa. Aqui, importar registrar que, não se trata de faculdade do julgador em aplicar norma semelhante em detrimento de norma juridicamente válida, sob o argumento que a solução mais eficaz é a contrária a dada pelo legislador. Havendo norma válida que discipline a situação levada à apreciação judicial, não há que se falar em aplicação do instituto da Analogia.

Nesse sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça (STJ), senão vejamos:

Não cabe ao Julgador aplicar uma norma, por assemelhação, em substituição a outra validamente existente, simplesmente por entender que o legislador deveria ter regulado a situação de forma diversa da que adotou; não se pode, por analogia, criar sanção que o sistema legal não haja determinado, sob pena de violação do princípio da reserva legal. (BRASIL, 2007).

Diante dessas subdivisões, em regra, podemos concluir que, é vedado ao julgador proferir o *non liquet*, que se consubstancia na formula jurídica de abster-se de prestar a tutela jurisdicional pelo fato de o direito não estar previsto, nem explicitado. Isto é, em que pese não haver disposição normativa que regule determinado caso, o Julgador não pode se eximir de prestar a tutela jurisdicional.

Não obstante, excepcionalmente isto não sobrevêm ao sistema-jurídico penal que, em respeito ao princípio da reserva legal, tem -se por cabal em suas disposições legais incriminadoras.

Dado o caráter de *ultima ratio* e fragmentariedade do direito Penal, tem-se por óbvio sua necessária limitação. Se determinada conduta supostamente incriminadora não esteja prevista no texto normativo penal, significa que esta não mereceu apreço pelo legislador penal, podendo ser tutelada pelos demais ramos do direito.

Desta forma, podemos concluir que, tudo que não for determinantemente proibido é permitido na seara penal. Assim, em nome do princípio da Reserva Legal, é vedado ao julgador pronunciar a Analogia em situações que não se amoldam ao texto expressamente previsto no CP como norma incriminadora.

Nestes termos, verificamos que na Seara Penal o julgador não pode aplicar, ao caso não previsto em Lei, disposição legal aplicável a caso semelhante para incriminar, agravar ou, de qualquer forma, prejudicar o agente (*Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Stricta*). Não é possível ampliar as hipóteses incriminadoras dispostas pelo Legislador. Sobre o tema, o professor Cezar Roberto Bitencourt, aduz que:

Os Estados Democráticos de Direito não podem conviver com diplomas legais que, de alguma forma, violem o princípio da reserva legal. Assim, é inadmissível que dela resulte a definição de novos crimes ou de novas penas ou, de qualquer modo, se agrave a situação do indivíduo. [...] Essa orientação político-criminal não se fundamenta em razões sentimentais ou puramente humanitárias, mas, como destacava Aníbal Bruno, “em princípios jurídicos, que não podem ser excluídos do Direito Penal, e mediante os quais situações anômalas podem escapar a um excessivo e injusto rigor. (BITENCOURT, 2012, p. 422).

Dito isso, importa fazermos a distinção entre *Analogia in malam partem* e *analogia in bonam partem*.

Como acima afirmado, não pode o julgador, valendo-se do instituto da analogia, aplicar dispositivo afeto a caso semelhante para incriminar, agravar ou de qualquer forma prejudicar agente que cometeu ato não tipificado na lei Penal.

Contudo, caso a colmatação da lacuna no ordenamento jurídico não incrimine nem traga prejuízos ao réu, é perfeitamente possível ao julgador aplicar a analogia em benefício do agente.

Trata-se da *Analogia in bonam partem*, podendo ser entendida como aquela que supre uma lacuna normativa beneficiando o agente. Aqui, a lei aplicável ao caso semelhante surte efeitos positivos para o indivíduo, em seu benefício.

O Professor Cleber Masson, traz o seguinte exemplo:

Imagine uma adolescente de 13 anos de idade vítima de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A, caput, com a redação conferida pela Lei 12,105/2009), crime do qual resultou sua gravidez. Questiona-se: Sena possível o aborto? A lei nada diz. Entretanto, o art. 128, II, do Código Penal autoriza a interrupção da gravidez resultante de estupro (aborto sentimental), sem mencionar o estupro de vulnerável, crime inexistente à época em que foi redigido o art. 128 do Código Penal. Ora, a situação é semelhante: a gravidez é indesejada, pois originária de um delito contra a dignidade sexual. Ademais, o fundamento da autorização legal do aborto é evitar que a presença do filho traga à mãe recordações de um ato covarde contra ela praticado. Perfeitamente cabível, assim, a analogia. (MASSON, 2011, p. 230).

Neste ponto, novamente deve ser ressaltar que, não pode o julgador aplicar disposição legal semelhante, mesmo que seja para beneficiar, caso exista norma jurídica válida que discipline a hipótese. A analogia *in bonam partem* somente pode ser utilizada caso haja ausência de norma que discipline o caso em apreço.

Frise-se que, no que concerne as legislações excepcionais, não há que se falar em Analogia, justamente por terem essência extraordinária, aplicável a casos específicos.

Já no que diz respeito à *Analogia in malam partem*, já deixamos transparecer que ela é vedada nas hipóteses incriminadoras, nas que agravam a pena e de alguma forma prejudicam o agente.

Portanto, a *Analogia in malam partem* é aquela em que o julgador aplica, ao caso carente de norma disciplinadora, lei aplicável a caso semelhante, que tem o condão de prejudicar o agente, seja incriminando-o, seja ampliando as hipóteses de agravamento de sua pena, seja trazendo condição maléfica.

No ordenamento jurídico Pátrio, a vedação à *analogia in malan partem* é encontrada implícita no princípio da reserva legal, que aduz que nenhum fato pode ser considerado crime se não existir uma lei que o enquadre no adjetivo Criminal.

Da mesma forma o princípio da legalidade e da anterioridade previstos no art. 5º, XXXIX da CRFB/88: “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988).

Nesta senda, a Analogia no direito Penal deve ser utilizada com devida cautela, não podendo ser sucedâneo para substituir disposição legal prevista em norma válida, nem mesmo instrumento para prejudicar o agente, seja aplicando ao agente norma incriminadora, seja agravando sua situação judicial, em hipóteses não amparadas pelo direito penal da *ultima ratio*.

4.2 Tipos penais abertos (*Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Certa*)

Não há crime nem pena sem Lei certa. Mais que uma Lei em sentido técnico e que se amolde aos preceitos formais e materiais da Constituição, o ordenamento jurídico-penal exige que seja respeitado o princípio da anterioridade, bem como o requisito de que a *mens legis* esteja disposta em uma norma específica que impossibilite interpretações analógicas e extensivas.

Com efeito, a criação da Lei Penal deve ir ao encontro do princípio da certeza, sendo este fundamento jurídico do princípio da reserva legal, a fim de possibilitar aos indivíduos, que se encontrem sob sua égide, a maior clareza possível sobre seus consectários proibitivos, bem como em que medida e condições surtirá seus efeitos em desfavor do apenado.

Esta exigência pragmática tem como fundamento a necessidade de se evitar Leis Penais obscuras, de conteúdo dúbio e passível de extensão que impossibilitassem os agentes de compreenderem seu conteúdo normativo de forma simplista. Da mesma forma, visa evitar e coibir o poder autoritário, arbitrário e antidemocrático do aplicador da norma Penal, que julgaria conforme suas concepções frente a normas sem conteúdo preciso e determinado.

Aqui sim se fala em legalidade estrita ou taxatividade. Talvez seja o postulado mais importante, pois sem sua aplicação, há verdadeiro esvaziamento da normatividade do princípio da legalidade. Ou seja, sem taxatividade, a legalidade em sentido amplo pode ser facilmente driblada e perder força. Vamos a ela.

Nesse sentido é a lição do professor Cleber Masson, que assim aduz:

O princípio da reserva legal possui fundamentos, um de natureza jurídica e outro de fundamento político. O fundamento jurídico é a taxatividade, certeza ou determinação, pois implica, por parte do legislador, a determinação precisa, ainda que do conteúdo do tipo penal e da sanção penal a ser aplicada, bem como, da parte do juiz, na máxima vinculação ao mandamento legal, inclusive na apreciação de benefícios legais. (MASSON, 2011, p. 23).

Sobre o mesmo tema, já se manifestou o STJ, senão vejamos:

O princípio da reserva legal atua como expressiva limitação constitucional ao aplicador judicial da lei, cuja competência jurisdicional, por tal razão, não se reveste de idoneidade suficiente para lhe permitir inovar a ordem jurídica ao ponto de criar novas normas, sob pena de incidir em domínio reservado ao âmbito de atuação do Poder Legislativo e, sobretudo, desconstruir a lógica interna do sistema, criando soluções desarrazoadas e incongruentes (BRASIL, 2008).

Assim, a Lei Penal deve se revestir da mais cristalina certeza, exigindo do legislador balizas precisas acerca do conteúdo do tipo penal e da sanção a ser imposta, bem como delimitando a ação do aplicador da norma penal, vinculando-o a máxima normativa (MASSON, 2011).

O direito penal e a linguagem mantêm a mais longínqua relação simbiótica e

ao mesmo tempo conflituosa que podemos reconhecer na ciências jurídicas. Afinal a linguagem está para o direito penal, desde a consagração do princípio da legalidade, como um limitador do poder absoluto¹⁰.

Feitas as necessárias exposições, acerca da necessidade do ordenamento jurídico-penal se revestir do princípio da certeza, sendo este fundamento do princípio da legalidade, passemos à análise da controvertida temática proposta para este tópico, qual seja: Tipos Penais Abertos.

De forma breve, cumpre tecer considerações acerca das distinções entre tipo, tipicidade e típico.

