

CASSIANO PEREIRA CARDOSO

O PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE PENAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, Curso de Pós-Graduação em Direito, área de concentração em Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Alberto Machado

CURITIBA

2004

TERMO DE APROVAÇÃO

CASSIANO PEREIRA CARDOSO

O PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE PENAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Curso de Pós-Graduação em Direito, área de concentração em Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.



Orientador:

Prof. Dr. Titular Luiz Alberto Machado



Curitiba, março de 2004.

AGRADECIMENTOS

A presente dissertação é uma obra coletiva. Não teria sido realizada sem a generosidade de diversas pessoas e instituições, com as quais tenho uma eterna dívida de gratidão.

Ao Professor Doutor Luiz Alberto Machado, meu orientador, pela tolerância e compreensão. Sua figura inspiradora, seu exemplo, sua autoridade moral e intelectual constituíram forças decisivas para a concretização deste trabalho. O fascínio que a pessoa e a vida do Professor desperta torna-o não somente um orientador, mas um formador de admiradores e discípulos. Fica, aqui, registrado o meu orgulho de ser mais um deles.

Especial agradecimento vai dirigido também ao Professor Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, por seu entusiasmo, seu calor humano e pela fé no Direito e nas pessoas, que sabe transmitir como poucos. Ninguém consegue passar indiferente a esse furacão de idéias e sentimentos.

Aos Professores do Curso de Pós-Graduação, cujo desprendimento permitiu fossem vencidas distâncias, para semear em campo inculto, a certeza de que seu esforço frutificou.

O dever impõe agradecer o apoio institucional da Universidade de Passo Fundo, da Universidade Federal do Paraná e do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

Por fim, agradeço à minha esposa e à minha família, pela espera paciente, pelo apoio constante e pela razão de viver.

SUMÁRIO

| | |
|--|------------|
| 1) INTRODUÇÃO..... | 1 |
| 2) ANTECEDENTES HISTÓRICOS..... | 9 |
| 3) NOÇÕES GERAIS..... | 28 |
| 4) FUNDAMENTOS LÓGICO-RACIONAIS..... | 38 |
| 5) FUNDAMENTOS POLÍTICO-GARANTISTAS..... | 48 |
| 6) NATUREZA PRINCIPIOLÓGICA..... | 60 |
| 7) CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS..... | 76 |
| 8) TÉCNICAS DE FORMULAÇÃO NORMATIVA..... | 94 |
| 9) TÉCNICAS DE INVALIDAÇÃO NORMATIVA..... | 114 |
| 10) ALCANCE SISTEMÁTICO..... | 127 |
| 11) DESORDEM LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL..... | 150 |
| 12) CONCLUSÃO..... | 163 |
| REFERÊNCIAS..... | 172 |

RESUMO

O presente trabalho examina a taxatividade, considerada um dos desdobramentos do princípio da legalidade penal. Partindo-se do tratamento constitucional deste último como norma de garantia dos direitos fundamentais, foram analisadas as razões históricas, lógico-rationais e políticas que autorizam sustentar ser o princípio da precisão parte integrante da legalidade penal. O resultado é a comprovação da natureza garantista da determinação taxativa, constituindo elemento indispensável à efetiva contenção do poder punitivo, tendo em vista a proteção dos direitos fundamentais, base antropológica do Estado de Direito Democrático Constitucional. A natureza principiológica da taxatividade, se bem compreendida, permite que esta intervenha profundamente na modelação do sistema penal, contribuindo para acentuar-lhe a dimensão de garantia. Para que se viabilize tal intervenção, necessário investigar alguns dos critérios de operacionalização da taxatividade hábeis a refleti-la na legislação, na doutrina e na aplicação do direito penal. É possível reuni-los em um primeiro grupo de critérios gerais e positivos, de caráter mais abstrato, prefixados à busca da precisão, e um segundo grupo de critérios pontuais e negativos, de caráter pragmático, destinados a identificar as hipóteses de imprecisão descortinadas no concreto sistema punitivo. Os aportes fornecidos pelo estudo da precisão também permitem considerar criticamente os fenômenos da crescente descodificação penal e da instabilidade jurisprudencial como fatores de insegurança jurídica e fragilização das garantias dos direitos individuais em sede punitiva. A investigação realizada autoriza sustentar que o princípio da taxatividade merece intervir de modo mais efetivo nos processos formativos do sistema penal, em todas suas dimensões (legislativa, jurisprudencial e doutrinária), podendo constituir um eficaz instrumento para reverter o fenômeno erosivo da legislação penal. O aprofundamento dos estudos sobre a determinação taxativa pode também auxiliar na tarefa de construção de modelos teóricos idôneos a viabilizar uma maior racionalização e o mais efetivo controle constitucional sobre a legislação punitiva, de molde a recuperar o sentido de garantia da legislação penal e do sistema criminal como um todo.

O PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE PENAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

El verdadero peligro que amenaza al principio nulla poena sine lege no es de parte de la analogía, sino de las leyes penales indeterminadas.

(Hans Welzel, Derecho Penal Aleman)

Mas eu penso que, independentemente do nosso otimismo ou pessimismo, para a crise do Direito não há outra resposta senão o próprio Direito; e que não existem, para a razão jurídica, alternativas possíveis. Ela é a única via para responder à complexidade social e para salvar, com o futuro do Direito, também o futuro da democracia.

(Luigi Ferrajoli, O Direito como sistema de garantias)

1. INTRODUÇÃO

O princípio da legalidade penal, previsto no art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal, como também no art. 1º do Código Penal, soa, à primeira vista, uma daquelas obviedades jurídicas que dificilmente justificariam uma pesquisa monográfica. Com efeito, tanto a seu respeito já foi observado, que parece haver sobre ele um consenso geral. A esmagadora maioria das obras gerais de direito criminal, desde os mais condensados manuais até os mais completos tratados, costuma a ele dispensar o devido lugar de honra entre os pilares da ciência penalística. Via de regra, estão lá os esforços históricos, as declarações solenes de intenção e os seus tradicionais desdobramentos (reserva legal, anterioridade, proibição da analogia e taxatividade). E, após os

prolegômenos de praxe, passa-se ao que importa, ou seja, à teoria geral do delito, à penologia e ao estudo dos delitos em espécie. Assim, o princípio da legalidade, entre outros porventura analisáveis, reduz-se literalmente "àquilo que está no princípio".

Como "tudo se transforma" e também o próprio Direito, em certos momentos históricos, em especial os de mutação constitucional, amadurece a necessidade de revisão dos velhos fundamentos. Então nem mesmo o vetusto princípio da legalidade, que ocupa "desde sempre" o lugar canônico nos sistemas penais dos Estados de Direito, escapa ao influxo das releituras. Assim, novos "olhares" críticos levantam questões e aspectos inexplorados pela reflexão jurídica, exprimindo uma sensação cada vez mais nítida: algo no princípio da legalidade penal parece não funcionar como antes, ou, ao menos, como se pensava que funcionasse. A legalidade penal, forjada no movimento iluminista como instrumento de proteção dos direitos humanos, esvanece-se em meio à inflação penal, à crescente indeterminação, à desordem aplicativa e ao simbolismo punitivo. Sustenta-se que padeceria de "crise de legitimação" ou, pior, que ostentaria caráter meramente "retórico".

Ora, os termos "crise" e "retórico" apontam para uma mesma direção, ou seja, à distância entre realidade e norma, entre ser e dever ser da norma, entre prático e teórico, entre efetivo e vigente. É mais ou menos assente, entretanto, que o Direito comporta um fisiológico grau de inefetividade, pois, do contrário, não produziria nenhuma tensão saudável com o real, fazendo-o mover-se na direção do ideal. Evidente, porém, que as aludidas expressões não guardam esse sentido conformista, mas provocatório. Incitam a refletir sobre as obviedades mais fundamentais de que é feita a vida e a vida do Direito. E essa obviedade que é o princípio da legalidade para a vida do direito penal parece precisar de uma nova reflexão. Merece ela ainda ser sustentada como algo viável, se a realidade normativa parece sempre apontar o contrário? De que forma isso é possível? A primeira questão já está respondida enfaticamente pela Constituição Federal de 1988: a legalidade deve ser um instrumento de garantia dos direitos fundamentais. A resposta à segunda é dever indeclinável da reflexão jurídica. A meta está estabelecida, cabendo ao ordenamento infraconstitucional concretizá-la.

Portanto, a refundação do princípio da legalidade, arrolado entre os direitos e garantias fundamentais e integrado ao núcleo imodificável da estrutura constitucional, obriga ao reexame crítico da sua noção e de seus desdobramentos. A taxatividade, ao princípio timidamente coordenada, expõe-se também ao novo olhar constitucional, que constata sua quase completa inoperância. De fato, à parte as obras especificamente dedicadas ao tema ou os tratados mais recentes, a determinação taxativa oscila entre o silêncio e a petição de princípio: o "óbvio do óbvio". Nada obstante, é talvez na evidência, que não carece ser falada ou examinada, que devam ser identificadas algumas das causas da crise da legalidade penal e, quiçá, certas perspectivas de solução.

Estas, por conseguinte, são as indagações: a taxatividade constitui imperativo constitucional decorrente da consagração do princípio da legalidade penal na Carta de Direitos brasileira? Em caso positivo, quais são seus possíveis critérios de operacionalização e suas repercussões no sistema penal ?

O rumo traçado na tentativa de responder à primeira questão começa pelo exame da evolução histórica do princípio da taxatividade. A investigação, por certo que não exaustiva, acompanha de perto o evoluir da própria legalidade penal. Até onde a procura pôde alcançar, a taxatividade parece não apresentar uma linha evolutiva destacada da idéia de legalidade, o que já constitui um relevante indício de sua correlação. Tal constatação não deve ser tomada como mera curiosidade histórica; ao contrário, contribui para iluminar a significação político-jurídica da taxatividade, a partir do sentido da própria legalidade penal no contexto evolutivo das sociedades e dos Estados ocidentais, bem como da natureza das relações indivíduo-coletividade neles reveláveis. As conclusões que devem ser extraídas dessa breve análise histórica serão úteis à resolução das duas questões propostas.

A seguir, procurando-se aprofundar a compreensão do princípio da taxatividade, examinam-se seus fundamentos lógico-rationais: quais os fatores intrínsecos ao próprio funcionamento do Direito em geral, e do direito penal em particular, podem servir de justificação à exigência de precisão. Diversos são os elementos apontados, podendo ser divididos em dois grupos: os elementos lógico-rationais próprios ao Direito em geral, mas especialmente

sensíveis em matéria penal, como as exigências de certeza jurídica, igualdade de tratamento, imparcialidade do órgão aplicador e objetividade, somente viabilizados e fortemente favorecidos pela adoção do princípio da taxatividade. A forma como este último se articula com os critérios mencionados é examinada, de molde a propiciar uma melhor compreensão de sua natureza.

Com o mesmo objetivo, são examinados aqueles elementos lógico-rationais inerentes ao funcionamento peculiar do sistema penal (internos), apresentando-se ao exame fatores como a imperatividade das normas penais, teleologia da pena e a culpabilidade, cuja fisionomia permite mais bem elucidar o necessário encaixe funcional da taxatividade no interior do sistema jurídico-penal. Também o princípio da proporcionalidade é considerado para os propósitos de fundamentação.

A politicidade conatural ao princípio da determinação, sem a qual este não poderia ser apreendido em seu sentido mais profundo, impele ao exame de sua fundamentação político-jurídica, ou seja, de sua concatenação na estrutura social e do Estado. Como o exame histórico já o sinalizara, a taxatividade, em termos políticos, pode ser relacionada à teleologia protetiva dos direitos fundamentais, como também ao princípio da separação de poderes.

Assim, com os elementos de análise disponíveis, além do recurso ao método sistemático de interpretação, que remete às normas constitucionais da obrigatoriedade da ação penal, da ampla defesa e do dever de fundamentação das decisões judiciais, será possível responder à primeira questão formulada: a taxatividade constitui imperativo constitucional decorrente da consagração do princípio da legalidade penal na Carta de Direitos brasileira?

O passo seguinte da investigação inspira-se nas contribuições que a reflexão jurídica possa aportar à noção de princípio. Novamente aqui, insta advertir sobre o caráter não-exaustivo do exame, cujo objetivo restringe-se a perquirir em que medida a natureza principial da legalidade-taxatividade pode auxiliar na sua mais completa compreensão. As diferenças entre os princípios e as regras podem ser valiosas para um melhor entendimento das interações da legalidade-taxatividade com o sistema jurídico-penal. Além disso, as funções desempenhadas pelo princípio (fundamentadora, interpretativa, integrativa e limitativa) ajudam a identificar o potencial de influência da determinação taxativa

no sistema criminal como um todo. Ou seja, as repercussões da taxatividade na estruturação legislativa, na aplicação jurisprudencial e na atividade dogmática podem ser justificadas em grande parte por sua natureza de princípio jurídico.

Outrossim, importa examinar em que medida o subsistema penal pode apresentar diferenças no cotejo com as demais ramas do ordenamento jurídico. Não seria de indagar se a estruturação histórica, política e jurídica do direito penal, além da distinção entre princípios especificamente penais e princípios constitucionais influentes em matéria penal, não sinalizariam para a solução dos conflitos entre instâncias descriminalizadoras e criminalizadoras, entre eticidade e politicidade, por meio da priorização dos valores de garantia? Em consequência, não haveria uma peculiar hierarquização de princípios no sistema jurídico-penal, que o tornaria particularmente "rígido" ou "imóvel" na comparação com os outros setores do ordenamento?

O descortino da conflituosidade intrínseca do direito penal, gerada pelo embate de princípios de influxos diversos, e também da forma particular de solução da colidência destes, em que nenhum perde sua validade, permite apurar se o próprio legislador realiza ou não juízos de ponderação constitucionalmente legítimos antes mesmo do órgão judicial e se tais juízos devem ou não ser por este respeitados.

Com base na solução encontrada, examina-se a seguir a segunda hipótese de trabalho: quais são possíveis critérios de operacionalização do princípio da taxatividade e suas repercussões no sistema penal?

A procura de critérios de determinação operativos por meio dos quais se possa efetivar a contenção do atuar estatal punitivo implica afastar afirmações metodológicas extremadas segundo as quais a exigência de taxatividade constituiria uma noção meramente simbólica. Os obstáculos porventura encontrados não são maiores que os relativos a outros princípios jurídicos inatacáveis, como os da igualdade, da justiça ou da dignidade da pessoa humana.

No plano legislativo, são apreciadas algumas técnicas geralmente utilizadas na configuração dos dispositivos penais, entre elas as de "normatização sintética", de "normatização por cláusulas gerais" e a chamada técnica "casuística", a fim de verificar qual delas é a mais idônea aos propósitos

da precisão. Também com a mesma preocupação, são examinadas a técnica da definição legislativa e a procedência ou não da idéia generalizada de sua imprestabilidade nessa matéria. Uma postura mais aberta quanto às definições jurídicas pode revelar-se frutífera para os propósitos de segurança jurídica, servindo também à revisão crítica de noções tradicionais na dogmática, como a da "interpretação autêntica". Por fim, o exame dos chamados elementos descritivos e normativos e suas inúmeras nuances pode evidenciar o perigo da proposição de orientações apodíticas, na busca de fórmulas tendentes à maior precisão dos dispositivos penais.

A consideração das diversas técnicas legislativas e de sua ambivalência em termos de precisão leva a certas constatações inarredáveis no plano lingüístico, entre elas, a da natural plurivocidade dos signos. O reconhecimento de tal realidade põe por terra qualquer tentativa ilusória de alcançar critérios universais de taxatividade, mas não autoriza o ceticismo radical quanto à capacidade comunicativa dos signos lingüísticos. As razões para evitar o radicalismo também nessa seara são expendidas com base nas lições da própria Lingüística. Esta aponta para a natureza quantitativa do problema da precisão, auxiliando a evitar posturas maniqueístas entre o absolutamente certo e o absolutamente incerto, que só contribuem para baralhar os termos de um conflito que não se apresenta com cores tão dramáticas.

A meta de operacionalizar o princípio da taxatividade, entretanto, não se esgota nisso. Outra via promissora, eminentemente pragmática, consiste em identificar e catalogar as técnicas legislativas mais aberrantes em termos de taxatividade, procurando banir o seu uso pelo legislador, com isso obstaculizando-lhe as práticas mais grosseiras ou vezeiras de transgressão. Entre elas se destacam a chamada "ocultação do núcleo do tipo", a técnica enumerativa, as técnicas de reenvio, as palavras indeterminadas e os elementos onicompreensivos.

Sob o ângulo sistemático, a legalidade-taxatividade apresenta um amplo espectro de abrangência, sendo possível afirmar que nenhum aspecto ou setor do direito penal está imune à sua influência. Entretanto, em possuindo natureza principiológica, apresentará diferentes níveis de concretização, consoante as possibilidades fáticas e jurídicas. Em especial, a necessidade de

harmonização com outros princípios penais determina gradações nos níveis de taxatividade internamente ao sistema de direito criminal, impondo-se o exame das variações mais relevantes, destacadamente, aquelas verificáveis entre tipos incriminadores e não-incriminadores e entre as categorias da teoria geral do delito, como a tipicidade, a antijuridicidade, a culpabilidade e a punibilidade. No âmbito da pena, em suas diversas fases de individualização, a taxatividade também altera seu grau de exigência, cedendo às instâncias de concretização provindas de outros princípios penais.

Importantes reverberações do princípio da taxatividade verificam-se, outrossim, nos terrenos da legislação e da jurisprudência, tomados como etapas de concretização do direito penal. Quanto à primeira, revela-se o fenômeno da progressiva descodificação, a ponto de transformar-se o Código Penal, no que concerne aos tipos delitivos, em um quase apêndice do direito penal especial. De indagar-se, nesse caso, se o princípio da determinação penal pode oferecer alguma indicação crítico-normativa para a avaliação e enfrentamento da problemática. A mesma interrogação se aplica em face da jurisprudência criminal, com outras facetas: a variabilidade das decisões judiciais tem alguma relevância no o prisma da garantia ? A total desvinculação dos órgãos judiciais singulares ou colegiados a qualquer forma de precente jurisprudencial possui alguma relevância sistemática ? A taxatividade pode fornecer subsídios à tomada de posição em face de tais interrogativas.

Cabe, ainda, submeter ao juízo crítico algumas propostas de tratamento geral da taxatividade em bases universalizantes. Para esse desiderato, são aproveitáveis os resultados das análises feitas sobre os critérios positivos e negativos de aferição da taxatividade, bem como as considerações de ordem lingüística efetuadas.

Com isso, são esboçadas, em grandes linhas, algumas das reflexões teóricas a respeito das formas de viabilização operativa do princípio da taxatividade penal e das suas possíveis repercussões no sistema jurídico-criminal. A investigação objetivou identificar, em uma perspectiva panorâmica, alguns pontos de contato com setores e aspectos do direito punitivo, nas dimensões legislativa, judicial e doutrinária, mais sensíveis aos influxos normativos do princípio da precisão. A localização desses pontos sensíveis da estrutura jurídico-

-penal e o exame dos modos de sua interação com a taxatividade são de valia para a densificação teórico-prática desse subprincípio da legalidade penal. Com isso, iluminam-se facetas pouco exploradas do direito punitivo, como por exemplo, a relevância de sua dimensão lingüística e comunicativa. Além disso, a taxatividade representa um campo profícuo de investigação para o direito penal, um ponto de apoio sobre o qual construir uma teoria da legislação penal que forneça modelos normativos idôneos a orientar e controlar a produção legislativa nessa área tão sensível aos direitos fundamentais.

É, portanto, com a perspectiva de extrair possibilidades teórico-práticas para o aperfeiçoamento do direito criminal, no sentido de sua maior racionalidade, e de percorrer vias de maior intercâmbio entre as dimensões legislativa e aplicativa, enriquecendo-se o processo de concretização do direito punitivo com abordagens múltiplas, que prestigiem o papel de protagonismo da lei penal como instrumento de garantia dos direitos fundamentais, dando-se vazão sem constrangimentos à relativa autonomia metodológica do direito penal, que se lança ao presente estudo da taxatividade.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

2.1 ANTIGÜIDADE PENAL

O princípio da taxatividade, entendido como exigência de que os preceitos penais incriminadores sejam redigidos de forma clara e determinada, ou, em outros termos, que a matéria da proibição penal seja delimitada de forma certa e precisa¹, constitui categoria político-jurídica intimamente conectada à noção de legalidade penal. Com efeito, clareza, certeza, determinação ou precisão são atributos ou qualidades reclamados pelo próprio princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Tal correlação tem sido apontada na doutrina nacional e estrangeira, a comprovar que a legalidade é uma noção complexa. Assim, ela compreende, de modo geral, quatro mandatos que reciprocamente se influenciam: a) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*; b) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*; c) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*; d) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.² Não basta que o crime e a

¹FERRERES COMELLA, Victor, **El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)**, p. 21: "El principio de taxatividad no es otra cosa que la exigencia de que los textos en los que se recogen las normas sancionadoras describan con suficiente precisión qué conductas están prohibidas y que sanciones se impondrán a quienes incurran en ellas."

² TOLEDO, Francisco de Assis, **Princípios básicos de direito penal: (...)**, p. 22-23; SANTOS, Lycurgo de Castro, **O princípio de legalidade no moderno direito penal**, p. 188; CARBONELL MATEU, Juan Carlos, **Derecho penal: concepto y principios constitucionales**, p. 110; LUISI, Luiz, **Os princípios constitucionais penais**, p. 13; CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JÚNIOR, Paulo José da, **Direito penal na constituição**, p. 20-21; **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 77 e segs.; ZAFFARONI, E. Raúl *et al.*, **Direito penal brasileiro (...)**, p. 200 e segs.; RAMOS, João Gualberto Garez, **A inconstitucionalidade do 'direito penal do terror'**, p. 63; GIACOMOLLI, Nereu José, **Função garantista do princípio da legalidade**, p. 235; LUNA, Everardo da Cunha, **Capítulos de direito penal. Parte geral**, p. 33; DOTTI, René Ariel, **Curso de direito penal: parte geral**, p. 59, embora atribuindo, diversamente da maioria, à taxatividade o brocardo latino *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*, usualmente referido à proibição da analogia. ROXIN, Claus, **Derecho penal. Parte general**, p. 140; POLAINO NAVARRETE, Miguel, **Derecho penal. Parte general**, p. 400. Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, **Legalidad**

pena sejam previstos em lei formal (reserva legal ou *lege scripta*), afastando qualquer outra fonte de produção normativa, como por exemplo o costume, ou mesmo outras modalidades de "lei" em sentido material³ como o decreto legislativo ou a medida provisória⁴. Impõe-se também que à lei formal se agreguem os atributos da anterioridade (*lege praevia*) e da precisão (*lege certa*), além da exigência de sua aplicação estrita, em sede de concretização da norma individual (*lege stricta*)⁵.

Desse modo, a busca dos antecedentes históricos do princípio da taxatividade só pode ser empreendida seguindo-se a trajetória da própria legalidade penal (da qual é parte constituinte) e, em última análise, do próprio direito penal liberal que se formou a partir do século XVIII, com o movimento iluminista. De feito, o paradigma que ainda hoje orienta a atividade dogmática, legislativa e aplicativa no âmbito do direito punitivo apresenta suas fundações nos ideais delineados a partir do Iluminismo e, no que concerne aos aspectos políticos e jurídicos, da concepção de Estado de Direito que com ele se desenvolve. Pois esse modelo de estruturação sócio-político-jurídica que constitui o Estado de Direito vai fundar suas bases na separação-controle (tripartição) dos poderes, na garantia dos direitos fundamentais (inicialmente de primeira geração,

(**princípio de**), p. 888, utiliza o brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta et stricta* para designar o princípio da taxatividade.

³ Para José Afonso da Silva, a lei em sentido material "(...) consiste num ato normativo de caráter geral, abstrato e obrigatório, tendo como finalidade o ordenamento da vida coletiva, no sentido de trazer certeza, precisão e garantia às relações jurídicas", não importando quem a produza. Já no sentido formal, "lei é o ato jurídico emanado do Poder Legislativo composto de representantes do povo, elaborado e aprovado de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição, abstração feita de seu conteúdo.", **A lei**, p. 13.

⁴ Só a lei federal em sentido formal, que obedeça ao processo legislativo constitucional, pode criar figuras delituosas em nosso sistema, com exclusão de qualquer outra fonte normativa material (somente a União e não os Estados-Membros, o Distrito Federal ou os Municípios, *ut* art. 22, inc. I, 3ª hipótese, da Constituição Federal) ou formal (só as leis ordinárias, *ut* art. 59, inc. III, da Constituição Federal, embora emendas à Constituição e leis complementares, art. 59, incs. I e II, respectivamente, da Carta Magna, sejam admissíveis, por oferecerem garantias até maiores sob o aspecto procedimental e hierárquico, como sustenta, aliás, Luiz Vicente Cernicchiaro, *ibidem*, p. 43). Ressalte-se: a questão pertine ao princípio da reserva legal, ou, em termos de teoria geral do direito, às fontes do direito penal, sendo incorreto situá-la no tópico da "proibição de retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*), como o faz Cláudio do Prado Amaral, *Princípios penais. Da legalidade à culpabilidade*. p. 93-104. De resto, a letra "b" do inciso "I" do parágrafo 1º do artigo 62 da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 32, de 11/09/2001, veda a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a: "direito penal, processual penal e processual civil;", grifo nosso.

⁵ Segundo Hans Kelsen, "(...)os tribunais aplicam as normas jurídicas gerais ao estabelecerem normas individuais, determinadas, quanto ao seu conteúdo, pelas normas jurídicas gerais, e nas quais é estatuída uma sanção concreta: uma execução civil ou uma pena.", **Teoria pura do direito**, p. 263,

dentre os quais e, para o objeto específico desta análise, o de liberdade) e na lei (estabelecida pela vontade geral representada no poder legislativo) como materialização do contrato social.

O modelo penal do Estado de Direito que se forjará com o movimento ilustrado, esse "direito penal clássico"⁶, produzirá, segundo Winfried Hassemer, três conseqüências: 1) só as lesões às liberdades asseguradas pelo contrato social poderão ser objeto de criminalização, o que corresponde à noção de bem jurídico como limite negativo do poder punitivo estatal; 2) os limites da renúncia individual às liberdades objeto do contrato social deverão ser fixados de forma precisa, proibindo-se modificações sociais ou governamentais posteriores ou mesmo interpretações deturpadoras da lei por parte de órgãos judiciais ou administrativos, o que corresponde à exigência de segurança-certeza concretizada na legalidade penal; 3) o Estado nada mais é do que uma instituição artificialmente produzida pelo contrato social com a finalidade de proteger os direitos dos cidadãos, dos quais aquele recebe sua legitimação, pelo que o direito penal deve ser visto como um mecanismo de proteção dos direitos individuais ali onde o ente estatal exerce a mais grave de suas funções: a punitiva⁷. A essa idéia de garantia do direito penal correspondem também os princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima, entre outros⁸.

É, pois, com supedâneo em duas premissas convencionalmente estabelecidas, ou seja, a da necessária correlação entre legalidade e taxatividade penais e a da sua natureza de proteção e garantia dos direitos individuais, sob o horizonte ideológico do Estado de Direito, que a análise histórica do mandato de certeza pode ser realizada.

Procurar os antecedentes históricos do princípio da taxatividade penal significa traçar suas origens, ou seja, apontar no espaço-tempo

⁶ Expressão utilizada por Winfried Hassemer, em **Persona, mundo y responsabilidad**, p. 43 e segs., para quem o direito penal clássico surgiu da morte do direito natural. Assim, não mais a partir de uma fonte abstrata superior, i.e., dos altos princípios jurídicos fornecidos por uma razão natural, é que se deduziriam os mandamentos e proibições penais, mas de acordo com os próprios interessados na criação da ordem jurídica, por meio do contrato social.

⁷ Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend, **Tratado de derecho penal**, p. 134, ecoando idéia generalizada, observam: "Las intervenciones penales alcanzan una mayor profundidad en cuanto a sus efectos que cualesquiera otras 'intromisiones en la libertad y propiedad'; aquéllas encierran un acento especialmente gravoso sobre todo a través de la desaprobación ético-social que les es inherente."

⁸ HASSEMER, Winfried, **Persona, mundo y responsabilidad**, p. 45-46.

o seu surgimento e maturação em condições de se adequar minimamente às premissas acima delineadas. Ademais, a tarefa implica inserir-se em um quadro civilizacional mais ou menos definido, cuja comunidade histórico-cultural permita estabelecer raízes valorativas compartilhadas, ou identidades gerais que, sem supressão das peculiaridades locais, constituam objeto de uma investigação tendencialmente supranacional. Afigura-se, assim, adequado aproveitar as observações de Jesús-María Silva Sánchez a propósito do caráter transnacional da dogmática penal no contexto da delinquência globalizada, pois suas observações, embora tenham eficácia projetante e unificadora sobre a dogmática e política criminal, também servem de justificação para um modelo de análise histórica.

O autor adere à concepção do caráter supranacional da ciência do direito penal, mas não com fundamento na universalidade das estruturas lógico-objetivas (v.g., ação, culpabilidade ou autoria), como pretendem certas abordagens ontológicas do direito penal, mas sobre a base de conceitos normativos, cujo conteúdo seria preenchido por concepções teleológicas favorecidas por perspectivas político-criminais radicadas em uma "comunidade cultural e de valores". Assim, sem negar as relativas limitações operadas pela realidade do ser (das estruturas lógico-objetivas) e das positivações nacionais, seria possível, segundo o autor, a construção de um núcleo mínimo, no âmbito da política criminal e da dogmática penal, constituído por princípios radicados no "respeito à dignidade humana e às garantias fundamentais do indivíduo". Esse "marco valorativo comum" poderia corresponder ao termo "ocidental", que compreenderia, segundo o autor o "Ocidente europeu", os "países eslavos do Leste da Europa" e os "países americanos (do norte, centro e sul da América)"⁹.

Portanto, no contexto da civilização ocidental e lançando-se mão das premissas acima referidas -- noção complexa de legalidade penal

⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, **A expansão do direito penal**, p. 84-89. Para o autor, a razão da escolha dos países referidos "(...) é a existência de inegáveis vínculos nos valores sobre os quais se assentam as estruturas estatais vigentes -- ou as que se aspiram a construir --, assim como a evidente base cristã das culturas de todos esses povos. De qualquer maneira isso não implica desconsiderar a existência de possíveis divergências relativas no seio de 'o ocidental' por razão de peculiaridades culturais. Mas são divergências no seio de um sistema cujos traços gerais são compartilhados.". O entendimento foi reiterado pelo mesmo autor em **Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal**, p. 36-37, e em **Perspectivas sobre la política criminal moderna**, p. 22-27.

(abrangente do mandato de certeza) e sua função de garantia de direitos individuais -- é possível perquirir os antecedentes históricos do princípio da taxatividade penal.

Assim, impõe-se, de pronto, afastar qualquer vestígio da noção de legalidade-taxatividade nas formas primitivas de punição. As sociedades primitivas são dominadas por uma concepção mágica dos fatos sociais e naturais, cuja produção é levada a efeito não a partir da idéia de causalidade mas pela influência de forças anímicas misteriosas. Não existe uma clara separação entre o indivíduo, como ente autônomo e autoconsciente, e seu grupo, de modo que a ação daquele assume a marca do grupo e a reação, portanto, ao conjunto se dirige. Dessa forma, a responsabilidade nem sempre é individual ou mesmo humana, podendo recair sobre o grupo, um homem, um animal ou uma coisa.¹⁰

Nos primitivos sistemas de convivência social, as proibições têm natureza mágica e religiosa: são os tabus. As sanções têm caráter "expiatório, religioso e fatal", já que a violação do tabu produz necessariamente uma desgraça, só evitável mediante o cumprimento das ordálias, às vezes por si só purificadoras, ou da pena. Ademais, as ilicitudes não implicam a transgressão de bens físicos ou biológicos elementares, mas envolvem construções dotadas de um forte sentido animista. A reação punitiva (ou mais propriamente expiatória) é objetiva e necessária, devendo cumprir-se contra a pessoa independentemente de sua condição subjetiva no momento da ação e indefectivelmente, como forma de intervir no processo imputacional tabu-desgraça.¹¹ Nesse contexto, inviável identificar qualquer indício da legalidade-taxatividade nas mais generalizadas práticas de reação anticriminal do mundo arcaico, como a vingança indeterminada, a perda da paz, a repressão talional ou a composição.¹²

Tampouco resulta frutífera a tentativa de localizar nas práticas punitivas do antigo Oriente, de base eminentemente teocrática, indicativos do princípio da taxatividade, ainda que nele tenham sido encontradas as primeiras

¹⁰ SOLER, Sebastián, **Derecho penal argentino**, v. 1, p. 61-65.

¹¹ SOLER, op. cit., p. 61-65.

¹² Referidas por Aníbal Bruno, **Direito penal**, tomo 1º, p. 62-74.

manifestações escritas do poder punitivo, de que são exemplo o Código de Hamurabi, da Babilônia (2.083 a.C.), as leis mosaicas dos povos hebreus (o Pentateuco, conjunto dos cinco primeiros livros do antigo testamento atribuídos a Moisés), ou o Código de Manu, da Índia, de treze ou doze séculos antes de Cristo.¹³ Ademais, como já havia sido assinalado, a conservação do traço teocrático na evolução da cultura oriental marcou profundas diferenças com o já citado "ocidente" atual, inviabilizando qualquer tentativa de investigação histórica em fases posteriores daquela cultura.

No direito penal grego, inobstante os avanços obtidos pela civilização grega no campo das instituições jurídicas e políticas¹⁴, a realidade prática ainda conserva traços de primitivismo (caráter sacral do crime e da pena, ausência de limites à responsabilidade pessoal, desumanidade das penas) só muito lentamente expungidos. Além disso, a fragmentação grega em cidades independentes, com a pulverização de poder daí conseqüente, e a falta de fontes jurídicas seguras tornam duvidoso que certas elucubrações filosóficas em torno do livre arbítrio, do fundamento de punir e da finalidade da pena¹⁵ tenham encontrado algum eco nas práticas punitivas cotidianas.

De se negar, outrossim, vigência ao princípio "*nullum crimen, nulla poena sine lege*" no direito romano, em qualquer de seus três períodos (realeza, república ou império).¹⁶ Inobstante a existência de um sistema penal caracterizado por certo desenvolvimento, haja vista o caráter público das

¹³ SOLER, Sebastián, **Derecho penal argentino**, v. 1, p. 69-70; BRUNO, Aníbal, **Direito penal**, p. 74-75.

¹⁴ SOLER, op. cit., p. 70: "Pero al genio de este pueblo se deben dos pasos fundamentales para la historia de las instituciones jurídicas: la reducción del poder político a un poder humano liberado de las bases teocráticas típicamente orientales, y la gradual elevación del individuo a la autoconciencia de su valor personal. Ambas evoluciones no se cumplieron sino en el curso de varios siglos."

¹⁵ BRUNO, op. cit., p. 78, observa que essas questões preocuparam diversos pensadores, sendo objeto de mais intensa reflexão "(...) no movimento iniciado por SÓCRATES, com o particular interesse que então se tomou pelos problemas éticos. As opiniões mais ponderáveis são de PLATÃO e ARISTÓTELES, o primeiro nas *Leis* e no *Protágoras*, o segundo na *Ética Nicomáquea*, e na *Política*."