Em que pese a doutrina ser vacilante sobre o tema, de forma majoritária entende-se que tipo se trata de algo previsto no ordenamento jurídico que atendeu os preceitos constitucionais, consubstanciado na descrição legal da conduta. Já tipicidade é o liame existente entre o tipo e uma conduta real. Derradeiramente, típico é o fato, seja jurídico ou natural, que mantenha ligação direta com o tipo.

Destarte, sendo o tipo a descrição legal da conduta, verificaremos qual a importância de se conceituar tipo penal aberto e tipo penal fechado.

A dicotomia existente entre tipo penal aberto e fechado, reside na possibilidade, ou não, de interpretação pelo aplicador da norma. Ou seja, o ponto central da separação eleva a atuação do aplicador da norma de forma mais livre, ou o vincula de modo engessado.

Foi somente com Ernst von Beling que a tipicidade surge em 1906 como elemento do crime. O último a ser estudado passa a ser o primeiro elemento da dogmática, que torna possível a existência dos demais.¹¹

¹⁰ Nesse sentido o direito e linguagem são um tema eterno dos dogmas do direito. “La razón es evidente: las leyes, su concretización en derecho judicial y en la dogmática jurídica, su interpretación y aplicación en decisiones judiciales y en la crítica de estas decisiones, todo ello es lenguaje. Donde termina el lenguaje, comienza la fuerza, y la fuerza puede ser demorada en tanto el lenguaje tenga efectos. Cuando se habla – intimidatoriamente - de “ejecución” de decisiones jurídicas, no se debe pensar en el disparo del policía o en la mano del funcionario de ejecución de la pena; se puede tener la esperanza de que las decisiones se impongan en la vida cotidiana mediante el lenguaje, comprensión y cumplimiento. Ésa es la relación entre derecho y lenguaje vista desde afuera: desde allí donde el derecho llega al mundo que debe juzgar y ordenar”. (HASSEMER, 2003, p. 13).

¹¹ O paradoxo apontado por Brandão, se encontra exatamente no aparecimento “como uma construção conceitual que surge apenas após o sistema dogmático ter desenvolvido todos os demais elementos do crime.” Em atenção ao método “a tipicidade penal tem lugar nos dois métodos do direito penal, sendo o conceito fundante do direito penal. A um só tempo serve a tipicidade como elemento que dá relevância conceitual ao comportamento âmbito penal, com referência ao primeiro dos métodos: a teoria do crime. Mas funciona também a tipicidade como limite negativo e positivo do entimema, que será a forma de apresentação concreta do tipo penal – ou para afastá-lo – em uma sentença.” (BRANDÃO, 2014b, p. 31).

A importância da tipicidade para o presente tópico se funda exatamente na afirmativa dela ser um conceito chave para o direito penal, não desenvolvendo meramente um papel formal, já que na verdade a tipicidade carrega o conteúdo da proibição, dando suporte a construção ao caminho do conhecimento da própria proibição.¹²

Conforme já dissemos a tipicidade é o primeiro dos elementos do crime sendo seguidos pela antijuridicidade e da culpabilidade.¹³

No início do Século XX a doutrina construiu o conceito de tipicidade como um elemento do delito. O *Tatbestand*, como foi designado, não possui o mesmo significado utilizado pelos autores do Século XIX. Foi exatamente Ernst von Beling, que a tipicidade constitui no primeiro elemento do método penal, tornando-a indispensável. Indispensável a tipicidade agora tem uma função relevante como método penal diferente da sua inércia metodológica que o vocábulo detinha no Século XIX.

Portanto, tipos penais fechados são aqueles que trazem em seus preceitos normativos a exposição integral da conduta proibida pela Lei Penal, atendendo ao comando jurídico imposto pelo princípio da Legalidade.

Conforme Rogério Greco (2008, p. 298): “no art. 121, caput, do Código Penal, por exemplo, o legislador, de forma clara e precisa, descreveu a conduta a que visou a proibir. Então, aquele que dolosamente matar alguém terá sua conduta subsumida ao tipo legal referido”.

A característica única e marcante do direito penal é exatamente a

¹² “A questão da relação de correspondência que se verifica entre uma ação que se deu historicamente no espaço e no tempo e a imagem conceitual expressada, sob ameaça de uma pena, em uma lei – que é a tipicidade – possibilita o conhecimento do que é proibido pelo direito penal. Ela é apontada como o primeiro elemento para que uma conduta se converta em um crime. Isto posto, a tipicidade é a primeira condição a ser satisfeita para que o método penal possa dar relevância a um acontecimento humano e, via de consequência, para que uma pena possa ser aplicada.” (BRANDÃO, 2014b, p. 31).

¹³ “No âmbito do sistema causal de BELING (posteriormente denominado sistema LISZT-BELING), característico do Direito Penal liberal, o tipo assume o conteúdo de um conjunto de circunstâncias de descrição objetiva e neutra de uma conduta, em seus aspectos externos (movimento do agente e resultado), prevista na lei penal, assumindo apenas a missão de imagem reitera. O tipo penal não apresentava nenhuma significação jurídica em termos de valoração, afastando-se, assim, da antijuridicidade. No âmbito de um raciocínio lógico-dedutivo, a relação entre a ideia de ação e a de tipo é uma subsunção, não havendo, nesse primeiro momento de análise, um juízo sobre o caráter antijurídico da conduta.” (BECHARA, 2018, p. 159). Sistema causal que posteriormente e suplantado pelo sistema finalista de WELZEL onde: Una acción se convierte en delito si infringe el orden de la comunidad de un modo previsto en uno de los tipos legales y puede ser reprochada al autor en concepto de culpabilidad. La acción tiene que infringir, por consiguiente, de un modo determinado el orden de la comunidad: tiene que ser "típica" y "antijurídica"; y ha de ser, además, reprochable al autor como persona responsable: tiene que ser "culpable". (WELZEL, 2004, p. 69).

consequência prevista caso o agente venha a realizar a conduta proibida pelo tipo penal. A norma penal se diferencia das outras exatamente por conter como consequência a pena.¹⁴

O direito penal portanto é na sua mais simples concepção “uma manifestação de violência” (BRANDÃO, 2014b, p. 25) estatal e por isso que, sempre deve ser precedida de uma função e com limitações bem claras e definidas.¹⁵

Não obstante, pela limitação da norma e pela própria incapacidade do legislador em abranger todas as hipóteses valoradas pela seara penal, restou necessário a criação dos chamados tipos penais abertos, que trazem em seu bojo normativo descrições incompletas, vagas e imprecisas acerca do comando proibitivo e das condutas impostas.

Assim sendo, os tipos penais abertos são aqueles que permitem o aplicador da norma ir além dos preceitos descritos, pois são formados por descrições imperfeitas e elementos subjetivos, necessitando de uma comprovação positiva. Ademais, a *mens legis* depende da visão global e autônoma do aplicador, extravasando o campo legal, pois a conduta somente pode ser individualizada ao encontro de uma norma geral.

O professor Cezar Roberto Bitencourt traz o seguinte exemplo:

A relevância típica da tentativa é determinada expressamente pelo legislador através de uma norma de extensão, contida na Parte Geral do Código Penal. Por isso podemos afirmar que a tentativa é um tipo penal ampliado, um tipo penal aberto, um tipo penal incompleto, mas um tipo penal. (BITENCOURT, 2012, p. 1157).

Podemos, ainda, citar como exemplos de tipos penais abertos, os crimes culposos, que em regra necessitam que o aplicador da norma interprete o conceito da culpa, bem como os crimes omissivos impróprios, que necessitam da interpretação do agente garantidor.

Segundo Francisco de Assis Toledo:

¹⁴ “De regra, portanto este ramo do direito não constitui institutos jurídicos, mas sanciona através da pena as violações reputadas como mais graves às instituições construídas pelos outros ramos do direito.” (BRANDÃO, 2014b, p. 25).

¹⁵ Para Figueiredo Dias: “a função do direito penal no sistema dos meios de controle social e na ordem jurídica total haverá de apreender-se, antes de tudo, pela determinação material o seu objeto: o comportamento criminal, bem como pela das duas específicas consequências jurídicas: as penas e medidas de segurança. Da junção dos dois elementos resultarão igualmente os limites materiais do direito penal face a outras disciplinas – sobretudo pela utilização também de meios sancionatórios não criminais – lhe estão próximas.” (DIAS, 2001 p. 33-34).

A exigência de lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios. Para que a lei penal possa desempenhar função pedagógica e motivar o comportamento humano, necessita ser facilmente acessível a todos, não só aos juristas. (TOLEDO, 1994, p. 29.)

Com efeito, considerando que os tipos penais abertos são aqueles que trazem preceitos normativos incompletos, demandando uma atuação interpretativa pelo aplicador da norma, e se o princípio da legalidade tem como fundamento a certeza, resta verificar que estes institutos vão de encontro entre si.

Para Vargas a norma penal faz parte do tipo, que por conseguinte contém a matéria de proibição, ou de comando, quando a mesma descreve uma conduta humana capaz de ofender ou colocar em perigo um bem jurídico tutelado (VARGAS, 2007, p. 1).

O tipo penal é o prumo do Direito Penal, já que para que qualquer conduta tenha relevância penal e preciso que a mesma se encontre descrita em um tipo insculpido em lei.¹⁶ Assim podemos afirmar que o tipo foi criado a partir da vivência empírica daqueles que tinham o poder de “dizer o direito” e após foi materializado pela lei. Daí dizer que o tipo legal ser um esquema interpretativo da experiência mundivivencial por meio do qual nos orientamos no mundo.

Alguns autores dizem ser o tipo tanto instrumento hermenêutico com o qual se apreende e designa a realidade, quanto elemento da própria realidade. A primeira afirmação encontra-se petrificado na generalidade da doutrina, principalmente da jurídica: “o tipo é tido como uma forma de pensamento em que se mistura facticidade e valor”.