¹⁶ Nesse sentido, VASSALI, Giuliano, **Nullum crimen sine lege**, p. 497; SOLER, Sebastián, **Derecho penal argentino**, p. 74. Contra, em parte, HUNGRIA, Néelson, **Comentários ao código penal**, v. 1, tomo 1, p. 27-29, para quem, no período das *quaestiones perpetuae*, estaria vedada a analogia e ninguém poderia ser processado ou punido, sem que tivesse praticado uma ação precisamente incriminada por meio de lei prévia. Para HALL, Jerome, **General Principles of Criminal Law**, p. 20-22, é certo que o princípio, embora tenha tido uma atribulada história em Roma, prevaleceu em vários e longos períodos do direito criminal romano.

punições, a configuração de procedimentos de apuração de fatos delituosos e de órgãos estatais com competência em matéria criminal, o desenvolvimento de uma doutrina da culpabilidade e a diferenciação entre imputáveis e imputáveis¹⁷, entre algumas de suas características, o direito punitivo de Roma não esteve informado pelo respeito ao princípio da legalidade, pois admitiu punições *ex post facto*, o emprego da analogia e de fontes diversas da lei para a incriminação, com o que a taxatividade estava fora de qualquer cogitação. Imperioso observar que, a despeito disso, o valor do direito criminal romano reside mais propriamente em seu aspecto processual, no qual o seu talento jurídico se imprimiu com mais força, do que no direito penal material: "os romanos, como os ingleses de nossos dias, conferiram uma importância decisiva ao juízo e à organização das jurisdições penais(...)"¹⁸. Além disso, o aparente despreço pela liberdade individual nesse sistema decorre em grande medida à concepção das relações cidadão-Estado imperantes de modo geral nas sociedades antigas, segundo a qual o cidadão e suas propriedades pertenciam ao Estado, sem necessidade de leis que aquele guiassem na condução da sua vida pública. Vale dizer, o Estado antigo não reconhecia a existência de uma liberdade individual em contraposição à comunidade política¹⁹.

Com a queda do Império Romano no século V e o ingresso dos bárbaros no cenário político europeu, inicia-se um longo período de transformações culturais, a Idade Média (com seu produto mais destacado: o feudalismo), no qual três grandes tendências imprimem suas marcas: a germânica, caracterizada pelo individualismo, a canônica, com seu elemento

¹⁷ Segundo Luiz Alberto Machado, são "(...)características gerais do Direito Criminal romano, além do empirismo (ausência de sistema), em relação à teoria do delito: a) uma doutrina da culpabilidade que, até hoje, influencia os penalistas causalistas; b) ilicitude do fato (excluída pela legítima defesa até a morte; estado de necessidade até ataque à propriedade alheia; cumprimento do dever legal; consentimento do ofendido, nos delitos privados); c) omissão só punível em determinados casos; d) inexistência de uma teoria sobre a tentativa; e) reconhecimento da co-autoria; f) equiparação do ato à ação; g) prescrição apenas da ação penal; h) pena submetida ao arbítrio judicial; i) direito penal público; j) diferenciação entre imputáveis e imputáveis.", **Direito criminal**. Parte geral, p. 22.

¹⁸ CABRAL, Luis C., **Ubicación histórica del principio 'Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege'**, p. 29: "El Derecho Penal Romano (...) estuvo siempre bajo la dependencia del procedimiento penal; los romanos, como los ingleses de nuestros días, confirieron una importancia decisiva al juicio y a la organización de las jurisdicciones penales y así es como la división ordinariamente seguida en la exposición histórica de la evolución del derecho penal romano es la de las transformaciones de las instituciones judiciales represivas: derecho anterior a las 'questiones perpetuae', derecho de las 'questiones', derecho posterior a su abandono."

¹⁹ CABRAL, op. cit., p. 29-30.

espiritual e nivelador, e a romana imperial, que se mantém latente por seu caráter civilizador.²⁰

Os costumes punitivos germânicos representaram, com seus contornos de persistente primitivismo (v.g., a vingança), e a despeito da prática da composição, um retrocesso se comparados ao alto nível de civilização de Roma. No que refere ao princípio da legalidade penal, valem aqui as observações feitas a propósito do primitivismo punitivo. Já o direito canônico, que se superpôs por largo período aos direitos locais, construído para reger também a dimensão espiritual dos indivíduos e, portanto, alcançando um espaço de regulação muito mais abrangente que o das condutas externas, além de ser fruto de uma instituição "total" na qual o conjunto e as partes se confundem e a ação do todo é sempre realizada para o bem dos seus integrantes ("a salvação de suas almas"), desconhecendo-se, portanto, a separação de poderes ou garantias individuais, não é propício ao reconhecimento do princípio da legalidade e seus consectários. A fonte romana vai ser preservada no medievo graças à própria Igreja Católica e ao trabalho de glosadores e pós-glosadores. Embora com um grau elevado de elaboração, esse direito "conservado" não favoreceu o princípio da legalidade durante o período em questão, não só pelas peculiaridades já assinaladas, mas por constituir mais uma fonte a se agregar às já mencionadas, além dos costumes e leis locais, o que contribuía para agravar o estado de pluralidade de fontes e insegurança jurídica característicos do período medieval.

Portanto, o direito do medievo será um direito predominantemente costumeiro, caracterizado pela multiplicidade de fontes. Norberto BOBBIO, aliás, assinala esse caráter pluralista da sociedade medieval, em dois sentidos: a) pela diversidade de fontes de produção jurídica (conviviam, com diferentes níveis de eficácia, o costume, o direito legislado, a tradição doutrinária e as atividades das cortes de justiça); b) pela diversidade de ordenamentos jurídicos originários e autônomos (acima o *regnum*, i.e., a Igreja e o Império, e abaixo, v.g., os feudos, as comunas e as corporações)²¹. Tais características irão representar, em matéria de punição, um alto grau de incerteza jurídica e arbítrio.

²⁰ CABRAL, Luis C., *Ubicación(...)*, p. 33.

²¹ BOBBIO, Norberto, *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*, p. 11-12.

Desse período, por sua freqüente menção nos estudos históricos, impõe-se a lembrança do direito inglês e, em especial, da Magna Carta de 1215, outorgada pelo rei João Sem-Terra aos barões ingleses, em cujo art. 39 estaria, segundo alguns autores, a origem do princípio da legalidade em matéria penal: "Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país"^{22 23}.

A despeito do valor histórico-político do documento, importantes argumentos pesam contra a tese: 1) a índole aristocrática da Carta Magna, pois esta teria constituído mais uma reação dos barões contra as investidas do poder real em seus privilégios, sem que seus benefícios tivessem alcançado a nação inteira por igual; 2) o julgamento regular pelos pares (*iudicium parium suorum*) não constituía novidade, já estando na base de todas as leis germânicas, além do que a fórmula já teria sido tomada de reis francos e saxões, o que assinala a natureza conservadora do ato, pelo qual os barões pretendiam restaurar o velho direito feudal, ante os avanços da justiça do rei, recusando-se aqueles a comparecer perante as cortes especializadas do reino, nas quais atuavam funcionários que não eram necessariamente seus pares; 3) a expressão "lei da terra" ou "lei do país" (*legem terrae*) constituiria referência aos velhos procedimentos feudais por batalha e ordálias, não podendo referir-se senão aos costumes, que eram a fonte principal do Direito na Idade Média; 4) o direito inglês era, nas suas partes mais essenciais, direito consuetudinário (*Common Law*), daí por que o termo latim *legem* empregado no documento deve ser contextualizado; 5) a nobreza inglesa não tinha a menor idéia do que significava lei em nosso sentido moderno.²⁴

Portanto, o valor das tentativas de localizar precedentes do princípio da legalidade penal deve ser relativizado, pois a mera referência textual encontrável em fontes documentais de pesquisa, muitas delas de conteúdo

²² Disponível em http://www.direitoshumanos.usp.br/documentos/historicos/magna_carta.html
Acesso: 25 maio 2003.

²³ A expressão "lei do país" é tradução da equivalente latina *legem terrae*, calhando lembrar que o documento em questão foi escrito originalmente em latim, *ut* VASSALI, *Nullum Crimen Sine Lege*, p. 498.

²⁴ Os argumentos são apresentados por CABRAL, *Ubicación(...)*, p. 47-52.

filosófico, não significa a adoção e o desenvolvimento teórico-prático do princípio em dada situação histórica. A constatação da vigência efetiva de um princípio na prática das legislações e da administração da justiça exige uma análise de conjunto, por meio da qual aquela norma possa ser harmonizada com as demais, com o contexto político-jurídico e a estruturação das relações sociais, em especial, para o caso, as relações indivíduo-Estado. Em consequência, a identificação de antecedentes isolados do princípio da legalidade na linha evolutiva das práticas penais do ocidente, por meio de fragmentos textuais cujo sentido de época pode ser bastante diferente daquele que a cultura moderna lhes imprime, deve ser tomada com muita cautela, não significando sua vigência e nem sua articulação efetiva com as idéias e práticas punitivas reinantes.

Assim é que a própria idéia da taxatividade pode ser encontrada aqui e acolá, em estado embrionário, em alguns trabalhos intelectuais ao longo da história, sendo absolutamente incerto o grau de repercussão que possa ter encontrado em seu meio. A título exemplificativo, cite-se a obra de SÃO ISIDORO DE SEVILHA (560-636 d.C), "Etimologias", uma combinação de dicionário e enciclopédia, que cobria um largo espectro de temas como geologia, agricultura, astronomia, direito, etc., das mais conhecidas do medievo.²⁵ No Livro V da obra, intitulado "Acerca das leis e dos tempos" (*De lebibus et temporibus*), item nº 21, "Como deve ser a lei", o autor observa as qualidades que toda lei deve apresentar: "A lei será honesta, justa, possível, de acordo com a natureza, em consonância com os costumes da pátria, apropriada ao lugar e às circunstâncias temporais, necessária, útil, **clara -- para que, por sua obscuridade, não induza ao erro --**, editada não para benefício particular, mas para o bem comum dos cidadãos.", (grifo nosso)²⁶.

A lição de São Isidoro de Sevilha será acolhida por Santo Tomás de Aquino (1225-1274), em sua Suma Teológica, na qual este, referindo-se expressamente aos ensinamentos do bispo sevilhano, sustenta a necessidade

²⁵ HENLE, Robert, **Principles of legality: qualities of law**. Lon Fuller, **St. Thomas Aquinas, St. Isidore of Seville**, p. 49.

²⁶ SEVILLA, San Isidoro, **Etimologias**, tomo 1, p. 517: "**21. Qualis debeat fieri lex.** Erit autem lex honesta, iusta, possibilis, secundum naturam, secundum consuetudinem patriae, loco temporisque conveniens, necessaria, utilis, manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem in captionem contineat, nullo privato commodo, sed pro communi civium utilitate conscripta." Vide HENLE, op. cit., p. 49.

de adequação da lei humana às suas finalidades e às regras das leis divina e natural. São Tomás de Aquino vai reunir as características apontadas por São Isidoro em três grupos, ou seja, as leis humanas (1) devem estar em consonância com a religião (respeito à lei divina); (2) devem estar de acordo com a boa disciplina (respeito à lei natural); e (3) devem promover o bem-comum e ser úteis aos homens. Entre tais condições, o autor acolhe a necessidade de que as leis sejam "claramente estabelecidas", a fim de evitar possíveis prejuízos causados pela própria normativa legal.²⁷

Até meados do século XVII, a atividade repressiva vai-se caracterizar pela extrema crueldade das penas, pelo emprego da tortura para a obtenção das provas, pela ainda forte influência da religião na definição de certos delitos (v.g., bruxarias e heresias), pela desigualdade no tratamento penal e pela multiplicidade de fontes incriminadoras, geradora de ampla insegurança jurídica. O processo de consolidação das monarquias absolutas e, em consequência, o avanço da formação dos Estados nacionais, não trouxe grandes modificações nesse quadro. Com efeito, as monarquias em processo de fortalecimento não abriram mão do forte aparato repressivo, com o objetivo de garantir a almejada centralização do poder, sequer dispensando as narrativas legitimadoras de cunho religioso: os tronos reais constituíam a representação de Deus na Terra. Nada obstante, as monarquias absolutas cumpriram o papel histórico de consolidar o monopólio público da atividade punitiva.^{28 29}

²⁷ AQUINAS, Thomas, **The summa theologica of Saint Thomas Aquinas**, (Part 1 of Second Part Q. 95. Art. 3) p. 228-229: "(...) The remaining words 'necessary, useful,' etc., mean that law should further the common weal, so that necessity refers to the removal of evils, usefulness to the attainment of good, **clarness of expression to the need of preventing any harm ensuing from the law itself.**", grifo nosso. Vide HENLE, **Principles of legality**: (...), p. 50.

²⁸ CABRAL, **Ubicación**(...), p. 59-64; SOLER, **Derecho penal argentino**, p. 82-86.

²⁹ Diplomas legislativos de grande significação ao final do medievo, inseridos já no processo de formação dos Estados absolutos, como a *Constitutio Criminalis Carolina* (legislação penal germânica sancionada em 1532 por Carlos V), e no fenômeno mais acentuado de recepção do direito romano, são portanto mais representativos da monopolização do poder punitivo estatal.

2.2 MODERNIDADE PENAL

É no século XVIII, com o Iluminismo, que se iniciará um processo de radical transformação cultural, que irá inverter o centro de gravidade no eixo das relações indivíduo-Estado. Obras de pensadores como Montesquieu e Rousseau contribuirão para reformular-se a concepção dos Estados e substituir-se a idéia de deveres para com Deus ou o soberano pela de direitos dos homens e cidadãos. Não mais a concepção do Estado onipotente concatenada com a dos deveres irrestritos das massas submissas, porém a dos indivíduos que, titulares de direitos inatos e vivendo em estado natural, se congregam em um contrato social celebrado em seu próprio interesse. O Estado começa a ser concebido como uma construção humana feita em benefício do homem, neste encontrando os seus limites. Estado funcionalizado para o fim da proteção de direitos humanos naturais e inalienáveis (liberdade, propriedade privada, segurança, liberdade de consciência e de religião), e, portanto, assentado nas garantias individuais e na divisão dos poderes (Estado de Direito).

É nesse contexto que começa a se operar uma efetiva transformação do direito penal, no sentido de sua limitação e conseqüente controle, pois, até então, o que se conclui da análise dos diversos períodos de evolução histórica das práticas punitivas é a manutenção do pólo gravitacional no Estado, no poder coletivo, que dilui a noção de indivíduo em um espectro indeterminado de deveres. Enquanto mantida a relação de subordinação do cidadão-dever ao Estado-poder, as transformações observáveis nos diversos períodos do direito penal mantêm as constantes da violência e da ilimitação, não encontrando o princípio da legalidade-taxatividade como instrumento de controle do poder punitivo ambiente para se desenvolver, ressalvados episódicos exemplos de autolimitação estatal que nada representaram em termos de mudança de estrutura.

A sucessão dos diversos períodos históricos assinalados, portanto, revela ter sido preservada a lógica vertical da relação Estado-indivíduo, que só será rompida com o movimento iluminista:

Se para Roma '*salus populi, summa lex est*', para a Ilustração pode dizer-se que a felicidade do indivíduo é a meta suprema. Se a Igreja tem um fim ultraterreno que não admite limitações no caminho da salvação das almas marcadas com a tara do pecado original, a Ilustração põe sobre o tapete um homem originariamente bom e verdadeiro, cujo sonho é alcançar a felicidade na terra. Se para a Idade Média a tradição coletiva, ou seja, o costume, realiza a concepção de justiça, para a Ilustração só a lei certa resulta expressão do direito em oposição ao privilégio consolidado pela história. Se para o regime absoluto, a glória do príncipe ou da monarquia é a suprema finalidade, para a Ilustração só vale em definitivo a liberdade do cidadão que pretende realizar sua individualidade no seio da sociedade.³⁰

Na nova arquitetura filosófico-político-jurídica delineada teoricamente pelo movimento iluminista, fulcrada nas já apontadas idéias de garantia dos direitos humanos e de separação dos poderes, a lei desempenha uma função nova: não será mais uma mera manifestação escrita da vontade de um poder incontestável, que circula no sentido descendente, mas expressão de uma nova dinâmica sócio-política na qual a vontade soberana do povo se manifesta por meio de um poder legislativo que a representa, impondo-se a outras parcelas de poder por meio da lei, como consequência de um contrato social originário (a metanarrativa fundante do novo sistema). Daí por que a legalidade passa a exercer um papel chave na construção do novo modelo de Estado desde os seus primeiros delineamentos, função essa que não tinha nos modelos anteriores, donde sua até então irrelevância organizativo-jurídica, ou seja, a sua eventual exclusão não comprometia a configuração do sistema sócio-estatal, muito menos em sua manifestação penal.

Confirmam a importância da legalidade no arranjo do novo modelo de Estado obras clássicas do movimento iluminista, em seus primeiros traçados, de que é exemplo sempre lembrado a obra de MONTESQUIEU, "Do Espírito das Leis", na qual se esboça a tripartição dos poderes³¹, resultando deveres importantes de cada um deles em relação à lei. Ao poder de julgar, na

³⁰ CABRAL, *Ubicación* (...), p. 71-72.

³¹ MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*, p. 164-165: "Há em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Pelo primeiro poder, o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamaremos este último 'o poder de julgar', e o outro chamaremos, simplesmente, 'o poder executivo do Estado'."

terminologia do autor, por ele considerado, "de algum modo, nulo"³², impende uma postura de servil cumprimento da lei, sintetizada em passagem bastante conhecida:

*Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes da nação não são, conforme dissemos, mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força e nem o rigor. É, pois, a junta do corpo legislativo que, em uma outra ocasião, dissemos representar um tribunal necessário, e que aqui também é necessária; compete à sua autoridade suprema moderar a lei em favor da própria lei, pronunciando-a menos rigorosamente do que ela.*³³

De interesse notar não ter escapado ao autor a necessidade de o legislador observar certa técnica na formulação das leis, como forma de moderação do próprio poder punitivo, encarecendo a importância da concisão e simplicidade do estilo, do uso de palavras com maior grau de precisão e do cuidado em evitar expressões vagas:

*Quando, em uma lei, se tiver fixado bem as idéias das coisas, é preciso não se voltar a expressões vagas. Na ordenação criminal de Luís XIV, depois de ter feito a enumeração exata desses casos reais, foram acrescentadas estas palavras: "e aqueles que em todos os tempos os juízes reais julgaram"; o que significa voltar ao arbitrário do qual se acabava de sair.*³⁴

O esboço teórico do Estado de Direito feito pelos pensadores iluministas logo levaria à criação de um modelo de política criminal, que iria encontrar em Beccaria um dos seus primeiros formuladores. Bastante razoável que sua obra refletisse o modelo geral do contrato social teorizado por Rousseau também como fundamento do poder de punir, e o princípio da legalidade fosse

³² MONTESQUIEU, op. cit., p. 169.

³³ Idem, ibidem, p. 172.

³⁴ Idem, ibidem, p. 599. Interessante também a seguinte passagem: "É essencial que as palavras das leis despertem em todos os homens as mesmas idéias. O Cardeal de Richelieu concordava que se pudesse acusar um ministro perante o rei, mas exigia que o acusador fosse punido se as coisas provadas não fossem consideráveis; isso devia impedir que alguém dissesse alguma verdade a respeito dele, visto que uma coisa considerável é inteiramente relativa, e o que é considerável para um não é considerável para outro. A lei de Honório punia com a morte o que comprasse como servo um liberto, ou que houvesse querido inquietá-lo. Não se deveria empregar uma expressão tão vaga: a inquietação que se pode causar a um homem depende inteiramente do grau de sua sensibilidade." (p. 598-599).

eleito como um dos grandes pilares de contenção da atividade punitiva estatal. Sintomático que, novamente, em um conjunto de teorizações em que a lei aparece como idéia-chave, o atributo da precisão reapareça como indispensável para a eficácia do instrumento de controle legal:

Se a interpretação arbitrária das leis é um mal, também o é a sua obscuridade, pois precisam ser interpretadas. Esse inconveniente é bem maior ainda quando as leis não são escritas em língua vulgar.

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

Colocai o texto sagrado das leis nas mãos do povo, e, quanto mais homens houver que o lerem, tantos menos delitos haverá; pois não se pode duvidar que, no espírito daquele que medita um crime, o conhecimento e a certeza das penas ponham freio à eloqüência das paixões³⁵.

A obra de Beccaria iria aos poucos encontrar ressonância na doutrina, traduzindo-se, como plano de política legislativa que é, na prática e na legislação penais. No plano legislativo, o princípio da legalidade encontraria consagração em documentos jurídicos de primeira grandeza como a Declaração dos Direitos do Homem (1789), da França, que impulsionou modificações político-legislativas em diversos países, seguindo-se movimentos codificadores na Europa e América, sob a influência dos códigos penais franceses revolucionários de 1791 e 1795, e destacadamente, o código napoleônico de 1810. Este último iria influenciar também a redação do Código da Baviera, de 1813³⁶, de autoria de Anselmo von Feuerbach (1775-1833), que também exerceu grande influência no movimento de codificação.

Na esteira dessas transformações cumulativas, o princípio da legalidade penal acabaria encontrando ampla difusão nas legislações dos países ocidentais e consagração universal por meio de sua previsão nas cartas

³⁵ BECCARIA, Cesare, **Dos delitos e das penas**, p. 31-32.

³⁶ O Código Penal do Reino da Baviera, promulgado pelo Rei Maximiliano José, em Munique, a 16 de maio de 1813, apresentava em seu art. 1º a seguinte dicção: "El que se haga culpable de una acción u omisión no permitida, para lo cual una ley haya conminado un mal determinado, será sometido a este mal legal como a su pena. El sufrimiento de la pena no suprime ni disminuye la reparación del daño, ni la prestación del resarcimiento cancela o atenúa la pena merecida.", em FEUERBACH, Anselm v., **Tratado de derecho penal**(...), Apéndice, p. 389.

internacionais de direitos do século XX³⁷. Esse princípio, conjuntamente com tantos outros que se foram forjando no movimento iluminista (da humanidade, da culpabilidade, da pessoalidade da pena, da intervenção mínima, da proporcionalidade, etc.), seria o indutor de intensas transformações humanizantes no seio da justiça penal ocidental que, por óbvio, ainda estão longe de se encerrar.³⁸

Não menos importante é assinalar o efeito irradiante dos princípios de política criminal do humanismo penal na dogmática que começa a se formar, por meio de obras de destacados penalistas clássicos. A semente da moderna teoria do delito começava a germinar, o que confirma a recíproca influência da política criminal, da dogmática penal e da criminologia (em sentido amplo), vetores de um sistema penal cuja existência passou a tornar-se mais clara a partir da década de 1970, sob o impulso dos trabalhos de Claus Roxin³⁹. É principalmente sob essa ótica que deve ser, por exemplo, avaliada a obra tão mencionada de Anselm V. Feuerbach, a quem se atribui a cunhagem do brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, para designar o princípio da legalidade⁴⁰. Mais do que isso, seu trabalho deve ser valorado por constituir uma das primeiras tentativas sistemáticas de elaboração de uma doutrina penal em consonância com os novos princípios de política criminal (seu tratado é de 1801), o que, por meio do esforços científicos, vai culminar (no que diz respeito ao princípio da legalidade-taxatividade) nas primeiras sistematizações do tipo penal, como

³⁷ Entre outras, de mencionar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948 (art. XI); a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de abril de 1948 (art. XXV); o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966 (art. 9º); e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – *Pacto de San José da Costa Rica* – de 22 de novembro de 1969 (art. 7º),

³⁸ Enfático a tal propósito é o diagnóstico de SOLER: "(...)la civilización occidental se libera de una pesadísima carga milenaria de miserias, de crueldades inhumanas, de sadismo y de falsas concepciones jurídico-políticas acerca del derecho y de la manera de operar de éste dentro de la vida social(...)", **Derecho penal argentino**, p. 89

³⁹ Entre os quais se destaca seu pioneiro livro *Política criminal e sistema jurídico-penal*.

⁴⁰ Na verdade, a expressão constitui uma síntese de princípios de direito penal enunciados separadamente pelo autor: "I) Toda imposição de pena pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lege*)(...) II) A imposição de uma pena está condicionada à existência da ação proibida (*nulla poena sine crimine*)(...) III) O fato legalmente previsto (o pressuposto legal) está condicionado pela penal legal (*nullum crimen sine poena legali*)", FEUERBACH, **Tratado de derecho penal**, p. 63.

elemento da noção analítica do delito, destacadamente por meio da produção de Ernst Von Beling⁴¹.

Dois grandes refluxos de punitivismo pré-humanitário, coincidentes com rupturas totalitárias do Estado de Direito, acontecidos no século XX, e que produziram efeito erosivo sobre o princípio da legalidade, são apontados pela doutrina: o direito penal soviético das primeiras fases da revolução russa e o direito penal da Alemanha nazista. Em ambos os casos, operou-se em sede legislativa o afastamento do princípio da legalidade, com expressa recomendação do recurso à analogia na punição de crimes no caso alemão⁴². Uma análise contextualizada irá revelar que o esboroamento do princípio não é isolado: no plano sócio-político, em ambos os casos a balança se inverte a favor do fortalecimento do Estado, com aniquilação teórica e prática da idéia de indivíduo, que se dá com o afastamento de outros princípios penais de garantia. Não por acaso, esses períodos serão marcados na história pelo horror do extermínio em massa de judeus e de adversários políticos da revolução socialista e sua utopia comunista. O caso da Itália fascista apresentará contornos mais sutis no que concerne ao afastamento do princípio da legalidade. Embora formalmente enunciada no Código Rocco, a legalidade será contornada por meio da redação de vários tipos penais em desacordo com a taxatividade e por uma prolífica legislação especial e de polícia que, afastando a centralidade do código penal, serviu de instrumento velado para a perseguição dos inimigos do regime. Esses problemas acabaram tornando-se crônicos na legislação penal italiana mesmo com a constituição do pós-guerra, haja vista as tentativas constantemente frustradas de edição de um novo código penal, a insuficiência de iniciativas descriminalizantes e de recomendações formais quanto ao uso mais cuidadoso de técnicas legislativas no processo legiferante, no cenário de contínuas verberações político-institucionais. Como resultado, a doutrina penal italiana tem

⁴¹ BELING irá enunciar, no ano de 1906, com a obra *A doutrina do crime, a sua teoria do tipo*, como informam VARGAS, José Cirilo de, *Do tipo penal*, p. 30, e ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral, p. 396.

⁴² Segundo Sergio MOCCIA: "La ley no está en el centro de la investigación para la *Kieler Schule*, la corriente de pensamiento inspiradora directa de la involución autoritaria del derecho penal en Alemania, que se caracteriza precisamente por la profunda desconfianza hacia la ley como fuente del derecho. Para los seguidores de esta dirección, el derecho está también fuera y contra la ley escrita, y el juez está completamente desvinculado de ella en la identificación de la norma a aplicar al caso concreto.", *El derecho penal entre ser y valor*, p. 69.

refletido intensamente sobre questões criminais constitucionais, no afã de superar os bloqueios legislativo-institucionais que angustiosamente entravam as especulações científicas no campo da teoria do delito. Também como consequência, significativa a produção científica em torno do princípio da taxatividade penal.

No que concerne ao cenário nacional, no plano legislativo o princípio da legalidade penal encontrou previsão na maioria das Constituições⁴³ e nos Códigos Penais⁴⁴. Porém, no particular aspecto da taxatividade penal, são nulas as referências normativas, embora situação análoga seja observável nos ordenamentos estrangeiros⁴⁵. No caso brasileiro, de registrar sugestão de

⁴³ Constituições: de 1824, no art. 179, inc. XI; de 1891, no art. 72, par. 15; de 1934, no art. 113, inc. XXVI; de 1946, no art. 141, par. 27; de 1967, no art. 150, par. 16; Emenda Constitucional nº /1969, no art. 153, par. 16; de 1988, art. 5º, inc. XXXIX. A Constituição de 1937 contemplou o princípio da anterioridade no art. 122: "A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XIII - As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores (...)", com restrições, como se deduz do art. 123 do mesmo diploma: "A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.". A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº de 1969, embora contemplando a legalidade, restringiram o alcance da retroatividade benéfica, vedando-a para os casos de *novatio legis in pejus*: "Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos: (...) § 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu." (Constituição de 1969); "Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu." (Emenda Constitucional nº 01/1969). CAMPANHOLE, **Constituições do Brasil**.

⁴⁴ Código Criminal de 1830 (art. 1º); Código Penal de 1890 (art. 1º); Consolidação das Leis Penais, aprovada pelo Decreto nº 22.213/32 (art. 1º); Código Penal de 1940 (art. 1º); Nova Parte Geral do Código Penal, aprovada pela Lei nº 7.209/84 (art. 1º). PIERANGELI, José Henrique, **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**.

⁴⁵ Por meio de levantamento realizado por Maurício Antonio Ribeiro Lopes, Princípio da legalidade penal, p. 150-174, em Constituições e Códigos Penais de mais de cinquenta países, constata-se a previsão, na maioria deles, da legalidade penal, com quase nenhuma referência expressa à taxatividade. Como exceção, no art. 14 da Constituição dos Estados Unidos Mexicanos, de 31 de janeiro de 1917, é possível encontrar menção aproximativa: "(...)nos juízos criminais é proibido impor, por simples analogia, pena alguma que não esteja decretada por uma **lei exatamente aplicável ao delito**", grifo nosso. Digna de nota é a redação do art. 2º, nº 24, letra "d", da Constituição Política do Peru: "ninguém será processado nem condenado por ação ou omissão que ao tempo do cometimento não estava previamente prevista em lei, **de maneira expressa e inequívoca**, como infração punível, nem será condenado a pena não prevista em lei.", grifo nosso. No aludido estudo, entretanto, não é referido o art. 34, item 10, da Constituição da Nicarágua, de 9 de janeiro de 1987, mas lembrado por Luiz LUISI, Os princípios constitucionais penais, p. 19, com a seguinte dicção: "Art. 34. Todo réu tem direito, em igualdade de condições, às seguintes

alteração legislativa feita há quase duas décadas por Everardo da Cunha Luna⁴⁶, contemplando expressamente a exigência da taxatividade.

Do excursus histórico realizado, é possível avançar duas conclusões: a) a legalidade penal só assume seus contornos atuais no contexto da formação do Estado de Direito e do reconhecimento dos direitos fundamentais; b) a taxatividade segue, como seu integrante conceitual, as vicissitudes da legalidade penal.

garantias mínimas: (...) 10. A não ser processado nem condenado por ato ou omissão que, ao tempo de cometer-se, não esteja previamente qualificado na lei **de maneira expressa e inequívoca** como punível, nem sancionado com pena não prevista na lei.", grifo nosso.

⁴⁶ Everardo da Cunha LUNA, **Capítulos de direito penal**: (...), p. 315, sugeriu o acréscimo de um parágrafo único ao art. 1º do Código Penal, com a seguinte redação: "Parágrafo único. O crime, definido em lei anterior, de que trata este artigo, consiste em fato concreto e determinado.". Reconhecendo a ausência de força normativa do dispositivo sugerido em relação às leis penais especiais, o mesmo autor sugeriu o acréscimo de um parágrafo ao art. 153 da Constituição, com a seguinte dicção: "Par. 16. O crime, previsto na lei anterior, consiste em fato determinado e concreto.".

3. NOÇÕES GERAIS

3.1 NOÇÃO E TERMINOLOGIA

Sob os prismas histórico-político e lógico-jurídico, legalidade penal e taxatividade são indissociáveis. Repita-se: a legalidade é uma noção complexa, pois comporta intrinsecamente determinados atributos ou exigências sem as quais (ou sem uma das quais tão-somente) ela se desnatura. A análise histórica empreendida evidencia essa complexidade. Nos momentos em que a idéia da lei foi afirmada, ainda que em termos pontuais e meramente especulativos, seja por antigos teóricos de tendência jusnaturalista, como San Isidoro e São Tomás de Aquino, seja pelos teóricos modernos de mesma inclinação, como Lon Fuller, está lá a qualidade da determinação, da certeza, da precisão, como parte integrante da própria "moralidade" interna da lei: um dever ser ligado ao próprio ser da lei. Mas mesmo protopositivistas como um Beccaria ou um Montesquieu, ou positivistas como Kelsen, assinalam essa vinculação entre lei e clareza.

Tratar, pois, da exigência de taxatividade, objeto da presente investigação, implica remeter à taxatividade da lei penal, como fonte única de criação das normas no âmbito criminal, geradora de segurança jurídica e instrumento de garantia dos direitos humanos. O costume, a perspectiva histórica o revela, é propenso, na esfera punitiva, à pluralidade de fontes normativas e à incerteza da atividade repressiva. Taxatividade e costume são noções de difícil conciliação⁴⁷. Os signos nesse caso, podem ser reveladores: do *nullum crimen, nulla poena sine lege* deriva o *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.

⁴⁷ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio, **Corso di diritto penale**, p. 78: "L'imprecisione delle norme consuetudinarie non è in ogni caso una caratteristica dell'esperienza storica preilluministica,

A taxatividade corresponde a uma exigência de certeza, precisão, determinação, clareza, exatidão no definir os limites entre o punível e o impunível. E tal exigência incide não somente sobre a construção de um enunciado normativo isolado, mas recai sobre o sistema penal inteiro. Quando alguém é punido pela prática de um fato delituoso, isso não ocorre por causa de um único dispositivo legal incriminador tão-somente. Trata-se de uma explicação simplificadora, que mutila e oculta o fenômeno total. Quando o autor de um delito sofre uma sanção, é o sistema penal como um todo que o pune. Não apenas a norma incriminadora isolada, mas ela conjugada, v.g., às regras sobre a exclusão da antijuridicidade, da culpabilidade, as escusas absolutórias, as causas de extinção da punibilidade, a aplicação da pena, entre outras. Portanto, é o sistema em sua integralidade, visto em seu aspecto dinâmico, em seu funcionamento, em sua aplicação a condutas concretas, que deverá ser sopesado sob o prisma da certeza, precisão, determinação, clareza, exatidão. É o quanto basta, por ora, para advertir que a taxatividade não se limita a questões de técnica legislativa, de redação do texto do dispositivo legal incriminador, ou, em outras palavras, ao controle da atividade definidora de crimes e penas pelo legislador. Tem ela repercussões legislativas, dogmáticas e até mesmo jurisprudenciais, como se verá.

O termo taxatividade indica a qualidade que um dado informativo, que se apresenta ao conhecimento, tem ou deve ter. Em Direito, a taxatividade diz respeito à idoneidade da norma a ser precisamente conhecida em seus enunciado e conteúdo. Ou seja, exprime "um modo de ser das normas como resultam dos enunciados legislativos, da interpretação destes, de serem precisadas ou não por meio da aplicação."⁴⁸ Nada obstante, a tentativa de formular uma noção geral da taxatividade resulta sem utilidade, pois implicaria a necessidade de recorrer a critérios qualitativos de tal modo vagos e genéricos a

ma è un dato connaturato a questo tipo de norme, che perciò nella materia penale si porrebbero in un rapporto antinomico con la riserva di legge sotto il profilo del divieto di norme imprecise, tali da aprire l'adito all'arbitrio del giudice."

⁴⁸ PALAZZO, Francesco, **Il principio di determinatezza nel diritto penale**, p. 3: "...la determinatezza è una qualità, un modo di essere delle norme come esse risultano dagli enunciati legislativi, dalla interpretazione di questi ultimi, dal loro precisarsi o viceversa confondersi attraverso l'applicazione."

carecerem de qualquer serventia.⁴⁹ De fato, é praticamente impossível a obtenção de diretivas gerais e abstratas aptas ao manejo absolutamente determinado das normas, tendo em vista a natural imprecisão do material lingüístico de que o Direito se serve. Assim, os estudos têm apontado uma casuística de técnicas legislativas ou tipos de normas mais ou menos propícias ao desiderato da precisão, como em continuação será examinado.

A terminologia sobre a taxatividade não é uniforme, embora o brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* a ela ligado seja quase unanimemente aceito⁵⁰. Para designá-la, tem-se empregado termos como princípio da "determinação"⁵¹, da "determinabilidade"⁵², da "determinação taxativa"⁵³, da "determinação/taxatividade"⁵⁴, da "tipicidade"⁵⁵, (princípio) do "tipo"⁵⁶, da "certeza", da "precisão"⁵⁷, ou "mandato de certeza", "garantia de técnica legislativa"⁵⁸, "proibição de indeterminação"⁵⁹, "da clareza jurídica"⁶⁰ e "da estrita legalidade"⁶¹.

Para os fins deste trabalho, fica convencionado que qualquer das expressões indicadas poderão ser usadas, desde que entendidas como sinônimas do princípio objeto da análise. Saliente-se, porém, que as expressões

⁴⁹ PALAZZO, op. cit., p. 3.