Podemos falar então que o tipo tem um exclusiva aptidão para apreender a realidade, onde efetivamente o fato e a validade se fundem de modo peculiar.

Não causa estranheza o fato de os estudiosos do tema alegarem que os tipos penais fechados são os ideais, por atenderem aos ditames do princípio da legalidade, trazendo normas que determinam o comando proibitivo, não dando margem a interpretações e juízos de valoração.

No âmbito da política criminal, Roxin revela que, para muitos penalistas:

¹⁶ Brandão: “Para que algum fato ganhe relevância penal, por conseguinte, é necessário que ele esteja subsumido em um tipo; isto significa que o legislador torna pertinente ao direito penal uma conduta quando a materializa em uma lei.” (BRANDÃO, 2014b, p. 31).

[...] A palavra “criminalidade moderna” só aparentemente tem conteúdo descritivo; por trás dela sempre paira a questionável sugestão político-criminal de que, como se está diante do crime organizado, de delinquentes de colarinho branco, de crimes de poderosos (crimes of the mighty), não é necessário atender a exigências de garantia. A criminalidade moderna não precisa de garantias. (ROXIN, 2002, p. 179-180).

Os tipos penais abertos devem ser encarados como uma realidade, pois o legislador, como dito, não tem a capacidade de prever todas as situações que dependem da tutela do direito penal, bem como pela limitação da própria norma, tendo em vista a dinâmica social.

A interpretação valorativa deve ser feita atenta a legalidade, a fim de que não seja cometida práticas violadoras dos direitos e das garantias fundamentais.

4.3 Anterioridade da Lei Penal (*Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Previa*)

O princípio da Anterioridade aduz ser impossível falar em violação ao preceito legal, sem antes o poder Legislativo proceder a elaboração da Lei e esta tornar-se vigente.

Aplicado à esfera Penal, este princípio se traduz na máxima de que a existência da Lei Penal deve ser anterior à prática da conduta omissiva ou comissiva, para que seja possível considerá-la como criminosa.

Assim, para que a conduta do agente possa sofrer as cominações legais, é necessário que o preceito normativo já estivesse projetando seus efeitos anteriormente à prática delituosa.

No ordenamento Pátrio, tal princípio decorre do art. 5º, XXXIX, da CRFB/88, bem como do art. 1º do CP, que estabelecem que as normas incriminadoras e as sanções penais devem estar definidas em lei prévia à conduta cuja punição se pretende.

O professor Cleber Masson (2011, p. 25), complementa os fundamentos acima expostos, aduzindo que “é proibida a aplicação da lei penal inclusive aos fatos praticados durante seu período de *vacatio*. Embora já publicada e vigente, a lei ainda não estará em vigor e não alcançará as condutas praticadas em tal período”.

Destarte, o princípio da anterioridade se relaciona com o princípio da legalidade, que será analisado no próximo tópico, uma vez que não há crime sem Lei anterior que o defina nem pena sem previa cominação legal.

Relaciona-se, ainda, com o princípio da irretroatividade da Lei penal, no qual a Lei penal não pode retroagir para prejudicar o réu, que será melhor definido ao longo deste trabalho.

Primeiramente, cumpre distinguir o princípio da reserva legal do princípio da legalidade. Embora os termos sejam utilizados como sinônimos, a sua distinção possibilita evitar interpretações prejudiciais na esfera penal.

Segundo parte da doutrina, a distinção encontra-se na necessidade de demonstrar que somente as Leis (ordinárias e complementares) podem regular matéria penal. A tratar como sinônimo os dois princípios, ampliase as hipóteses normativas, vez que legalidade permitisse a adoção de quaisquer dos diplomas previstos no art. 59 da CRFB/88. Ao revés, quando se menciona o princípio da reserva legal, limita-se a elaboração legiferante das normas penais somente as Leis.

Feitas as distinções, o princípio da reserva legal é elevado ao status de cláusula pétrea, sendo mandamento e baliza constitucional.

Assim sendo, as normas penais devem ser criadas exclusivamente por Leis em sentido estrito, consubstanciando na aceitação do povo inserido em um estado democrático e representado pelo Congresso Nacional.

Nesse sentido, o art. 22, I, da CRFB/88 estabelece que compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal (BRASIL, 1988).

Mais que o conceito jurídico exposto, o princípio da reserva legal tem forte conceito político. Cezar Roberto Bitencourt ensina, nesse sentido que: “o princípio de legalidade e de reserva legal representam a garantia política de que nenhuma pessoa poderá ser submetida ao poder punitivo estatal, se não com base em leis formais que sejam fruto do consenso democrático” (BITENCOURT, 2012, p. 90).

A adoção desse princípio demonstra que o ordenamento jurídico orbita em torno da segurança jurídica, exigida pela necessidade de previsibilidade.

4.4 Costumes (*Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Scripta*)

Os costumes, em que pese terem seus conceitos vacilante na doutrina, são compreendidos majoritariamente como manifestações repetitivas e constantes de regras de condutas e mandamentos gerais. Todavia, para que sejam exigíveis, não é suficiente que somente se reiterem no tempo, mais que isso, é necessário que sejam reconhecidos como precisos para órbita jurídica.

Conforme exposto por Júlio Fabbrini Mirabete:

O costume é uma regra de conduta praticada de modo geral, constante e uniforme, com a consciência de sua obrigatoriedade. Servem os costumes para auxiliar o intérprete a traduzir conceitos, tais como o de repouso noturno, honra etc., permitindo, assim, um enquadramento correto do fato ao tipo penal. (MIRABETE, 2014, p. 47).

Os costumes são importante instrumentos de criação dos ordenamentos jurídicos, sendo considerados fontes imediatas de direito em alguns ramos jurídicos, à título de exemplo, o direito internacional.

Na seara Penal, os costumes, em que pese serem importantes métodos de interpretação, devem ser considerados como fonte mediata, pois as normas penais não podem ser consideradas válidas caso sejam firmadas pelo costume, sob pena de ferir o princípio da reserva legal que dispõe a máxima de nenhum fato poder ser considerado como crime caso não exista uma Lei que o enquadre no preceito Penal.

Dessa forma, reza o subprincípio da Legalidade (*Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Scripta*), não há crime nem pena sem Lei escrita. Tal subprincípio afasta a aplicação do direito consuetudinário na esfera pena, impedindo-o de atuar como instrumento de integração no preenchimento de lacunas.

Com efeito, assim como na analogia, seria vedado ao direito consuetudinário criar normas incriminadoras e que comine sanções penais.

Contudo, como dito alhures, os costumes, em que pese não serem elevados ao grau das fontes primárias, servem como balizas interpretativas importantes, pois são por eles que se conhece o significado de algumas expressões previstas nos dispositivos penais, como ato obsceno, conduta social, honra, etc...

Ademais, é necessário ressaltar a importância dos costumes, no que concerne a sua influência sobre as normas penais não incriminadoras, que trazem benefícios aos agentes, sobretudo as excludentes de ilicitude e culpabilidade. A ponderação valorativa acerca dessas eximentes penais é feita levando em consideração o modo cultural e as práticas reiteradas de determinada localidade.

A doutrina, ao confrontar os costumes com a Lei, os subdividem em:

- a) **contra legem**: também chamados de costumes ab-rogatórios, pois são aqueles que vão de encontro com a Lei, ou seja, na hipótese, verifica-se a supremacia dos costumes em detrimento da Lei amparado pela realidade

cultural de determinada localidade.

Não obstante haver entendimentos contrários na doutrina, majoritariamente rechaçasse o a utilização dos costumes contrários a Lei, pois essa prática gera instabilidades jurídicas, sendo que somente uma Lei tem o poder de revogar outra.

- b) **secundum legem**: são os costumes acolhidos pelo preceito normativo que integram e encontram suporte legal.

Alguns estudiosos não reconhecem a existência dessa subdivisão, sob o argumento de que o costume segundo a Lei se transformou no próprio preceito legal, fato este que retira o caráter de costume propriamente dito. Essa visão se materializa pelo fato de a Lei remeter a sua interpretação e orientação aos costumes.

- c) **praeterlegem**: tratam-se dos costumes que tem por função integram lacunas e suprir omissões no ordenamento jurídico.

Essa subdivisão é a prevista no art. 4º da LINDB, que assim dispõe: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, 1942b). Por conseguinte, trata-se de instrumento que serve ao aplicador da norma que se depara com uma lacuna.

Grande parte dos ordenamentos positivados, indicam os costumes como a mais importante fonte subsidiária.

No direito penal pátrio, os costumes *secundum legem* e os *praeterlegem*, não encontram óbices, uma vez que eles não têm o condão de criarem normas penais incriminadoras e cominações legais que tragam prejuízos aos agentes. Ao revés, eles contribuem para o amoldamento das normas às dinâmicas sociais.

Já o costume *contra legem*, em regra, não tem aplicação na seara penal, uma vez que estes não tem o poder para revogarem Leis, podendo, no máximo servir como instrumento interpretativo benéfico aos agentes, como por exemplo na aplicação do princípio da adequação social.

5 LEGALIDADE E TIPICIDADE PENAL

Crime é a conduta típica, antijurídica e culpável. A tipicidade, conforme ensinamentos de Cirino dos Santos (2017), no modelo tripartido de crime cumpre a função descritiva da conduta punível, a função sistemática de indicação da antijuridicidade e a função política de garantia de legalidade.

A relação entre tipicidade e tipo é simbiótica por serem institutos essencialmente ligados. Não há como negar que a noção de tipicidade encontra-se escorada a partir da noção do tipo penal já que trata-se de uma relação de subsunção.

Podemos então afirmar que a dogmática penal existe como pressuposto de garantia ao poder de punir do Estado e para isso utiliza-se de argumentos instrumentais-estratégicos¹⁷ na constituição e aplicação do direito penal.¹⁸

A tipicidade pode ser dividida entre formal e material. No sentido formal diz respeito a adequação do fato praticado à previsão da conduta punível prevista na norma penal, respeitando a consequência da taxatividade, presente no princípio da legalidade.

Para haver tipicidade, no entender da teoria moderna, não basta que exista somente esse mero enquadramento do fato perpetrado a uma figura penal incriminadora. Desta forma, faz-se necessária, além da adequação do fato à norma, a ocorrência de lesão relevante ao bem jurídico tutelado. Sendo assim, em seu sentido material a tipicidade é verificada pela efetiva lesão ao bem jurídico protegido.

5.1 O surgimento da tipicidade e sua evolução

Ao se analisar um ordenamento jurídico sob o enfoque meramente positivista, conclui-se tratar de um de simples ou complexo conjunto de normas. Este acervo

¹⁷ HABERMAS chama os argumentos instrumentais-estratégicos de pragmáticos, ou seja, aqueles que apelam à razão instrumental, que são empregados na perspectiva de um agente que, tendo eleito determinados fins e preferências, busca os meios adequados para a respectiva realização. (DIAS, 2008, p. 387).

¹⁸ BRANDÃO alerta para o fato que “toda consequência penal é uma manifestação de violências. Não se pode, portanto, separar o conceito de direito penal do conceito de violência. É por que o direito penal tem em si a violência que os esforços para limitá-lo representam um marco que tem por escopo dar legitimidade aquela violência, a partir de sua justificação. Neste panorama, construiu-se a partir do Século XIX uma dogmática, que fornece critérios para limitar a imposição da violência da consequência penal.” (BRANDÃO, 2014b, p. 25).

normativo tem como premissa prescrever regras de conduta que, por seu caráter cogente, regulam as ações dos indivíduos inseridos em sociedade, bem como cria mecanismos para solucionar possíveis conflitos de interesse.

Contudo, apesar dos esforços, o arcabouço normativo que constitui um ordenamento jurídico nem sempre é capaz de socorrer todas as hipóteses que, por ventura, surgirem dos casos concretos.

Essa limitação normativa, de forma temática e temporal, tendo em vista a dinâmica social, ocasiona Lacunas, que de forma rudimentar são verificadas de duas formas: Seja pela ausência da norma aplicável ao caso concreto, seja pela falta de método ou critério que dê contornos e permita a aplicação de outras disposições legais referentes a casos semelhantes.

Frise-se que, em que pese a existência das Lacunas normativas, estas não indicam uma imperfeição do ordenamento jurídico. Em verdade, não é crível que seja possível produzir normas que disciplinem situações atemporais de forma amplamente abrangente. Com isso, pode-se concluir que as Lacunas são pontos de omissão involuntária que resultam da própria limitação do ordenamento jurídico.

Com vistas a sanar estas limitações, dando completude ao ordenamento jurídico, a doutrina, apoiada na terminologia de Carnelutti e nos ensinamentos de Norberto Bobbio, aponta dois métodos de integração da norma, sendo eles a heterointegração e a autointegração. Segundo Norberto Bobbio:

O primeiro método consiste na integração operada através do: a) recurso a ordenamentos diversos; b) recurso a fontes diversas daquela que é dominante (identificada, nos ordenamentos que temos sob os olhos, com a Lei). O segundo método consiste na integração cumprida através do mesmo ordenamento jurídico, no âmbito da mesma fonte dominante, sem recorrência a outros ordenamentos e com o mínimo recurso as fontes diversas da dominante. (BOBBIO, 1999, p. 22).

Feitas as necessárias exposições e introduções, firmaremos neste tópico, com base nas informações acima dispostas, a análise do instituto da analogia, que se trata de método de autointegração do ordenamento jurídico.

É necessário, desde já, esclarecer que a Analogia não se confunde com interpretação analógica. A Analogia não é, em sua essência, método de interpretação, mas forma de aplicação da norma jurídica. Desta forma a Analogia é instrumento de colmatação de possíveis lacunas existentes no ordenamento jurídico.

Assim, define-se como Analogia o método de autointegração do ordenamento

jurídico, voltado a colmatar lacunas normativas, empregando, à hipótese carente de regulação legal, disposições normativas aplicáveis a casos símeis.

A tipicidade, no sentido formal tem como função inicial a delimitação do injusto e justo penal através da materialização da conduta e ao mesmo tempo, função informativa de esclarecer ao cidadão quais condutas são proibidas.

Posteriormente a esta função, tem-se a operacionalização da garantia conforme as consequências do princípio da legalidade, garantindo que o tipo penal tenha uma redação clara e a descrição precisa da conduta proibida.

A garantia, como dito anteriormente é contra o arbítrio do Estado. Não se pode permitir que o Estado use o monopólio do uso da força que detêm sem que exista um objetivo de proteção pela norma.

Anteriormente ao iluminismo francês, o governante era provido de autoritarismo e ele é quem determinava as normas sociais de forma déspota, sendo que as definições de delito eram determinadas de acordo com sua vontade.

O iluminismo trouxe a preocupação com a garantia dos bens individuais e a proteção do indivíduo contra o Estado, e regras para limitar o arbítrio estatal. Neste período originou-se o conceito material de delito, que consistia na “violação de um direito razoável, de acordo com a alteração da espécie delitiva e pertencente à pessoa ou ao Estado” (PRADO, 2017, p. 24).

Explica Brandão (2014b) que Rudolf von Jhering defendeu que o ilícito tinha duas dimensões, sendo a primeira objetiva (antijuridicidade) e a segunda subjetiva (culpabilidade), porém, aplicava tal entendimento ao ilícito civil, bem como que fora Franz von Liszt quem trouxe a sugestão de que tal proposta também fosse aplicada ao direito penal, dividindo a definição de crime entre injusto (tipo objetivo) e culpabilidade (tipo subjetivo).

Ernst von Beling, por sua vez trouxe a hipótese do tipo penal, que na sua visão à época, compreendia todas as circunstâncias do delito. Até a colaboração de Beling, o delito era tido tão somente como ação antijurídica, culpável e com pena cominada (ROXIN, 2000). Sua teoria trouxe a proposta de divisão do injusto em duas partes, a primeira sendo o tipo, com função meramente descritiva e a antijuridicidade, que tinha função de buscar a ilicitude social da conduta.

Conforme afirma Cláudio Brandão (2014b), a origem da tipicidade como conceito enfatiza o conceito de *tatbestand*, restringindo o *tabestand* somente aos elementos descritivos da conduta delituosa. José Frederico Marques(2002) assim

expos:

Compreendia-se tipicidade como sendo o conjunto de elementos de que se compõe o delito, abrangendo assim em seu conteúdo, a culpabilidade, a antijuridicidade e a materialidade. O *Tatbestand* seria, pois, a soma de todos os elementos e fatores que devem existir para que se possa aplicar a pena como consequência do crime. [...] Dessa orientação hermenêutica e restringiu o *Tatbestand* tão-só aos elementos descritivos do crime contidos na lei penal, àquilo que se denomina de figura típica ou simplesmente tipo. (MARQUES, 2002, p. 72-73).

Beling defendeu na concepção causalista que o tipo penal seria totalmente descritivo. Neste contexto, o direito penal deveria se concentrar na determinação de condutas proibidas e seu conteúdo não teria qualquer relação com a ilicitude (antijuridicidade).

Conforme Luiz Luisi (1987), a doutrina do *Tatbestand* representa o princípio da legalidade na dogmática penal porque lhe compete traduzir, em termos técnicos jurídicos, a exigência de certeza na configuração das figuras delituosas, limitando, desse modo, o arbítrio dos governantes e, principalmente, daqueles que julgam.

Do conceito de Beling, progredimos para o de Max Ernst Mayer, que compreendia que o tipo penal possuía um caráter indiciário da antijuridicidade, o que posteriormente foi admitido pelo próprio Beling (CARDENAL MOTRAVETA, 2002). Ainda sim, posteriormente, Mezger conseguiu, valendo-se da teoria proposta por Beling, aprimorar a noção de tipo, que agora passava a ser compreendida como conduta tipicamente antijurídica, criando-se a figura do injusto.

Por fim, o finalismo de Hans Welzel superando as teorias positivista (causal-naturalista) e neokantiana, iniciou uma proposta de que a ação se amparasse no fato de que por meio da antecipação mental (previsão) e da correspondente escolha dos meios inerentes à sua realização, o homem possa controlar o curso causal, dirigindo-o a um determinado objetivo. Somente haverá delito, assim, se o autor empreender a ação com conhecimento e vontade de fazê-lo (WELZEL, 1956). Valendo-se disto, temos na atualidade, que merece um trabalho próprio para sua discussão, o desenvolvimento da teoria da tipicidade concebido primeiramente por Günther Jakobs e, posteriormente, por Claus Roxin, chamados de funcionalismo sistêmico e teleológico respectivamente.

Atualmente, nas palavras de Cláudio Brandão, temos que:

Como o método de aplicação do tipo penal é traduzido em um silogismo retórico ou entimema, haverá uma premissa oculta. A premissa elíptica é a premissa maior, por isso tal entimema será classificado como de primeiro grau. Porém, diferentemente de outros ramos do direito, a liberdade de escolha da premissa maior encontra uma barreira na tipicidade. Sempre que a conclusão representar um prejuízo ao agente, a premissa maior deverá se traduzir em uma lei, pois o contrário violará o princípio de o limite negativo do entimema. (BRANDÃO, 2014a, p. 81).