⁵⁰ Diversamente, René Ariel Dotti relaciona a taxatividade ao brocardo latino *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*, usualmente referido à proibição da analogia, **Curso de direito penal: parte geral**, p. 59. José Juan Moreso utiliza indiferentemente, para designar a taxatividade, os brocardos *nullum crimen nulla poena sine lege stricta* ou *nullum crime sine lege certa*, **Principio de legalidad y causas de justificación**, p. 525.

⁵¹ ROXIN, Claus, **Política criminal e sistema jurídico-penal**, p. 29.

⁵² POLAINO NAVARRETE, Miguel, **Derecho penal**. Parte general, tomo 1, p. 401.

⁵³ LUISI, Luiz, **Os princípios constitucionais penais**, p. 18.

⁵⁴ Sergio Moccia, La 'Promessa non mantenuta' (...), p. 13-14, reconhecendo a possibilidade de uma distinção semântica entre determinação (exigência de clareza e precisão da norma) e taxatividade (proibição da analogia), mas ponderando sobre sua íntima conexão, opta por uma "referência contextual" de ambos os termos. Francesco Palazzo também utiliza a expressão, como se depreende do título de um de seus artigos sobre o tema: Orientamenti Dottrinali ed Effettività Giurisprudenziale del Principio di Determinatezza-Tassatività in *Matéria Penale*, p. 327 e segs. também se utiliza da expressão

⁵⁵ MACHADO, Luiz Alberto, **Direito criminal: parte geral**, p. 34-35.

⁵⁶ MACHADO, op. cit., p. 95-96.

⁵⁷ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio, **Corso di diritto penale**, v. 1, p. 119 *et seq.*

⁵⁸ SANTOS, Lycurgo de Castro, **O princípio de legalidade no moderno direito penal**, p. ?????

⁵⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, **Derecho penal**. Parte general, tomo 1, p. 400.

⁶⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, **Legalidad (principio de)**, p. 889: (...)principio de la *claridad jurídica*.

⁶¹ Luigi Ferrajoli adota o seguinte sentido para a expressão: "(...) usaré la expresión de 'principio de *stricta legalidad*' para designar la reserva absoluta de ley, que es una norma dirigida al legislador, a quien prescribe la taxatividad y la precisión empírica de las formulaciones legales.", **Derecho y razón**, p. 35.

"taxatividade" e "determinação" tem sido das mais utilizadas. A terminologia "princípio da precisão" exprime de forma muito adequada o sentido da garantia em tela, embora seu uso não seja freqüente. No caso dos princípios "do tipo" ou "da tipicidade", impõe-se cautela para não confundi-los com "tipicidade" ou "tipo" tomados como elementos integrantes do conceito analítico de delito. É que a taxatividade tem incidência mais ampla, devendo ser considerada em sede legislativa, dogmática e aplicativa. Aliás, no tocante à teoria do delito tem a determinação taxativa ampla incidência, inclusive em outras categorias como a antijuridicidade e culpabilidade, com o que o risco de baralhamento de conceitos que adviria do uso das palavras "tipo" ou "tipicidade" não é descurável. As expressões "princípio da certeza" ou "mandato de certeza" são muito genéricas, podendo gerar confusões com o seu próprio fundamento filosófico-político, ou seja, a certeza ou segurança jurídica, além de suscitar indagações filosóficas e epistemológicas deslocadas do tema, pois é consabido que a certeza no âmbito das ciências naturais e sociais está desacreditada⁶². Por fim, "garantia de técnica legislativa" é expressão muito limitada, pois se reporta apenas ao momento legislativo da incidência da taxatividade.

Ao lado dessas questões de preferência terminológica sobre a mesma base conceitual, há também algumas diferenciações de fundo feitas na doutrina. Alguns autores atribuem aos termos "determinação" e "taxatividade" significados diversos. Assim, o primeiro projetar-se-ia internamente aos preceitos penais, exigindo-lhes redação precisa e determinada. Já o segundo designaria uma contenção externa dos dispositivos representada pelo impedimento de extrapolar seus limites semânticos por meio do recurso à analogia, ainda que esta fosse recomendável por considerações de isonomia.⁶³

Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini, avançando ainda mais na distinção, propõem, além da reserva legal e da anterioridade, outros três consectários da legalidade penal: os princípios da precisão, da determinação e da taxatividade. O primeiro imporá ao legislador o dever "de disciplinar com

⁶² Veja-se, por exemplo, o que afirma Edgar Morin sobre a certeza: "A maior contribuição de conhecimento do século XX foi o conhecimento dos limites do conhecimento. A maior certeza que nos foi dada é a da indestrutibilidade das incertezas, não somente na ação, mas também no conhecimento. 'Um único ponto quase certo no naufrágio (das antigas certezas absolutas): o ponto de interrogação', diz o poeta Salah Stétié.", **A cabeça bem-feita**: (...), p. 55.

⁶³ PADOVANI, Tullio, **Diritto penale**, p. 24-25.

precisão o crime e as sanções penais, de forma a limitar os espaços de discricionariedade da autoridade judiciária, limitada pelo princípio da divisão dos poderes à exclusiva aplicação da lei⁶⁴. Já a determinação indicaria "a exigência de que as normas penais descrevam fatos suscetíveis de serem apurados e provados no processo por meio dos critérios postos à disposição da ciência e da experiência atual"⁶⁵. Por fim, o princípio da taxatividade designaria a tradicional proibição da analogia como fundamento ou agravamento da punibilidade.⁶⁶

A classificação dos autores italianos permite mais bem demarcar os múltiplos aspectos da legalidade, entre os quais o da (na sua terminologia) "determinação". Com efeito, não basta para a limitação do poder punitivo que as normas penais sejam claras e precisas, sendo necessário também que se reportem a condutas verificáveis no mundo empírico. As proibições não podem ser fruto de fantasiosas elaborações mentais, devendo fornecer indicativos passíveis de ser confirmados por meio da observação empírica e da demonstração judicial. Tal exigência, por vezes denominada taxatividade material, já fora antevista pelo próprio Feuerbach, a quem se atribui a origem do atual brocardo *nullum crimen nulla poena sine lege*, que já frisava a necessidade da previsão legal de "ações exteriormente reconhecíveis" para a verificação dos crimes e conseqüente aplicação das penas⁶⁷.

Portanto, a imprescindibilidade de que o delito se consubstancie em uma realidade fática, externamente constatável por meio de regras da experiência sensível, já era enfatizada nas primeiras elaborações teóricas da legalidade penal, apresentando uma especial relevância na crítica de

⁶⁴ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio, **Corso di diritto penale**, p. 119: "La riserva di legge in materia penale comporta (...) non solo l'esclusione delle fonti gerarchicamente subordinate alla legge, ma anche l'**obbligo per il legislatore di disciplinare con precisione il reato e le sanzioni penali**, in modo da limitare gli spazi di discrezionalità dell'*autorità giudiziaria*, che il principio della divisione dei poteri vuole preposta alla *sola applicazione della legge*".

⁶⁵ Idem, ibidem, p. 165: "Con la formula '**principio di determinatezza**' (...) designiamo l'*esigenza che le norme penali descrivano fatti suscettibili di essere accertati e provati nel processo* attraverso i criteri messi a disposizione dalla scienza e dall'esperienza attuale.", grifos existentes no original.

⁶⁶ Idem, ibidem, p. 167: "Il **principio di tassatività** esprime il divieto – per il **giudice** e per il **legislatore** – di estendere la disciplina contenuta nelle norme incriminatrici oltre i casi in esse **espressamente** previsti: pertanto, non solo a casi del tutto diversi ed eterogenei da quelli espressamente considerati dalla legge, ma anche a *casi simili* ed anche se le *stesse esigenze di tutela* (*l'eadem ratio*) che stanno alla base della norma incriminatrice avrebbero potuto spingere il legislatore a includere nella previsione espressa quei casi simili non considerati."

⁶⁷ FEUERBACH, Paul J. A. R. V., **Tratado de derecho penal** (...), p. 63, 70 e 98.

crimes da época, como os de magia⁶⁸. Trata-se também de um obstáculo ao arbítrio punitivo, visando a impedir que a aplicação da pena esteja condicionada a requisitos incontroláveis ou imprevisíveis, extraídos das lucubrações ou paixões do órgão julgador.

Não raro a expressão "taxatividade" é utilizada para abranger dois dos sentidos acima mencionados, isto é, na terminologia de Marinucci e Dolcini, precisão e determinação. Nada obstante, as duas noções são autônomas, sendo possível a edição de norma incriminadora clara e de alcance preciso, mas que denote condutas indemonstráveis, seja por seu caráter fantasioso, artificial ou exclusivamente psicológico. Nada impede, aliás, que a imprecisão favoreça interpretações da norma que resultem na exigência de condutas irreais, até porque autonomia conceitual não implica proibição de interações. Advirta-se, porém, recair a ênfase da presente investigação no temário da precisão. Eventuais alusões à determinação poderão ser feitas, mas acidentalmente, naquilo que favoreça a análise do objeto proposto.

A compreensão da taxatividade implica abordar questões correlatas como a da discricionariedade no direito penal⁶⁹. Sendo um dos fins primordiais do princípio da legalidade penal o de evitar a discricionariedade do Estado-juíz, aspecto que se concretiza também na exigência da taxatividade, surgem relações de acentuada proximidade entre as duas noções. Em consequência, costuma-se observar que o resultado de normas penais indeterminadas é o de transferir-se da lei para o juiz a competência para definir as fronteiras da ilicitude penal, ou seja, o efeito prático da imprecisão da norma incriminadora é o de criar um espaço indevido de discricionariedade judicial na atividade punitiva. Haveria, portanto, uma relação de causa e efeito entre as duas noções. Franqueada ao juiz a discricionariedade, por meio da indeterminação da norma, resultariam àquele transferidas as opções de política criminal, só legitimamente confiadas, por força do princípio democrático e por razões de garantia, ao poder legislativo.

⁶⁸ MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio, **Corso di diritto penale**, p. 164.

⁶⁹ Salvatore MESSINA faz longa análise da discricionariedade no direito penal, estabelecendo vinculação direta com os por ele chamados "elementos elásticos" dos tipos, **La discrezionalità nel diritto penale**, p. 178-240.

3.2 RELAÇÕES COM A LEGALIDADE

Para uma adequada compreensão do princípio da determinação taxativa, distingui-la conceitualmente das demais garantias da legalidade, sobre as quais interfere, também sendo por elas afetada.

Tomando como ponto de partida a mesma base histórico-política, cuja natureza é de garantia, o princípio da reserva legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*) indica o monopólio do poder legislativo no âmbito das fontes normativo-penais e, mais do que isso, significa a reserva de lei formal, no sentido de que somente a lei federal ordinária poderá dispor sobre matéria penal, com exclusão de qualquer outro ato que tenha força de lei, ou mesmo qualquer ato emanado do poder executivo, como os decretos ou regulamentos. Também expressa a reserva legal a proibição do costume para fundamentar ou agravar a punibilidade. O costume para fins de incriminação, se permitido, enfraqueceria o monopólio do legislativo em favor do órgão judicial, ao qual competiria, em última análise, a tarefa de investigação e reconhecimento da norma costumeira, com todos os riscos de insegurança e arbitrariedade que isso comportaria. A reserva legal, entendida como monopólio de produção de normas penais pelo legislador, ou em outras palavras, monopólio legal de escolha das políticas criminais e, via de consequência, de seleção dos ilícitos penais, não seria realizável sem um padrão mínimo de clareza e expressividade da linguagem legal, de modo a aferrar o órgão judicial a limites precisos na formação da norma individual, evitando que este tome, a seu alvedrio, as decisões que àquele caberiam. A taxatividade, portanto, não se confunde com a reserva legal, embora ambas as noções se complementem reciprocamente e concorram para formar a noção integral de legalidade penal.

A determinação taxativa tampouco se confunde com o princípio da anterioridade (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*), pois este diz respeito ao aspecto temporal de edição da norma, exigindo que esta sempre esteja em vigor antes da data do fato sobre o qual irá incidir com seu efeito criminalizante. Se a definição do conteúdo da proibição, por sua falta de clareza,

ficasse a cargo do juiz após o cometimento do fato punível, a norma não teria sido emanada *a priori* mas *a posteriori* da prática desviada. Pudesse a lei penal incriminadora ou mais gravosa incidir retroativamente, para atingir fatos anteriores à sua vigência, estaria aberta a porta para o abuso do poder punitivo, ante a possibilidade de leis penais concretas (ainda que sob a máscara da abstração e generalidade), visando a atingir autores mais que fatos, por objetivos política ou juridicamente reprováveis. Além disso, ferido de morte restaria o princípio da culpabilidade: o autor seria punido sem saber, e sem poder saber, do caráter ilícito de sua conduta.

Distingue-se também o mandato de precisão da proibição do uso da analogia para fundamentar ou agravar a punibilidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*). Esta recai sobre o órgão judiciário, vedando-lhe o uso do argumento *a simili*, ou a analogia, no caso de lacuna da norma incriminadora. Ou seja, mesmo verificando que a disciplina normativa não abrange casos que seriam merecedores do mesmo tratamento, o órgão judicial terá de ater-se aos limites interpretativos impostos pela tessitura legal, abstendo-se de ultrapassá-los por razões de justiça ou política criminal. Portanto, o argumento *a contrario* impõe-se como a solução obrigatória: o silêncio da norma incriminadora, mesmo que equivocado, deve equivaler à liberdade.

Observe-se que, para ser operacionalizável, a proibição da analogia *in malam partem*⁷⁰ deve ser satisfatoriamente distinguida da interpretação, notadamente a extensiva. Se os dois conceitos, analogia e interpretação, estiverem diluídos em uma só noção, inviabiliza-se o *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, pois é impossível proibir a interpretação, como pretendiam os iluministas. De modo geral, sustenta-se ser a literalidade da norma, com sua maior ou menor elasticidade semântica, a definidora das fronteiras. Enquanto o juiz penal transitasse entre as diversas interpretações possíveis inseridas nos limites semânticos da norma, estaria ele desenvolvendo uma atividade interpretativa, ainda adotando a mais extensiva dentre as opções,

⁷⁰ No nosso sistema, a analogia é categoria jurídica reconhecida implicitamente em sede constitucional, pois consectário do princípio da legalidade penal, previsto no art. 5º, inc. XXXIX da Constituição Federal ("não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;"), e expressamente em sede infraconstitucional, no art. 4º do Decreto-Lei nº 4.657/42, Lei de Introdução ao Código Civil ("Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.").

desde que a mais indicada segundo critérios hermenêuticos valiosos. Fora do território mais ou menos demarcado pelas balizas textuais, o juiz penal já estaria lançando mão da analogia, expressamente vedada em direito penal.

Ora, a já difícil demarcação de fronteiras entre interpretação e analogia⁷¹, condição *sine qua non* para a viabilidade operacional do *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, tornar-se-ia impossível no caso do afastamento das exigências de precisão na elaboração dos dispositivos penais. Assim, quanto mais vago ou impreciso o enunciado da norma incriminadora, mais difícil, ou até impossível, a distinção entre o incluído ou excluído do seu âmbito de incidência, ou seja, a identificação da lacuna, a separação entre interpretação e analogia. Somente a precisão da norma operacionaliza a proibição do uso da analogia pelo juiz, pois este poderia facilmente burlá-la sob o argumento de que a solução incriminatória encontrada, por mais extensa que fosse, teria sido obtida não por analogia, mas internamente aos limites lingüísticos (fugidios) da norma penal.

Inobstante a necessidade de separação conceitual dos consectários da legalidade penal, importa não perder de vista sua inter-relação e interdependência. Todos os quatro subprincípios já declinados contribuem para conformar a noção da legalidade penal, apresentando recíprocas implicações. Também a taxatividade somente se realiza em sua plenitude com a efetividade das demais garantias. Sem norma escrita, torna-se praticamente inviável a pretensão à taxatividade. Sem a proibição da analogia, inúteis seriam os esforços de precisão do legislador, pois o juiz poderia romper ao seu arbítrio, bastando a escolha do critério de equiparação conveniente, com qualquer barreira semântica. Sem a exigência de anterioridade da lei penal, a taxatividade perde uma de suas

⁷¹ PADOVANI, Tullio, **Diritto penale**, p. 31: "Mentre non si registrano dubbi circa l'affermazione di principio, alquanto meno certa risulta la sua traduzione pratica. Il confine fra 'interpretazione estensiva', intrinsecamente consentita ed 'analogia' *in malam partem*, necessariamente preclusa, è sempre stato controverso; non mancano anzi autorevoli opinioni dottrinali che negano la possibilità di distinguere in termini logici rigorosi tra i due fenomeni. In realtà, l'interpretazione estensiva è pur sempre collegata al senso delle parole normativamente espresse, anche se non si tratta di un senso strettamente letterale, ma ispirato ad un criterio ermeneutico di diversa natura (ad es., lo scopo dell'incriminazione: così, si ritiene comunemente che 'amministratore' ai fini dei reati societari di cui agli artt. 2621 ss. C.c. sia anche il soggetto che di fatto esercita le funzioni relative, pur se sprovvisto di una nomina regolare dal punto di vista del diritto civile). L'analogia presuppone, invece, che l'ipotesi concreta non sia in alcun modo riconducibile all'ambito semantico della norma, ma risulti 'affine' ad un caso da essa contemplato, sulla base di una similitudine sufficiente a postulare l'esigenza di ricorrere ad una medesima disciplina (requisito c.d. dell'*eadem ratio*)".

justificações lógicas, porquanto a norma precisa pretende evitar a criação, via ato hermenêutico, de proibições que não eram previsíveis pelo destinatário à época da conduta punida. A interação também se dá entre o conjunto e as partes: quanto mais nitidamente o princípio da legalidade como um todo se apresentar como instrumento de garantia, mais as suas partes deverão ser efetivas em seus desdobramentos. Por outro lado, quanto mais vigorosas forem as partes, maior será o efeito de garantia da legalidade como conjunto.⁷²

Com essas considerações, é preciso avançar na compreensão do princípio da taxatividade penal, para o que se mostra útil analisar seus fundamentos, ou seja, as raízes sobre as quais assenta sua própria legitimidade. São eles diversos, mas apresentam caráter complementar, ou seja, não se excluem necessariamente. Podem ser reunidos em dois grandes grupos: os fundamentos lógico-rationais e os político-garantistas.⁷³ A seguir, examina-se o primeiro grupo.

⁷² A identificação de tais interações pode ser auxiliada pelo paradigma da complexidade, de Edgar MORIN, que sustenta a necessidade de "(...)ligar o conhecimento dos elementos ou partes ao dos conjuntos ou sistemas que elas constituem.", **Ciência com consciência**, p. 332.

⁷³ PALAZZO, Francesco, **Il principio di determinatezza nel diritto penale**, p. 51-53.

4. FUNDAMENTOS LÓGICO-RACIONAIS

4.1 FUNDAMENTOS EXTRAPENAIIS

Os fundamentos lógico-rationais da taxatividade são dessa forma denominados por consubstanciarem idéias inerentes a toda noção de Direito ou de direito penal, apresentando-se como seus elementos lógica e racionalmente necessários. Assim a certeza, a igualdade, a imparcialidade e a objetividade, co-essenciais ao Direito em geral. Também os fatores relacionados à lógica de funcionamento interno do direito criminal, como a imperatividade das normas punitivas, os fins da pena e os pressupostos da responsabilidade penal, além da idéia de proporcionalidade, presente tanto no Direito em geral quanto, com maior razão, no direito penal, implicam lógica e racionalmente a da precisão.

A exigência de taxatividade encontra um dos seus fundamentos lógico-rationais na certeza do Direito: somente normas que definam com precisão os seus pressupostos fáticos e as suas conseqüências jurídicas estão em condições de serem conhecidas pelos seus destinatários e por seus aplicadores. Portanto, a certeza, como um dos elementos indispensáveis à existência e eficácia do Direito⁷⁴, se entendido este como instrumento regulador das relações sociais, traz como consectário a exigência de precisão das leis, em especial as penais, haja vista a gravidade da repercussão destas em direitos e garantias de relevo, como a liberdade dos cidadãos.⁷⁵

A certeza pode ser entendida em um sentido subjetivo, como cognoscibilidade da norma de ação pelos seus destinatários (*a parte subjecti*), ou como indefectibilidade da aplicação da conseqüência jurídica no caso de se

⁷⁴ Sustenta ser a certeza a específica eticidade do Direito Flavio Lopez de Oñate, **La certeza del diritto**, p. 158-164.

⁷⁵ Idem, *ibidem*, p. 53-55.

verificar a situação pressuposta (*a parte objecti*). Trata-se de dois aspectos inter-relacionados, calhando advertir que a cognoscibilidade tem-se tornado, por força da crescente complexidade dos fenômenos sociais e dos estudos sobre a natureza do ato interpretativo, uma meta cada vez mais difícil de alcançar, além do que a certeza objetiva padece de não transcuráveis *déficits de execução*, sobremaneira no direito penal⁷⁶. De qualquer sorte, trata-se de dois aspectos relacionados, inobstante a ênfase maior no aspecto objetivo, ou seja, na redução dos espaços de liberdade ou arbitrariedade na aplicação da lei, tendo em vista a constatação de que a certeza subjetiva, em parte, depende de fatores extrajurídicos.⁷⁷

A certeza, como requisito de eficácia mínima do Direito, compreendido este como instrumento de orientação social, apresenta três componentes: a estabilidade, a uniformidade de tratamento jurídico e a indefectibilidade das conseqüências jurídicas. Estabilidade no sentido de uma certa constância no tempo quanto ao tratamento jurídico das mesmas hipóteses de fato. Uniformidade no sentido de uma igualdade de tratamento no espaço e no interior dos órgãos de aplicação do direito. A indefectibilidade como infalibilidade da aplicação da conseqüência prevista em ocorrendo o pressuposto de fato a ela correlacionado, o que remete a fatores não necessariamente ligados à atividade legislativa. Os principais instrumentos de garantia da certeza jurídica seriam a vinculação ao precedente judicial e à estrita legalidade, reforçada esta pela exigência de precisão⁷⁸.

O mandato de precisão também encontra seu fundamento na igualdade de tratamento e na imparcialidade do órgão aplicador, duas preocupações, aliás, inerentes à própria estruturação do Estado de Direito. Atribui-se a um órgão autônomo a tarefa de legislar, estabelecendo as normas em caráter geral e abstrato, e a outro dotado de idêntica autonomia a função de aplicar a legislação a casos concretos. Ou seja, enquanto um deles estabelece os critérios gerais de solução dos conflitos, antes de sua ocorrência, amenizando

⁷⁶ PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, p. 54-57.

⁷⁷ HASSEMER, Winfried, *História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra*, p. 37: "Quando se procura explicar por que as pessoas em geral comportam-se de conformidade com o Direito salta aos olhos que não é por obra do Direito Penal, e sim por efeito de normas sociais e da socialização primária, desmentindo-se assim a convicção do criminalista FEUERBACH."

⁷⁸ PALAZZO, *op. cit.*, p. 57-59.

os riscos da legislação de "encomenda", ou seja, aquela destinada a favorecer ou prejudicar determinadas pessoas ou grupos de pessoas em casos concretos, o outro poder, ao julgar as questões concretizadas, os conflitos reais, terá a guiá-lo critérios de solução previamente estabelecidos, com isso reduzindo as chances de parcialidade.⁷⁹

A igualdade e a imparcialidade também estão na base da proibição de leis penais concretas, ou seja, destinadas a punir pessoas determinadas, e da irretroatividade da lei penal⁸⁰, modalidades normativas que, se não vedadas, permitiriam ao órgão legislativo o uso arbitrário do poder punitivo.

No contexto de limitação da atividade punitiva, o princípio da taxatividade exerce importante papel, pois com a precisão da lei é possível limitar a jurisdição penal, fornecendo-se-lhe critérios decisórios precisos e evitando-se que as fronteiras da ilicitude penal seja delimitadas pelo órgão julgador sob o influxo dos particularismos do caso concreto, com isso preservando os valores da igualdade e imparcialidade. Assim, quanto mais preciso seja o legislador, maiores serão as garantias de que todos os cidadãos serão tratados pelos órgãos aplicadores de maneira igual, sem odiosas distinções.⁸¹

Nessa ordem de idéias insere-se a concepção de que a sujeição à lei determinada constitui uma garantia de objetividade, pela qual deve evitar-se que a qualificação da conduta como delituosa e a aplicação da pena sejam realizadas sob o impacto pessoal ou coletivo do fato ainda por julgar ou como meio de controle de autores já conhecidos, ou etiquetados como desviantes sociais. Tal garantia de objetividade só pode ser concretizada por meio da

⁷⁹ GRASSO, Pietro Giuseppe, **Il principio 'nullum crimen sine lege' nella costituzione italiana**: "La diffusione di fattispecie penali non tassative è reputata suscettibile inoltre di favorire violazioni del principio di uguaglianza, concepito come uniformità di trattamento per i casi obiettivamente simili. L'imprecisão delle leggi ed il maggior ambito rimesso alle potestà di decidere in concreto, infatti, sono di per sé tali da consentire di far prevalere senza limiti i motivi particolari propri di ciascun caso, impedendo qualsiasi costanza ed omogeneità di disciplina."

⁸⁰ Exemplo significativo de proibição de leis penais de caso concreto e de irretroatividade encontra-se na Constituição Estadunidense, em seu artigo primeiro: "Não serão promulgados decretos de proscricção (*bill of attainder*) nem leis retroativas (*ex post facto*), PADOVER, Saul K., **A constituição viva dos estados unidos**, p. 64. No original: "No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed.", **The constitution of the united states**, p. 8.

⁸¹ FERRERES COMELLA, Víctor, **El principio de taxatividad en materia penal(...)**, p. 52-53.

fixação de parâmetros gerais, abstratos e anteriores, por meio de leis determinadas.⁸²

Assinala-se também que a taxatividade contribui para a igualdade na aplicação da lei entendida não só como um valor em si mesma, mas também como um valor instrumental, ou seja, estimula a que a regulamentação penal seja menos opressiva. Com efeito, a imprecisão dos preceitos penais abre mais espaço para o tratamento discriminatório de grupos ou de indivíduos ou mesmo para a indevida imunização penal de certas classes sociais, ao passo que a sua maior determinação favorece o controle na aplicação das regras penais, sob os aspectos da igualdade e da imparcialidade, contribuindo para sua maior uniformidade.⁸³

Em sendo um dos traços do Estado de Direito a exigência de que a lei penal se aplique a todos, a independência do poder judiciário constitui um empecilho a que o próprio legislador escape ao seu cumprimento. A maior precisão da regra penal, aferrando o órgão aplicador aos critérios abstratos previamente fixados, opera em favor de sua independência, protegendo-o das pressões de parte. A sujeição de todos à igual aplicação da lei penal é fator contributivo à reforma da lei opressiva. Se até mesmo os que fazem as leis penais (ou contribuem para sua elaboração, como os grupos de apoio partidário-financeiro-eleitoral e de pressão) a ela são submetidos, estarão propensos a corrigir seus excessos. E mais, se também as maiorias estão sujeitas à aplicação da lei penal, e não somente as minorias, aumenta o controle social e político sobre os abusos punitivos, resultando daí o caráter instrumental do valor igualdade na aplicação da lei penal, por contribuir, em tese, à sua maior humanização.⁸⁴

⁸² Günther JAKOBS, *Derecho penal*, p.82-85.

⁸³ FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad em materia penal*, p. 54-55.

⁸⁴ FERRERES COMELLA, *op. cit.*, p. 55-6. Esse autor lembra que a submissão de todos à lei, e com maior razão à penal, já era estabelecida no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa de 1789: "A lei deve ser a mesma para todos, tanto se protege quanto se castiga", e, antes disso, na *Petition of Rights* inglesa de 1628: "Nenhum réu, qualquer que seja sua condição, está isento dos procedimentos usuais ou das penas estabelecidas em lei e nos estatutos do Reino", como também propugnada, entre outros, por MADISON, em "O Federalista" (*op. cit.*, p. 55-56).

4.2 FUNDAMENTOS INTRAPENAIIS

Ainda no terreno da fundamentação lógico-racional do princípio da precisão, agrupam-se alguns critérios internos ao sistema jurídico-penal, relativos seja à imperatividade das normas penais, seja aos fins da pena, seja aos pressupostos da responsabilidade penal⁸⁵

Em primeiro lugar, legitima a necessidade da precisão das normas penais a sua dimensão de comando. Se as normas penais pretendem produzir algum efeito vinculante e orientador sobre os comportamentos sociais, se se reconhece ao sistema jurídico alguma função ordenante, então será inafastável uma mínima inteligibilidade dos comandos. Ou seja, o reconhecimento dos mandamentos jurídico-penais por seus destinatários pressupõe a objetivação clara e precisa dos dispositivos que os contêm.⁸⁶ O acolhimento da natureza imperativa das normas penais, portanto, traz como corolário a sua taxatividade.

Via de regra, é possível fundamentar a taxatividade a partir de considerações sobre os diversos fins da pena. Assim ocorre, por exemplo, com a idéia retributiva⁸⁷. As teorias retribucionistas concebem a sanção penal como uma compensação (no plano moral ou lógico) necessária ao mal do delito. Tratar-se-ia de um mal indispensável à anulação das conseqüências malélicas da prática delituosa. Isso, por si só, já justificaria a pena, considerada, portanto, como um fim em si mesma, como imperativo de justiça.⁸⁸ A retribuição, sob as

⁸⁵ PALAZZO, Francesco, **Il principio di determinatezza nel diritto penale**, p. 88.

⁸⁶ PALAZZO, Francesco, **Introduzione ai principi del diritto penale**, p. 260-261.

⁸⁷ Advirta-se que a idéia de retributividade da pena, de que são fatores exponenciais Kant e Hegel, assim como, de modo geral, as abordagens monistas, caíram em desuso como fatores de explicação esgotante do fenômeno da pena. Imperantes são as abordagens mistas, combinando de diversas maneiras as funções de retribuição, prevenção geral e prevenção especial. No tocante à função retributiva, tende ela a ser combinada com as demais em versões "conservadoras", nas quais a retribuição figura como fundamento da pena, aliada ao papel complementar da prevenção, ou em versões "progressistas", nas quais a retribuição (e a culpabilidade) atua como limite da pena, dentro dos quais as demais funções incidiriam prioritariamente. Essa a lição de QUEIROZ, Paulo de Souza, **Funções do direito penal: (...)**, p. 65-67.

⁸⁸ Claus ROXIN, **Problemas fundamentais de direito penal**, p. 16: "Para ela, o sentido da pena assenta em que a culpabilidade do autor seja compensada, mediante a imposição de um mal penal. A justificação de tal procedimento não se depreende, para esta teoria, de quaisquer fins a

mais diversas facetas (cujo exame é inviável nos limites desta investigação), em encerrando um componente de proporcionalidade, exige um mínimo de precisão na descrição dos delitos e das penas, a fim de que entre estes se possa aferir a relação de equivalência. Com efeito, para que a aflição da pena não se transforme em manifestação de puro ódio e desatada vingança, deriva da premissa retributiva a necessidade de proporção com o mal causado pelo crime, ou seja, uma regra de justa medida que limite a atividade punitiva e preserve a dignidade humana. A indeterminação quebraria qualquer nexó lógico-racional entre o delito e a pena, mesmo sob a idéia mais simples da retribuição, criando o perigo de reações punitivas incontroláveis.

Portanto, a idéia retributiva, pressupondo uma relação de equivalência entre desvalor do delito e gravidade da pena, por mais difícil que seja o cotejo de idéias diferentes, impõe uma avaliação dos bens atingidos pelo crime e pela sanção respectiva. Essa exigência representa um limite à atividade punitiva estatal, para que esta não exceda os parâmetros socialmente aceitos nos quais se embasa a mensuração da gravidade dos ilícitos penais, transformando a pena em instrumento de contingentes políticas governamentais, ao sabor de razões políticas de grupo.⁸⁹ Tal comparação só é factível se delito e pena estiverem minimamente definidos, de molde a propiciar suficiente clareza sobre a importância dos bens implicados e dos ataques ilícitos a estes infligidos.

Do fim de prevenção geral permite-se também extrair a necessidade da determinação taxativa. Se a sanção penal serve para prevenir futuros delitos mediante a ameaça de sua punição, esse efeito de intimidação ou de pedagogia social só pode ser alcançado se o Estado emitir mensagens claras e precisas sobre as condutas proibidas ou exigidas. Como seria possível obter o efeito coercitivo da norma penal, afastando os seus destinatários do crime, com comandos vagos e imprecisos, inábeis a produzir qualquer efeito sobre a vontade humana⁹⁰?

alcançar com a pena, mas apenas da realização de uma ideia S/C: a justiça. A pena não serve, pois, para nada, contendo um fim em si mesma. Tem de existir para que a justiça impere."

⁸⁹ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 72-72.

⁹⁰ Não é outra, aliás, a ponderação de Sergio Moccia, em *El derecho penal entre ser y valor*, p. 124: "Parece aquí evidente la funcionalidad de tipo teleológico de la determinación/taxatividad para la realización de la finalidad de la pena. La amenaza legal previa sirve, entonces, para el efecto de intimidación, para fundar la concreta aplicación y hacer creíble la amenaza misma. Pero

A fundamentação da taxatividade sobre a função preventiva da pena é sustentável tanto em relação à prevenção geral negativa, centrada na crença da eficácia intimidatória que exerce a ameaça ou aplicação da pena sobre os mecanismos psicológicos de formação da vontade individual⁹¹, quanto na sua versão positiva, voltada a uma eficácia pedagógica, tendente a reforçar na consciência coletiva e individual os deveres éticos e sociais indispensáveis à vida em sociedade⁹²

A única função da pena que parece não se adequar e muito menos legitimar a exigência da precisão é a da prevenção especial. As teorias que a defendem dirigem a pena não ao passado, para o fato cometido, mas ao futuro, pretendendo com ela evitar a reiteração criminosa. Para tanto, a sanção volta-se à correção dos criminosos corrigíveis (idéia de ressocialização) e a neutralização social dos incorrigíveis. Tendo por substrato a periculosidade do criminoso e a pena terapêutica, a teoria da prevenção especial não justifica a exata determinação de crimes e de penas, sendo indiferente (ao menos a partir de si mesma) à idéia de contenção do poder punitivo.⁹³ Taxatividade e prevenção especial, portanto, são idéias incompatíveis.⁹⁴

ello se verifica sólo si efectivamente se ha cometido un hecho previsto por la ley como delito. La idea misma de la coacción psicológica está vinculada de manera inescindible com aquella de la previsibilidad y de la certeza del derecho. Entretanto, la pena puede funcionar sólo como reacción, solamente en tanto esté determinada y prevista en relación con hechos taxativamente descritos en una norma de ley."

⁹¹ Paulo de Souza Queiroz, **Funções do direito penal**: (...), p. 36, sintetiza a tese, com origem em Paul Johann Anselm Ritter von Feurbach: "Função, pois, da pena, é a prevenção geral de delitos, por meio de uma 'coação psicológica' exercitada sobre a comunidade jurídica, a intimidar ou contramotivar a generalidade das pessoas às quais a norma se dirige".

⁹² Os defensores da prevenção positiva ou integradora, segundo o mesmo Paulo de Souza Queiroz, **Funções do direito penal**: (...), p. 40, sustentam que propósito da pena é "(...) infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social."

⁹³ ROXIN, **Problemas fundamentais de direito penal**, p. 21: "A ideia SIC de prevenção especial tão-pouco possibilita a delimitação temporal da intervenção estatal mediante penas fixas, na medida em que para ser consequente SIC deveria prosseguir um tratamento até que se desse a sua definitiva correção SIC, mesmo que a sua duração fosse indefinida. Do ponto de vista de um direito penal correccionalista, nem sequer se pode tornar inteligível a vinculação a descrições exactas SIC do facto SIC nem a exclusão da analogia. Numa palavra: a teoria da prevenção especial tende, mais que um direito penal da culpa retributivo, a deixar o particular ilimitadamente à mercê da intervenção estatal."

⁹⁴ Com tal constatação, o mesmo valendo para as outras funções possíveis da pena, não se está a propugnar um modelo específico de pena, mas apenas identificando os fundamentos possíveis da taxatividade, a partir de um enfoque interno ao próprio sistema penal. Isso tampouco implica uma incompatibilidade teórica absoluta da prevenção especial como o enfoque garantista, como pretende Ferrajoli, mas apenas a necessidade de uma adequada combinação das funções da

A fundamentação lógico-racional da taxatividade com base em um enfoque interno ao sistema penal, remete não só aos fins da pena, mas também aos pressupostos da responsabilidade penal. Assim, a exigência de precisão, sob o prisma já apontado da cognoscibilidade, também pode, segundo alguns, fundar-se na categoria da culpabilidade. Se a reprovação penal só pode recair sobre o autor do fato típico e ilícito que o haja praticado com efetivo conhecimento ou reprovável ignorância da sua antijuridicidade, daí decorre a necessidade de que o conteúdo do ilícito típico seja acessível aos seus destinatários. A cognoscibilidade do injusto, por sua vez, demanda um mínimo de precisão na narrativa legal e judicial das condutas proibidas ou, excepcionalmente, mandadas.

Ressalve-se que a culpabilidade idônea a fundamentar a taxatividade só pode ser a de ato e não a culpabilidade de autor, pois esta, baseada nos elementos duvidosos, incertos e pouco controláveis da "personalidade ou conduta de vida contrária ao direito", nada mais representa que um equivalente funcional da periculosidade que, fundada na prevenção especial, refuta a idéia mesma da determinação de crimes e penas, como obstáculo à teleologia terapêutica⁹⁵

Outra idéia, comum ao Direito em geral e ao direito punitivo, que demanda lógico-racionalmente o princípio da precisão é a da proporcionalidade. Esta se apresente seja como idéia abstrata, regendo a construção legal dos crimes e das penas, seja como diretriz concreta, servindo de critério de medida da quantidade e qualidade da pena no caso singular. A proporcionalidade pode ser, ainda, aferível por meio do cotejo entre a gravidade

pena, situando a prevenção especial dentro dos limites impostos pela retribuição ou prevenção geral, como pretende Roxin.

⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique, **Manual de direito penal brasileiro**, p. 610, "*A culpabilidade pela conduta de vida é o mais claro expediente para burlar a vigência absoluta do princípio da reserva e estender a culpabilidade em função de uma actio immoral in causa*, por meio da qual se pode chegar a reprovar os atos mais íntimos do indivíduo". Eugenio Raúl ZAFFARONI mantém tal posicionamento também quanto àquelas concepções de culpabilidade que, por seu conteúdo, constituem equivalentes funcionais da culpabilidade por conduta de vida e da periculosidade, como, por exemplo, a teoria limitada da culpabilidade e culpabilidade segundo o preventivismo funcionalista, **El debate conceptual de la culpabilidad como disolución discursiva**, p. 12-51.

do crime e da pena, ou da comparação com os demais delitos do ordenamento e suas penas respectivas.⁹⁶

Porém, a exigência de proporcionalidade na construção legal dos crimes e das penas não seria factível se não houvesse sua mínima predeterminação pelo legislador. Vale dizer, o juízo de proporcionalidade não seria possível, no plano legislativo, se não houvesse a estruturação dos crimes em tipos rigorosamente determinados e das penas em sua espécie e quantidade. Em última análise, enfraquecidos restariam os próprios controles da atividade punitiva estatal: a lei penal, sem proporcionalidade e determinação, não constituiria instrumento hábil ao controle da jurisdição penal e tampouco esta seria capaz de exercer uma fiscalização de constitucionalidade sobre aquela.

À parte eventuais reservas que possam suscitar a estreita vinculação do princípio da taxatividade com a natureza imperativa das normas penais, os fins da sanção criminal, os pressupostos da responsabilidade penal ou a idéia de proporcionalidade, essas concepções têm o mérito de enfatizar a inserção necessária da determinação na racionalidade interna dos próprios sistemas penais, ao menos aqueles que gravitam em torno do princípio da dignidade da pessoa humana e da responsabilidade pessoal. Ou seja, o reconhecimento de uma base antropológica ao direito penal, que consagre um mínimo de autodeterminação ao ser humano, como condição de sua própria dignidade frente aos demais e ao Estado, remete invariavelmente à taxatividade como princípio estruturante da anatomia punitiva do Estado de Direito Democrático e Constitucional.

Como se constata, a análise dos fundamentos lógico-racionais do princípio da taxatividade acaba conduzindo a considerações de ordem política. Isso porque a separação dos planos é mais artificial do que aparenta, servindo propriamente para fins analíticos. As duas dimensões, em realidade se confundem, sendo impossível entender integralmente uma sem a outra. Portanto, examina-se a seguir a fundamentação política do princípio da taxatividade.

⁹⁶ PALAZZO, Francesco. *Introduzione ai principi del diritto penale*, p. 66-67.

Advirta-se que o sentido discursivo adotado, dos fundamentos lógico-rationais para os fundamentos políticos, é convencional, e nada impedia que se adotasse o rumo inverso. De ponderar-se também que a natureza política do princípio em estudo é um natural desdobramento do âmbito jurídico em que se situa. Aliás, a politicidade do direito penal, já assinalada, emerge e submerge a todo o momento na superfície dos conceitos teórico-dogmáticos.⁹⁷

⁹⁷ A propósito, a explícita observação de BETTIOL, Giuseppe, **El problema penal**, p. 55: "Cuando se afirma que el Derecho penal es una política, se entiende justamente afirmar que sin la 'comprensión' del momento político y del 'milieu' político, en los que una legislación penal viene a la luz y obra, no se puede de ninguna manera entender su alcance y su íntimo valor."

5. FUNDAMENTOS POLÍTICO-GARANTISTAS

5.1 ESTADO DE DIREITO

No plano político, sob o particular aspecto das relações entre princípio da determinação e formas de Estado, a doutrina costuma sustentar a existência de um nexó ideológico entre Estado de Direito e taxatividade⁹⁸. Assim, haveria uma relação tão necessária entre Estado de Direito e determinação, de um lado, e entre Estado totalitário e indeterminação, de outro, a ponto de ser possível vislumbrar na taxatividade um critério de aferição da natureza liberal ou autoritária de uma organização estatal específica. Nada obstante, há quem, reconhecendo tal ligação por razões de coerência lógico-sistemática, pondere que, sob o prisma histórico, essa relação de univocidade não seja automática, estando condicionada por outros fatores de ordem institucional, cultural e social.⁹⁹

Francesco C. Palazzo, após examinar exemplos de Estados por ele classificados de totalitários, como a República Popular da China e a Alemanha nazista, ou com uma evolução político-institucional caracterizada pela recuperação parcial de certos princípios liberais, como o da legalidade, no caso da extinta União Soviética, além do regime jurídico-penal do Estado do Vaticano (centrado nos princípios da autoridade e da infalibilidade divina, com o conseqüente afastamento do princípio da divisão de poderes) e de modelos concretos de Estados autoritários, entre outros o da Itália fascista (que, embora acolhendo formalmente o princípio da legalidade, o contornou por meio do uso abusivo de tipos indeterminados, destacadamente para os delitos de índole

⁹⁸ MARINUCCI, Giorgio, e DOLCINI, Emilio, **Corso di diritto penale**, p. 119: "Il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* è dunque parte integrante del principio di riserva di legge, come espressione del monopolio del legislatore nella produzione delle norme penali in uno **Stato democratico di diritto**."

⁹⁹ Francesco C. PALAZZO, **Il principio di determinatezza nel diritto penale**, p. 104-138.

política), chega a conclusões parcialmente diversas das firmadas no plano eminentemente lógico-racional. Assim, o autor observa uma certa constante histórica quanto ao franco afastamento da legalidade-taxatividade em regimes totalitários (desse modo caracterizados pelo monismo ideológico, pela total ausência de liberdades civis e separação de poderes). Porém, no tocante a regimes autoritários (situados, sob os mesmos critérios, a meio caminho entre os totalitários e os liberais), é constatável a possibilidade de utilização do princípio em sentido não garantista, quando, à ausência de uma clara e independente ideologia de poder, seja necessário manter sob controle a atividade jurisdicional. Por fim, identificam-se certos Estados respeitosos das liberdades civis que, por suas características culturais e constitucionais, sobretudo de forte homogeneidade e prestígio da magistratura, embora consagrando expressamente o princípio da legalidade, não dispensam ênfase especial ao aspecto da taxatividade.¹⁰⁰

Ainda sob o prisma da relação entre taxatividade e formas de Estado, aponta-se como as demandas do Estado Social, inspiradas em idéias de justiça substancial e igualdade material, parecem exigir um abrandamento nos rigores da legalidade, impondo o recurso ampliado às cláusulas gerais e abertas, com a conseqüente intensificação do papel criativo dos órgãos judiciais, a ponto de se reconhecer a existência de um "direito judiciário", ao lado do "direito legal". As novas indicações de criminalização decorrentes de uma realidade social progressivamente complexa e globalizada, forçando o uso de tipos abertos e de perigo abstrato, estariam a impor abrandamentos na concepção da legalidade, eminentemente liberal e consagradora de uma liberdade individual absolutizada. A chamada "cláusula da socialidade" e a constitucionalização do direito penal, a apontar para a relativização dos princípios, inclusive os de natureza individual, a necessidade de proteção de bens penais de natureza social e a prática de condutas de maior danosidade coletiva, imporiam, assim uma "releitura" do

¹⁰⁰ PALAZZO, Francesco C., **Il principio di determinatezza nel diritto penale**, p. 138: "(...) si può dire che sul piano storico le conseguenze autoritarie della indeterminatezza della legge penale dipendono in gran parte dalla posizione istituzionale di soggezione del potere giudiziario nei confronti di quello politico, così come il significato della determinatezza dipende, oltre che dalle concezioni di fondo da cui muove la legalità dell'azione statale, anche e soprattutto dalla misura in cui la legge riesce a porsi quale espressione di valori largamente accettati dalla comunità, anziché di interessi propri di gruppi di potere tendenti a monopolizzare lo Stato."

princípio da legalidade mais conforme aos princípios do Estado Social e Constitucional de Direito¹⁰¹.

Em que pese a inequívoca ascendência liberal-iluminista do princípio da legalidade-taxatividade, gestado em ambiente filosófico-político definitivamente superado, no qual o eixo das relações pessoa-Estado girava em favor da absoluta primazia da liberdade individual em detrimento de um Estado não-intervencionista, força é convir que as técnicas de garantia negativa elaboradas sob sua influência continuam idôneas à proteção dos direitos fundamentais de primeira geração, tanto que se lamenta até hoje que os de segunda e terceira geração não tenham ainda alcançado similar grau de eficiência, pela compreensível dificuldade de articulação das técnicas de garantia positiva. Ademais, constituiria um imperdoável simplismo e constrangedora cegueira histórica considerar que os direitos de primeira geração, tão penosamente conquistados e ainda em processo de consolidação ao redor do mundo, e suas técnicas de garantia (entre as quais a da legalidade é uma das mais valiosas) pudessem constituir um obstáculo à realização da justiça material e social. É também um reducionismo equívoco defender que técnicas de garantia como a legalidade penal sejam inconciliáveis com o fenômeno da criminalidade moderna, como se a sorte inteira do Estado Social estivesse confiada ao direito penal, transformado de *ultima* em única *ratio*. Aliás, é no mínimo duvidoso que nossas mazelas sociais e jurídicas (desigual distribuição de renda, corrupção, impunidade, etc.) tenham alguma relação com a legalidade penal.

Assim, embora seja certo que o princípio da legalidade-taxatividade não encontre nos princípios do Estado Social nenhuma perspectiva

¹⁰¹ Entendendo que a legislação penal brasileira não reflete integralmente os valores e interesses da Constituição, omitindo-se na criminalização de fatos de suma relevância social, com o que a "legalidade constitucional" e os princípios de justiça material e social estariam sendo desconsiderados, em literal constitucionalidade por omissão no cumprimento do dever estatal de criminalizar, Márcia Dometila Lima de CARVALHO, **Fundamentação constitucional do direito penal**, p. 53-61, sustenta que o princípio da legalidade estaria desmoralizado, por não constituir instrumento de uma verdadeira justiça social (legalidade material), prestando-se apenas à realização de uma justiça formal. Assim, segundo a autora, impor-se-iam um reexame de conteúdo do princípio da legalidade, de molde a refletir as imposições de justiça social e material da nova ordem constitucional, e, no aspecto aplicativo, a possibilidade da aplicação da analogia *in malam partem*: "Em suma, o princípio da legalidade, no plano concreto do direito – o da eficácia –, vem demonstrando ineficiência, merecendo um reexame, uma reformulação pelos juristas ocidentais, a exemplo da Constituição Portuguesa e do direito inglês -- produto da elaboração judicial costumeira – que conseguiram conciliar o respeito à liberdade individual com a inexistência da proibição à analogia.", p. 61.

fundamentadora, é igualmente correto que deles não se extrai nenhuma indicação deslegitimadora, assim como no atual estágio de nossa civilização seria difícil sustentar a inconciliabilidade dos princípios do Estado de Direito com os do Estado Social. O que falta, talvez, em termos penais, é um pouco mais de esforço criativo do legislador e uma consciência social mais aguda dos limites e perigos do direito penal máximo, não raro o cômodo desaguadouro das frustrações e perplexidades coletivas diante da complexidade do mundo atual.

5.2 SEPARAÇÃO DOS PODERES

Ainda na linha de fundamentação política do princípio da taxatividade, aponta-se também o princípio da separação dos poderes como a possível justificativa da exigência de precisão. Efetivamente, existe uma estreita implicação de ambos os princípios, na medida em que, funcionando a lei como balizamento principal (observadas as orientações constitucionais) da distribuição das competências entre os poderes, quanto mais clareza ela revestir, mais perfeita será a aludida divisão. A tripartição dos poderes, como princípio organizatório-funcional primeiro do sistema constitucional de um Estado¹⁰², provoca um efeito de controle que, na seara penal, pode ser potencializado por meio de leis determinadas. Isso em benefício da proteção da base antropológica¹⁰³, ou seja, a garantia dos direitos fundamentais, sobre a qual são erigidos o Direito e o Estado¹⁰⁴.

¹⁰² HESSE, Konrad, **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**, p. 378: "Como princípio de constituição, racionalização, estabilização e limitação do poder estatal, o princípio da divisão de poderes é o *princípio fundamental organizacional da Constituição*."

¹⁰³ CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 249: "Parece-nos ser aqui -- na garantia dos direitos fundamentais --, e não apenas no problema da <autonomia> ou <independência> do indivíduo, que se deve colocar o <reduto antropológico> do estado de direito".

¹⁰⁴ Na doutrina nacional, estabelecendo direta vinculação entre separação de poderes e princípio da taxatividade, Andrei Zenkner SCHMIDT, **O princípio da legalidade penal no estado**

Observa-se, entretanto, ter o princípio da separação dos poderes sofrido uma evolução desde sua concepção original, autorizando alguma dúvida sobre a existência de uma necessária correlação com o princípio da legalidade. Com efeito, a separação dos poderes foi inicialmente construída em uma ambiência teórica na qual a lei, como resultado da soberania e representação populares no processo político-decisório e, sob influência de um jusnaturalismo racionalista, como manifestação dos ditames da razão, gozava da mais alta confiança, com o conseqüente prestígio do poder legislativo sobre os demais poderes. Tanto é verdade que, nas concepções teóricas iniciais, o poder judiciário era colocado em posição de quase total anulamento, não passando os juízes de meras "bocas da lei", sem poderes sequer de interpretação, o que impunha a total submissão do órgão judicial à supremacia legal. O desenvolvimento da função controladora do poder judicial, primeiramente sobre a legalidade da atividade administrativa e depois sobre a atividade legislativa por meio do exame de legitimidade constitucional, aliado à intensificação dos estudos metodológicos, que revelaram o inequívoco papel criativo do juiz na construção da norma individual, e à degeneração do processo legislativo decorrentes de sobreposições entre os poderes executivo e legislativo¹⁰⁵, induziram a uma progressiva crítica em relação ao direito positivo e a ressaltar-se a autonomia do poder judiciário, mais do que sua submissão à lei, como o aspecto fundamental de sua inserção no encadeamento de poderes. Vale dizer, constatada a possibilidade de violação dos direitos fundamentais também pelo poder legislativo, a idéia de supremacia da lei resultou relativizada, ao menos no que toca à atividade jurisdicional, encaixada esta no mecanismo de separação de poderes e funções não mais sob a regência absoluta da idéia de submissão do juiz à lei, mas sob fundamento da independência do órgão judicial. Expõe-se e

democrático de direito, p. 122, assevera: "A utilização de expressões ambíguas acabará por conferir a um momento posterior – principalmente no ato de *judgar* – o exato conteúdo da lei, e isso, por certo, fere o *princípio da separação dos poderes*." (o grifo não é nosso).

¹⁰⁵ Sobreposições, entre outras, manifestadas no uso intensivo de mecanismos híbridos de legiferação como os decretos-leis, medidas provisórias, regulamentos autônomos, etc., além do aumento da intervenção partidária na rotina de funcionamento dos Poderes Executivo e Legislativo e da acentuação do papel das majorias parlamentares no processo legislativo, enfraquecendo o papel de controle das minorias. Aspectos esses que, entre outros, se eventualmente contribuíram para aprimorar a coordenação interpoderes, afetou o seu equilíbrio e a função controle recíproco (checks and balances) tradicionalmente atribuída ao princípio da separação.

acentua-se, assim, uma tensão entre o princípio democrático e o vetor garantista, a ser balizado agora pelo mapa constitucional. Nessa ordem de considerações, poder-se-ia sustentar a inexistência de nexo de implicação entre os princípios da separação de poderes e o da legalidade (ao menos sob o aspecto da taxatividade).¹⁰⁶

À parte a questão de legitimar-se ou não o princípio da taxatividade por meio do da separação de poderes, é importante advertir que a função de garantia a ser exercida pelo poder judiciário no atual quadro de desenvolvimento da cultura jurídica não pode sequer insinuar uma eventual deslegitimação da legalidade-taxatividade como princípio fundante do direito penal. Novamente aqui, o correto equacionamento dos princípios passa pela adoção do paradigma da complexidade. Não se trata de adotar a via sem saída da exclusão dos contrários, mas de harmonizar os princípios segundo as exigências teleológicas específicas de cada rama jurídica, atentando-se para a heterogeneidade do fenômeno jurídico que um certo monismo metodológico parece não reconhecer.

No momento legislativo, a exigência de precisão força o legislador à tomada de claras decisões de política criminal, impelindo à definição mais nítida dos limites da ilicitude penal¹⁰⁷. Tal exigência se imbrica com a idéia de fragmentariedade do direito penal. É que o fundamento de garantia da taxatividade impõe sua eficácia tanto no aspecto macroscópico, isto é, em relação a todo o sistema penal, como no microscópico, ou seja, sob o ponto de vista da norma penal individualmente considerada. Impõe-se a precisão, em graus diferentes, tanto da norma penal isolada como de toda a ordem jurídico-penal, pois seria inútil a construção determinada de tipos penais que excedessem em quantidade, regulamentando à exaustão os aspectos mais minuciosos e

¹⁰⁶ Para Günther JAKOBS, **Derecho penal**, p. 81, não se sustenta a vinculação entre taxatividade e divisão de poderes. O primeiro princípio, se elevado ao máximo grau, apenas acarretaria a inteira subordinação do judiciário ao legislativo. É justamente o reconhecimento de uma genuína participação judicial na determinação da norma, ante a impossibilidade de uma perfeita taxatividade, que viabilizaria o princípio da separação de poderes.

¹⁰⁷ HASSEMER, Winfried, **Crítica al derecho penal de hoy**, p. 21: "Los estrictos instrumentos del derecho penal son restringidos no solamente mediante principios y posiciones jurídicas (como el principio de proporcionalidad o el derecho de defensa), sino también mediante el modo del lenguaje jurídico-penal. A diferencia de otras ramas del derecho, el derecho penal tiene el deber de expresarse de una manera determinada."

irrelevantes dos diversos campos de atividade humana, ou mesmo com superposição de âmbitos de incidência, gerando-se indesejáveis conflitos de normas penais.

O excesso de normatização incriminadora, ainda que com precisos preceitos tipificadores, contribuiria para a obscuridade do conjunto, ante a dificuldade de identificação clara dos critérios de criminalização adotados. Por isso, a exigência de taxatividade traz ínsita a de redução do âmbito da ilicitude penal, vale, dizer de fragmentariedade que encontra, em consequência, fundamentação jurídica no próprio princípio da legalidade.¹⁰⁸

A dimensão de garantia da taxatividade também opera no momento de aplicação da norma penal, pois a maior precisão na construção dos tipos conduz a uma menor liberdade criativa para o juiz em sua tarefa de interpretação-aplicação. Reconhecido que a tarefa de interpretação abarca espaços irreduzíveis de contribuição criativa na formação da norma individual, o que se pretende com a maior precisão da construção dos preceitos é garantir o monopólio das grandes decisões de política criminal para o legislador¹⁰⁹. O direito penal, desde suas origens iluministas, mantém reservas quanto à discricionariedade dos órgãos judiciais (e implicitamente dos órgãos de persecução e execução penal), procurando aferrá-los a precisos balizamentos. Se em outros ramos do ordenamento pode haver uma tendência ao fortalecimento do papel do juiz na atividade de criação normativa, no direito penal, ainda que com todas as demandas atuais de criminalização decorrentes do Estado Social e da globalização, não há campo fértil para tal protagonismo, a não ser no sentido do maior controle de constitucionalidade da legislação penal, com base nos princípios gerais do direito penal consagrados na lei fundamental (entre

¹⁰⁸ BRICOLA, Franco, **Legalità e crisi**: l'art. 25, commi 2° e 3°, della costituzione rivisitato alla fine degli anni '70, p. 1287-1288: "(...)esigenza di tassatività e inflazione dell'illecito penal sono concetti fra di loro inconciliabili."

¹⁰⁹ Reconhecido que tal pretensão guarda limites intrínsecos à própria natureza da atividade interpretativa e longe de considerá-la como de natureza meramente lógico-subsuntiva ou aximático-dedutiva: "é preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a credence de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto.", in ÁVILA, Humberto, **Teoria dos princípios(...)**, p. 25-26.

eles o próprio princípio da legalidade), o que, na prática, impele o órgão aplicador a uma tarefa consciente de autolimitação.

5.3 PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Em consequência, o sentido de garantia do princípio da taxatividade, nos planos de criação e aplicação da norma, remete a outra ordem de considerações. Implicando a sanção penal a limitação ou supressão de direitos fundamentais como a liberdade física, as decisões sobre ela fazem parte do núcleo de conformação política do próprio Estado, não podendo escapar em hipótese nenhuma ao processo de legitimação democrática das decisões coletivas¹¹⁰. É política e constitucionalmente obrigatório, portanto, que as decisões fundamentais de criminalizar caibam monopolisticamente ao poder legislativo, como representante direto do povo, pena de rompimento com o contrato social, a divisão de poderes e o Estado Democrático de Direito. Cogitar em transferir ao poder judiciário (ou mesmo ao poder executivo, por meio, v.g., de medidas provisórias) qualquer parcela do poder de criminalizar equivaleria, em termos político-jurídicos, a admitir ao órgão judiciário (ou executivo) decidir licitamente sobre a forma de estado ou de governo¹¹¹. Não bastasse a ilegitimidade democrática que decorreria de tal transferência de poder, isso comprometeria irremediavelmente a função (não menos importante) de controle

¹¹⁰ Contra, JAKOBS, Günther, **Derecho penal**, p. 80, para quem a conexão da legalidade com o princípio democrático só se justifica quanto ao aspecto da reserva legal: "Los problemas de la retroactividad de la ley, de la taxatividad de la ley e de la distinción entre ley general y acto individual no son algo específico de la Democracia."

¹¹¹ Embora a comparação possa parecer à primeira vista exagerada, nunca é demasiado ressaltar a proximidade do direito penal com o sistema político, a ponto de identificar-se nele e no direito constitucional a principal fonte de informações para diagnosticar a natureza republicana e democrática (ou não) de um Estado determinado, além da mundividência, da ideologia e dos preconceitos de sua sociedade. Não sem razão, Francesco Palazzo, **Legislazione penale**, p. 9, ao examinar a evolução recente da legislação penal italiana, e examinar em especial o Código Penal Rocco, ainda em vigência, afirma: "Ed invero, troppo prossima è la contiguità funzionale tra legislazione penale e regime politico e troppo implicate nel sistema penale sono le concezioni ideologiche dei rapporti tra individuo e potere punitivo, perchè il codice Rocco non risultasse il frutto non casuale di un regime che, se non riuscì ad essere totalitario, fu autoritario."

do estamento judiciário sobre os demais poderes, pois o órgão judicial, concentrando em si todo o processo político-jurídico de decisão, não teria motivo para realizar em si mesmo o controle de constitucionalidade. Portanto, em matéria de direito penal, não se trata de escolher em quem mais confiar, mas de adotar uma postura cautelosa em relação a todas as agências do poder punitivo.¹¹²

O fundamento de garantia, portanto, conecta-se com a própria estrutura do Estado de Direito Democrático e Constitucional¹¹³. A legalidade penal, reforçada pelo aspecto da taxatividade/determinação, legitima-se pelo princípio da divisão de poderes, estabelecendo uma mais nítida distribuição de funções entre os três poderes, ao mesmo tempo em que fixa pautas mais precisas para o funcionamento do mecanismo de freios e contrapesos daí decorrente.¹¹⁴ Ademais, preserva-se o princípio democrático no tocante às decisões fundamentais relativas aos direitos e garantias individuais, assegurando que as restrições à liberdade física ou a outros direitos fundamentais tenham origem no parlamento, subtraindo-as da influência de órgãos privos de direta legitimação democrática.¹¹⁵ Por fim, a legalidade penal, sob o prisma da precisão,

¹¹² CARVALHO, Amilton Bueno de, e CARVALHO, Salo de, **Aplicação da pena e garantismo**, p. 21: "A doutrina garantista nega os pressupostos do positivismo dogmático, entendendo que (a) o poder é ontologicamente voltado à violação dos direitos; (b) legitimidade e legalidade são categorias diversas; e, conseqüentemente, (c) que os atos emanados do poder público, seja legislativo, executivo ou judiciário, não se presumem regulares, sendo necessária, pois a, a criação de mecanismo eficaz de seu controle."

¹¹³ É possível, com Carlos Ari Sundfeld, **Fundamentos de direito público**, p. 54, sustentar ser o Estado Democrático (e Constitucional) de Direito "(...)a soma e o entrelaçamento de: constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de Poderes, legalidade e direitos (individuais e políticos)."

¹¹⁴ Sustenta J.J. Gomes CANOTILHO, **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 251, que "Por meio da criação de uma estrutura constitucional com funções, competências e legitimação de órgãos, **claramente fixada**, obtém-se um controlo recíproco do poder (*checks and balances*) e uma *organização jurídica de limites* dos órgãos do poder.", o negrito é nosso.

¹¹⁵ Segundo Francesco Palazzo, isso não significa que órgãos sem direta legitimação democrática, como os judiciários, seriam mais propensos ao abuso, mas apenas que o legislador democrático seria o melhor garante da liberdade e da dignidade individuais, nos vigentes sistemas constitucionais. Apesar disso, o autor não deixa de trazer à colação um dado sociológico, que segundo ele, justificaria a necessidade do princípio da precisão como barreira relativa à atividade de interpretação/aplicação do juiz: "(...)il giudice, chiamato com'è in ragione del suo ufficio a confrontarsi con la concreta realtà delle manifestazioni criminose più svariate, tende a 'privilegiare' per così dire le esigenze della tutela dei beni e dunque della repressione. La norma indeterminata consente agevolmente di equiparare un comportamento ad un altro in ragione di esigenze repressive sostanzialmente identiche(...)" E prossegue o citado autor: "La vita applicativa del diritto penale sarebbe alla fine caratterizzata da un fenomeno di 'onnipervasività', capace di erodere alla lunga consistenti spazi de libertà e sacrificando così nel contempo molti 'contro-interessi' meritevoli

e na condição de princípio constitucional, propicia o controle de eventuais abusos decorrentes do princípio da maioria, evitando os excessos na produção legislativa que possam acarretar lesões aos direitos fundamentais.¹¹⁶ Tal controle de constitucionalidade é exercido, agora, pelo próprio controlado, o órgão judicial, de modo a propiciar um efetivo sistema de freios e contrapesos, no qual todos os poderes envolvidos, detendo uma parcela do poder político de punir, possam controlar-se reciprocamente com base em parâmetros concretos e operacionalizáveis, pois do contrário o mecanismo exerceria uma função meramente retórica. Assim, o legislador controla o juiz e os demais órgãos de execução penal por meio da lei precisa, enquanto o juiz controla o legislador por meio das regras e princípios constitucionais-penais.

Portanto, sob o aspecto político-jurídico, a taxatividade penal também encontra fundamento nos princípios constitucionais do Estado de Direito e Democrático, assentados sobre a base antropológica estruturante do sistema de direitos fundamentais.¹¹⁷

Com isso, é lícito sustentar a dignidade constitucional do princípio da taxatividade, embora não esteja previsto expressamente na Carta fundamental de direitos. É que, como o demonstram a análise histórica e o exame dos seus fundamentos, a taxatividade constitui aspecto integrante e

invece di considerazione, orientando il sistema verso un risultato finale di panpenalizzazione.", **Introduzione ai principi del diritto penale**, p. 264.

¹¹⁶ Tampouco o Poder Legislativo, como o Poder Judiciário, está isento às instâncias repressivas contingentes, como já fora assinalado por Alberto Silva FRANCO, **Crimes hediondos**, p. 43-44, a propósito da edição da Lei nº 8.072/90, a Lei dos Crimes Hediondos: "Sob o impacto dos meios de comunicação de massa, mobilizados em face de extorsões mediante seqüestro, que tinham vitimizado figuras importantes da elite econômica e social do país (caso Martinez, caso Salles, caso Diniz, caso Medina, etc.), um medo difuso e irracional, acompanhado de uma desconfiança para com os órgãos oficiais de controle social, tomou conta da população, atuando como um mecanismo de pressão ao qual o legislador não soube resistir. Na linha de pensamento da *law and order*, surgiu a Lei 8.072/90 que é, sem dúvida, um exemplo significativo de uma posição político-criminal que expressa, ao mesmo tempo, radicalismo e passionalidade."

¹¹⁷ A terminologia é de J.J. Gomes Canotilho, **Direito constitucional**, que, aliás, aponta como subprincípios concretizadores do princípio do estado de direito os da segurança jurídica e da proteção da confiança, que postulam, por sua vez, "o princípio da precisão ou determinabilidade dos actos normativos, ou seja, a conformação material e formal dos actos normativos em termos linguisticamente claros, compreensíveis e não contraditórios. Nesta perspectiva se fala de *princípios jurídicos de normaçaõ jurídica* concretizadores das exigências de determinabilidade, clareza e fiabilidade da ordem jurídica e, consequentemente, da segurança jurídica e do Estado de direito." Como se constata, a precisão dos atos normativos é considerada peça integrante da própria estrutura do Estado de Direito, assumindo importância decisiva em se tratando de poder punitivo, como o assinala o próprio autor, op. cit., p. 258: "A exigência da determinabilidade das leis ganha particular acuidade no domínio das leis restritivas ou de leis autorizadas de restrição."

essencial do próprio princípio da legalidade penal, previsto no art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal. Não se trata sequer de sustentar que a exigência de precisão constituiria um princípio constitucional implícito, por estar contida, ao contrário, na compreensão e alcance de um princípio expressamente constitucionalizado. Acresça-se que a interpretação sistemática conduz a igual conclusão, fundada na articulação da legalidade-taxatividade com outros dispositivos da Carta fundamental, a saber, o art. 129, inc. I, que prevê a obrigatoriedade da ação penal pública pelo Ministério Público, o art. 5º, inc. LV, estabelecendo o direito à ampla defesa, e o art. 93, inc. IX, consagrando o dever de motivação das decisões judiciais. Isso porque a inexigência de taxatividade comprometeria todo o processo de apuração e julgamento dos delitos, do qual a legalidade é baliza fundamental. Com leis imprecisas e indeterminadas, inviabilizar-se-ia o controle sobre o exercício da ação penal pública pelo órgão acusatório, ante a inexistência de parâmetros objetivos para aferir o rigoroso cumprimento do dever de acusar. O exercício da ação penal, com toda a repercussão que provoca na pessoa dos réus e na comunidade, sendo inequívoco o seu efeito estigmatizante, potencializado nos tempos atuais pelo aparato midiático, resultaria abandonado ao arbítrio dos órgãos acusatórios, dando ensejo ao abuso ou mesmo às omissões. Ainda no que se refere à persecução penal, o afrouxamento dos marcos regulatórios legais por meio da indeterminação enfraqueceria o já difícil controle da atividade de polícia judiciária, permitindo a esta uma perigosa ingerência criativa na delimitação das liberdades civis. Tal seria ainda mais preocupante que no caso do ministério público, haja vista a subordinação das agências policiais ao poder executivo, não sendo fantasioso temer a instrumentalização da investigação para fins político-partidários.

O descompromisso com a taxatividade também causaria prejuízos ao próprio direito de defesa, pois a vagueza dos tipos daria margem a imputações difíceis de refutar e contraprovar, em face de narrativas acusatórias abstratas, vagas ou excessivamente genéricas. Mesmo o controle sobre o dever de motivação exigível do órgão julgante restaria prejudicado, pois a verdadeira utilidade da justificação reside na possibilidade de verificar a coincidência das razões do órgão aplicador com as razões legais. É certo que o processo de

formação da convicção é bem mais complexo e, sob alguns aspectos, incontrolável. Porém, a explicitação de critérios legais mais precisos, aliada ao dever de motivação, constrange o órgão aplicador a uma maior contenção e facilita a revelação do caráter mais ou menos racional dos fatores motivacionais. Sem a precisão dos marcos legais, a motivação converter-se-ia em mera atividade literária, para deleite ou desprazer das partes e autocomprazimento do juiz.

Por fim, de recordar que o dispositivo constitucional que consagra o princípio da legalidade penal (art. 5º, inc. XXXIX) localiza-se na parte reservada aos direitos e garantias fundamentais, especificamente entre os direitos e garantias individuais (Capítulo I do Título II da Constituição Federal) e, portanto, no núcleo duro da ordem constitucional (consoante art. 60, par. 4º, inc. IV, da Constituição, que contém as chamadas "cláusulas pétreas"). Portanto, seria desconforme à Constituição interpretar a legalidade penal de modo a enfraquecê-la ou esvaziá-la de seu conteúdo de garantia, pois a tanto equivaleria descartar a taxatividade como um dos seus aspectos constitutivos.

6. NATUREZA PRINCÍPIOLÓGICA¹¹⁸

6.1 NOÇÃO E FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS

Infrutífera seria a tentativa de compreender a determinação taxativa, se desse esforço não se pudesse extrair elementos de orientação que possibilitem articulá-la no interior do direito punitivo. Essa articulação com as diversas partes do sistema penal só pode realizar-se plenamente por meio de um adequado entendimento do significado de sua natureza principal.

Coerentemente com o até aqui observado, a construção de sentido do princípio deve ser feita seguindo-se critérios que se harmonizem com a concepção de garantia da taxatividade penal. Não se trata de escolher a noção mais verdadeira, mas a mais adequada aos propósitos da investigação (conceito operacional¹¹⁹), calhando lembrar que, em seus limites primeiros, todo conhecimento humano, inclusive o das ciências naturais, é indemonstrável. Os postulados a partir dos quais se constrói a investigação científica decorrem de escolhas não integralmente racionais e verificáveis¹²⁰. Em se tratando das ciências jurídicas, e o objeto da presente investigação não constitui exceção, isso

¹¹⁸ As observações sobre os princípios jurídicos em geral a seguir apresentadas incorporam, em alguma medida, o resultado das nossas reflexões levadas a efeito na obra *Princípios gerais do direito*.

¹¹⁹ PASOLD, Cesar Luiz, *Prática da pesquisa jurídica*, p. 41: "Quando nós estabelecemos ou propomos uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos, estamos fixando um Conceito Operacional(...)".