Ainda sim, Alberto Silva Franco nos explica que o “princípio da legalidade e tipicidade estão intimamente conectados na medida exata em que a função técnica da legalidade se realiza, formal e materialmente, no processo tipificador” (FRANCO, 1997, p. 62).

5.2 Elementos do tipo e suas funções

Jorge de Figueiredo Dias ensina que o conteúdo de sentido do princípio da legalidade penal implica, necessariamente, num momento “inicial” de pura subsunção lógico-formal ao mesmo tempo em que estabelece o texto da lei incriminadora como um limite intransponível de toda a tarefa de aplicação ao caso concreto, pois só deste modo pode desempenhar a função político-criminal de garantia absoluta que lhe cabe no quadro do Estado de Direito.

O nascimento do conceito de tipicidade, a classificação entre elementos objetivos e subjetivos do delito estão entre os mais importantes avanços na sistematização da dogmática penal. Dentro da reflexão jurídico-penal de inspiração germânica, como a nossa, a sistematização tem um caráter excessivamente material. Categorias dogmáticas como do injusto e da culpabilidade ou, a separação entre imputação e desvalorização como pressupostos do delito, são processos positivos.¹⁹

¹⁹ Sobre a diferença entre o sistema germânico e o common law PLANAS: “Cabe acrescentar que, segundo acredito, reside aqui a principal diferença entre o sistema de delito de cunho germânico e o anglo-americano. A superioridade do primeiro com respeito ao segundo surge na medida em que a teoria do delito da common law molda uma estrutura destinada a ordenar os pressupostos e efeitos da ocorrência de circunstâncias do fato e do autor, em um código de caráter binário e formal, requerendo simplesmente alguns pressupostos objetivos e subjetivos por um lado, e contemplando um conjunto de circunstâncias excludentes do castigo, por outro. Entretanto, o sistema de delito de nossa tradição cultural, ao construir-se sobre a base de conceitos materiais como injusto e culpabilidade ou como comportamento passível de proibição e sancionável ou, ainda, como conduta que merece e necessita pena, permite uma vinculação direta do sistema com as questões de legitimação. Naturalmente, o último somente foi possível graças à elaboração dogmática de alguns conceitos jurídicos abstratos, complexos e fundados em profundas valorações que contêm um potencial teórico-crítico do qual estão muito distantes os conceitos descritivo-instrumentais que

5.3 O tipo penal

Pelo brocardo *Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege*, exige-se do legislador, nas hipóteses que entender necessário a criação de comandos proibitivos, valer-se de Lei em sentido estrito.

Assim, quando a Lei que tutela condutas comissivas e omissivas, mostra-se insuficiente para resguardar os bens jurídicos nos demais ramos do direito, invocasse o ramo da *ultima ratio*, nascendo assim o tipo penal.

Conforme a lição de Cláudio Brandão:

Por que o tipo penal revela a matéria da proibição e a ação desvaliosa, os elementos objetivos necessariamente deverão ter maior densidade conceitual que os demais, com vistas ao afastamento da falta de taxatividade. A falta de densidade do elemento objetivo conduzirá a incompatibilidade do tipo com o princípio da legalidade, pois é através dos elementos objetivos que se descrevem os dados realizados exteriormente e percebidos pelos órgãos do sentido. Por eles, sobretudo, diferencia-se o modelo de comportamento penalmente relevante e se estabelece o núcleo da matéria de proibição. Os elementos subjetivos e os eventuais elementos normativos gravitarão em torno dos elementos objetivos, emprestando elementos conceituais para a determinação do sentido e do alcance daquele. Registre-se, ainda, que o suporte probatório do processo penal se dirige aos elementos objetivos do tipo, exatamente porque eles se realizam exteriormente, sendo através destes últimos que se extrai a argumentação em face dos elementos subjetivos; com relação aos elementos valorativos, enquanto juízos de valoração, eles são aferidos pela *intelecção*, dependendo da atribuição de um signo negativo ou positivo pelo *sujeito cognoscendi*. Destarte, a falta de densidade típica destes referidos elementos objetivos contamina todo o mecanismo de justiça criminal. (BRANDÃO, 2014b, p. 235).

Destarte, tipo penal é o modelo, o parâmetro positivado pelo Estado, por meio de Lei ordinária ou complementar, que define as condutas submetidas ao ordenamento penal, por se tratarem da preservação ou violação de bens jurídicos considerados de extrema relevância, que visa coagir os indivíduos a se absterem de praticarem atos que violem seus preceitos normativos.

Nesse sentido, através do tipo penal, o Estado demonstra as condutas que são proibidas e as consequências penais do seu descumprimento.

Os denominados sujeitos do crime são os indivíduos ou os entes que se relacionam com a esteira criminosas. A doutrina os divide em:

- a) **sujeito ativo:** é o indivíduo humano ou, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica que pratica o ato definido como crime, seja de forma direta ou indireta, isoladamente ou em concurso com outrem.

A depender da fase processual ou do momento fático, o sujeito ativo pode receber diversas denominações, tais como, investigado, indiciado, denunciado, sentenciado, réu, condenado, etc...

Em regra, os tipos penais não apontam que são os sujeitos ativos. Nesses preceitos normativos encontramos a figura dos crimes comuns, que são aqueles que podem ser praticados por qualquer agente. Contudo, alguns tipos exigem a especificação do sujeito por serem considerados especiais, necessitando de uma condição especial do sujeito, sendo estes os chamados crimes próprios.

Em relação às pessoas jurídicas serem sujeitos ativos em matéria penal, tradicionalmente, afirmava-se que *societas delinquere non potest* (a pessoa jurídica não pode delinquir). Contudo, atualmente vem prevalecendo o entendimento que as pessoas jurídicas podem figurar como sujeitos ativos de condutas criminosas, não obstante a resistência de parte da doutrina.

O argumento que funda o entendimento de que as pessoas jurídicas podem ser sujeitos ativos de condutas criminosas reside na reprovabilidade do ato cometido por esta, em descumprimento de sua responsabilidade social.

- b) **sujeitos passivos:** segundo Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 637), “sujeito passivo é o titular do bem jurídico atingido pela conduta criminosa”.

Estes podem ser qualquer pessoa, individual ou coletivamente, o Estado e as pessoas jurídicas. Em relação ao Estado, este é considerado sujeito passivo mediato em todas as infrações cometidas, tendo em vista que a prática de um crime atinge indiretamente o Estado que é o detentor do monopólio da violência legítima.

O Estado ainda pode ser considerado, em alguns delitos, sujeito passivo mediato e imediato, quando o bem jurídico lesionado atinge diretamente o poder público, como ocorre nos crimes contra a administração pública.

Dessa forma, em regra, os sujeitos passivos são aqueles que sofrem, de forma direta e imediata, lesão a um bem jurídico de sua titularidade, excepcionalmente figura com sujeito passivo mediatos, como dito, o Estado.

Diz-se objeto do crime o bem afetado pela empreitada criminosa, podendo este ser caracterizado por objeto jurídico ou objeto material.

O primeiro é o interesse ou a valoração tutelada pela norma penal. O CP dispõe os bens jurídicos em seus títulos e capítulos, sendo a título de exemplo a vida e o patrimônio.

Já o objeto material é a própria pessoa ou a coisa em a qual recai a norma jurídica. Assim, no crime de furto, por exemplo, o objeto material é a coisa móvel subtraída.

Muito se questiona a possibilidade da ocorrência de crimes sem objetos. Entretanto é possível concluir que pode haver crimes sem objetos materiais, a exemplo dos crimes de mera conduta. Todavia, o mesmo não ocorre com o objeto jurídico, vez que a Lei sempre carrega o seu interesse a ser tutelado.

Conforme já mencionado, o tipo penal poderá ser decomposto dentre seus três elementos constitutivos: O elemento objetivo, o subjetivo e o normativo. Tal divisão surgira com o advento da doutrina finalista da ação, pois, antes dela, não se falava em diferença entre o elemento objetivo e o elemento subjetivo.

Conforme Brandão (2014a), muito embora sem muita precisão científica, temos que o contorno doutrinário do elemento objetivo adveio na teoria proposta por Beling. Quando da concepção da tipicidade proposta originariamente por Beling não fazia parte do tipo penal a ação, a tipicidade era puramente uma descrição objetiva. Posteriormente, Max Ernst Mayer deu o contorno atual do tipo objetivo ao afirmar que a ação integra a tipicidade. Desta forma, ação se localiza no tipo penal, o núcleo do referido tipo será expresso por um verbo.

O elemento subjetivo é manifestado pela vontade consciente do agente em produzir um resultado criminoso, estamos falando aqui do Dolo. O sujeito de forma consciente prevê o resultado que a sua conduta pode atingir, posteriormente analisa o liame existente entre sua conduta e o resultado que dela poderá ser atingido.

Enfim, exterioriza o elemento volitivo, praticando a conduta e produzindo o resultado desejado.

Neste sentido Bitencourt:

O tipo compõe-se de elementos descritivos, normativos e subjetivos: a) elementos objetivos- -descritivos – os elementos objetivos são identificados pela simples constatação sensorial [...]; b) elementos normativos – [...] são aqueles para cuja compreensão é insuficiente desenvolver uma atividade cognitiva, devendo-se realizar uma atividade valorativa [...]; c) elementos subjetivos – [...] são dados ou circunstâncias que pertencem ao caminho psíquico-espiritual e ao mundo da representação do autor. São constituídos pelo elemento subjetivo geral – dolo – e elementos subjetivos especiais do tipo. (BITENCOURT, 2011, p. 309-310).

Brandão (2014a) ainda nos explica que Welzel, ao partir de um conceito de ação diferente daquele formulado por Beling e Mayer, definiu que ação é toda atividade humana dirigida finalisticamente, ou seja, toda ação humana que é dirigida a um fim.