¹²⁰ ALVES, Rubem, *Filosofia da ciência*. Introdução ao jogo e a suas regras., p. 131: "Resumindo: elaboramos teorias não porque a lógica o permita ou as observações as produzam. As teorias, essas ambiciosas generalizações que abarcam o passado e o futuro, o aqui e os confins do espaço, são construídas sobre nossa *crença* na continuidade do universo, uma exigência que brota da *fé*, dos *sentimentos*, dos *hábitos*."; " 'O método científico *pressupõe* a imutabilidade dos processos naturais ou o 'princípio da uniformidade da natureza' " (Popper, op. cit. p. 252). *Pressupõe* ? Curioso que freqüentemente se pense que essas sejam *conclusões da ciência*. Não, não é que a ciência conclua isso. Ao contrário, para que ela comece, para que dê o primeiro passo, ela tem de pressupor. Curiosamente em harmonia com um teólogo medieval, Anselmo, que afirmava: '*Credo ut intelligam*' – creio para entender."

é particularmente sintomático e a análise histórica já realizada o confirma. A taxatividade penal tem como pressuposto o Estado de Direito, pelo que a noção de princípio a ser adotada não poderia fugir da mesma base de apoio. No extremo, a escolha do pressuposto não deixa de ser uma questão de crença, no caso, confiança na dignidade da pessoa humana: crer no respeito ao próximo como base das relações sociais não é só uma questão de demonstração racional. De qualquer sorte, em termos jurídicos, é o paradigma que "deve ser", se não por outros motivos, ao menos pela razão bastante forte de ter sido o escolhido para integrar a base constitucional do sistema¹²¹.

A base, portanto, é a do Estado de Direito, sem esquecer as evoluções por ele sofridas, que lhe agregaram, entre outros, a condição de Estado de Direito Constitucional. Em consequência, a escolha do conceito de princípio tem de estar em consonância com a moderna concepção do paradigma escolhido, o que remeterá à por alguns denominada fase pós-positivista dos princípios¹²².

Ou seja, de um momento de constitucionalização "meramente programática" dos princípios, estes adquirem sua máxima normatividade, passando a ser considerados espécie das normas, como as demais regras, mas com estas diferindo em qualidade e grau. Os princípios adquirem alta relevância no sistema jurídico, conferindo a este harmonia e unidade, vale dizer: a unidade do sistema dar-se-á, agora, por meio dos princípios constitucionais.

Portanto, é possível reunir princípios e regras sob o conceito de norma, porque ambos dizem o que deve ser¹²³. Nada obstante, tão fundamental quanto marcar a semelhança entre princípios e regras, será

¹²¹ Art. 1º da Constituição Federal de 1988: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III — a dignidade da pessoa humana; (...)". Segundo Jacinto Nelso de Miranda Coutinho, **Glosas ao 'verdade, dúvida e certeza', de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito**, p. 183: "(...) desaparecida a segurança das premissas, à democracia só se pode chegar por *uma opção ideológica*."

¹²² Segundo Paulo BONAVIDES, a terceira fase, do pós-positivismo, corresponde "aos grandes momentos constituintes das últimas décadas deste século" [ou melhor, do século XX].¹²² Citar o Eros Grau, que também usa a terminologia referida.

¹²³ Nesse sentido, a lição de Robert ALEXY: "Aqui as regras e os princípios serão resumidos sob o conceito de norma. Tanto as regras como os princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deontológicas básicas do comando, da permissão e da proibição. Os princípios, como as regras, são razões para juízos concretos de dever ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas."¹²³

identificar suas diferenças, sob pena de reduzi-los ambos a um modelo puro de regras, com a descaracterização dos princípios. São diversos os critérios sugeridos, que apontam uns para diferenças de grau, outros para diferenças qualitativas.

Dentre os critérios formais, que sugerem uma distinção apenas de grau entre princípios e regras, estão, em primeiro lugar, os da abstração, generalidade e determinabilidade. Todos eles, de certo modo, remetem para o mesmo significado, ou seja, os princípios seriam dotados de um grau mais elevado de abstração ou generalidade, ao contrário das regras. Significa dizer que os princípios apresentam mais baixa densidade semântica, uma enunciação mais aberta, permitindo-lhes uma maior plasticidade ou adaptabilidade aos diversos e cambiantes contextos de fato. É também por conta de tal característica que os princípios propiciariam uma maior abertura dos sistemas jurídicos, no sentido de uma maior capacidade de diálogo com a mutabilidade necessária dos fatos e valores sociais.

Às características da abstração e generalidade se liga a da determinabilidade, i.e., os princípios teriam menor grau de determinabilidade na aplicação ao caso concreto, ao contrário das regras. Por força de sua maior elasticidade semântica, resultaria também uma baixa densidade normativa, ou seja uma menor capacidade de incidir diretamente no caso concreto, sem a ajuda de regras intermediárias. Isso demandaria, em conseqüência, uma maior “mediação concretizadora” pelos operadores jurídicos (o legislador ou o juiz), a fim de garantir sua aplicabilidade.¹²⁴

Tais características dos princípios, maior generalidade e abstração (ou baixa densidade semântica) e menor determinabilidade (ou baixa densidade normativa), embora resultem em uma inequívoca abertura, não conduzem ao seu enfraquecimento. Isso porque a generalidade e a abstração não devem implicar total imprecisão (em suas fronteiras semânticas extremas, é possível identificar “conteúdos normativamente necessários” e “conteúdos normativamente impossíveis”) e a baixa concreção não obstaculiza, apenas

¹²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 1086-1087; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**, p. 18.

alonga o processo de aplicação/interpretação, sem anular a força vinculante dos princípios.

Ao lado dos critérios distintivos (entre princípios e regras) de natureza formal, apresentam-se também critérios de ordem material¹²⁵, que apontam para diferenças qualitativas entre os princípios e as regras, pois aqueles constituiriam a primeira materialização normativa dos valores fundamentais de uma sociedade, com os quais informariam as regras, no sucessivo processo de concretização. Da sua primariedade valorativa sobre as regras, ou seja, da sua proximidade com a idéia de direito, exprimindo idéias de justiça assentes, resultariam as funções fundamentadora, sistemática e normogenética dos princípios sobre as regras. Ou melhor, os princípios exerceriam a importante tarefa de, sob o prisma dos valores, sem desprezar-se, entretanto, o aspecto de sua sede constitucional, legitimar materialmente as regras, conferindo uma unidade de conteúdo ao sistema e contribuindo para a complementação do ordenamento, por meio da sua atividade irradiadora de valores.

Assim, é possível identificar duas posturas básicas entre os que propõem critérios distintivos entre princípios e regras: a dos que entendem que a diferença é apenas de grau (coincidente, de modo geral, com os critérios formais) e dos que propõem, como idéia de fundo, uma diversidade qualitativa (buscada por meio de critérios materiais).

Partindo da premissa de que a diferença é, mais do que de grau, qualitativa, Robert Alexy propõe distinção das mais prestigiadas, entendida por ele decisiva e segundo a qual é possível explicar os outros critérios materiais propostos. Para o autor, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios são, portanto, “mandamentos de otimização” que podem ser

¹²⁵ Como os apontados por CANOTILHO, *Direito constitucional*, p. 1086-1087: "(...) c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito). d) « *Proximidade* » da *ideia de direito*: os *princípios* são « *standards* » juridicamente vinculantes radicados nas exigências de « *justiça* » (Dworkin) ou na « *ideia de direito* » (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional. (...) f) *Natureza normogenética*: os *princípios* são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante."

realizados em diferentes graus, segundo as possibilidades reais e jurídicas, aferíveis estas no confronto com regras e princípios opostos.¹²⁶

Já as regras “*são normas que só podem ser cumpridas ou não.*” Se a regra é válida, terá de ser cumprida exatamente nos termos do ordenado. “*Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fáctica e juridicamente possível.*”¹²⁷

Em síntese, “*(...) enquanto os princípios podem ser cumpridos em distintos graus ou aplicados ‘pouco a pouco’, as regras, normalmente, incidem segundo o ‘tudo ou nada’.*”¹²⁸

Mas é na colisão de princípios e no conflito de regras que, segundo Robert Alexy, a diferença entre as duas espécies de normas se mostra ainda mais clara. De comum, pressupõem a colisão e o conflito que duas normas, aplicadas autonomamente ao mesmo caso concreto, conduzam a soluções incompatíveis, ou seja, a juízos de dever ser contraditórios ou contrários (permissão e comando, permissão e proibição, ou comando e proibição).¹²⁹ É na solução da colidência das duas espécies de normas que se mostrará sua diferença.

O conflito de regras é solucionável no âmbito da validade. Com efeito, a colidência de duas regras forçará a introdução de uma cláusula de exceção em uma delas ou então a invalidação ao menos de uma delas. É que a noção de validade jurídica não comporta graduações: ou uma regra é válida e, então, aplicável a consequência jurídica por ela estabelecida ao pressuposto de fato nela previsto, ou, em sendo inválida, não será aplicável o preceito secundário.¹³⁰

De modo geral, os critérios de preferência entre uma e outra das regras colidentes, em sendo impossível a introdução de uma cláusula exceptiva (segundo o critério de especialidade, ou *lex specialis derogat generali*)

¹²⁶ ALEXY, R. Obra citada, p. 86.

¹²⁷ ALEXY, **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 87: “*En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica e juridicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.*”

¹²⁸ ROTHENBURG, W. C. Obra citada, p. 39.

¹²⁹ ALEXY, R. Obra citada, p. 87.

¹³⁰ ALEXY, R. Idem, p. 88.

serão de caráter externo (critérios cronológico e hierárquico, ou *lex posterior derogat priori e lex superior derogat inferiori*), mas nada impede a utilização de critérios materiais ou de peso na escolha da regra preferível, desde que apoiados em princípios, única maneira de provocar a invalidação de uma delas. Ainda neste último caso, o decisivo será que a solução se dará na dimensão da validade.

Já a colisão de princípios resolve-se na dimensão de peso, pois só pode existir a colidência entre princípios válidos. A escolha entre, v.g., um princípio que permite algo e outro que o proíbe, será feita seguindo um critério de peso ou importância, ou seja, elegendo aquele que, nas circunstâncias do caso concreto, tem precedência sobre o outro, em tese também aplicável. Trava-se, assim, uma relação de precedência condicionada (ou concreta ou relativa) entre os princípios, isto é, condicionada ao caso concreto, nada impedindo que, em outras circunstâncias, a relação de precedência se estabeleça em sentido diametralmente oposto. Em qualquer caso, a preferência determinada pelas condições concretas, mediante um trabalho de ponderação, não trará consequências para a validade dos princípios em confronto. Acresça-se, por fim, que a vinculação da relação de preferência às condições concretas implica a inexistência de relações absolutas de precedência e que tais relações guardam referência a ações e situações não quantificáveis.^{131 132}

Assim, na medida em que os princípios determinam que algo deve ser realizado na maior medida possível, na dependência das possibilidades jurídicas e fáticas, contêm eles mandatos *prima facie* e não definitivos. Ou ainda, da circunstância de que o princípio seja aplicável ao caso concreto, não decorre a conclusão de que a ele corresponderá o resultado definitivo. É que as razões do princípio poderão ser arredadas por outras opostas, de modo que o princípio não

¹³¹ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 89-95.

¹³² Essa dimensão de peso característica dos princípios também foi apontada por Ronald DWORKIN: "Os princípios têm uma dimensão que falta nas regras: a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios concorrem (a política de proteção dos consumidores de automóveis concorre com os princípios de liberdade contratual, por exemplo), quem deve resolver o conflito há de levar em consideração o peso relativo de cada um. Nisto não pode haver, por certo, uma mediação exata e o juízo a respeito de se um princípio ou diretriz em particular é mais importante que outro será com frequência motivo de controvérsia. Sem embargo, é parte essencial do conceito de princípio que tenha essa dimensão, que tenha sentido perguntar que importância ou que peso tem."¹³²

tem aptidão para resolver o conflito entre razões contrapostas. *“Assim, os princípios carecem de conteúdo de determinação com respeito aos princípios contrapostos e às possibilidades fáticas.”*¹³³ As características dos princípios, identificadas no confronto com as regras, sinalizam para algumas das funções por eles exercidas: fundamentadora, interpretativa, integrativa e limitativa.

A função fundamentadora consiste em que os princípios constituem a base legitimadora das demais regras (legais, administrativas e pretorianas), o que remete à fundamentação do próprio ordenamento jurídico e sua nota sistêmica ou sistemática. É que por meio dos princípios o ordenamento jurídico se estrutura como sistema, dotado de unidade e coerência. A esse propósito, J.J.G. Canotilho fala nas funções “normogenética” e “sistêmica” dos princípios, pois *“são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ‘ligar’ ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional.”*¹³⁴

Os princípios desempenham função hermenêutica, ao orientarem o aplicador na interpretação da norma, ajustando-a aos valores consagrados nos princípios¹³⁵.

A função integrativa dos princípios é realizada sobretudo nas hipóteses de ausência de regulamentação para o caso sobre o qual deverá incidir uma regra concreta de dever ser. Nesse caso, os princípios podem exercer um importante papel, ao fornecerem pautas valorativas para a decisão normativa, além de, em última análise, intervirem no processo de aplicação analógica, ainda em caso de lacuna, pois a aplicabilidade de uma regra a um caso similar não previsto estará fortemente condicionada à incidência válida a ambos os casos

¹³³ ALEXY, **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 99: “Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fáticas.”. Quanto às regras, algo completamente diferente sucederia: “Totalmente distinto é o caso das regras. Como as regras exigem que se faça exatamente o que nelas se ordena, contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode fracassar por impossibilidades jurídicas e fáticas, o que pode conduzir à sua invalidez, porém, se tal não é o caso, vale então definitivamente o que a regra dita.”

¹³⁴ CANOTILHO, **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1089.

¹³⁵ A propósito, calha lembrar a lição de Carlos Ari SUNDFELD: “Quanto à função dos princípios na interpretação das regras, pode-se dizer que: a) é incorreta a interpretação da regra, quando dela derivar contradição, explícita ou velada, com os princípios; b) quando a regra admitir logicamente mais de uma interpretação, prevalece a que melhor se afinar com os princípios; c) quando a regra tiver sido redigida de modo tal que resulte mais extensa ou mais restrita que o princípio, justifica-se a interpretação extensiva ou restritiva, respectivamente, para calibrar o alcance da regra com o do princípio.”¹³⁵

(previsto e não previsto) do princípio que fundamenta a norma a ser analogicamente aplicada.

Os princípios exercem, ainda, uma importante função limitativa, porquanto, com suas orientações materiais, contêm a expansibilidade das regras, mantendo-as sob as pautas valorativas básicas do ordenamento jurídico. Outrossim, a dimensão limitativa apresenta a chamada “eficácia impeditiva de retrocesso”, no sentido de que sua concretização por meio de regras nestas impede futuras modificações que venham a representar um desenvolvimento ainda mais restrito que o já existente (um retrocesso, portanto). Esse último aspecto alcança especial aplicação em matéria de direitos fundamentais. Portanto, a função limitativa dos princípios tem duplo aspecto, positivo e negativo, ou seja, os princípios impedem concretizações excessivas, para mais (que excedam os seus limites semânticos ou valorativos) e para menos (que não consagrem seu núcleo essencial, histórica ou teoricamente definido).

6.2 PRINCÍPIOS E SISTEMA PENAL

É, pois, no contexto teórico assinalado acima que os princípios fundantes do direito penal, incluído o da taxatividade, deverão ser compreendidos. Os princípios penais haverão, assim, de ser entendidos como princípios constitucionais penais, de molde a assinalar o profundo enraizamento do sistema penal no sistema constitucional geral.

A ênfase na natureza constitucional dos princípios penais não é meramente retórica ou terminológica, como poderia parecer à primeira vista. O sustentar a constitucionalidade dos princípios penais acarreta alterações profundas no sistema que eles fundamentam. Com efeito, sugere possibilidades renovadas à antiga idéia de ciência conjunta (ou global) do direito penal, proposta pioneiramente por Franz v. Liszt, que apontara um conjunto articulado de três

saberes autônomos entre si, a ciência penal *stricto sensu* (ou dogmática penal), a política criminal e a sociologia criminal, sob a precedência da primeira. A concepção pós-positivista dos princípios, com suas inegáveis repercussões sistêmicas, conduz à compreensão daquela ciência conjunta como um sistema “teleológico-funcional” e “teleológico-razional”, no qual a atividade dogmática não se resume a uma mera tarefa lógico-subsuntiva, ainda que profundamente marcada pelos limites relativamente rígidos da legalidade penal, mas é influenciada, também na tarefa de aplicação, pelas orientações da política criminal.¹³⁶

A política criminal, na esteira dessa compreensão renovada, assume uma posição de “domínio” e “transcendência” no âmbito da ciência conjunta do direito penal, com duas conseqüências de relevo. Em primeiro lugar, o próprio aparelho conceitual da dogmática penal (ação, tipicidade, ilicitude, culpabilidade, punibilidade, etc.) passa a ser conformado pelas proposições de política criminal, deixando de constituir um conjunto teórico que se constrói a partir de si mesmo, mas sua construção é condicionada por uma teleologia político-criminal. Ademais, cabe à política criminal definir os limites da punibilidade, constituindo também um padrão crítico do direito penal vigente e do direito por construir.¹³⁷

O caráter superior assumido pela política criminal, porém, deverá ser analisado em suas devidas proporções, porquanto condicionado pela formatação constitucional do Estado, moldura última dentro da qual aquela e o

¹³⁶ LISZT, Franz von, **Tratado de direito penal alemão**, p. 147: "Só pela união e mútua influência do Direito Penal e da Política Criminal se completa a idéia de ciência do Direito Penal (das *sciences pénales*, como dizem os franceses). Criá-las, desenvolvê-las e transmiti-las são a missão do criminalista, não são missão do médico, do sociólogo, do estatístico. Desde que não atue o pensamento de que o Direito Penal e a Política Criminal são dois ramos do mesmo tronco, duas partes do mesmo todo, que se tocam, se cruzam e se frutificam e que, sem esta relação de mútua dependência, se desnaturam, é inevitável a decadência do Direito Penal. Sem o perfeito conhecimento do direito vigente em todas as suas ramificações, sem completa posse da técnica da legislação, sem o rigoroso freio do raciocínio lógico-jurídico, a Política Criminal degenera em racionalismo estéril a flutuar desorientado sobre as ondas. Por outro lado, o Direito Penal perde-se em um formalismo infecundo e estranho à vida, se não for penetrado e guiado pela convicção de que o crime não é somente uma idéia, mas um fato do mundo dos sentidos, um fato gravíssimo na vida assim do indivíduo como da sociedade; que a pena não existe por amor dela mesma, mas tem o seu fundamento e o seu objetivo na proteção de interesses humanos. Sem uma ciência do Direito Penal voltada para a vida e ao mesmo tempo adstrita ao rigor das formas, a legislação penal converte-se em um jogo das opiniões do dia não apuradas, e a administração da justiça em um ofício exercido com tédio. É somente da ciência que o Direito Penal e a administração da justiça recebem a força vivificadora!"

¹³⁷ DIAS, J. F. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**, p. 19-50. Também nesse sentido ROXIN, Claus, **Política criminal e sistema jurídico-penal**, p. 1 e ss.

direito penal podem concretizar suas inter-relações, constituindo uma “unidade funcional”.¹³⁸

Diante disso, os princípios penais alcançam papel de relevo na construção da ciência conjunta do direito penal, desempenhando suas funções fundamentadora, interpretativa, limitativa e integrativa, de molde a imprimir sua marca seja nas relações entre a política criminal, a dogmática penal e a própria criminologia, seja na atividade legislativa de construção do sistema penal (a parte geral, a construção dos tipos, a estruturação do sistema de penas, etc.), como também na tarefa de aplicação das normas penais aos casos concretos. Não haverá, assim, segmento do fenômeno criminal, em suas diversas facetas, que não receba, direta ou indiretamente, com maior ou menor intensidade, a sua influência.

Essa força dos princípios não impressiona se for considerada a íntima relação do direito penal com a própria política¹³⁹. Efetivamente, o direito penal constitui um dos instrumentos mais poderosos de política e intervenção social de que dispõe o Estado. As relações entre direito penal e política deverão de ser muito próximas e a um só tempo conflituosas. Impossível que o direito penal não esteja, portanto, impregnado dessa conflituosidade: de um lado, a infração penal, como grave ataque realizado contra os bens jurídicos da mais alta relevância, de outro, a sanção criminal como a mais intensa intervenção estatal na esfera de direitos pessoais.¹⁴⁰

Em contraste com essa intrínseca “politicidade” do direito penal, está a sua co-existencial “eticidade”, a colocar no centro do sistema penal

¹³⁸ DIAS, J. F. op. cit., p. 19-50.

¹³⁹ CERNICCHIARO, Luiz Vicente, **Direito penal e política**, p. 162: “As idéias políticas (tantos são os matizes!) estão presentes na elaboração e aplicação das leis. As leis penais não ficam alheias a essa conotação. O Direito Penal, parte do todo, recepciona as respectivas conseqüências. Atenção: na elaboração da norma, na sua aplicação e também na execução. a todo instante, orientações políticas se fazem evidentes. O Direito está sempre ligado à Política. Quando não houver coincidência de orientações, forma-se o atrito. Tanto mais profundo quanto seja a distância entre o Direito e a Política. Impõe-se, por isso, interpretação constante das normas jurídicas. Nesse particular, a atuação do Judiciário e do Ministério Público ganham significativa importância. Sem exagero, importância ainda não percebida por um e por outro.”.

¹⁴⁰ A propósito, a lição de Francesco C. PALAZZO, **Valores constitucionais e direito penal**, p. 16-17: “Em substância, existe uma intrínseca e específica politicidade do direito penal que deriva ou da absoluta falta de qualquer espaço de autonomia privada ou da natureza privada ou da natureza da soma de bens que este se propõe a tutelar com o aguçado instrumento da pena criminal. Teme-se, em razão disso, o perigo da tentação de um ‘abuso político’ do direito penal, para o qual as modernas Constituições liberaldemocráticas não ficam insensíveis”.

a pessoa humana e sua dignidade, limite último, núcleo essencial e intangível que estabelece as pautas a serem impressas em qualquer discussão sobre fins ou justificativas da pena ou em qualquer delineamento teórico-conceitual. Os princípios penais, nesse diapasão, indicam os limites constitucionais formais e materiais à sanção criminal, evitando a instrumentalização política do direito penal, conciliando a sua politicidade com sua eticidade, sob a supremacia desta última.¹⁴¹

Sob o prisma da evolução do Estado e das constituições, é possível também identificar essa dialeticidade interna ao direito penal. É que, se situarmos o início do direito penal moderno com a formação do próprio Estado de Direito, a partir das idéias iluministas, perfeitamente explicável será o matiz de garantia sob o qual foram desenvolvidos seus principais fundamentos, ainda hoje vigentes. A ênfase na proteção dos direitos do homem e do cidadão e a contração do poder estatal que caracterizava aquele período imprimiram sua marca indelével na ciência penalística. A comprovar a umbilical relação com o fenômeno político-estatal, o direito penal passou a sofrer a influência de instâncias solidaristas com a consolidação do Estado Social, que reclamava a satisfação de necessidades e direitos de outra ordem, vale dizer, direitos a prestações, como os direitos de segunda geração, econômicos e sociais, v.g., direitos ao trabalho, à saúde, à moradia, à educação, à cultura e ao lazer, e até em tempos mais recentes, direitos de terceira geração ou de solidariedade, v.g., os direitos à paz, ao desenvolvimento, à livre-determinação dos povos, ao meio ambiente equilibrado, ao patrimônio comum da humanidade e os relacionados ao progresso das ciências biológicas, como o da não-manipulação genética.¹⁴²

Assim é que tem sido apontada a presença nas cartas constitucionais de surgimento mais recente, de que é exemplo a brasileira, mas também são a alemã, a italiana, a portuguesa e a espanhola, para mencionar as mais paradigmáticas, de instâncias de descriminalização ligadas ao princípio do Estado de Direito, como a legalidade, a culpabilidade, a pessoalidade da pena, de herança iluminista, e instâncias de criminalização, ligadas mais diretamente ao

¹⁴¹ PALAZZO, F. C., op. cit., p. 17-18.

¹⁴² A classificação dos direitos fundamentais segue a apresentada por Ana Maria D'Ávila LOPES, **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**, p. 63-64.

princípio do Estado Social, com suas exigências de proteção dos mais diversos valores transindividuais e seus reclamos de justiça material. Como conseqüência, assinala-se a existência de duas categorias de princípios constitucionais penais: os princípios especificamente penais e os princípios constitucionais influentes em matéria penal.¹⁴³

Os princípios especificamente penais são aqueles que, previstos explícita ou implicitamente na constituição, constituem a base fundante do direito penal e lhe conferem a fisionomia que lhe é própria. Trata-se daqueles valores constitucionalmente contemplados e historicamente consagrados sob cujo influxo maior ou menor construiu-se o arcabouço teórico-conceitual do direito penal, como os princípios da legalidade, da pessoalidade da pena, da intervenção mínima, da individualização da sanção penal, da humanidade e da culpabilidade. Em todos eles se explicita uma preocupação central de garantia da liberdade e de tratamento digno a todos quantos possam estar sujeitos à ação punitiva estatal, daí seu sentido tendencialmente descriminalizador ou de contração do poder punitivo.

Já os princípios constitucionais influentes em matéria penal são todos aqueles que, sem terem origem específica no direito penal, nele repercutem, principalmente com suas recomendações criminalizadoras. Trata-se de valores que, constitucionalmente consagrados e pertinentes a outros setores do direito, como o civil, o administrativo, o tributário, o ambiental, o trabalhista, etc., podem vir a recomendar sua proteção por meio da sanção penal, traduzindo, portanto, exigências relativas ao conteúdo das tipificações criminais. Ostentam, portanto, impulsos expansionistas para a ação estatal no particular campo punitivo, com potencial e real atrito com os princípios especificamente penais, de tendência contrária.

Portanto, também no direito penal se confirma aquela idéia de sistema como “ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de direito”, na qual os princípios apresentam algumas características essenciais:

¹⁴³ Essa a terminologia proposta por Luiz LUISI, **Os princípios constitucionais penais**, p. 10-12, na esteira, aliás, das lições de Francesco C. PALAZZO, **Valores constitucionais e direito penal**, p. 22 e segs.

- a) *Os princípios não valem sem exceção e podem entrar em oposição ou em contradição entre si.*
- b) *Os princípios não têm pretensão de exclusividade.*
- c) *Os princípios ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas.*
- d) *Os princípios necessitam, para a sua realização, da concretização por meio de subprincípios e de valorações singulares com conteúdo material próprio.*¹⁴⁴

Portanto, o sistema penal, entendido como ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais, comporta uma intrínseca conflituosidade, a ser mediada, pois impossível sua supressão, por meio das concretizações normativas da legislação e da atividade jurisdicional. É preciso, porém, ressaltar que no direito penal essa conflituosidade de princípios, que suscita tendências de contração e expansão, descriminalização e criminalização, é gerida sob o mote principal da segurança jurídica, caracterizando-o como um subsistema bastante rígido, “imóvel”, de princípios.

Aqui a mobilidade do sistema será entendida no sentido de “igualdade fundamental de categoria” e “substituibilidade mútua” dos princípios. Em um sistema móvel, portanto, a concretização normativa ou o resultado jurídico final advém de uma combinação de princípios segundo o seu número e peso, a ser realizada pelo juiz, segundo uma “discricionariedade orientada”. “As ‘forças’ não são, pois, ‘absolutas, de dimensões rígidas, antes decidindo o efeito conjunto da sua articulação variável’. São consequência da mobilidade do sistema (...) a ausência de uma formação rígida de previsões normativas assim como a permutabilidade livre e a igualdade fundamental de categoria dos princípios de valoração.” Ora, nesse sentido, é imperioso ressaltar que o subsistema penal, como ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais (opostos ou contraditórios, não-exclusivos, reciprocamente combináveis ou restringíveis e suscetíveis de concretização por meio de valorações singulares), é sobretudo “imóvel”, pois caracterizado por uma hierarquia bastante rígida de princípios (basta lembrar a ação monopolizante dos princípios da legalidade e culpabilidade), formação rigorosa de previsões normativas e pouco espaço às

¹⁴⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm, **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, p. 88-99.

concretizações do juiz, ainda que subordinado, em casos excepcionais, a uma discricionariedade vinculada (de que é exemplo a fixação da pena).¹⁴⁵

Com efeito, a composição do conflito entre os princípios penais, seja dos especificamente penais entre si, recordando-se a propósito os fluxos de sentido invertido proporcionados pelos princípios da taxatividade penal e da culpabilidade em matéria de fixação da pena, seja a tensão daqueles com os princípios influentes em matéria penal, v.g., a necessidade de repressão ao crime organizado ou aos crimes econômicos, pressionando os limites da responsabilidade subjetiva, do concurso de pessoas ou da legalidade, é feita sobretudo no plano legislativo, haja vista a necessidade de contração da atividade criativa do juiz, inspirada em razões de garantia, a partir do próprio princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Ou seja, as especificidades do direito penal impõem ao legislador um dever de maior comprometimento político, de tomadas de posição mais claras entre os valores conflitantes da liberdade-segurança-certeza e da justiça material-ordem pública-prevenção, por meio de construções normativas menos flexíveis e abertas. Em matéria penal, sobretudo criminalizadora, o uso pelo legislador de tipos abertos e indeterminados, de conceitos vagos e imprecisos, representa um indício de imperdoável indecisão política ou de um não menos aceitável impulso de expansão, com inadmissível delegação de competência criminalizante ao órgão judiciário e sacrifício da liberdade individual.

Daí por que a tarefa de concretização realizada pelo legislador, em um complexo contexto de demandas constitucionais, muitas delas contraditórias ou opostas, assume importância incomparável no direito punitivo, constituindo o momento centralizante e principal da criação normativa penal, em uma tendência quase que oposta àquela verificada na metodologia e hermenêutica jurídicas no sentido de uma maior abertura e mobilidade do sistema, com acentuado prestigiamento da atividade aplicativa do juiz.

A atividade mediadora do legislador, conciliando as exigências de garantia e em certa medida descriminalizadoras dos princípios constitucionais especificamente penais com as orientações solidarísticas e

¹⁴⁵ CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 127-147.

criminalizadoras dos princípios constitucionais influentes em matéria penal, realiza-se, como consabido, por meio da criação dos tipos de crimes e penas da parte especial do código penal e da legislação penal extravagante e também por meio das normas não-incriminadoras encontráveis sobretudo na parte geral do estatuto penal¹⁴⁶. Trata-se, assim, de tarefa das mais delicadas, pois por meio dela o legislador terá de conciliar a necessidade de proteção dos bens de máxima relevância social com os valores segurança e liberdade pessoal. Vale dizer, salvaguardar as liberdades e os direitos fundamentais da coletividade em geral, sem prejuízo da liberdade pessoal e dos direitos individualmente considerados. Qualquer postura unilateral nessa matéria poderá conduzir a resultados prejudiciais ou à segurança pessoal ou aos interesses da coletividade, de modo que o direito penal, embora assentado sob uma base eminentemente garantista, não pode descurar tampouco de sua perspectiva de tutela dos bens jurídicos fundamentais da sociedade. É esse o desafio permanente do legislador, a quem foi confiada a tarefa primordial de concretização, com reduzido espaço de manobra para a função jurisdicional e, ainda nesse caso, com a condição de que reste preservada a dimensão de garantia essencial ao direito punitivo. Em consequência, tal atividade de legiferação deve estar submetida ao princípio da supremacia da constituição e aos valores que esta contempla, sob a ameaça de eventual invalidação, por vício de inconstitucionalidade.

Ora, dada a importância e o papel sobranceiro do legislador penal, impõe-se o dever de crítica e controle permanente da legislação criminal, a fim de aferir sua conformidade aos princípios constitucionais penais em vigor. A esse propósito, a doutrina tem assinalado, não sem um certo tom de frustração, a necessidade de sintonia constante do direito sancionador com a ordem constitucional, principalmente em épocas de mudança de constituição. Apesar dessa ingente necessidade de harmonia, verifica-se que, na prática, as mutações

¹⁴⁶ REALE JÚNIOR, Miguel, **Teoria do delito**, p. 167: "(...) a Parte Geral delimita as condições de eficácia das normas proibitivas, razão porque sua elaboração desde os primeiros Códigos modernos, surge naturalmente como responsável consequência do princípio da legalidade e da segurança e da liberdade perante o Estado."

constitucionais não têm sido acompanhadas da correspondente reforma penalística, fenômeno que não constitui peculiaridade nacional.¹⁴⁷

A tarefa primordial, tendencialmente monopolística, de concretização normativa a cargo do legislador penal, realizada por meio da construção dos tipos de crimes e de penas, deve ser sopesada na balança da constitucionalidade, a propósito assumindo relevo o princípio da taxatividade.

A determinação taxativa, portanto, só pode ser completamente entendida como princípio, ou seja, como norma, como mandamento de otimização segundo as possibilidades fáticas e jurídicas, princípio especificamente penal, conformador da estrutura do direito penal, apresentando um sentido de contenção do poder punitivo e de proteção dos direitos e garantias individuais. A natureza jurídica de princípio, pois, harmoniza-se com sua noção teórica.

¹⁴⁷ A esse propósito, as observações de Márcia Dometila Lima de CARVALHO, **Fundamentação constitucional do direito penal**, p. 21, para quem "(...)faltou, no decorrer da história brasileira, uma mais íntima e necessária relação com a legislação penal e as Constituições que se sucederam, com suas filosofias, princípios e valores." No mesmo sentido, para o direito italiano, Franco BRICOLA, **Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della costituzione rivisitato alla fine degli anni '70.**, p. 1280.

7. CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS

7.1 VIABILIDADE JURÍDICA

A partir da correta compreensão do princípio da taxatividade, como norma de certeza e segurança não do Estado, mas da pessoa sujeita ao seu poder punitivo, e, pois, sob o prisma de proteção e garantia dos direitos fundamentais, é possível estruturar e desenvolver um complexo normativo eficaz, que não se limite à mera "declaração de princípio". Ademais, em se tratando de uma dimensão funcional inerente ao princípio da legalidade penal¹⁴⁸, previsto no art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal, o adequado desenvolvimento da taxatividade constitui uma condição necessária à própria normatividade penal.

A investigação de critérios de precisão e das repercussões do princípio da determinação taxativa no sistema penal, portanto, é pressuposto de uma atitude que realmente "leve a sério" a legalidade penal como norma estruturante do direito penal do Estado Democrático de Direito.

Antes, porém, impõe-se algumas considerações de ordem metodológica. Diferentemente do que se possa apressadamente sustentar, algumas assertivas fundadoras do direito penal liberal, encontráveis, por exemplo em Beccaria ("Resulta ainda, dos princípios estabelecidos precedentemente, que

¹⁴⁸ Importante insistir na necessidade da adjetivação, pois a legalidade penal, embora inserida no fenômeno jurídico mais geral da legalidade, não se confunde com nenhuma outra, fundada que está em finalidades específicas, apresentando, portanto, apresenta uma estruturação própria. Não por acaso, aliás, é que a legalidade penal foi prevista em dispositivo próprio na Carta Constitucional da República Brasileira (art. 5º, inc. XXXIX: "-- não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;"), apesar da previsão do princípio geral feita no mesmo capítulo (art. 5, inc. II: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"). Sintomática, outrossim, a reiteração com que a Carta Magna se refere à legalidade nos dispositivos diretamente relacionados com os Direitos Penal e Processual Penal (incs. XL, XLI, XLII, XLIII, XLV, XLVI, LI, LIV, LVI, LVIII, LIX, LX, LXI, LXV, LXVI, LXVIII, do art. 5º, e inc. I do art. 129, todos da Constituição), além, evidentemente, de sua não-acidental inserção no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais.

os juízes dos crimes não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela razão mesma de que não são legisladores.")¹⁴⁹, ao contrário de representarem descartável manifestação de ingênua consciência metodológica, ainda constituem metas dignas de serem alcançadas.

Com efeito, uma leitura contextualizada permite identificar o caráter dúplice das teorizações iniciais sobre a legalidade. Em primeiro lugar, tratava-se de uma denúncia dos abusos produzidos pela pluralidade de fontes penais e pelas amplas margens de arbitrariedade na atividade punitiva.¹⁵⁰ Em segundo lugar, trabalhos como o de Beccaria propunham a reforma (ou nova fundação) do direito penal com base em novos valores político-jurídicos, entre eles o da legalidade. Cuidava-se, assim, de um projeto de construção de uma diversa cultura penal, traçado, evidentemente, ainda em linhas gerais e assujeitado aos limites do estágio evolutivo da reflexão temporânea. Evidência disso é que a própria tipicidade, entendida como integrante do conceito analítico de crime e a mais clara cristalização dogmática da legalidade penal, só começou a se desenvolver como categoria autônoma no início do século XX, a partir dos trabalhos de BELING.¹⁵¹ Ou seja, lançava-se um projeto de construção político-jurídica, que timidamente se implementava.

¹⁴⁹ BECCARIA, Cesare, **Dos delitos e das penas**, p. 28.

¹⁵⁰ Interessante, a tal propósito, referir a descrição do contexto penal francês dos séculos XVII e XVIII, feita por Michel Foucault, **A verdade e as formas jurídicas**, p. 95 e segs., por certo não muito diferente em termos de garantias daquele no qual Beccaria fundamentou suas teses: "Esse forte aparelho do estado monárquico na França estava apoiado em um duplo instrumento: um instrumento judiciário clássico – os parlamentares, as cortes, etc. – e um instrumento para-judiciário – a polícia – cuja invenção é privilégio da França. Uma polícia que comportava os intendentos, o corpo de polícia montada, os tenentes de polícia; que era dotada de instrumentos arquiteturais como a Bastilha, Bicêtre, as grandes prisões, etc.; que possuía também seus aspectos institucionais como as curiosas *lettres-de-cachet*. A *lettre-de cachet* não era uma lei ou um decreto, mas uma ordem do rei que concernia a uma pessoa, individualmente, obrigando-a a fazer alguma coisa. Podia-se até mesmo obrigar alguém a se casar pela *lettre-de-cachet*. Na maioria das vezes, porém, ela era instrumento de punição." O autor esclarece, ainda, que as *lettres-de cachet* eram em sua grande maioria instrumentos de controle social "a partir de baixo", porque provocadas por pessoas do povo ("maridos ultrajados por suas esposas, pais de família descontentes com seus filhos, famílias que queriam se livrar de um indivíduo, comunidades religiosas perturbadas por alguém, uma comuna descontente com seu cura, etc."). Os pedidos eram formulados ao intendente do rei, que fazia um inquérito e, considerando justificada a solicitação, requeria a emissão de uma *lettre* ao ministro do rei, permitindo prender o reclamados.

¹⁵¹ LUISI, Luiz, **O Tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**, p. 15: "Todavia, em 1906, com a publicação de *Die Lehre vom Verbrechen*, Ernst Beling revisa profundamente o conceito de *Tatbestand*, dando-lhe um novo sentido, já que o concebe não mais como composto da totalidade dos elementos do delito, mas tão-somente como um dos elementos constitutivos do crime. Com Ernst Beling, poder-se-á afirmar, o *Tatbestand* deixa de ser o delito para ser, apenas, um dos aspectos do mesmo. Uma parte em relação ao todo."

Examinar proto-reflexões como as de Beccaria, para sustentar sua natureza utópica e ingênua, representa, portanto, uma equivocada avaliação até porque, se constituíam utopia, é inequívoco que fizeram "andar" a teoria do delito e as práticas penais. Evidentemente que a atividade punitiva "real", nos planos legislativo, jurisdicional e executivo, está ainda longe do quadro ideal de legalidade decorrente da compreensão teórica do princípio¹⁵², mas nem por isso está ele invalidado como modelo do direito penal. Aliás, certas críticas dirigidas à legalidade penal, atribuindo-lhe caráter "retórico" ou a função real de instrumento de injustiça material¹⁵³, são acolhíveis mais pelo que o princípio não é, ou seja,

¹⁵² Michel FOUCAULT, **A verdade e as formas jurídicas**, p. 103 e segs., aliás, ao apontar o desenvolvimento de um poder disciplinar socioestatal de níveis absorventes e totalizantes nos quais foi submergido de fato o sujeito de direito (fenômeno por ele denominado "panoptismo"), à margem dos mecanismos formalizados de punir, revela a enorme distância ainda a percorrer no sentido da concretização do princípio da legalidade penal: "(...)o aparecimento do panoptismo comporta uma espécie de paradoxo. No momento mesmo em que ele aparece, ou mais exatamente, nos anos que precederam imediatamente seu surgimento, vemos formar-se uma certa teoria do Direito Penal, da penalidade, da punição, de que Beccaria é o representante mais importante, que se funda, essencialmente, em um legalismo estrito. Esta teoria da punição subordina o fato de punir, a possibilidade de punir, à existência de uma lei explícita, à constatação explícita de uma infração a esta lei e finalmente a uma punição que teria por função reparar ou prevenir, na medida do possível, o dano causado pela infração à sociedade. Esta teoria legalista, teoria propriamente social, quase coletiva, se opõe inteiramente ao panoptismo. No panoptismo a vigilância sobre os indivíduos se exerce ao nível não do que se faz, mas do que se é; não do que se faz, mas do que se pode fazer. Nele a vigilância tende, cada vez mais, a individualizar o autor do ato, deixando de considerar a natureza jurídica, a qualificação penal do próprio ato. O panoptismo opõe-se, portanto, à teoria legalista que se formara nos anos precedentes. De fato, o que é importante observar e o que constitui um fato histórico importante é que esta teoria legalista foi duplicada, em um primeiro momento, e, posteriormente, encoberta e totalmente obscurecida pelo panoptismo que se formara à sua margem ou a seu lado. É o nascimento do panoptismo, que se forma e que é movido por uma força de deslocamento, desde o século XVII até o século XIX, ao longo do espaço social; é esta retomada pelo poder central dos mecanismos populares de controle que caracteriza a evolução do século XVIII e que explica como começa, no início do século XIX, a era de um panoptismo que vai ofuscar toda a prática e até certo ponto toda a teoria do Direito Penal."

¹⁵³ Luis Gracia Martín, **Prolegómenos(...)**, perfila-se entre aqueles que vislumbram em garantias liberais como o princípio da legalidade apenas uma invenção destinada a, mais do que incluir, excluir os segmentos da criminalidade das classes altas, contribuindo para uma "minimalização" do Direito Penal a serviço do controle policial dos excluídos e da imunização dos poderosos. Por se tratar, portanto, de uma invenção espúria e antidemocrática, deveria ceder espaço a um Direito Penal que abrangesse a "totalidade" da criminalidade, em uma expansão incondicionada idônea a assegurar uma atividade punitiva igualitária. A tese é no mínimo equivocada. A legalidade não constitui obstáculo intransponível a um conjunto mais equilibrado de decisões criminalizatórias. Também seria assaz ingênuo supor que a impunidade ou a não-criminalização das "minorias sociais privilegiadas" decorreria das garantias formais inerentes ao Estado de Direito. As causas do problema são muito mais políticas do que técnico-jurídicas, até porque, do contrário, exemplos de Estados nos quais houve o abandono explícito das garantias formais como os nazistas e soviético teriam constituído paradigmas de respeito aos direitos fundamentais. A supressão ou mesmo a flexibilização de certas garantias como a da legalidade penal produziriam, ao contrário do pretendido pelos teóricos da justiça material, ainda mais desigualdade, pois o expansionismo repressivo atingiria as camadas mais fragilizadas da população, tradicionais "clientes" do aparato

por apontar seus défices de realização, do que por supostamente deslegitimá-lo. A análise crítica do impacto do princípio da legalidade sobre a teoria e prática punitivas pode e deve servir como agente provocador de aprimoramentos, mas não de justificativa para seu abandono, em troca de modelos desformalizados de repressão cujos resultados aniquilatórios das liberdades individuais são por todos conhecidos¹⁵⁴.

As dificuldades metodológicas largamente apontadas pela atual reflexão jurídica quanto à efetividade do controle legal nos processos de concretização jurídica não autorizam, em absoluto, o abandono do ideal da redução dos espaços de decisionismo punitivo, sob o argumento do caráter retórico e simbólico da legalidade penal. Esse princípio continua a figurar como parâmetro regulatório congruente com o esquema do Estado Democrático de Direito e idôneo a funcionar como critério de validação da atividade legislativa, de orientação do exercício jurisdicional e de contenção dos atos executivos-punitivos. Até porque, por mais perfeitas que fossem a teoria e a prática punitivas, sempre remanesceria um certo défice fisiológico entre o real e o ideal.¹⁵⁵ E mais, vai

policial-judicial, sem nenhum aumento no grau de justiça do sistema penal. A "classe economicamente poderosa" de que fala Luis Gracia Martín "escapa das malhas" do controle repressivo em outros níveis, tornando-se quase invisível à Justiça Criminal, esteja esta livre ou não dos supostos embaraços da legalidade.

¹⁵⁴ A própria história brasileira recente fornece exemplos disso, como apontado por Helene Claudio FRAGOSO em análises sobre a legislação de segurança nacional editada a partir do regime militar de 64 (Decretos-Lei nº 314, de 13/03/67, nº 510, de 20/03/69, e nº 898, de 21/09/69, e Leis nº 6.620, de 20/12/78 e 7.170, de 14/12/83. Seus estudos revelam de forma inequívoca a relação direta entre a supressão das garantias formais e a estrutura totalitária e antidemocrática do Estado brasileiro de então, destacadamente, a fragilização da legalidade penal por meio do uso abusivo de fórmulas legislativas indeterminadas, o que permitiu o uso do aparelho estatal como um dos instrumentos para sufocar o regime democrático. Calha resgatar, ainda que brevemente, mais do que as lições do teórico, os testemunhos de quem, vivendo intensamente aquela "experiência dramática da perseguição judiciária em matéria política" por meio da defesa em inúmeros processos perante a Justiça Militar, constatou na prática a conseqüências do enfraquecimento das garantias penais de índole liberal: "24. No elenco das infrações penais, a mais importante tarefa é a da meticulosa revisão das condutas típicas, para eliminar as incriminações vagas e indeterminadas, que são próprias das leis de segurança dos países totalitários.", *in Lei de segurança nacional (...)*, p. 39; "(...)as definições vagas em matéria de crimes políticos têm sido uma constante na história do direito penal, remontando ao direito romano.", *in A nova lei de segurança nacional*, p. 02; "A incriminação vaga e indeterminada faz com que, em realidade, não haja lei definindo como delituosa certa conduta, pois entrega, em última análise, a identificação do fato punível ao arbítrio do julgador. A violação do princípio da reserva legal por essa via tem sido comum nos crimes políticos (...)", *in Observações sobre o princípio da reserva legal.*, p. 86.

¹⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, p. 27: "La diferenciación interna del ordenamiento de la que he hablado no es propia solamente del derecho penal. También refleja las antinomias, presentes en todos los sectores de un ordenamiento jurídico complejo, entre principios de nivel normativo superior y normas y prácticas de nivel inferior: los primeros, caracterizados por cierto

ênfatisado o pressuposto de que os conflitos entre os direitos fundamentais são intrínsecos à natureza democrática do Estado de Direito e as soluções respectivas passam pela distribuição consensuada dos sacrifícios e vantagens decorrentes. Vale dizer, se os direitos de liberdade devem conviver com os direitos sociais, as técnicas normativas destinadas à sua proteção (respectivamente, garantias negativas e positivas¹⁵⁶) também devem harmonizar-se¹⁵⁷.

O princípio da legalidade-taxatividade projeta-se em muitas dimensões do direito penal, daí a relevância em definir seus campos de incidência e os seus diferentes graus de exigibilidade.

De imediato, impõe-se indagar se a exigência de taxatividade aplica-se ao dispositivo legal (no sentido de texto normativo) ou também à norma resultante de procedimento aplicativo (ou seja, a que resulta do processo de interpretação e aplicação do dispositivo ao caso concreto). Tal distinção tem sido corrente na literatura jurídica¹⁵⁸, com a finalidade de ênfatar a importância da

grado de *inefectividad*, y las segundas, por un grado correspondiente de *invalidéz* o de *ilegitimidad*. Las antinomias son particularmente graves en el derecho penal: tanto porque éste incide directamente sobre la libertad de los ciudadanos, como porque en esta materia la distancia entre principios constitucionales y legislación, y entre legislación y jurisdicción, ha alcanzado en Italia proporciones alarmantes, resolviéndose en el vaciamiento de gran parte de las garantías y en el desarrollo incontrolado del arbitrio. Será posible demostrar, sin embargo, que un grado irreducible de incoherencia entre principios normativos superiores y prácticas efectivas inferiores -- tanto mayor no sólo cuanto más bajas son las segundas sino también cuanto más altas son las expectativas creadas por los primeros -- constituye un carácter estructural y fisiológico (el límite, pero también el mayor mérito) del moderno estado de derecho; (...)"

¹⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi, **Derecho y razón**, p. 28: "Pero es claro que, al cambiar los derechos fundamentales objeto de tutela, cambian también las técnicas normativas predispuestas en garantía de los mismos: si a los *derechos de libertad* (o '*derechos de*') corresponden *garantías negativas* consistentes en límites o *prohibiciones* de hacer, a los *derechos sociales* (o '*derechos a*') corresponden *garantías positivas* consistentes en *obligaciones* de prestaciones individuales o sociales."

¹⁵⁷ Segundo FRAGOSO, Heleno, **Direitos humanos de justiça criminal**, p. 04: "Os direitos humanos estão interligados. Não é possível suprimir os direitos civis e políticos, para realizar os direitos econômicos, sociais e culturais, ao contrário do que têm afirmado os ditadores. Do mesmo modo, só com reformas sociais importantes, que acabem com a miséria e proporcionem melhor nível de vida, será possível estabelecer regimes de liberdade. Os povos do Terceiro Mundo já compreenderam que o crescimento econômico, por si só, não resolve o problema da pobreza, antes o agrava, como o exemplo do Brasil demonstrou tão bem, quando se adota um modelo de desenvolvimento que só beneficia os que possuem. Daí o crescimento da criminalidade, que se procura inutilmente combater endurecendo o sistema repressivo e desrespeitando, cada vez mais, os direitos humanos."

¹⁵⁸ Por todos, pela clareza e concisão, ÁVILA, Humberto, **Teoria dos princípios**(...), p. 22: "Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe

participação do órgão judicial na formação da norma individual.¹⁵⁹ Em se tratando de um princípio fundado em exigências de garantia e segurança jurídica, tanto o dispositivo (o objeto da interpretação) quanto a norma (o resultado da interpretação) devem atender, cada qual à sua maneira, à demanda de precisão.¹⁶⁰

Em primeiro lugar, o princípio da taxatividade dirige-se ao legislador, impondo-lhe clareza e precisão na demarcação dos limites entre o lícito e o ilícito (que, no caso penal, será sempre, em decorrência da legalidade, um ilícito-típico). Tal implica o dever de adoção das técnicas legislativas mais adequadas à teleologia do princípio, que no plano ora examinado, é bidirecional: a redação do texto legal deve ser clara o suficiente para motivar a conduta dos cidadãos e precisa o bastante para evitar a transferência das decisões de política criminal ao órgão aplicador. Ressalve-se, novamente, a inafastável margem de intervenção criativa deste na formulação da norma individual, daí por que se trata de buscar níveis mínimos de taxatividade, constitucionalmente toleráveis. Nada obstante, o reconhecimento de que a precisão absoluta é inalcançável e, em certos casos, nociva à atividade punitiva (como no caso da fixação das penas) não constitui nenhuma autocontradição lógica ou juridicamente suicida. Como já visto, o princípio da taxatividade, como qualquer outro, não se aplica em termos de "tudo ou nada", admitindo graduações em seus níveis de exigência (que não são evidentemente matemáticos). Tampouco princípios do constitucionalismo como os da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade de pensamento, ou mesmo os da proporcionalidade ou razoabilidade, dispensam

correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.". A última parte entretanto, é passível de ressalva em matéria penal, a evidenciar, mais uma vez, a necessidade de reconhecer certas especificidades em face da Teoria Geral do Direito: no mínimo para os preceitos criminalizadores, a norma deve obrigatoriamente resultar de um texto escrito que lhe corresponda, como exigência indeclinável da legalidade penal.

¹⁵⁹ A Hans KELSEN, **Teoria geral do direito**, p. 211, cuja terminologia se toma de emprestado ("norma geral-norma individual") tampouco escapou esse variável espaço de criação judicial, que ele denominou de "arbítrio", reconhecendo na figura do juiz também a de um "legislador": "Deve-se observar ainda que a decisão do tribunal nunca pode ser determinada por uma norma geral preexistente de Direito substantivo num grau tal que essa norma geral que a corte aplica seja, por assim dizer, apenas reproduzida pela norma individual da decisão. Por mais detalhada que tente ser a norma geral, a norma individual criada pela decisão irá sempre acrescentar algo novo."

¹⁶⁰ Acompanhando a opção de Víctor FERRERES COMELLA, **El principio de taxatividad en materia penal(...)**, p. 119, também nesta pesquisa a separação conceitual entre "dispositivo" e "norma" só é feita quando for necessário, sendo dispensada a distinção metodológica no restante do texto.

concretização "segundo as possibilidades fáticas e jurídicas", e nem por tal motivo se cogita de deslegitimá-los por falta de operacionalidade. Ademais, apesar de algum isolado e radical ceticismo, no limite extremo do argumento seria possível antever as funestas conseqüências que adviriam do abandono absoluto do sistema legalizado, deixando-se à exclusiva competência dos órgãos aplicadores (incluindo-se na expressão o judicial, os de persecução e os de execução penal, sem contar os órgãos de policiamento ostensivo) o exercício da atividade punitiva.

A propósito, a desconsideração em certas reflexões jurídicas de que o direito, como fenômeno social, não é privilégio de um círculo fechado de seres perfeitos, representados na figura "Do Juiz", é que conduz a certos extremos de "antilegalismo" incompatíveis com a proteção dos direitos fundamentais. Se é razoável considerar que o sistema legal punitivo tem eficácia relativa em termos preventivos gerais ou especiais e é filosoficamente duvidoso sob o prisma retributivo, forçoso é admitir que um conjunto de regras escritas e claras, se evidentemente acompanhado de um correlato mecanismo de controle jurisdicional (*habeas corpus*, mecanismos recursal e administrativo-disciplinar, censura penal de abusos, etc.), constitui um freio eficiente, inclusive social¹⁶¹, à atividade repressora dos órgãos estatais.

¹⁶¹ A tese da "sociedade aberta dos intérpretes da constituição", de Peter Häberle, **Hermenêutica constitucional**, chama a atenção para um aspecto pouco explorado da hermenêutica constitucional, ou seja, a questão dos participantes da interpretação: "Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição." (p. 15). Luís Fernando COELHO, **Lógica jurídica e interpretação das leis**, p. 223-224, também menciona tal aspecto: "Referimo-nos à interpretação privada imprópria apenas para levar em conta um fato evidente, o de que a vida jurídica é um dos aspectos da existência humana social, e que todo homem circunscrito em sua atividade pelas normas do Direito, as está continuamente interpretando. (...) Não é somente o juiz, na prestação jurisdicional, que decide; a sentença e a decisão judicial constituem na verdade o momento culminante num processo que tem início nos atos intersubjetivos privados – cuja essência é já uma decisão – e que passa pelos atos decisórios do advogado, do assessor jurídico, do representante do ministério público(...)". A idéia da participação de intérpretes informais (ou pré-intérpretes), como, v.g., "cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública", enriquece a compreensão do processo hermenêutico em geral, revelando a natureza plural da atividade interpretativa. No direito penal, a despeito da legitimação exclusiva de alguns órgãos formais-estatais (legislador e juiz) para a produção normativa penal, também é inequívoco que outros órgãos envolvidos (polícia, ministério público e agências de execução penal) e a comunidade em geral também interpretam os comandos jurídicos que lhe são dirigidos. Assim, na seara penal, a relativização da legalidade acarreta a ampliação das margens de atuação não só do legislador e do juiz, mas também dos demais entes do sistema punitivo, gerando intranquilidade na vida dos cidadãos e dificuldade para o próprio controle social (v.g., a imprensa e

Uma lei clara e precisa, minimamente garantida pelo aparato jurisdicional, pode até não evitar o homicídio, a lesão corporal, o seqüestro ou o roubo entre a comunidade, mas pode, se "levada a sério", controlar com eficácia o homicídio, a lesão corporal, o seqüestro ou o roubo por parte do aparato repressivo do Estado, sem necessidade de políticas sociais complementares. Portanto, o impacto redutor de violência que um sistema de controle legal da atividade punitiva pode provocar não é desprezível.

Um caso concreto dos efeitos deletérios à proteção dos direitos fundamentais (em especial, para o que aqui interessa, o da liberdade) decorrente da supressão do princípio da legalidade (e das garantias que o acompanham) pode ser encontrado no atual regime comunista chinês. Arrolado por Francesco C. Palazzo como exemplo de Estado totalitário¹⁶², o princípio da legalidade ali não vige, pois as fontes normativas são numerosas (desde a Constituição até as decisões do Comitê do Partido Comunista Chinês, por sinal a única agremiação política existente, e os textos teóricos do marxismo-leninismo e de Mao Tsé-Tung), além do que os juízes não gozam de nenhuma autonomia, sendo escolhidos e demitidos inclusive pelos comitês revolucionários locais. Ademais, os procedimentos de investigação e julgamento devem se sujeitar, por ditame constitucional, às "orientações de massa", que são estimuladas a participar nos casos de crimes graves e contra-revolucionários (de resto confusamente definidos) e as fontes jurídicas, além de fluidas, são escassamente acessíveis à população. Não é estranhável que a um quadro institucional desse jaez corresponda a má reputação internacional do país em matéria de direitos humanos¹⁶³.

organizações não-governamentais) da atuação dos órgãos oficiais, ante a nebulosidade das pautas de controle.

¹⁶² Assim denominado pelo autor por caracterizar-se pelo monismo ideológico, pela inexistência de um grau relevante de liberdades civis e pela indivisão dos poderes, **Il principio de determinatezza nel diritto penale**, p. 111 e segs.

¹⁶³ Recente reportagem jornalística delineia a deplorável situação: "Por enquanto, no campo dos direitos humanos, a China evoluiu muito desde os tempos de Mao Tsé-tung, mas continuam uma aberração pelos padrões dos países democráticos. No início deste ano, o agricultor chinês Liu Baocheng foi condenado à pena de morte por transmitir involuntariamente a Sars, a pneumonia asiática, a outras quarenta pessoas. Um funcionário do serviço de saúde da província de Henan, no centro da China, corre o risco de ter o mesmo destino. O pecado desta vez foi a revelação de dados sobre o aumento nos casos de Aids na região. A Anistia Internacional considera subestimado o número de 1060 execuções no ano passado. Qualquer que seja a cifra exata, a China é de longe a campeã mundial em número de execuções. Os acusados de um delito

Aliás, a preocupação do iluminismo penal ao propugnar a adoção da legalidade como diretiva fundamental não era a de fazer desaparecer a criminalidade em geral, mas a de conter os abusos punitivos, ou seja, a criminalidade estatal. A questão da eficácia ou não do controle social propiciado pelas penas não concerne diretamente ao princípio da legalidade-taxatividade, que não foi concebido para resolvê-la.¹⁶⁴

qualquer passam por julgamentos sumários, que duram poucos dias, e, condenados à morte, levam um tiro na nuca. Muitas vezes, as execuções são feitas em estádios. Dezenas de condenados são mortos diante de multidões, para que sirvam de exemplo. 'Os ocidentais não conseguem imaginar o grau de poder discricionário que os dirigentes chineses possuem', diz o americano Ross Terril, veterano estudioso da China, que morou em Pequim e visita o país regularmente desde 1964. A polícia chinesa pode manter por tempo indefinido uma pessoa presa sem acusação formal de crime. Bêbados, contra-revolucionários, pessoas acusadas de práticas anti-socialistas, dependentes de drogas e prostitutas podem desaparecer de repente, levados ninguém sabe para onde. É comum a condenação a trabalho forçado por até quatro anos. O acesso dos presos a advogados não é permitido durante o período de investigação. Há corrupção nos altos escalões sem punição (...) Quer dizer: a punição, além de brutal, pode ser aleatória." (grifos nossos), PERES, Leandro. **As ambições do planeta China**, p. 128-129.

¹⁶⁴ A obra de Beccaria, **Dos delitos e das penas**, representa uma tentativa de construção do Direito Penal em bases humanitárias e racionais, não se tratando de um trabalho de criminologia. Essa, também, a impressão de Giacomo DELITALA, **Cesare Beccaria e il problema penale**, p. 965: "(...)il peculiare significato dell'opera del Beccaria nell storia del pensiero penalistico, che è poi quello di aver reso consapevole il pensiero moderno dell'esigenza de una vera scienza del diritto penale, intesa come costruzione sistematica, derivante da un superiore principio direttivo.". DELITALA ainda enfatiza: "La nota dominante 'Dei delitti e delle pene' è rappresentata, a mio avviso, dall'esigenza di una assoluta, intransigente legalità nella materia penale.", p. 967, confirmando que a preocupação com a taxatividade, como dimensão da legalidade penal, já aparecia nas reflexões germinais da disciplina: "Ma il genio di Beccaria, o se si vuole, il genio del suo tempo e della sua cerchia culturale, si avvide che non basta una consacrazione farisaica del *nullum crimen sine lege*, proclamato a parole, ma poi aggirato sottobanco con l'introduzione di clausole onnicomprensive, di formule vaghe, di espressioni elastiche, inserite nel corpo delle proposizioni legislative. *Nullum crimen sine lege stricta*, dunque: nessun reato se la legge che lo prevede non ne descrive gli elementi essenziali con parole chiare e precise.", p. 969.

7.2 VIABILIDADE LINGÜÍSTICA

Qualquer reflexão minimamente profícua nessa matéria pressupõe o distanciamento de posicionamentos extremistas. Um deles, fruto de um ceticismo radical, é o decisionismo voluntarista de quem sustenta que a norma jurídica é fruto exclusivo da atividade criadora do órgão aplicador e de suas idiosincrasias mais ou menos conscientes, constituindo a lei "coisa de políticos", um *topos* a mais no arsenal retórico de justificação de uma decisão previamente revelada ("lei boca do juiz"). O outro, filho da fé ingênua em uma razão infalível, assevera a inabalável capacidade expressiva da lei, cuja vontade pode ser extraída assepticamente pelo órgão judicial ("juiz boca da lei").

Entre as extremidades, é possível operar com critérios parciais e com sua combinação, na busca de níveis razoáveis de segurança e precisão, como será oportunamente analisado. A taxatividade, já foi observado, constitui um princípio que, embora indispensável à estruturação do sistema penal (sem ele, efetivamente, o próprio sentido de garantia do direito penal restaria comprometido), por ser uma norma geral de orientação, reveste-se de uma densidade normativa ela própria inferior à de uma regra, comportando graduações principalmente quantitativas no plano de sua concretização. De conseguinte, os critérios de aferição do nível satisfatório de determinação dos tipos penais são múltiplos e não se formulam em termos matemáticos, até porque aqui se trata de direito e não de ciências exatas, razão pela qual precisão, determinação, certeza, clareza e fiabilidade apresentam necessariamente as dimensões e o sentido peculiares ao direito. Nada obstante, tal constatação não pode servir de motivo para o abandono da certeza-determinação como valor imprescindível à estruturação do direito penal de corte democrático, até porque as toneladas de papel até hoje gastas na busca, por exemplo, de critérios definitórios para a justiça e a igualdade não serviram de pretexto para a sua rejeição como princípios fundamentais do direito.

No plano lingüístico, é praticamente impossível alcançar critérios inequívocos de precisão. Por esse prisma seria até possível arriscar a assertiva da inviabilidade de qualquer teoria geral idônea a estabelecer aprioristicamente critérios de significação unívocos¹⁶⁵. Trata-se, na verdade, de uma desilusão para a qual os estudos lingüísticos contribuíram decisivamente, enterrando qualquer sonho de aproximação do fenômeno jurídico a partir de pressupostos metodológicos mais adequados às ciências exatas ou naturais. Com efeito, o aporte lingüístico constitui um eficiente instrumento de "autocompreensão" do próprio Direito, haja vista a íntima imbricação dos fenômenos jurídico e lingüístico e suas consideráveis similitudes: seu profundo arraigamento no tempo e espaço humanos, sua natureza cultural, relacional, dinâmica e pragmática, além da ausência de verdades "ao fundo".¹⁶⁶

Assim, sendo impossível eliminar a plurivocidade congênita aos signos lingüísticos e constituindo os enunciados normativos modelos abstratos de condutas puníveis, evidencia-se a dificuldade de estabelecer sistemas infalíveis de garantia da taxatividade em nível legislativo¹⁶⁷. Até porque o legislador é pressionado continuamente por vetores de sinais às vezes contrários: há de conciliar a exigência de clareza, a fim assegurar uma inteligibilidade mínima por parte dos cidadãos destinatários da norma, com o

¹⁶⁵ RUSSEL, Bertrand, **Vagueness**, p. 4: "Since propositions containing non-logical words are the substructure on which logical propositions are built, it follows that logical propositions also, so far as we can know them, become vague through the vagueness of 'truth' and 'falsehood'. We can see an ideal of precision, to which we can approximate indefinitely; but we cannot attain this ideal.". E, ainda, p. 5: "Vagueness, clearly, is a matter of degree, depending upon the extent of the possible differences between different systems represented by the same representation. Accuracy, on the contrary, is an ideal limit. (...) That is to say, there is not only one object that a word means, and not only one possible fact that will verify a proposition. The fact that meaning is a one-many relation is the precise statement of the fact that all language is more or less vague."
¹⁶⁶

¹⁶⁷ A esse respeito, valiosa a observação de Claudio LUZZATI, **Le metafore della vaghezza**, p. 125: "Spesso si è pensato alla vaghezza come a un'anomalia. Ma si potrebbe anche ritenere che gli insiemi non esattamente delimitati in qualche misura, l'imprecisão e la variabilità siano il caso normale, mentre la stabilità, l'invarianza e gli insiemi privi di una zona di 'frangia' siano un caso eccezionale. Questa inversione degli schemi abituali può giovare anche al giurista, al teorico della legislazione e al sociologo, perché contribuisce a mostrare che il conflitto d'interessi a cui il parlamento ha dato una risposta legislativa è solo parzialmente risolto dalla legge. La (completa) stabilità della soluzione legislativa è solo apparente: esiste sempre un margine di apertura in cui i conflitti si possono (e talvolta si devono) riaprire in altre sedi (principalmente: presso le autorità inferiori). Credo, d'altronde, che questa mescolanza di decisione e d'indecisione, la quale offre agli interessi *temporaneamente* sconfitti la possibilità di una rivalse, di una revisione, di una rinegoziazione *attraverso gli organi del sistema* -- mescolanza que poi è una commistione di pace e guerra, ossia una limitazione razionale degli inevitabili conflitti -- sia essenziale per assicurare un'effettiva vitalità all'ordinamento democratico."

dever de precisão, de molde a estabelecer controles confiáveis ao órgão aplicador. Para atender à dúplice pretensão, o legislador vê-se, então, na contingência de escolher, por exemplo, entre termos da linguagem coloquial, mais acessível aos destinatários da norma, porém multissignificativos, e a terminologia técnica, mais precisa, inobstante menos compreensível aos destinatários em geral. Novamente aqui, a solução não se sustenta em bases maniqueístas, devendo a dosagem dos termos técnicos ou coloquiais obedecer a fatores contingentes como, por exemplo, o universo dos destinatários da norma e a natureza das condutas proibidas. Assim, na criminalidade genética, financeira, informática ou econômica em geral, é provável que a quantidade de termos técnicos a serem utilizados possa ser maior que na criminalidade tradicional, cujo sujeito ativo, via de regra, pode ser qualquer pessoa, além do que as condutas implicadas são as próprias da vida cotidiana.

O reconhecimento da intrínseca imprecisão lingüística, porém, não autoriza o ceticismo radical quanto à capacidade comunicativa do material legislativo. Algumas teses, apoiadas no caráter convencional e arbitrário da língua e na seleção de termos com alto índice de indeterminação, sustentam uma independência exacerbada do significado em relação ao significante. Tal distinção é fruto da reflexão de Ferdinand de Saussure, considerado o iniciador da Lingüística moderna¹⁶⁸, sobre a natureza do signo lingüístico. Segundo o autor, a unidade lingüística básica, denominada "signo", tem natureza psíquica e está impressa no nosso cérebro, independentemente de sua manifestação exterior, por meio da fala ou da escrita. O signo apresenta "duas faces", ligadas por um vínculo de associação: significado e significante. O significado designa o conceito, a idéia, enquanto o significante representa a "imagem acústica", ou seja, a impressão psíquica do som no cérebro, antes mesmo de ela se manifestar por meio do aparelho fonador humano. Em termos mais simples, o significante indica aquilo que comumente se chama de "palavra" (ou seja, o sinal materialmente manifestado por meio do som ou da escrita), mas que já tem existência no mundo psíquico. Mais do que acentuar uma separação, o que Saussure tenta assinalar é a natureza dúplice do signo. Assim, a língua não constitui uma mera

¹⁶⁸ ORLANDI, Eni Pulcinelli, **O que é lingüística**, p. 20: "A Lingüística, tal como a conhecemos hoje, começa com o *Curso de Lingüística Geral, do suíço Ferdinand de Saussure*."

"nomenclatura", um conjunto de palavras que se "cola" a outro conjunto de "entes" externos ao mundo psíquico. Os signos lingüísticos são a combinação incidível de significado e significante. Um não existe sem o outro e o signo não existe sem os dois¹⁶⁹.

A relação que se estabelece entre ambos os elementos obedece a um princípio crucial para a própria viabilidade teórica e prática da taxatividade: a arbitrariedade do signo¹⁷⁰. Esta significa que o vínculo entre significante e significado não obedece a nenhuma razão intrínseca a uma suposta natureza das coisas ou dos símbolos. A maior prova disso é que uma mesma idéia está associada a diferentes significantes nas diversas línguas. Ou seja, o vínculo que se forma entre significado e significante decorre de um "hábito coletivo", ou, o que dá no mesmo, de uma "convenção", e não de alguma razão necessária imanente aos dois elementos. Uma advertência fundamental feita pelo autor, entretanto, parece não ter impressionado um certo ceticismo interpretativo radical e diz respeito à compreensão da palavra "arbitrário":

A palavra *arbitrário* requer também uma observação. Não deve dar a idéia de que o significado dependa da livre escolha do que fala (ver-se-á, mais adiante, que não está ao alcance do indivíduo trocar coisa alguma num signo, uma vez que esteja ele estabelecido num grupo lingüístico); queremos dizer que o significante é *imotivado*, isto é, arbitrário em relação ao significado, com o qual não tem nenhum laço natural na realidade.¹⁷¹

A distinção significado-significante, interna ao signo, que, por sua vez, pode ser representado externamente pela palavra oral ou escrita, foi objeto de reinterpretações¹⁷² e, na hermenêutica jurídica, está na base da

¹⁶⁹ Ferdinand de SAUSSURE, **Curso de lingüística geral**, p. 79-84.

¹⁷⁰ O outro princípio, sem interesse direto para a presente investigação, é o do "caráter linear do significante", explicado por Ferdinand de SAUSSURE, **Curso de lingüística geral**, p. 84: "O significante, sendo de natureza auditiva, desenvolve-se no tempo, unicamente, e tem as características que toma do tempo: a) *representa uma extensão*, e b) *essa extensão é mensurável numa só dimensão: é uma linha*."

¹⁷¹ SAUSSURE, Ferdinand de, **Curso de lingüística geral**, p. 83.