Desta forma “dado que a finalidade se baseia na capacidade da vontade de prever dentro de limites as consequências do processo causal e em face disso ela é dirigida a um plano para a concretização do fim, é a vontade consciente do fim que rege o acontecer causal, ela é a coluna vertebral da ação final” (WELZEL apud BRANDÃO, 2014a, p. 109).

Nesses termos, para que determinada conduta seja considerada dolosa, basta analisar se o agente, de forma livre de quaisquer vícios de consentimento, praticou a hipótese prevista no tipo penal, de acordo com sua vontade. O dolo subiste mesmo que o *iter criminis* não tenha ocorrido conforme a orientação do agente, caso seja atingido o resultado desejado.

Necessário salientar que o dolo deve englobar as elementares e as circunstâncias típicas, sob pena de se configurar erro de tipo.

Conforme a Legislação penal Brasileira, de acordo com o art. 18, I, do nosso CP, “diz-se o crime doloso quando o sujeito quer ou assume o risco de produzir o resultado” (BRASIL, 1940). Assim, em regra as normas incriminadoras punem a título de dolo, ocorrendo a punição por culpa de forma excepcional.

Portanto, o dolo é um elemento constitutivo do tipo penal que se extrai da própria estrutura da ação e é definido como vontade livre e consciente de realizar os elementos objetivos do tipo. Sendo assim, muito embora alguns elementos

subjetivos não encontram-se explícitos no tipo penal, eles estão presentes implicitamente, pois decorrem da estrutura da ação que é o núcleo daquele, por isso, como objeto a ser valorado, também encontra-se presente neste momento a limitação de seu alcance em face do princípio da legalidade.

6 ATUAIS MITIGAÇÕES

Atualmente temos que a maior preocupação da doutrina moderna, e da própria dogmática penal, versa sobre o respeito às leis impostas em conformidade com o Princípio da Legalidade. É a incansável busca pela segurança jurídica que acaba por estabelecer um bem estar social entre o povo e os titulares do poder.

A legalidade estrita pode implicar em uma taxatividade que acaba por acarretar limitações para os sujeitos que tem por função fazer valer a aplicação das leis, entre eles o magistrado, a quem compete acatar ou não a denúncia do ministério público.

Atualmente no Brasil, a Legalidade se apresenta como o princípio basilar de nosso direito constitucional e, conseqüentemente, do direito penal também. Não há como conceber o Estado Democrático de Direito sem a presença do princípio da Legalidade, trata-se de uma condição do mesmo.

O processo de informatização dos órgãos do Poder Judiciário tem permitido um maior e mais célere compartilhamento de informações e julgados, contribuindo para que decisões e acórdãos possam, cada vez mais, serem utilizados na fundamentação de julgados. Desta forma, percebe-se um movimento de abandono da fundamentação interpretativa da letra da lei, para uma jurisprudencial, fazendo com que o objeto de análise seja um precedente e não mais a subsunção do fato à norma.

6.1 A interpretação da jurisprudência como complemento do tipo penal e a preservação do tipo penal

Nos dias de hoje temos percebido que a jurisprudência tem sido comumente utilizada como forma de interpretação e ampliação do alcance dos dispositivos legais e dos tipos penais. Desta forma, como já fora inicialmente discutido em algumas partes do presente trabalho, não se pretende, aqui, negar a importância da limitação ao poder de punir advinda com o princípio da legalidade.

Também, cumpre esclarecer que não estamos afirmando ser a uniformização de decisões um caminho incorreto. O que se pretende apontar é que a utilização de um não implica no abandono do outro, trata-se de complemento. É facilmente perceptível esta guinada interpretativa dos precedentes judiciais e da uniformização

de jurisprudência no Brasil, como exemplo temos as súmulas, que nada mais são que resumos do que já fora interpretado repetidas vezes por tribunais.

Conforme Winfried Hassemer (2008, p. 31-32), “o juiz penal de hoje parece mais inclinado a buscar soluções ‘sensatas’ do que seguir ‘cegamente’ a letra da lei, atuando assim mais teleologicamente do que gramaticalmente – uma tendência perigosa para o direito penal, de se tornar um ‘juiz do rei’”.

Esta busca desenfreada pela uniformização da jurisprudência tem apresentado problemas que realmente merecem críticas. Baptista da Silva (1999) aponta dois problemas para isso, o primeiro, porque entende estar equivocado seu pressuposto metodológico, que considera possível a uniformidade abstrata de julgados, supostamente idênticos, com implícita recusa ao poder criador da jurisprudência. A segunda razão repousa na constatação de que o propósito da “súmula vinculante” não é propriamente contribuir para a evolução do sistema jurídico, mas, ao contrário, aprisioná-lo ao passado, “impedindo que a elaboração jurisprudencial lhe permita progredir em constante convivência com a realidade social que lhe caiba disciplinar” (BAPTISTA DA SILVA, 1999, p. 158-159).

Ainda sim, faz-se necessário um alerta, principalmente ao que tange o Direito Penal pois nenhum crime é igual ao outro, cada circunstância pode diferenciar e implicar em diferentes juízos de reprovação. É imperativo que para aplicação de uma súmula, não basta saber meramente seu enunciado, mais importante é conhecer os fundamentos do acórdão que o originou.

Tal método, muito embora venha trazer certa segurança jurídica quanto aos julgados, acaba por permitir perigosamente ao judiciário usurpar do poder legislativo, vez que a interpretação da lei não precisa se dar conforme a lei. Esta forma de atuação do poder judiciário ganha força a medida em que o legislador, cada vez mais, utiliza critérios vagos e indeterminados na construção dos tipos penais.

Desta forma, uma vez demonstrada a importância que o princípio da Legalidade ainda impõe na aplicação racional da lei penal bem como as dificuldades de sua efetiva observância, quando da tutela de bens jurídicos mais delicados e de recorrente violação (demonstração clara de ausência de função preventiva da lei), podemos perceber pontualmente uma relativização das garantias do princípio a fim de se buscar uma resposta punitiva mais concreta, o que acaba por tornar o Direito Penal mais seletivo e irracional.

6.2 Os tipos penais abertos, culposos e a estrita Legalidade

Como foi possível perceber, do causalismo naturalista, alcançando o neokantismo, terminando no modelo finalista, chega-se nos dias de hoje a uma concepção de crime que exprime, de modo geral, a atual concepção da tipicidade dentro da teoria do delito, pelo qual, ainda que existentes os modelos bipartido e tetrapartido, encontra-se majoritariamente adotado o modelo tripartido de crime – como fato típico, antijurídico e culpável.

A dogmática encontrada nos diversos manuais de direito penal apenas reproduz o que está acordado no senso comum teórico dos juristas a quanto à aposta na necessidade de precisão e clareza das palavras.²⁰

Sem perceber a abertura interpretativa decorrente da porosidade do tipo, enquanto regra, a discussão fica centrada, quase que exclusivamente, na questão da vagueza e ambiguidade, como se tudo estivesse ligado à qualidade da redação típica, como se a escolha da melhor redação das leis incriminadoras fosse capaz de afastar a necessidade de interpretação.

Jader Marques (2012, p.59) explica: "Ou seja, mesmo diante da evidência de que a melhor construção típica não resolve o problema da interpretação, não segura todas as hipóteses de aplicação do tipo penal, não elimina a necessidade de controle da decisão, a maioria dos penalistas (ainda) aposta todas as suas fichas na busca incansável da melhor semântica típica."

A crítica mais contundente que alcançamos está na qualidade da construção

²⁰ Luiz Alberto Warat, ao falar do positivismo de Augusto Comte, destaca a sua importância para a compreensão do pensamento contemporâneo e para um melhor entendimento de alguns discursos elaborados, especialmente nas faculdades de direito, mas com ampla aplicação a todas as áreas do direito. A visão cientificista do Direito está ligada ao legado positivista de sua filosofia, já que a tradição positivista considera a ciência como o único tipo de conhecimento válido, que só admite os chamados conhecimentos objetivos, num conceito de racionalidade dominante na modernidade. Sendo essa uma racionalidade científica, normalmente orientada para a realização de fins; racionalidade tomada como "cálculo", "calculabilidade", sendo que os princípios de organização do conhecimento permitem calcular os fins a serem atingidos através de uma causalidade própria dos meios. Em outras palavras, uma racionalidade capaz de tomar possível o cálculo da realização dos fins por ter conseguido transformar o natural e o socialmente existente em meio para ações que controlam e utilizam objetivamente seus objetos. No positivismo, as questões relativas ao conhecimento já se encontram definidas pela própria realidade das ciências, ou seja, as condições do conhecimento só podem ser entendidas sob a forma de uma investigação das regras de constituição e comprovação das teorias no interior de um modelo já consagrado pela comunidade científica. Por isso, Warat vai dizer que o "real" está limitado ao âmbito dos enunciados comprovados como verdadeiros por essa mesma comunidade científica, isto é, no universo dessa "moldura férrea" não cabem postulações morais, políticas ou sociais, visto que os vínculos do positivismo com o "mundo da vida" são orquestrados pela concepção de uma razão instrumental orientada pelas relações meio-fim. (WARAT, 2004, p. 496).

dos textos e dos tipos penais que, cada vez mais, encontram-se vagos e com amplas possibilidades de interpretação.

Diante do receio do emprego da interpretação da linguagem no tipo penal, Lenio Streck adverte:

Mas isso não apaga o fato de que ainda vivemos em um mundo jurídico que busca exorcizar os fatos e conflitos tratados pelo direito. Isto é, em um mundo no qual a metodologia jurídica continua com a função de promover a desvinculação do caráter historicamente individualizado do caso que esteja na sua base, para atingir o abstrato generalizável e comum, como bem alerta Castanheira Neves. Para tanto, basta um rápido olhar na operacionalidade do direito no Brasil para constatar a resistência exegético-positivista, calcada muito mais em decisionismos e discricionariedades do que em discursos que procurem efetivamente colocar o direito como uma ciência prática, destinada a resolver problemas (sociais), mormente nesta fase da história, em que lemos, por exemplo, na Constituição, que o Brasil é uma República cujos objetivos são, dentre outros, a redução da pobreza, a justiça social etc. (STRECK, 2011, p. 67).

A legalidade impõe ao legislador um raciocínio de fazer a formulação dos tipos penais valendo-se de proposições da forma mais clara, mais ampla e, ao mesmo tempo, mais certa possível para a perfeita subsunção do fato que deseja alcançar, como se o processo legislativo não fosse problemático o bastante e como se a linguagem possuísse, desde sempre, um significado único e inconfundível capaz de alcançar todas as formas desejadas. Eliminar do julgador a função de intérprete na constatação da subsunção do fato à norma estaria atribuída essencialmente à escolha das palavras.

O engessamento do poder decisório, portanto, é determinado à partir da concepção da literalidade dos dispositivos, que se apresenta como uma tentativa exegética que não encontra futuro nos atuais dias. Dentro de um senso comum teórico no mundo jurídico em que a interpretação de tipos penais estaria destinada apenas para os casos difíceis onde se verificasse alguma dúvida acerca do alcance da letra da lei, denota que a mesma ideia em matéria de tipicidade permanece apoiada no paradigma do positivismo jurídico exegético. Sendo assim, o respeito à taxatividade da lei como forma de eliminação da interpretação para a correta construção da incriminação se apresenta, aparentemente, como um mito, como se a aplicação da lei não fosse um produto da interpretação.

O que se percebe, na verdade, é um misto de conclusões quando, a um só tempo, o reconhecimento da interpretação do texto legal e a discricionariedade do

aplicador do direito, operam um verdadeiro sincretismo, naquilo que Lenio Streck (2011, p. 34) trabalha como postura decorrente do “eu decido conforme a minha consciência”.

Como se sabe, o crime não é qualquer negação de valores, mas a negação de determinados valores, quais sejam, os valores jurídicos criminais. Essa negação de valores é o injusto a ilicitude, a antijuridicidade (VARGAS, 2007, p. 19).

Diante de tal constatação o tipo então emerge como fonte de conhecimento de qual conduta humana significa uma negação desses valores jurídicos-criminais.²¹

Conforme já mencionado, existe uma ideia de que os tipos penais são considerados abertos ou fechados diante da análise da produção legislativa que acabou por empregar textos vagos gerando a necessidade de sua interpretação para a perfeita subsunção ao caso. Esta afirmação, por si só, pode indicar um conflito para aquele que entendem haver aqui a necessidade de se reconhecer o caráter hermenêutico da tipicidade.

Para Francisco Muñoz Conde (1988, p. 46), a imagem conceitual do tipo é formulada em expressões linguísticas que, com maior ou menor acerto, tentam descrever, com as devidas notas de abstração e generalidade, a conduta proibida. O autor entende que a função de garantia do tipo está vinculada à forma de redação, ou seja, do texto deve ser possível deduzir, com clareza, a conduta proibida, sendo imprescindível, para tanto, a utilização de uma linguagem clara e precisa, acessível ao nível cultural médio, evitando-se o uso de 'elementos normativos' ('credor', 'insolvência', 'alheio', etc.) que implicam sempre uma valoração e, por isso, certo grau de subjetivismo. A solução seria empregar elementos linguísticos descritivos que qualquer um pode apreciar ou conhecer em seu significado, sem maior esforço: 'matar', 'danos', 'lesões', etc.

Desta forma, o imbróglio acaba por indicar a noção de que um tipo penal “vago” prejudica a tentativa de análise prévia das possibilidades futuras de subsunção, a estabilidade e a determinação da interpretação. O emprego de textos vagos acabariam por ampliar, por demais, o alcance da subsunção do tipo penal,

²¹ Novamente aqui se percebe que a teoria da separação de poderes ou funções, se torna fundamental da dogmática penal. Não cabe ao juiz a determinação da ilicitude fora dos casos concretos que lhe são levados. Nesse sentido José Cirilo afirma que: “A emissão de um juízo acerca da negação de valores, por um juiz, só pode ser feita no exercício de suas funções judicantes. Fora disso, implicaria o desaparecimento da Parte Especial dos códigos penais, por inútil, e se confundirem, numa só pessoa, as figuras de Legislador e Julgador.” (VARGAS, 2007, p. 19).

tornando o direito mais incerto e menos estável. A pergunta então recai sobre o que fazer se não há como abrir mão da interpretação.

Com o desenvolvimento da teoria do tipo, que apontava seus direcionamentos para a conduta humana, ou seja, o tipo penal nada mais era que a descrição da conduta com todas as suas circunstâncias específicas. Sendo assim, os tipos penais abertos, diferentemente dos fechados, apontam uma conduta que não implica em antijuridicidade, ou seja, a ilicitude é estabelecida pelo juiz à partir da análise da transgressão das demais normas que a incriminação pressupõe.

O conceito de tipo penal aberto fora apresentado por Hans Welzel em 1960 na cidade de Roma, quando começou a diferenciar tipos penais abertos de tipos penais fechados, muito embora Claus Roxin (2000) ainda afirme que Welzel já discutia sobre o tema desde 1952.

Hans Welzel, em seu texto, na tentativa de diagnosticar a razão do crescimento dos tipos penais culposos e, com destaque, para as figuras de perigo, nos disse:

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 à perigo é suficiente cada vez mais hoje em dia. [...] Na vida social essas novas figuras de delitos ampliaram consideravelmente a punibilidade dos comportamentos culposos. (WELZEL, 1971, p. 14).

Essa guinada acabou por provocar diversas mudanças na dogmática penal, que era acostumado a um modelo de delitos dolosos, que determinaram a criação de novas teorias acerca do tipo penal e de sua antijuridicidade. A figura culposa abarcava determinadas condutas voluntárias que, entretanto, não eram desenvolvidas a um propósito, como se percebe nas condutas negligentes, imprudentes e imperitas. Desta forma, a fórmula empregada era simples, bastava uma ofensa a um bem juridicamente tutelado e provocado por um ato voluntário do agente para haver indício de sua antijuridicidade (*ratio cognoscendi*).

A relação psicológica entre autor e conduta é afastada para se pensar no dever objetivo de cuidado, dever este que não está posto no próprio tipo penal, mas sim em outras regras do direito. A premissa legal não é encontrada no campo da antijuridicidade mas, sim, no dever objetivo de cuidado.

Não podemos estabelecer uma equivalência entre tipos abertos e tipos

culposos, pois tratam-se de figuras que, muito embora tenham semelhanças, não são a mesma coisa, ou seja, nem todos os tipos penais culposos são abertos.

Por derradeiro, temos dentro da doutrina uma contribuição significativa e bastante valiosa apontada por Silveira (2003), quando afirma que, muito embora existentes e comuns nos dias de hoje, não podemos aceitar tipos penais abertos em certos campos onde as garantias individuais encontram-se abaladas, bem como na seara do Direito Penal supra-individual, onde a especificidade do bem jurídico tutelado gera dificuldades dogmáticas para a aplicação dos princípios criminais, e, por fim, na área do Direito Penal sexual, onde poderá haver uma difícil distinção entre normatividade e moralidade, que poderiam acarretar decisões, por demasiado discricionárias.

7 CONCLUSÃO

A conclusão deste trabalho significa, meramente, o encerramento de um ciclo da pesquisa, um período do estudo e dedicação ao tema. O ponto final representa, neste trabalho, que chegou o momento de submeter o esforço aqui empreendido, pelo cronograma institucional, ao crivo de uma banca examinadora. O ponto final marca, pois, o final de uma etapa significativa da pesquisa, mas, de maneira alguma, significa de trabalho esteja verdadeiramente concluído. Muita pesquisa ainda é necessária.

Conclui-se, portanto, a partir do estudo teórico realizado, que dentro da dogmática penal a Legalidade possui um significado formal fundamental, mas, ao mesmo tempo, também possui um significado material de grande importância e, desta dicotomia, acabam por surgirem todos os demais institutos do Direito Penal. Seu significado material expressa a face política do estado, enquanto seu significado formal expressa as quatro consequências de sua função (a irretroatividade, a taxatividade, a proibição da analogia e dos costumes).

Verifica-se que o Princípio da Legalidade, desde seu surgimento, vem transformando Estados, bem como a própria dogmática penal que, a medida que a sociedade avança e se desenvolve, acaba por, de forma cíclica, tornar mais ou menos tolerável a interpretação dos elementos constitutivos do tipo penal (o uso de elementos que se encontram fora do texto legal).

Por sua vez, diante daquilo que temos como evolução da teoria do delito, verifica-se que a noção de tipo penal principia numa perspectiva puramente objetiva, ligada à visão natural-mecanicista da segunda metade do século XIX, passando pela fase da descoberta de elementos subjetivos no tipo, caracterizada pela vinculação do pensamento jurídico-penal ao neokantismo das primeiras três décadas do século XX, seguindo pela fase objetivo-subjetiva do tipo, que decorre do finalismo nos anos 30, chegando, finalmente, à fase da tentativa de retorno ao objetivismo, com os pós-finalistas e sua crítica a Welzel, a partir dos anos 70 do século passado. No curso de todas essas transformações, resta um quadro teórico-sistemático no qual a tipicidade é confundida com a operação de subsunção do fato à norma (tipo), ou seja, vigora o entendimento de que a subsunção representa a maneira pela qual ocorre a materialização do *nullum crimen sine lege*, na forma do enquadramento do fato à norma, do ajuste de um a outro.