¹⁷² BECCHI, Paolo, **Enunciati, significati, norme**(...), p. 1-2: "Geneologicamente la distinzione tra significante e significato risale a Ferdinand de Saussure e ai suoi corsi ginevrini, tenuti fra il 1906 e il 1911. (...) Alla distinzione saussuriana si riferiscono sia Lacan, in una conferenza su Freud del 1957, sia Derrida in una conferenza del 1968 intitolata, significativamente, *La différence*. Non so quanto fedeli siano le loro reinterpretazioni, certo è che entrambi più che sul significante o sul significato insistono sulla 'sbarra' che li separa."

conhecida distinção entre disposição e norma. A disposição representaria o "enunciado" incorporado à fonte jurídica, ou, mais especificamente, à lei. Disposição significaria o texto legal. Já a norma só surgiria após a atividade interpretativa da disposição. Vale dizer, a expressão norma indicaria o significado do dispositivo legal, depois de interpretado. Norma seria a disposição interpretada, o resultado da interpretação, que teve por objeto o texto legal. Como observado, a divisão guarda analogia com as duas dimensões do signo lingüístico de Saussure: disposição-significante e norma-significado.

Ocorre que a proposta de separação radical entre enunciado normativo, como objeto da interpretação, e norma, como produto da atividade interpretativa, pode levar a exageros não descuráveis. Estabelecida uma linha divisória intransponível entre dispositivo e norma, a tal ponto que o enunciado só se revestiria de algum significado com a intervenção do intérprete, por sinal entregue a uma atividade livre de qualquer vínculo com o "significante" (em um processo que se denominou de "espiral infinita da interpretação"), o resultado de tal premissa, que não reconhece efeitos vinculantes ao dispositivo legal, é a pluralidade ilimitada de significados atribuíveis ao signo, todos encontráveis de acordo com a maior ou menor criatividade dos intérpretes. À infinidade de significados corresponderia, assim, a "insignificância" do "significante". O texto legal, "insignificante"¹⁷³, rebaixado de sua condição de "norma" para mero "dispositivo" (afinal, só a norma contém comandos, proibições e permissões, enquanto o dispositivo seria anterior a ela), representaria uma retórica inutilidade¹⁷⁴.

¹⁷³ BECCHI, Paolo, **Enunciati, significati, norme** (...), p. 7: "In fondo per lo scettico *il* significato non esiste, esistono soltanto *i* significati creati *ex novo* dalla spirale infinita dell'interpretazione, dipendenti esclusivamente dalle valutazioni degli interpreti. Dato per uno stesso enunciato un numero indeterminato di interpreti avremo dunque un numero altrettanto indeterminato di interpretazioni (e quindi di significati di quel medesimo enunciato). (...) Ma se i significati vengono a dipendere soltanto dalle scelte (fatalmente) soggettive e arbitrarie degli interpreti ciò inoltre comporta, come appunto volevasi dimostrare, che l'enunciato-significante (oggetto dell'interpretazione) sia di per sé insignificante."

¹⁷⁴ Nessa linha de ceticismo radical é enquadrável o trabalho de Rosa Maria Cardoso da CUNHA, **O caráter retórico do princípio da legalidade**, que fulmina inapelavelmente o princípio da legalidade já na introdução de sua obra, p. 17: "1. O princípio da legalidade dos delitos e das penas não constitui uma garantia essencial do cidadão em face do poder punitivo do Estado. Não determina precisamente a esfera da ilicitude penal e, diversamente do que afirma a doutrina, não assegura a irretroatividade da lei penal que prejudica os direitos do acusado. Tampouco estabelece a lei escrita como única fonte de incriminação e penas, impede o emprego da analogia em relação às normas incriminadoras ou, ainda, evita a criação de normas penais postas em

Assim, a superação da ingenuidade metodológica representada pela conhecida observação de que o juiz seria a "boca que pronuncia as palavras da lei" conduziria ao extremo oposto, ou seja, ao exagero de sustentar-se que as leis nada mais seriam do que "palavras na boca do juiz". A tese, ademais de não encontrar respaldo na teoria lingüística, subverteria os princípios da separação dos poderes e o democrático, fazendo o direito penal retroceder a tempos pré-modernos¹⁷⁵. A própria teoria analítica do delito, fundada na tipicidade, teria de ser profundamente revisada pois a conhecida função de garantia do tipo não passaria de uma ilusão.

O quadro, entretanto, não se delinea em termos tão extremos, porque a analogia levada a efeito pelo ceticismo interpretativo é incorreta. A equiparação entre dispositivo e significante, de um lado, e norma e significado, de outro, constitui uma distorção flagrante da teoria do signo lingüístico. Este, como já ressaltado, apresenta duas faces indissolúveis, já no nível psíquico: o significado e o significante. Os dois elementos, portanto, são tão intimamente ligados que não poderiam existir separadamente. O significante sem o significado é um mero ruído, um barulho irreconhecível. Aquilo que se expressa por meio da palavra escrita ou falada, ao contrário do sustentado por alguns, não é o significante, mas o signo lingüístico ! Do contrário seria ininteligível ! E mais, como salientado por Saussure, apesar dos possíveis deslocamentos na relação entre o significado e o significante, ou seja, a despeito da mutabilidade da língua, esta, como fenômeno histórico-social, de massas, é imune às iniciativas individuais¹⁷⁶. As palavras da lei, portanto, são signos lingüísticos mais ou

linguagem vaga e determinada. Em verdade, as regras do 'nullum crimen nulla poena sine lege praevia', 'nullum crimen nulla poena sine lege scripta', 'nullum crimen nulla poena sine lege stricta' possuem caráter retórico. **E isto ocorre porque o sentido das palavras da lei penal não emana de sua letra ou dos limites de sua legislação escrita.**", grifo nosso. A autora, portanto, fundamenta sua tese no ceticismo interpretativo radical já mencionado.

¹⁷⁵ Não socorreria, a propósito, nem a lembrança do direito costumeiro anglo-saxão, pois ali a decisão judicial criadora da norma tem por pressuposto a ausência de lei, além do que o mecanismo do precedente tem a função de evitar o decisionismo judicial e a incerteza jurídica. Ademais, a *Common Law* está bastante matizada por uma prolífica produção legislativa. Não se olvide, tampouco, no Direito Penal estadunidense, a existência da chamada "Void-for Vagueness Doctrine", assim sintetizada por O'Connor, T., **The limits of criminal law**, p. 3: "This requires that legislatures use clear and precise language so that people of common intelligence do not have to guess at the meaning of a law or its application. If the language of a statute or ordinance is vague, it is unconstitutional, and the law must be struck down."

¹⁷⁶ Sobre esse caráter da língua, que se altera (mutabilidade) no tempo, sem que os indivíduos isoladamente possam transformá-la (intangibilidade), vale a transcrição de algumas lições de

menos precisos, e não meros significantes¹⁷⁷. Por essa razão, a lei não é um simples texto, um tópico a mais a ser considerado ou não no raciocínio judicial, mas norma geral, elástica é bem verdade, inaplicável ao caso concreto sem o concurso do órgão judicial, mas nem por isso menos vinculante¹⁷⁸.

Estabelecidas essas ressalvas, é possível sustentar que, apesar da reconhecida imprecisão dos signos lingüísticos, a determinação do seu significado não está entregue a toda sorte de idiosincrasias, não configurando o princípio da taxatividade uma quimera sem nenhuma base de sustentação. Se a realidade legislativa apresenta exemplos de fórmulas indevidamente imprecisas¹⁷⁹, tal indicia apenas o pouco cuidado com a técnica legislativa e a pouca atenção que a doutrina e a jurisprudência têm dispensado ao tema.

Portanto, a taxatividade é um problema de natureza quantitativa, tratando-se de perseguir, na matéria penal, um nível mais rigoroso de precisão do material normativo do que em outros setores do Direito, como decorrência da teleologia peculiar do sistema criminal (marcado intensamente pela exigência de garantia).¹⁸⁰ Apresentando o material lingüístico graus distintos

Ferdinand de SAUSSURE, **Curso de lingüística geral**, p. 87-93: "A língua não pode, pois, equiparar-se a um contrato puro e simples, e é justamente por esse lado que o estudo do signo lingüístico se faz interessante; pois, se se quiser demonstrar que a lei admitida numa coletividade é algo que se suporta e não uma regra livremente consentida, a língua é a que oferece a prova mais concludente disso. (...) o signo lingüístico escapa à nossa vontade. (...) A língua, de todas as instituições sociais, é a que oferece menos oportunidades às iniciativas. A língua forma um todo com a vida da massa social e esta, sendo naturalmente inerte, aparece antes de tudo como um fator de conservação. (...) Se a língua tem um caráter de fixidez, não é somente porque está ligada ao peso da coletividade, mas também porque está situada no tempo. (...) é mister uma massa falante para que exista uma língua. (...) Como o signo lingüístico é arbitrário, pareceria que a língua, assim definida, é um sistema livre, organizável à vontade, dependendo unicamente de um princípio racional. Seu caráter social, considerado em si mesmo, não se opõe precisamente a esse ponto de vista. Sem dúvida, a psicologia coletiva não opera sobre uma matéria puramente lógica; cumpriria levar em conta tudo quanto faz ceder a razão nas relações práticas de indivíduo para indivíduo. E, todavia, não é isso que nos impede de ver a língua como uma simples convenção modificável conforme o arbítrio dos interessados, é a ação do tempo que se combina com a força social; fora do tempo, a realidade lingüística não é completa e nenhuma conclusão se faz possível."

¹⁷⁷ Antonio Luís Chaves Camargo, demonstra a importância dos estudos lingüísticos no desenvolvimento da teoria tipo e do direito penal, **Tipo penal e linguagem**, 106-111.

¹⁷⁸ CARRIÓ, Genaro R., **Algunas palabras sobre las palabras de la ley**, p. 28-29: "Los 'formalistas' y los 'realistas' están equivocados. El dilema 'o reglas inflexibles y completas o ausencia total de normatividad' es manifiestamente falso, pese a que recibe la adhesión expresa o tácita de ambos bandos. La verdad es que hay reglas y que ellas desempeñan una función primordial en la vida de toda sociedad, pero esas reglas no resuelven todos los problemas concretos."

¹⁷⁹ Mas ela apresenta também inúmeros exemplos de fórmulas determinadas.

¹⁸⁰ MANTOVANI, Ferrando, **Diritto penale**, p. 67: "Il problema cruciale della tassatività è, pertanto, quello di stabilire il *grado di determinatezza della fattispecie*, necessário e sufficiente perché tale

de precisão, a problemática da "dosagem entre rigidez e flexibilidade dos textos legislativos" é crucial em se tratando de direito punitivo.¹⁸¹

O aspecto quantitativo da imprecisão¹⁸² não tem escapado à reflexão jurídica, sendo tratado, porém, em termos metafóricos. É conhecida, a respeito, a imagem dos halos de "escuridão" e "clareza", intermediados por uma zona de "penumbra", usada para distribuir as hipóteses de fato subsumíveis ao âmbito do conceito¹⁸³. Entretanto, a construção com mais força explicativa é aquela que aponta para a lógica por detrás da noção de imprecisão. Enquanto em um conjunto clássico, determinado por meio de certo critério caracterizador, decide-se sobre a inclusão ou não de um dado elemento no grupo, em um conjunto vago o critério caracterizador liga a cada elemento do universo (no caso o lingüístico) um grau de "pertencimento" ao conjunto específico, sinalado pelo número real de um intervalo [0,1]. O esquema explicativo tem a vantagem de ressaltar o caráter contínuo e gradativo da imprecisão, a que corresponderiam decisões "mais" ou "menos" corretas, abrandando a dramaticidade das decisões, que poderia ser exagerada ao ter-se que escolher sobre a inclusão, por exemplo, entre três zonas delimitadas ("escuridão", "penumbra" e "clareza"). Trata-se,

principio possa dirsi soddisfatto."; MORESO, José Juan, **Principio de legalidad y causas de justificación**, p. 528: "La determinación de los conceptos contenidos en las disposiciones penales es una cuestión de grado y cuál deba ser el grado exigible, el umbral mínimo, depende en buena medida de la justificación de la taxatividad."; PALAZZO, Francesco, **Introduzione ai principi del diritto penale**, p. 268: "La difficoltà cui da sempre ha dato àdito il principio di determinatezza nasce per l'appunto dall'essere esso un canone non assoluto ma piuttosto di natura in definitiva quantitativa: il vizio di indeterminatezza di una norma non consiste, cioè, nella sua *totale mancanza* di significato lingüístico ma nella sua *insufficiente determinatezza*."

¹⁸¹ LUZZATI, Claudio, **Le metafore della vaghezza**, p. 118: "Il problema del 'dosaggio' fra la rigidità e la flessibilità dei testi legislativi è una questione assai delicata che non può venire affrontata senza toccare gli aspetti pragmatici e funzionali del linguaggio giuridico."

¹⁸² O termo imprecisão, em vez de precisão, soa, em termos pragmáticos, até mais adequado, uma vez que a precisão é um limite, um ideal dificilmente alcançável, constituindo a imprecisão a normalidade: "Spesso si è pensato alla vaghezza come a un'anomalia. Ma si potrebbe anche ritenere che gli insiemi non esattamente delimitati in qualche misura, l'imprecisione e la variabilità siano il caso normale, mentre la stabilità, l'invarianza e gli insiemi privi de una zona di 'frangia' siano un caso eccezionale.", LUZZATI, Claudio, **Le metafore della vaghezza**, p. 125.

¹⁸³ ENGISCH, Karl, **Introdução ao pensamento jurídico**, p. 209: "(...) podemos distinguir nos conceitos jurídicos indeterminados um *núcleo* conceitual e um *halo conceitual*. Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito. (...). Genaro R. CARRIÓ, **Algunas palabras sobre las palabras de la ley**, p. 18-19, refere três zonas: "Hay casos típicos frente a los cuales nadie en su sano juicio dudaría en aplicar la palabra en juego. Hay casos claramente excluidos del campo de aplicación del vocablo. Pero hay otros que, a diferencia de los primeros y de los segundos, no están claramente incluidos ni excluidos. Estos hechos u objetos, de clasificación dudosa, están ubicados así, en una *zona de penumbra* que circunda el área de significado claro de la palabra.". PROCURAR SUBSTITUIR ENGISCH POR PHILLIP HECK

portanto, de acolher uma lógica peculiar, que sem excluir, no limite [0 e 1], hipóteses de certeza, trabalha geralmente com alternativas abrandadas entre o mais e o menos certo, o mais e o menos verdadeiro. Até para evitar eventuais críticas de que o uso da escala numérica seria incoerente com o objeto a que se refere (imprecisão, vagueza), podendo induzir à falsa idéia de exatidão matemática em uma área que justamente não se presta a tais concepções, é que se admite a substituição por um esquema de etiquetas: "verdadeiro, bastante verdadeiro, não muito verdadeiro, etc."

Assim, impõe-se que a busca de critérios ou técnicas para efetivar a taxatividade seja feita evitando o otimismo ou o pessimismo exagerado. Ambos os extremos, ou seja, acreditar que uma precisão absoluta é possível ou que estamos todos condenados ao amorfismo lingüístico, são desaconselháveis. Os avanços em matéria de taxatividade não serão obtidos por meio da ilusória procura de soluções definitivas e completas para os problemas de imprecisão. Uma postura mais realista recomenda trabalhar com os diversos critérios disponíveis, haja vista a dimensão eminentemente pragmática das questões que envolvem a determinação taxativa.

8. TÉCNICAS DE FORMULAÇÃO NORMATIVA

8.1 TÉCNICAS DE NORMATIZAÇÃO

No plano legislativo, algumas técnicas de formulação dos dispositivos merecem apreciação sob o aspecto da taxatividade. São examinadas, primeiramente, as técnicas de "normatização sintética" e de "normatização por cláusulas gerais"¹⁸⁴.

Na técnica de normatização sintética (também chamada de técnica de "normatização por casos"), o legislador indica, conforme o caso, as condutas vedadas, o modo ou meios de execução, o objeto da ação, as classes ou condições particulares dos sujeitos ativo e/ou passivo, entre outros elementos. Já a técnica da cláusula geral indica as condutas vedadas ou mandadas com base em critérios gerais, sem preocupar-se em enumerar ou minudenciar suas características particulares¹⁸⁵.

Por meio da indicação de elementos delimitadores, a técnica de normatização sintética permite um controle mais rígido do raciocínio interpretativo, desde a identificação do ou dos critérios gerais contidos no preceito penal até a concretização da norma individual. Já a redação dos dispositivos mediante cláusulas gerais seria, em princípio, incompatível com a taxatividade, ante a falta de elementos descritivos de contenção, abrindo maior espaço à intervenção pessoal do juiz na formulação da norma individual¹⁸⁶.

Com efeito, a técnica sintética delimita o alcance da previsão legal, como é possível constatar em exemplos colhidos na legislação penal. A

¹⁸⁴ MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emilio, **Corso di diritto penale**, p. 123: "legislazione casistica e legislazione per **clausole generali**".

¹⁸⁵ Segundo Karl ENGISCH, **Introdução ao pensamento jurídico**, p. 228-229: " 'Casuística' é aquela configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria.", devendo-se entender por cláusula geral "(...) uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos."

¹⁸⁶ JESCHECK, Hans-Heirich e WEIGEND, Thomas, **Tratado de derecho penal**, p. 138, mencionam exemplo histórico de tipo incriminador teratológico previsto em uma Lei da República Soviética da Baviera, de 1919: "Cualquier contravención a los principios revolucionários será castigada. La clase de pena está sujeta a la libre discrecionalidad del Juez."

título ilustrativo, tome-se o par. 2º do art. 157 do Código Penal, contendo causas especiais de aumento da pena prevista no tipo básico do crime de roubo, que é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, de um terço até a metade.¹⁸⁷ Trata-se de hipóteses relativas a modos e meios de execução, à situação especial do sujeito ativo no momento da ação ou ao objeto material que o legislador selecionou dentro do âmbito mais amplo do tipo básico para nelas fazer incidir uma reprovação jurídica mais intensa. A técnica sintética, aqui, presta-se adequadamente à finalidade do tipo derivado, que costuma constituir uma exceção à regra geral contida no tipo básico e, portanto, por imposição lógica, é de denotação¹⁸⁸ mais limitada.

As cláusulas gerais, em regra incompatíveis com as exigências de precisão, podem ser utilizadas excepcionalmente na descrição das condutas ilícitas, desde que as palavras e sua combinação sejam hábeis a revelar com clareza a decisão valorativa do legislador, delimitando o conjunto de condutas proibidas de forma controlável intersubjetivamente. Assim, excepcionalmente, o uso de cláusulas gerais pode ser compatível com o princípio da taxatividade. Tome-se como exemplo o tipo incriminador do homicídio, previsto no Código Penal¹⁸⁹. Apesar de sua concisão, o tipo indica com clareza e suficiência o bem tutelado, permitindo um controle das condutas proibidas em bases empíricas verificáveis. À elegância da escrita legislativa, contribui no caso

¹⁸⁷ Roubo. "Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência. Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa. (...) § 2º A pena aumenta-se de um terço até metade: I -- se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma; II - se há o concurso de duas ou mais pessoas; III -- se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância; IV -- se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior; V – se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

¹⁸⁸ Nesta investigação, adota-se o par de termos conotação/denotação com os significados indicados por Hilton JAPIASSÚ e Danilo MARCONDES, **Dicionário básico de filosofia**, p. 51 e 65-66. Conotação é a "propriedade que um conceito possui de designar um ou vários caracteres que fazem parte de sua definição. Ex.: o conceito 'homem' conota ao mesmo tempo animal e mamífero" (p. 51). Denotação significa a "propriedade que um termo possui de designar todos os objetos pertencentes à classe definida pelo conceito e de abarcar toda a extensão do conceito que lhe dá sentido. Denotação e conotação são sinônimos, respectivamente, de extensão e compreensão." (p. 65). Assim, a conotação (ou compreensão) de um conceito aponta as características que o distinguem, enquanto a denotação (ou extensão) indica os objetos por ele abrangidos. Costuma-se observar que, sob o ponto de vista lógico, quanto maior for a conotação de um conceito, menor será sua denotação ("veículo de passeio, vermelho e zero quilômetro" equivale a um conjunto menor de objetos "veículo"), e vice-versa ("veículo de passeio" corresponde a um grupo maior de objetos "veículo").

¹⁸⁹ "Homicídio simples. Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos."

também a importância do bem tutelado e o forte consenso social quanto à necessidade de sua proteção, o que autoriza apenas a indicação do resultado morte, implícito no verbo nuclear "matar", pois qualquer conduta dele produtora está automaticamente vedada. O emprego da técnica casuística nesse caso seria até desaconselhável, pois agregaria dificuldades de interpretação desnecessárias. É que a tipificação da conduta ilícita, na hipótese do homicídio, está mais ligada a aspectos normativos e científicos concernentes à causalidade ou à determinação da morte do que propriamente à interpretação do significado geral da norma de proibição¹⁹⁰.

Como regra, porém, o uso de cláusulas gerais na tipificação de delitos indicia um *déficit* de legitimação do legislador, traindo, conjunta ou isoladamente, a pouca clareza quanto à definição do bem jurídico-penal a ser protegido ou quanto aos fins da decisão de criminalizar, a inépcia no uso de técnicas legislativas apropriadas ao Direito penal e a inadequação da matéria ao tratamento penal.

Mas qual seria o motivo de optar pelas cláusulas gerais, se a normatização sintética seria tendencialmente mais adequada aos propósitos de precisão? É que esta também comporta uma desvantagem: o risco de hipertrofia de dispositivos penais, decorrente do propósito do legislador de delinear minuciosamente todas as condutas passíveis de repreensão, com a conseqüente produção de textos longos e prolixos. Por paradoxal que possa soar, o agigantamento da massa de documentos legislativos também é prejudicial à clareza do sistema, dificultando o seu conhecimento pelos destinatários. Ademais, como assinalam Hans-Heirich Jescheck e Thomas Weigend, o casuismo em excesso gera problemas de desigualdade material na atividade punitiva, como conseqüência de incompletudes ou limitações no âmbito de aplicação da norma penal¹⁹¹.

Importa não confundir, portanto, a técnica de normatização sintética ou "por casos", com a técnica "casuística"¹⁹², por meio da qual o

¹⁹⁰ Mencionar exemplos relacionados à imputação objetiva e subjetiva e à compreensão científica do termo vida.

¹⁹¹ JESCHECK, Hans-Heirich e WEIGEND, Thomas, **Tratado de derecho penal**, p. 137.

¹⁹² MANTOVANI, Ferrando, **Diritto penale**, p. 69: "2) *tecnica casistica*, cioè della descrizione analitica degli specifici comportamenti incriminati, parimenti da respingere sia per ragioni di

legislador lança mão de um excessivo e desnecessário detalhamento das condutas incriminadas, criando textos normativos gigantescos, mas ao mesmo tempo lacunosos, em prejuízo da sua intelegibilidade e da isonomia na atividade punitiva. Trata-se de um desenvolvimento patológico da técnica da normatização por casos, comum nos textos penais do medievo¹⁹³.

Portanto, não é possível excluir de todo a utilização de qualquer das técnicas mencionadas (desde que observadas as suas ressalvas e dificuldades, em especial quanto às cláusulas gerais e à técnica casuística), podendo o legislador lançar mão, com o máximo cuidado e excepcionalmente, das menos recomendáveis, com o objetivo de estabelecer uma harmonia entre os extremos da abstração e concreção. Nos casos, como o do homicídio acima mencionado, em que o bem tutelado possa ser conotado adequadamente, de modo a abranger com precisão a categoria de condutas proibidas, o uso de uma fórmula geral poderá ser até o mais adequado. Nada impede, entretanto, que o legislador, tencionando estabelecer certas matizações no universo de condutas proibidas, de molde a puni-las com maior ou menor severidade, utilize a técnica casuística nos tipos derivados¹⁹⁴.

economia (e quindi, di rischi di 'elefantiasi') legislativa (illimitato essendo, fra l'atro, il grado di descrittività analitica), sia per i non scongiurati pericoli di erosioni della certezza, poichè essa può rendere inintelligibile il senso del precetto frammentario e, comunque, stimolare, con le sue inevitabili lacune legislative (non volute dal legislatore), irrefrenabili forzature della legge mediante ricorsi analogici più o meno occulti).".

¹⁹³ O Livro V das Ordenações Filipinas, promulgado em 1603 por Filipe I, Rei de Portugal, e que vigorou no Brasil até 1830 como nossa legislação penal, é um bom exemplo de utilização de técnica casística. De modo geral a descrição dos delitos que ainda guardam alguma equivalência com os atualmente existentes é tão extensa que torna proibitiva qualquer transcrição. V. "Ordenações Filipinas: livro V", organização Silvia Hunold LARA.

¹⁹⁴ Exemplo disso é o das hipóteses de homicídio qualificado, previstas no par. 2º do art. 121 do Código Penal: "§ 2º. Se o homicídio é cometido: I – mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II – por motivo fútil; III – com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; IV -- à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; V – para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime: Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos."

8.2 TÉCNICA DEFINITÓRIA

Outro instrumento útil à concretização do princípio da taxatividade é o da definição legislativa, com o qual se procura precisar o significado de certos termos utilizados¹⁹⁵, para mais bem orientar a atividade aplicativa. Essa técnica tem sido classificada por certa doutrina como espécie de interpretação autêntica (ou legislativa), ao lado das chamadas interpretações doutrinária e jurisprudencial¹⁹⁶. Entretanto, é no mínimo equívoco considerar que o legislador, quando edita dispositivos destinados a orientar a aplicação de outros emanados contemporânea ou antecedentemente, esteja realizando uma interpretação da própria obra¹⁹⁷. A lei colocar-se-ia na excêntrica posição de sujeito e objeto da interpretação. É certo que o legislador, quando concretiza suas decisões de política criminal no dispositivo normativo, em consonância com o balizamento constitucional, também realiza interpretação, mas da Constituição Federal ou até mesmo da legislação já existente. Quando, porém, suas

¹⁹⁵ Exemplo de definição legislativa encontrável na Parte Geral do Código Penal concerne à figura da reincidência: "Art. 63. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. Art. 64. Para efeito de reincidência: I -- não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.". Na Parte Especial, de mencionar-se a definição de funcionário público: "Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública."

¹⁹⁶ Segundo lição conhecida, a classificação obedece ao critério do sujeito que realiza a interpretação, sendo a autêntica levada a efeito pelo próprio legislador e, portanto, obrigatória. Os exemplos mencionados correspondem a definições legislativas: o art. 327 (já mencionado), os pars. 4º e 5º do art. 150 (definições positiva e negativa do termo "casa" no delito de violação de domicílio). Adotam a distinção, na doutrina brasileira, entre outros: MIRABETE, Julio Fabbrini, **Manual de direito penal**, p. 51; JESUS, Damásio E. de, **Direito penal**, p. 34-36; LEAL, João José, **Direito penal geral**, p. 109; ANDREUCCI, Ricardo Antonio, **Curso de direito penal**, p. 11; GARCIA, Basileu, **Instituições de direito penal**, p. 157-158; CAPEZ, Fernando, **Curso de direito penal**, p. 33; NORONHA, Magalhães E., **Direito penal**, p. 72; DOTTI, René Ariel, **Curso de direito penal**, p. 254; BRUNO, Anibal, **Direito penal**, p. 218-219; PEDROSO, Fernando de Almeida, **Direito penal**, p. 33; HUNGRIA, Nelson, **Comentários ao código penal**, v. I, tomo I, p. 63; FRANÇA, Rui Limongi, **Hermenêutica jurídica**, p. 6.

¹⁹⁷ Também faz ressalva quanto a tal entendimento Heleno Cláudio FRAGOSO, **Lições de direito penal**, p. 100.

valorações se realizam por meio da fixação das palavras texto escrito, elas assumem a mesma natureza do documento que as contém, sendo errôneo considerar os dispositivos correspondentes interpretação autêntica (que é ação e não resultado, produção e não produto).

Portanto, aqueles exemplos comumente mencionados na doutrina, como a noção de funcionário público prevista no art. 327 do Código Penal Brasileiro, constituem mais propriamente uma técnica legislativa (de definição) destinada a orientar a interpretação/aplicação. A idéia de interpretação autêntica só serve, ao cabo, para dificultar o entendimento da atividade legiferante e encobrir a sua verdadeira natureza. É ilusório sustentar que a norma na qual se contém uma "interpretação autêntica" não pudesse ela mesma, com um simples etiquetamento, ser interpretada, exigindo-se que o aplicador se ativesse a um quimérico significado "autêntico" emanado do dispositivo legal. Outro grave inconveniente decorrente da adoção da interpretação autêntica resulta da denominada norma interpretativa posterior, que seria destinada a interpretar uma norma penal anterior. É que em sendo meramente interpretativa e não um dispositivo criminalizador, a lei posterior poderia vigorar *ex tunc*, com prejuízo ao princípio da anterioridade¹⁹⁸. Alguns, dando-se conta do efeito retroativo inerente à interpretação autêntica, tentam debalde salvá-la da objeção de inconstitucionalidade, sustentando que só seria verdadeira interpretação autêntica aquela que esclarecesse o significado do dispositivo precedente, sem produzir inovações na matéria regulamentada¹⁹⁹. Ora, o critério é tão fugidio e inoperante, que só contribui para causar maior confusão, tornando incontrolável intersubjetivamente a figura da interpretação autêntica. Esta, com ou sem remendos, só serve como expediente de burla à proibição da irretroatividade das normas criminalizadoras, com todos os perigos que isso representa em termos de

¹⁹⁸ Por exemplo, essa é a lição, sem qualquer ressalva, de Fernando CAPEZ, **Curso de direito penal**, p. 33: "Obs.: a norma interpretativa tem efeito *ex tunc*, uma vez que apenas esclarece o sentido da lei."

¹⁹⁹ JESUS, Damásio E. de, **Direito penal**, p. 36, invocando lição de Asúa: "A norma de interpretação, afastando a incerteza acerca da compreensão e extensão do dispositivo contido em lei anterior, pela sua própria essência, tem efeito *ex tunc* e não somente *ex nunc*: retroage a partir da vigência da lei a que se liga. Se, porém, tratando-se de lei nova, modificar as disposições preexistentes, não será puramente, norma interpretativa, e é óbvio que não poderá retroagir se foi mais gravosa."

garantia. A melhor solução é mesmo bani-la da doutrina e da jurisprudência, por ofensa ao princípio da legalidade.

É legítimo, diante da legalidade penal, que o legislador se empenhe em precisar o máximo possível as linhas divisórias da licitude/ilicitude penal. Para tanto, nada impede e até é recomendável o recurso à técnica definatória que, evidentemente, está sujeita à interpretação do órgão aplicador, como qualquer outra norma.

O que se procura com a técnica da definição é estabelecer parâmetros mais precisos de aplicação de certos institutos jurídicos, evitando que o silêncio legislativo propicie margens indesejadas de insegurança jurídica provocadas por intermináveis debates doutrinários e jurisprudenciais. Nesse contexto, poderia vir à lembrança a conhecida advertência doutrinária segundo a qual toda definição, em sede legal, seria perigosa (*omnis definitio in jure periculosa*)²⁰⁰. Entretanto, em se tratando de um ramo jurídico estreitamente aferrado à legalidade, a repetida idéia de que as definições devem ser deixadas à doutrina, para não atrapalhar a evolução científica, deve ser relativizada²⁰¹.

É questionável que uma legislação penal mais precisa, na qual se reflitam claras decisões de política criminal, possa representar um obstáculo ao desenvolvimento da reflexão penalística. Ocorre que esta, por suas próprias características, apresenta uma maior liberdade criativa, que a legislação e a jurisprudência penais não podem permitir-se sob o risco de comprometimento dos direitos fundamentais envolvidos. No direito penal, os frutos da imaginação dos doutos devem, em especial se acarretarem efeitos criminalizadores, ser

²⁰⁰ Segundo Alberto CADOPPI, **Il problema delle definizioni legali nel diritto penale**(...), a expressão provém da lição de Iavolenus, jurista romano, nascido na metade do século I d.c.: '*Omnis definitio in jure civili periculosa est: parum est enim ut non subverti possit*' (Iav., l. 202 De Reg. Jur.)', embora não refletisse preocupação de todo coincidente com a questão do uso das definições no Direito Penal.

²⁰¹ CADOPPI, Alberto, **Il problema delle definizioni legali nel diritto penale**, p. 6: "È bene precisare subito che il problema delle definizioni legislative assume nel *diritto penale* un rilievo ed una coloritura tutta speciale. È solo in questa branca del diritto, infatti, che vige un rigoroso *principio di legalità* (che si specifica nei sottoprincipi di riserva di legge, di tassatività e di irretroattività), ed è vietata l'analogia. In questa materia dunque, ancor più che nel diritto civile od in altre branche del diritto, è indispensabile la discussione della questione posta dalla massima di Iavoleno. Ritenere che le definizioni legislative siano *pericolose* nel diritto penale potrebbe essere essa stessa affermazione *pericolosa* (si potrebbe paradossalmente dire: la stessa massima di Iavoleno, come egli medesimo, formulandola, sosteneva, non poteva che essere *pericolosa* come ogni altra *regula juris*, perché suscettibile di essere sovvertita...). Ciò almeno da quando, coll'Illuminismo, il principio di legalità si è affermato con forza *in criminalibus*."

primeiro submetidos ao crivo do legislador, para só então terem eficácia na vida cotidiana. É que, ao contrário de outros ramos jurídicos, não é lícito exigir-se do cidadão o poder de prever futuras decisões penalizantes, submetendo-o a uma angustiada incerteza sobre a licitude ou não de seus comportamentos, mormente quando a ameaça estatal é de perda (ainda que transitória) do direito de liberdade. Trata-se de um preço constitucionalmente muito alto a pagar pelas autonomias científica e judicial.

À luz da legalidade penal, o uso da técnica definitória, ao contrário de ser *periculosa*, é recomendável²⁰². É evidente que, como qualquer outra técnica, o seu uso não representa nenhuma solução mágica, devendo obedecer a certas cautelas ditadas pela experiência e pela reflexão. Segundo Alberto Cadoppi, o uso de certas definições mostra-se problemático, não contribuindo para o aumento da certeza e precisão, caso em que elas deveriam integrar uma espécie de *index definitionum prohibitarum*. No elenco de definições "perigosas" poder-se-ia incluir as definições inúteis, as "científico-dogmático-doutrinárias", as contraditórias, as privas de consenso doutrinário, as incompatíveis com a praxe aplicativa consolidada, as muito genéricas, etc. Como se constata, a norma definitória só apresentará alguma vantagem sob o prisma da taxatividade se ela própria for formulada com suficiente precisão e clareza. O importante, quanto ao tema, é não adotar nem uma postura ingênua em face da potencialidade "clarificadora" da técnica definitória, nem se entregar a um radical ceticismo, desperdiçando-se a sua utilidade, ainda que limitada, para o processo de criação legislativa²⁰³.

²⁰² CADOPPI, Alberto, **Il problema delle definizioni legali nel diritto penale**, p. 19: "Un codice penale ispirato alla Costituzione non potrà che mirare alla più ampia osservanza del principio di legalità, ed in particolare del sottoprincipio di *tassatività* cui si collega il principio di *frammentarietà*. Cosicché -- visto che le definizioni sono quegli strumenti di cui il legislatore si serve, *in primis*, al fine di dare maggior tassatività alla legge -- si può dire che un codice penale a tali principi ispirato non potrà che fare *il più ampio uso possibile di definizioni*. Tutto ciò che può essere definito, in altre parole, *dovrà essere definito*. Dunque: la doverosità dell'impiego di una definizione, nel diritto penale, si presume sino a prova contraria. Solo se vi sono 'buone ragioni' per non definire, si può evitare di ricorrere alla definizione."