Ademais, ainda que se verifique o respeito à Legalidade, a forma de verificação do texto legal, bem como a análise dos elementos constitutivos do tipo penal, por vezes, conforme a política criminal da época, acaba por demandar uma interpretação hermenêutica do texto legal.

Fato é, permanecem os aplicadores do Direito e a própria doutrina na árdua e ilusória missão de tentarem prever na lei penal todas as hipóteses de aplicação possíveis, através de um texto que solucione, pela sintaxe e pela semântica, o “problema da subjetividade”.

A teoria do crime, como produto da Legalidade, se apresenta como método penal que acaba por racionalizar e explicar o jus puniendi. A limitação ao poder de punir do Estado foi o que possibilitou o desenvolvimento dos elementos que compõe a dogmática do delito, ou seja, os elementos que limitam a intervenção penal.

Não há dúvidas quanto a grandeza e importância que foi a conquista do princípio da Legalidade para a sociedade, entretanto, a medida que o conceito de tipo penal evoluía dentro da dogmática penal, alguns problemas foram constatados, dentre eles a análise dos elementos normativos e a criação dos tipos penais abertos.

Importante ressaltar que o aumento da criminalidade e a expansão do Direito Penal continuarão e, assim, novos bens jurídicos surgirão, demandando ainda mais a atuação do Direito Repressivo. Contudo, não se podem barganhar as garantias arduamente conquistadas ao longo da história sob o nefasto e perigoso argumento do interesse do Estado, pois se assim for, este poderoso instrumento de controle social (o Direito Penal) poderá mais uma vez ser desvirtuado para atender os interesses de um governante ou de uma determinada classe política.

Desta forma, torna-se indispensável encontrar outro caminho, algo que possibilite uma compatibilidade mais efetiva da interpretação à legalidade penal (pensada como legalidade constitucional). Precisamos pensar com muito cuidado o conceito de tipicidade na atualidade e repensar o papel das elementares normativas no tipo penal, isto porquê, não podemos banalizar o grau de abertura da interpretação das elementares, bem como nos parece, também, uma ilusão de segurança jurídica nos apegarmos estritamente ao caráter retórico do princípio da legalidade.

De igual maneira, não devemos nunca nos esquecer do caráter preventivo do tipo penal e, para isso, o tipo sempre deverá se apresentar com limites e clareza, pois, em sentido reverso, poderia gerar a mesma insegurança jurídica de outros

tempos.

Portanto, é exatamente aqui que reside, pois, o cerne da crise da tipicidade penal e, conseqüentemente, da Legalidade, ou seja, há uma busca incansável pela pureza semântica, metódica e sistemática do direito, ao mesmo tempo que nos parece mais efetivo, lógico e razoável o seu caráter essencialmente hermenêutico. Certo é que a solução não será encontrada em uma fórmula teórica definitiva, a tensão entre o texto e o sentido do texto na sua aplicação ao caso concreto se dará através da dinâmica da atividade jurídica, em meio a um contexto político e em prol da luta pelas garantias conquistadas.

REFERÊNCIAS

ALEIXO, José Carlos Brandi. **Relectiones**: sobre os Índios e o sobre o poder civil. Brasília: Universidade de Brasília, 2016.

ANDRADE, Manuel da Costa. O princípio constitucional nullum crimen sine lege e a analogia no campo das causas de justificação. **Revista de legislação e de jurisprudência**, Coimbra, ano 134, n. 3924-3925, p. 72-77, jul./ago. 2001.

ASÚA, Luis Jimenez de. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Losada, 1956.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. A função dos tribunais superiores. In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **STJ 10 anos**: obra comemorativa. Brasília: STJ, 1999. p. 145-165.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal**: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. (Coleção Ciência Contemporânea, v. 10, coordenação de Cláudio Brandão).

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UNB, 1999.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BRANDÃO, Cláudio. Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime. **Delictae**: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, Belo Horizonte, v. 3, n. 4, p. 07-45, jan./jun. 2018. Disponível em: <<http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/61/40>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

BRANDÃO, Claudio. La raíz del derecho penal en Francisco de Vitoria. In:

BALLESTEROS, Maria de la Paz Pando; RODRIGUEZ, Pedro Garrido; RAMIREZ, Alicia Muñoz (Orgs.). **El cincuentenario de los pactos internacionales de derechos humano de la ONU**, Salamanca: Universidad de Salamanca, v. 18, n. 1, p. 165-186, 2017.

BRANDÃO, Cláudio; OLIVEIRA, Pedro Rubens. Legalidade e cristianismo: aproximação hermenêutica. **Revista *Duc In Altum*** - Caderno de Direito, Faculdade Damas, Recife, v. 1, n. 1, p. 5-20, jul./dez. 2009. Disponível em: <<https://faculdadedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/156/147>>. Acesso em: 05 Set. 2019.

BRANDÃO, Claudio. Tipicidade e Interpretação no Direito Penal. **Sequência** – Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, v. 35, n. 68, p. 59-89, jun./2014a. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p59/26946>>. Acesso em: 05 Set. 2019.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014b.

BRASIL. Código Criminal do Império. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, fl. 39, liv. 1º, 08 Jan. 1831. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 20 Nov. 2019.

BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 24 Jan. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 20 Nov. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 16 Jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 20 Nov. 2019.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 Jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 20 Nov. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 Out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 Nov. 2019.

BRASIL. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 10 Nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 20 Nov. 2019.

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil. **Coleção de Leis do Império do Brasil**, Rio de Janeiro, 1824, p. 7, v. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 20 Nov. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Com redação dada pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 Dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 Nov. 2019.

BRASIL. Decreto-lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 Set. 1942b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 20 Nov. 2019.

BRASIL. Decreto n. 10.358, de 31 de agosto de 1942. Declara o estado de guerra em todo o território nacional. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 1942a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D10358.htm>. Acesso em: 20 Nov. 2019.

BRASIL. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Código Penal. **Consolidação das Leis Brasileiras**, Rio de Janeiro, 13 Dez. 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 20 Nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 86.797/SP. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho – Quinta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 07 Abr. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=761428&num_registro=200701614670&data=20080407&formato=PDF>. Acesso em: 10 Out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 956.876/RS. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho – Quinta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 Set. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=714743&num_registro=200701245395&data=20070910&formato=PDF>. Acesso em: 10 Out. 2019.

BRUNO, Anibal. **Direito Penal**: parte geral, tomo 1º. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CARDENAL MOTRAVETA, Sergi. **El Tipo Penal en Beling y los Neokantianos**. 2002. 565 f. Tese (Doutorado) - Universidade de Barcelona, Departamento de Direito Penal e Ciências Penais, Barcelona, 2002. Disponível em: <<https://www.tdx.cat/handle/10803/1410#page=1>>. Acesso em: 02 Dez. 2019.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte Geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

CORREIA, Eduardo. A Evolução Histórica das Penas. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, v. LIII, p. 51-150, 1977.

DIAS, Augusto Silva. **Delicta in Se e Delicta mere Prohibita**: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas Básicos da Doutrina Penal**. Coimbra: Coimbra, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Diritto e ragione. **Teoria del garantismo penale**. Roma: Laterza, 2000.

FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FRANCO, Alberto Silva. et al. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. V. I, t. I. 6. ed. São Paulo: RT, 1997.

GOLDCHSCHIMIDT, Werner. **Introducción Filosofía al Derecho**. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1996.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Notas sobre as súmulas vinculantes em matéria penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: RT, ano 18, n. 84, p. 77-110, maio/jun. 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. V. I. 10. ed. Niterói: Impetus, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Tradução por Adriana Beckman Meirelles. et al. Porto Alegre: SAFE, 2008.

JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**: parte general. 4. ed. Tradução de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares Editorial, 1993.

LUIZI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: SAFE, 1987.

MARQUES, Jader. **Leitura hermenêutica da tipicidade penal**, São Leopoldo, 2012.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Millenium, 2002.

MARX, Karl. Zur Kritik der hegelschen Rechtsphilosophie. Einleitung. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Werke** (MEGA). V. 1. Berlin: Dietz, 1957.

MASSON, Cléber. **Direito penal esquematizado**. Parte geral. V. 1. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: parte general. 6. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2002.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2014.

NEVES, António Castanheira. O Princípio da Legalidade Criminal. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Coimbra, número especial, I, p. 307-469, 1984.

PEREIRA, Gabriela Xavier. A evolução histórica do tipo em direito penal da independência por Beling à concepção significativa de Vives Antón. **Revista da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Ci. Hum. Ci. Soc. Apl. Ling., Letras e Artes**, Ponta Grossa, v. 16, n. 2, p. 313-332, dez. 2008. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5212/PublicatioHum.v.16i2.313321>>. Acesso em: 02 Dez. 2019.

PIRES, Antônio Fernando. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2016.

PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal**: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. (Coleção Ciência Contemporânea, v. 6, coordenação de Cláudio Brandão).

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. V. 1. 15.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte general. Tomo I. Tradução da 2. ed. alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2000.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVEIRA, Renato de Melo Jorge. **Direito Penal supra-individual**: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VARGAS, José Cirilo de. **Do Tipo Penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VITORIA, Francisco de. **De legibus.** Salamanca: Universidad de Salamanca e Universidade de Gênova, 2010.

VITORIA, Francisco de. **Os índios e o direito da guerra.** Ijuí: Unijui, 2006.

WARAT, Luiz Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito:** o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004.

WELZEL, Hans. Culpa e delitos de circulação. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro: Borsoi, n. 3, p. 13-43, 1971.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal.** Parte General. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WELZEL, Hans. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal** - Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução de José Cerezo Mir. Montevideo: BdF, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** Parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.