²⁰³ CADOPPI, Alberto, **Il problema delle definizioni legali nel diritto penale**, p. 27-28: "(...), non bisogna però essere né troppo ingenui, né troppo scettici. L'ingenuo potrebbe credere che una definizione ben congegnata si possa affermare *in toto* nell'applicazione giurisprudenziale; lo scettico potrebbe ritenere che ogni definizione é inutile, in quanto destinata a frantumarsi contro le scogliere inesorabili del 'diritto vivente'. Entrambi sarebbero in errore. Una definizione non potrà mai affermarsi *in toto* --e l'ingenuo ha torto --; ma allo stesso tempo essa non sarà, se ben

Assim, as definições legislativas são verdadeiramente disposições normativas que podem abranger, em princípio, qualquer matéria penal, seja da parte geral, seja da parte especial. Renunciando ao seu emprego, quando tecnicamente viável e necessário à correta regulamentação do sistema penal, o legislador estaria abandonando sua missão de concretizar a política criminal segundo os parâmetros constitucionais do Estado de Direito, para transferi-la indevidamente ao alvedrio do juiz, submetendo os cidadãos ao "arbítrio de milhares de soberanos".²⁰⁴ É possível, como já assinalado, que certas definições legislativas, na prática, possam revelar-se inidôneas ao escopo de precisão, o que apenas significará que a técnica em tela foi mal utilizada²⁰⁵.

8.3 ELEMENTOS DESCRITIVOS E NORMATIVOS

Outra técnica de formulação dos textos penais, muito utilizada na formulação dos tipos incriminadores, é a do uso dos denominados elementos descritivos e normativos.

Os elementos ou conceitos descritivos referem-se àqueles termos ou palavras que designam diretamente objetos da realidade natural, empírica, acessíveis à consciência por meio dos sentidos²⁰⁶. Inserem-se nessa

congegnata, affatto 'inutile' -- e lo scettico ha torto --: infatti essa avrà modo almeno 'tendenzialmente' di dirigere l'applicazione giurisprudenziale."

²⁰⁴ MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emilio, **Corso di diritto penale**, p. 130.

²⁰⁵ Para Francesco Palazzo, **Introduzione ai principi de diritto penale**, p. 267, quanto à possível contribuição à taxatividade que possam dar as definições legais, a questão não é simples nem unívoca, dependendo ela do modo como as definições possam ser redigidas.

²⁰⁶ A noção acima é meramente operacional, sem a pretensão de sobrepor-se à farta elaboração doutrinária já existente. Sirva de exemplo, a seguinte: "São elementos descritivos aqueles cujo conhecimento se opera por meio de simples verificação sensorial, o que ocorre quando a lei se refere a *membro, explosivo, parto, homem, mulher, etc.* A identificação de tais elementos dispensa qualquer valoração.", in FRAGOSO, Heleno Claudio, **Aspectos da teoria do tipo**, p. 26. Veja-se a noção apresentada por Franco BRICOLA, **La discrezionalità nel diritto penale**, p. 167: "(...) elementi *descrittivi* ossia (...) segni linguistici que esprimono, o, almeno, dovrebbero esprimere, senza bisogno di alcuna mediazione una certa realtà naturalistica."

categoria, v.g., termos como "coisa", "homem", "mulher", "marco", "tapume", "terreno", "gado", "animais", "veículo automotor", "incêndio", etc.

Já os elementos ou conceitos normativos só alcançam os dados da realidade física ou psicológica por meio da intermediação de normas ou conjunto de normas jurídicas ou extrajurídicas. Vale dizer, demandam do aplicador a realização de certos juízos de valor para a seleção do dado relevante à tipificação²⁰⁷. São, assim, termos jurídicos como "cheque", "documento", "casamento", "função pública", ou normativos extrajurídicos, como "ato obsceno", "mulher honesta", "dignidade", "decoro" ou "saúde mental".

É preciso advertir, novamente aqui, para o caráter tipológico de tais categorias, reconhecendo-se a impossibilidade, na prática, da "pureza" dos critérios. Ou seja, os elementos descritivos suscitam predominantemente uma atividade cognitiva, ao passo que os normativos são tendencialmente valorativos. É impossível suprimir a dimensão valorativa dos juízos cognitivos, como tampouco é viável sustentar a ausência do aspecto intelectual nos juízos valorativos.²⁰⁸ Aliás, aqueles autores que, em relação ao tipo (no qual as exigências da taxatividade se fazem mais prementes), assinalam ser este o resultado de um juízo valorativo e teleológico realizado pelo legislador (pois o tipo necessariamente se destina à proteção de algum bem jurídico), admitem que, sob tal prisma, todos os elementos do tipo são normativos²⁰⁹. Isso, entretanto, não

²⁰⁷ Segundo Eduardo CORREIA, **Direito criminal**, p. 283, v. 1, os elementos descritivos exigem do juiz "uma pura actividade intelectual de verificação" SIC, enquanto os elementos normativos impõem "ao juiz uma actividade normativa, um juízo de valor, seja ele jurídico ou cultural" SIC.

²⁰⁸ Nesse sentido, ROXIN, Claus, **Derecho penal**. Parte General. Tomo I, p. 307: "Por consiguiente, desde este punto de vista no importa tanto la (casi imposible) separación de elementos descriptivos y normativos, cuanto reconocer que la mayoría de los elementos del tipo son una mezcla de elementos normativos y descriptivos, en los que tan pronto predomina un factor como el otro."

²⁰⁹ PADOVANI, Tullio, **Diritto penale**, p. 99: "in termini di stretto rigore, tutti gli elementi del fatto presentano un certo grado di normatività: anche quelli descrittivi postulano pur sempre il riferimento ad un parametro, che in essi è dato dall'esperienza comune. Ma non vi è dubbio che negli elementi descrittivi il parametro è talmente diffuso nel contesto sociale, e talmente immedesimato nelle caratteristiche proprie dell'oggetto, da non determinare alcuna scissione tra momento percettivo e momento valutativo; mentre negli elementi normativi il momento percettivo resta muto se non è adeguatamente correlato al parametro che ne definisce il valore." FRAGOSO, Heleno Cláudio, **Aspectos da teoria do tipo**, p. 27: "A relatividade dessa distinção tem sido assinalada por muitos autores e é, a nosso ver, irrecusável. Mesmo os conceitos *descritivos* adquirem, em regra, por sua introdução na lei, referência a valores jurídicos e caráter teleológico. Isso pode ver-se, por exemplo, com o conceito de *embrião* e *homem*, para o efeito de determinar-se o momento a partir do qual há homicídio, e não aborto. Não há dúvida, porém, de que há características no tipo de conteúdo essencialmente fático, em completa concordância com

impede, como reconhecido pelos mesmos autores da observação, que a terminologia sob comento expresse matizações relevantes, com conseqüências inclusive para a teoria do delito (v.g., a disciplina do erro)²¹⁰.

Do prisma da taxatividade, seria de supor que o uso exclusivo ou predominante de elementos descritivos pudesse conduzir a índices ótimos de precisão e clareza. A própria doutrina recomenda preferência no seu uso e moderação quanto aos elementos normativos²¹¹. Entretanto, é impossível prescindir destes últimos, que podem até ser preferíveis aos conceitos descritivos, por sua maior capacidade de síntese. O uso excessivo de descrições pormenorizadas pode, com efeito, provocar uma exagerada fragmentação descritiva da ilicitude penal, a ponto de não se poder identificar um critério valorativo homogêneo capaz de vincular todas as hipóteses de conduta proibida à proteção de um bem jurídico definido. O detalhismo desmedido também pode conduzir à "elefantíase" da legislação, prejudicando a sua inteligibilidade pelos destinatários.

A despeito das orientações gerais apresentadas, releva anotar que os termos descritivos apresentam graduações não descuráveis sob o aspecto da precisão. O elenco pode oscilar entre elementos com alto grau de determinação, como os conceitos numéricos, empregados, por exemplo, nos tipos delitivos de quadrilha ou bando²¹², abandono material²¹³, aumento de despesa

o uso verbal sobre o dado objetivo que indicam, em relação aos quais o juiz se limita a pura atividade cognoscitiva."

²¹⁰ Claus ROXIN, **Derecho penal**. Parte General. Tomo I, p. 304-5, assinala a importância da distinção tanto para o processo de distinção das categorias da tipicidade e antijuridicidade, quanto para a teoria do dolo, porque os elementos descritivos exigiriam uma "percepção sensorial", enquanto os normativos uma "compreensão espiritual". Ademais, os elementos normativos do tipo assumem singular relevância no estudo da distinção entre erro de tipo e erro de proibição.

²¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, **Derecho penal**. Parte General, p. 258: "Se debe ser parco en la utilización de *elementos normativos* ('acreedor', 'insolvencia', 'ajenidad', etc.), que implican siempre una valoración y, por eso, un cierto grado de subjetivismo, y emplear, sobre todo, *elementos lingüísticos descriptivos* que cualquiera pueda apreciar o conocer en su significado sin mayor esfuerzo: 'matar', 'daños', 'lesiones', etc".

²¹² Artigo 288 do Código Penal: "Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena - -- reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.", grifo nosso.

²¹³ Artigo 244 do Código Penal: "Deixar, sem justa causa, de prover à subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos, ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou valetudinário, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, de um a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.", grifo nosso.

total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura²¹⁴, ou na hipótese de presunção de violência nos crimes contra os costumes²¹⁵, até elementos descritivos que apresentem um âmbito extenso de casos incertos (a chamada zona cinzenta), conjuntamente com aqueles inseridos no denominado "núcleo de certeza".

Com efeito, pode haver até mesmo elementos conotativos de quantidade ou tempo, sem expressa referência numérica, dotados de significativa elasticidade. Assim, por exemplo, na primeira hipótese, os termos do artigo 54, *caput*, da Lei nº 9.605/98 (de proteção ao meio-ambiente), que criminaliza a conduta de causar poluição de qualquer natureza "**em níveis tais** que resultou **ou possam resultar em danos** à saúde humana" (grifo nosso). Exemplo da segunda hipótese pode ser a expressão "noite", utilizada como qualificadora do delito de violação de domicílio²¹⁶ ou como agravante nos crimes ambientais²¹⁷. Em se tratando de termos elásticos, que apresentam núcleos de certeza denotativa, ao lado de margens relativamente amplas de incerteza, em que o objeto ou situação pode, como também não pode, ser incluído no âmbito de significação, tudo dependendo dos diversos critérios adotados, impõe-se redobrada cautela ao legislador. Tais elementos só serão admissíveis, sob o prisma da taxatividade, se puderem ter sua elasticidade reduzida em limites seguros por meio da combinação com outras palavras, do contexto do dispositivo legal e da clara indicação do bem jurídico protegido. Em outros termos, se o texto puder fornecer dados de referência às interpretações sistemática e teleológica a serem levadas a efeito pelo órgão aplicador.²¹⁸

²¹⁴ Art. 359-G do Código Penal: "Ordenar, autorizar ou executar ato que acarrete aumento de despesa total com pessoal, nos **180 (cento e oitenta)** dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos."

²¹⁵ Artigo 224 do Código Penal: "Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de **14 (catorze)** anos; (...)", grifo nosso.

²¹⁶ § 1º do art. 150 do Código Penal: "Se o crime é cometido durante a **noite**, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas.", grifo nosso.

²¹⁷ Art. 15, inc. II, letra "i", da Lei nº 9.695/98: "Art. 15. São circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...) II – ter o agente cometido a infração: (...) i) à **noite**; (...)"

²¹⁸ Segundo Franco BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, p. 175, "(...) l'esigenza di tassatività non deve necessariamente condurre a neutralizzare i casi di elasticità necessaria della norma penale, che svolgono per essa la funzione di organi respiratori, ma soltanto assicurare un'interpretazione che salvaguardi l'univocità del segno linguistico."

Quanto aos elementos normativos, à afirmação geral de que atenuam a precisão das disposições penais, enfraquecendo a função de garantia do tipo, devem ser feitas algumas relativizações²¹⁹. À semelhança do que ocorre com os elementos descritivos, os normativos podem apresentar graus diferentes de precisão, nada obstando que possam atingir níveis de suficiente taxatividade. Para tanto, é necessária, na lição de Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini, a conjugação de dois requisitos, a seguir examinados.

Primeiramente, o elemento normativo deve indicar claramente o critério valorativo com base no qual devem ser identificados os aspectos relevantes para a qualificação da conduta como típica²²⁰. Assim sucede com termos encontráveis na lei brasileira como "cheque", "conhecimento de depósito", "documento", "casamento" ou "função pública", para cuja compreensão contribuem os paradigmas já elaborados por outros ramos do direito. O mesmo, entretanto, já não se pode afirmar de "ato obsceno"²²¹, cujo sentido remete a critérios valorativos heterogêneos e cuja elasticidade não diminui sequer com sua inserção no capítulo dos crimes de "ultraje público ao pudor"²²².

Em segundo lugar, à precisão do critério de valor deve-se agregar a determinação do "âmbito e conteúdo das normas que servem para aplicar a qualificação normativa ao caso concreto"²²³. Ou seja, o parâmetro valorativo deve-se reportar a um conjunto mínimo de regras disciplinadoras, como ocorre, por exemplo, com o termo "cheque", acima referido, cuja regulamentação jurídica é bastante desenvolvida, podendo o intérprete/aplicador a ela remeter-se

²¹⁹ Citar Fragoso, **Teoria do tipo**, p. 27, em último caso, caso não encontre outra fonte (Frederico Marques seria interessante).

²²⁰ MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emilio, **Corso di diritto penale**, p. 136.

²²¹ Art. 233 do Código Penal: "Praticar **ato obsceno** em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena -- detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.", grifo nosso.

²²² O que não significa sustentar a inviabilidade da tipificação sob o argumento da inviabilidade de enquadramento legal da matéria. O que o princípio da taxatividade demandaria, em tais casos, é um maior esforço de aperfeiçoamento terminológico pelo legislador. Uma postura básica a seguir talvez fosse a de restringir a reprovação penal aos ambientes públicos, como o faz a legislação brasileira, e segundo o critério da excepcionalidade e não o da média do sentimento de pudor, punindo-se apenas o absolutamente inusitado e excepcional ou anormal. Assim, por exemplo, o sexo explícito em plena via pública, durante o dia, sob o "olhar geral" dos curiosos, ou mesmo, nas proximidades de um educandário. [Estariam excluídos, assim, todos aquelas condutas que, embora não adotadas pela maioria, não fogem aos padrões de normalidade, como beijos em público ou *top-less* na praia. Qualquer política penal de costumes, por sinal, deve-se restringir ao mínimo dos mínimos, sendo certo que o Direito Penal não é o instrumento adequado para sua regulação.]

²²³ MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emilio, **Corso di diritto penale**, p. 137.

para a fixação do âmbito do punível. Ao revés, a já mencionada expressão "ato obsceno" serve também para exemplificar a inexistência de um modelo de disciplina a que vincular o já por si mesmo fugidio critério valorativo.

Com base nos dois requisitos de taxatividade mencionados, isto é, critério valorativo determinado e remissão a um preciso conjunto de disciplina, é possível examinar dois subgrupos de elementos normativos costumeiramente apontados na doutrina: os jurídicos e os extrajurídicos.

Os elementos normativos jurídicos, cuja valoração é guiada por normas jurídicas propriamente ditas, são tendencialmente precisos e, pois, idôneos à utilização pelo legislador. Termos ou expressões como aqueles já referidos ("cheque", "conhecimento de depósito", "documento", "casamento" ou "função pública") apresentam-se suficientemente delimitados por critérios e conjuntos de disciplina longamente maturados pela reflexão jurídica, prestando-se satisfatoriamente à construção dos textos penais. Ressalve-se, entretanto, haver apenas uma tendência à precisão, pois usuais, principalmente naqueles ramos jurídicos menos atrelados à legalidade, os termos e conceitos jurídicos elásticos e indeterminados.²²⁴

Já os elementos normativos extrajurídicos, ligados a valorações segundo critérios ético-sociais, apresentam uma maior precariedade em termos de precisão²²⁵. Considerando sua larga abertura aos influxos valorativos de toda natureza, conjugada à heterogeneidade e complexidade das sociedades democráticas atuais, tais conceitos devem ser usados com redobrada cautela e fortemente restringidos por meio de fórmulas legislativas minimamente detalhadas²²⁶.

Entre os elementos normativos, de particular interesse revelam-se os conceitos normativos técnicos, ou seja, aqueles que introduzem nos dispositivos penais critérios de qualificação dos fatos segundo as regras técnicas de execução de determinada atividade humana. Trata-se, de modo

²²⁴ Dá para mencionar o Karl Larex e o Engisch.

²²⁵ Entre outros: "ato obsceno" – art. 233 do Código Penal; "mulher honesta" – arts. 215, 216 e 219 do Código Penal; "dignidade ou decoro" – art. 140 do Código Penal.

²²⁶ Franco BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, p. 188-9, considera que os elementos normativos jurídicos não apresentam, em tese, problemas de indeterminação. Segundo ele, em havendo dúvida sobre o caráter jurídico ou extrajurídico do elemento normativo utilizado pelo dispositivo, o intérprete deve optar pela solução mais restritiva, por imposição do princípio da taxatividade.

geral, de recomendações recolhidas pela teoria e prática de alguma profissão, ofício ou arte, voltados para a máxima perfeição, lucratividade, eficiência ou beleza, com o mínimo possível de esforço, custos ou riscos. Representam, também, a sabedoria acumulada pela experiência comum e compartilhada entre os integrantes daquele determinado setor de atividade, indicando as técnicas, procedimentos e ações mais apropriadas ao *télos* respectivo. As regras técnicas vinculadas à segurança de terceiros podem, caso seu desatendimento conduza a resultados penalmente relevantes, ser, assim, "juridicizadas", passando a integrar os elementos normativos técnicos correspondentes.

Quando tais regras técnicas são expedidas por meio de atos normativos do poder público (por meio de leis, regulamentos, portarias, circulares, etc.) ou de entidades privadas ligadas ao setor específico de atividade (códigos de ética, regulamentos internos, orientações, etc.), são elas consideradas como elementos normativos jurídicos de natureza técnica²²⁷. Na hipótese de integrarem o conjunto de diretivas não-escritas, as chamadas "regras da arte" de uma determinada atividade, essas regras incorporam-se aos elementos normativos extrajurídicos de natureza técnica. Ambas as espécies de regras técnicas costumam concorrer para a caracterização dos crimes culposos e dos crimes omissivos impróprios, aos quais correspondem os chamados "tipos abertos", nos quais a concretização das condutas proibidas depende em grande medida de elementos extratípicos. Em tais casos, as regras técnicas escritas costumam apresentar, de modo geral, um grau de precisão maior que as não-escritas.²²⁸

Os "riscos de imprecisão" implicados na remissão a elementos normativos extrajurídicos de natureza técnica são consideráveis, impondo-se extrema cautela no seu emprego para o fim de qualificar penalmente as condutas atentatórias a bens jurídicos relevantes. Tais perigos podem ser obviados, entretanto, desde que as regras técnicas extrajurídicas sejam precisamente "individuáveis" e inequivocamente radicadas na "arte" da respectiva

²²⁷ Por exemplo, os crimes culposos de trânsito para cuja concretização concorrem as normas do Código de Trânsito Brasileiro.

²²⁸ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio, **Corso di diritto penale**, p. 141-142.

atividade, além de "difusas e consolidadas" na área de atuação a que pertencem²²⁹.

De observar-se, ainda, que, independentemente do conceito utilizado, a precisão dos modelos legais de conduta proibida pode ser comprometida quando o tipo se restringe a um único termo ou à mera referência ao bem jurídico protegido, sem qualquer menção às formas de conduta causadoras de risco ou lesão²³⁰. É certo que, em alguns casos, tais tipos (chamados de "tipos de conduta livre") se justificam pela importância do bem protegido (como no caso do homicídio ou lesão corporal), mas, à exceção de tais casos, fazer coincidir, em determinada matéria, a extensão da ilicitude penal com a da extrapenal implica a inobservância do princípio da legalidade e a ilegítima maximização do direito penal²³¹.

Todo o exposto, portanto, desautoriza asserções apodíticas de que, por força do princípio da taxatividade, deva ser privilegiado o uso de elementos ou conceitos descritivos e evitado o de elementos normativos. As

²²⁹ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio, op. cit., p. 142-143.

²³⁰ "Rixa Art. 137. Participar de rixa, salvo para separar os contendores: Pena -- detenção, de 15 (quinze) dias a 2 (dois meses), ou multa". A propósito, a Lei nº 4.898/65, que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade, contém alguns tipos de abertura perigosa, como os contidos no art. 3º: "Constitui abuso de autoridade **qualquer atentado**: a) à liberdade de locomoção; b) à inviolabilidade do domicílio; c) ao sigilo da correspondência; d) **à liberdade de consciência e de crença**; e) ao livre exercício do culto religioso; f) **à liberdade de associação**; g) aos **direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto**; h) ao **direito de reunião**; i) à incolumidade física do indivíduo; j) aos **direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional**.", grifo nosso. Aqui, a mera referência ao bem jurídico, com a criminalização de "qualquer atentado" a ele dirigido, é exemplo de técnica tipificadora de duvidosa constitucionalidade. Só aquelas modalidades remissíveis a algum tipo corretamente delineado são passíveis de salvação, como nos casos das letras "a" (arts. 146 a 149 do Código Penal), "b" (art. 150 do Código Penal), "c" (arts. 151 e 152 do Código Penal), "e" (art. 208 do Código Penal), "g" (crimes eleitorais) e "i" (arts. 129 do Código Penal, 209 do Código Penal Militar e 21 da Lei de Contravenções Penais). Quanto aos demais, não salvação constitucional, por absoluta imprecisão. Punir qualquer atentado à liberdade de consciência e de crença, ao livre exercício do culto religioso, à liberdade de associação, ao direito de reunião e aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional equivale a tudo punir, sem nada dizer.

²³¹ Por essa razão é que o art. 184, "caput", do Código Penal --"Violar direito autoral: Pena -- detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano" -- é incompatível com o princípio da taxatividade. O tipo é de redação compreensível, mas sua área de incidência é tão ampla que coincide com todo o Direito Autoral. Ademais, a falta de menção de qualquer critério restritivo tornaria qualquer tentativa jurisprudencial salvacionista inconstitucional, pois a atividade legiferante do órgão julgador seria manifesta. Curiosamente, esse exemplo serve para evidenciar que a fragmentariedade e a subsidiariedade do Direito Penal fundam suas raízes primariamente no princípio da legalidade e que, ainda que não reconhecido o princípio da intervenção mínima, o legislador estaria obrigado ao dever de contenção decorrente. Para piorar a redação do tipo, a Lei nº 10.595, de 1º de julho de 2003, deu nova alteração ao dispositivo apontado: "Art. 184. Violar direitos de autor e **os que lhe são conexos**: Pena -- detenção, de 3 (três meses) a 1 (um) ano, ou multa", o grifo é nosso.

ressalvas feitas acima, ao contrário, levam à possibilidade de utilização de ambos (embora algumas de suas modalidades sejam, como assinalado, mais propensas à imprecisão), desde que o dispositivo em seu conjunto e em sua inserção sistemática apresente suficiente precisão²³².

Com efeito, não existe um único critério cuja amplitude e profundidade seja suficiente para servir de parâmetro apriorístico de aferição e observância da taxatividade penal, não sendo de desprezar-se o critério lingüístico e muito menos os aportes hermenêuticos, como a definição dos fins e interesses da norma. Acresça-se que o nível de determinação vai depender em significativa medida do grau de desenvolvimento da cultura penalística e igualmente do maior ou menor prestígio de que goze a magistratura no seio de dada sociedade.

8.4 CRITÉRIOS GERAIS DE PRECISÃO

As considerações já feitas sobre a problemática da precisão, suas limitações e potencialidades, serão úteis no exame de algumas propostas que pretendem fundar em critérios únicos e gerais o tratamento de todas as questões relativas à taxatividade. De apontar, por exemplo, as sugestões de variação da taxatividade das normas penais na proporção direta ou inversa da importância do bem protegido. Desse modo, segundo alguns, o nível de precisão das normas penais incriminadoras deveria diminuir progressivamente com o

²³² A propósito, as conclusões de Franco BRICOLA, **La discrezionalità nel diritto penale**, p. 188: "Quanto agli elementi meramente descrittivi, si ha *indeterminatezza* allorquando, malgrado ogni sforzo ermeneutico, il segno linguistico non riesce ad esprimere univocamente la realtà naturalistica richiamata; quanto agli elementi elastici a carattere quantitativo o temporale, allorquando estremamente ampia risulta la zona di 'possibili decisioni' (...) o ristretto il margine positivo o negativo di sicurezza; quanto, infine, agli elementi normativi in senso ampio, laddove il segno linguistico non riesce a connotare il parametro valutativo ovvero quest'ultimo non è in grado di esprimere univocamente la regola per il caso concreto. Nessuna margine, per lo meno diretto, di indeterminatezza è, viceversa, possibile per gli elementi normativi giuridici."

aumento de importância do bem jurídico penalmente protegido²³³, ou seja, quanto maiores fossem as exigências de tutela penal, menor deveria ser o rigor na utilização do princípio da taxatividade. Na mesma linha de reflexão, porém no sentido reverso, a sugestão de elevar-se os níveis de taxatividade à medida que crescesse em relevância o interesse tutelado pela norma penal.²³⁴ Tais critérios, entretanto, não são de merecer acolhida, pois seria injustificável transigir com a proteção da liberdade individual, modulando-a em função da importância do bem protegido. Tal juízo de proporcionalidade deve ser realizado no âmbito da pena e não no da definição do ilícito, dado a natureza fundamental do direito à liberdade física. Ademais, a implicação direta entre taxatividade e culpabilidade conduziria, em sistemas pouco rigorosos no tratamento do erro de proibição, a situações de responsabilidade objetiva. Não é despidendo ponderar, ainda, que tais construções poderiam dar azo à manipulação das penas com o fim de contornar os rigores da taxatividade.

Outro critério proposto é o denominado "direito vivente"²³⁵, pelo qual a taxatividade da norma penal é sopesada com base na existência ou não de uma interpretação jurisprudencial uniforme e constante. Desse modo, se o dispositivo, embora estruturalmente vago e impreciso, tenha sido submetido a uma atividade hermenêutica idônea a delimitar-lhe o alcance, estaria afastada a suspeita de inconstitucionalidade por vício de determinação. Da mesma maneira, em se tratando de norma de edição recente ou sobre a qual subsista divergência interpretativa, admissível também o rechaço da exceção de inconstitucionalidade, sob o fundamento de que o órgão judicial não pode eximir-se de seu dever de aplicar o direito ao caso concreto. Como se constata, o critério do "direito vivente"

²³³ Francesco Palazzo menciona duas decisões da Corte Constitucional Italiana, em que tal critério foi proposto (sentenza n. 31, 27 gennaio 1995, "*in materia di rivolta militare*", e sentenza n. 34, 6 febbraio 1995, "*in materia di espulsione dello straniero extracomunitario*"), sem muita coerência entretanto, como observou o autor, pois o vício de inconstitucionalidade por imprecisão foi afastado pela mesma Corte em diversos julgamentos sobre normas penais protetivas de bens jurídicos cuja importância não era elevada, **Introduzione ai principi del diritto penale**, p. 269.

²³⁴ Claus ROXIN, **Derecho penal**, p. 171, refere decisão do Tribunal Constitucional Alemão, ("BverfGE 14, 245 ss; 26, 41 ss.") nesse sentido.

²³⁵ A expressão é criação da doutrina italiana, "diritto vivente", e utilizada para designar orientação jurisprudencial desenvolvida pela Corte Constitucional Italiana ao apreciar questões de legitimidade constitucional suscitadas com fundamento no princípio da taxatividade. A expressão é mencionada, v.g., por PALAZZO, Francesco, **Introduzione ai principi del diritto penale**, p. 269; D'AMICO, Marilisa, **Il principio di determinatezza(...)**, p. 367; MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emilio, **Corso di diritto penale**, p. 145; e MANTOVANI, Ferrando, **Diritto penale**, p. 68.

constitui um bom pretexto para esterilizar, no nível aplicativo, o princípio da taxatividade. Na prática, produz o resultado que se pretende evitar: a transferência ao julgador do poder de definir o injusto penal.²³⁶ O critério, aliás paradoxalmente, tem por pressuposto de incidência a indeterminação da norma penal, pois do contrário esta não careceria do trabalho de preenchimento por parte da jurisprudência.

Uma outra sugestão possível, baseada no pressuposto da solução única, abstrata e universal consistiria na idéia de ponderação, pela qual os conceitos carentes de valoração seriam aceitáveis ante a prevalência do interesse na justa solução do caso concreto sobre o princípio da segurança jurídica, o que tampouco é uma orientação aceitável, pois transferiria para o aplicador o poder de decidir, segundo as conveniências do caso concreto, quando prestigiar ou não a idéia de segurança e certeza, em favor de sua visão pessoal de justiça do caso concreto. Na prática, tal caminho levaria ao esvaziamento da taxatividade.²³⁷

Como se constata, as tentativas de estabelecer critérios gerais de graduação da taxatividade, aptos a demarcar de modo prévio e geral as divisas do tolerável e do intolerável em matéria de precisão, tendem ao insucesso. Isso, entretanto, não inviabiliza a elevação dos níveis de taxatividade dos sistemas penais concretos ou mesmo o controle de taxatividade das normas

²³⁶ No julgamento do habeas corpus HC- 70.389-5/SP, de 23 de junho de 1994, (publicado no Diário da Justiça de 10/08/2001, p. 186-288) tendo como relator para o acórdão o Ministro Celso de Mello, vencidos os Ministros Sydney Sanches, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Moreira Alves e Octávio Gallotti, o Supremo Tribunal Federal adotou, sem mencioná-lo expressamente, o critério do "direito vivente", da Corte Constitucional italiana. No aludido aresto, entre outras questões, discutiu-se a possível inconstitucionalidade, por ofensa ao princípio da taxatividade (denominado de princípio da tipicidade), do art. 233 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), com a seguinte dicção: "*Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura: Pena – reclusão de um a cinco anos (...)*". O dispositivo legal acabou sendo revogado pela Lei nº 9455/97, sobre os crimes de tortura. Embora nem o Estatuto nem nenhuma outra lei penal contemplasse à época alguma definição do termo "tortura", o Supremo Tribunal Federal, em sua maioria, entendeu que o artigo não infringia o princípio da taxatividade, pois se trataria de norma aberta, suscetível de ser integrada pelo órgão julgador. Em um dos votos vencedores, chegou-se a afirmar o seguinte, em total desprezo do princípio da taxatividade: "Esses aspectos de fato, entretanto, "data vênia", não afastam a compreensão do art. 233 do Estatuto. Nele, há de reconhecer-se núcleo mínimo a definir o tipo 'tortura', com certa univocidade, e **incumbirá à jurisprudência, desde logo, entretanto, precisar esse conceito, sem prejuízo, à evidência, de normas legislativas que venham a discipliná-lo.**" (grifo nosso). Nada obstante, os votos vencidos, de forma auspiciosa, chegaram a mencionar expressamente o princípio da taxatividade.

²³⁷ ROXIN, Claus. **Derecho penal**, p. 171.

penais, mas apenas revela a necessidade de afastar as simplificações e evidencia o caráter pragmático das questões implicadas com o tema em análise.

Assim, evidenciada a impossibilidade, em termos lingüísticos, de estabelecer um esquema abstrato de critérios cuja utilização conduza a graus elevados de precisão, sendo possível apenas indicar algumas técnicas, como as já mencionadas, a serem usadas com cautela, resta indagar se o esforço de efetivação do princípio da taxatividade estaria esgotado.

9. TÉCNICAS DE INVALIDAÇÃO NORMATIVA

9.1 TÉCNICA DE OCULTAÇÃO DO NÚCLEO DO TIPO

A resposta à indagação feita na seção precedente é negativa. Uma via promissora para aumentar a operacionalidade do princípio, retirando-o da sua situação de estéril auto-evidência, é a de inverter o foco de análise, direcionando-o não só ao ideal da precisão, mas à indesejável indeterminação. Dada a já referida arbitrariedade da língua, que impede a construção de modelos ideais de precisão, ainda mais em se tratando da linguagem normativa, que se nutre invariavelmente da linguagem natural, recomendável tentar-se identificar os casos concretos em que a imprecisão das normas penais se revela insuportável, com o objetivo de formar um *index* de técnicas legislativas vedadas em direito penal. Essa abordagem da taxatividade, que poderia ser denominada "negativa" (pois visa a eliminar a imprecisão), em contraste com a anteriormente examinada, que seria então chamada de abordagem "positiva" (porque procura alcançar a precisão), tem a virtude de, além de ser complementar, revestir-se de um caráter bastante pragmático. Com a abordagem negativa, procura-se eliminar, sem a necessidade da construção de um sistema de critérios gerais (cuja viabilidade, como já assinalado, é duvidosa), aqueles casos concretos e até mesmo mais aberrantes de indeterminação, obstruindo as vias mais usuais utilizadas pelo legislador para desviar o princípio da taxatividade²³⁸.

O inventário de técnicas legislativas desaconselháveis recolhe na prática legislativa e jurisprudencial cotidiana o material duvidoso, para submetê-lo ao teste da taxatividade. Dado o seu caráter pragmático, nada impede o aproveitamento da experiência de outros ordenamentos jurídicos

²³⁸ De interesse observar a diversidade de prismas sobre a questão da taxatividade nos sistemas da *Civil Law* e *Common Law*. Enquanto no primeiro se acentua o aspecto positivo, da busca de precisão, o que é evidenciado pela própria designação do princípio ("taxatividade", "determinação", "determinação-taxativa", etc.), no segundo a ênfase recai sobre o aspecto negativo ("vagueness"), sendo a teoria sobre o assunto designada "Void

marcados pelo mesmo princípio da determinação, ressalvadas as peculiaridades próprias. Essa tendencial universalidade não deve impressionar: a taxatividade está ligada ao princípio da legalidade penal, desde muito cedo consagrado nas declarações universais de direitos humanos.

Algumas técnicas legislativas se sobressaem por sua particular imprecisão, apresentando grande risco de violar o princípio da taxatividade. O seu inventário, como já sinalado, obedece a preocupações pragmáticas, podendo ser alimentado com a experiência legislativa, jurisprudencial ou doutrinária, sem limitação de fronteiras. Assim, v.g., a chamada "ocultação do núcleo do tipo", é uma modalidade de violação do princípio da taxatividade. A técnica refere-se aos tipos de crime doloso nos quais o modelo de conduta proibida ou mandada limita-se à indicação do resultado, sem a mínima especificação do verbo nuclear ou com a utilização de verbos de mera ligação com a consequência proibida. Dessa maneira, acabam por ser incriminadas ilimitadamente todas as condutas que lesem ou exponham a perigo o bem jurídico cuja tutela é pretendida²³⁹.

Em alguns casos, a ocultação do núcleo do tipo é tão intensa que torna duvidosa a própria existência do tipo penal, deixando à total discricção do órgão aplicador a determinação das condutas puníveis, limitando-se o preceito a indicar uma diretriz generalíssima, da qual sequer é possível deduzir um resultado minimamente determinado²⁴⁰.

²³⁹ BATISTA, Nilo, **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 81. O autor considera exemplos dessa técnica: a) o art. 110 do Decreto-Lei nº 73/66: "Constitui crime contra a economia popular, punível de acordo com a legislação respectiva, a ação ou omissão, pessoal ou coletiva, de que decorra a insuficiência das reservas e de sua cobertura, vinculadas à garantia das obrigações das sociedades seguradoras."; b) art. 240 do Código Penal: "Cometer adultério. Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses."; c) art. 149 do Código Penal: "Reduzir alguém a condição análoga à de escravo: Pena – reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos."

²⁴⁰ O art. 324 do Código Penal Militar ("Inobservância de lei, regulamento ou instrução") é exemplar: "Art. 324. Deixar, no exercício de função, de observar lei, regulamento ou instrução, dando causa direta à prática de ato prejudicial à administração militar. Pena – se o fato foi praticado por tolerância, detenção até seis meses; se por negligência, suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função, de três meses a um ano.". A norma penal em tela, como se constata, faz uma referência genérica a leis, regulamentos e instruções, sem indicação de qualquer critério de seleção a não ser um também genérico prejuízo à administração militar, cuja natureza material ou não sequer se preocupou em especificar. Essa deficiência suscita, além da dificuldade de individualização dos fatos delituosos, uma margem excessivamente elástica para a aplicação da pena a fatos de importância extremamente diversa, com prejuízo ao princípio da proporcionalidade.

9.2 TÉCNICAS ENUMERATIVAS

A técnica enumerativa²⁴¹ também demanda cautelas sob o prisma da taxatividade. Por meio dela, o legislador elenca em um único dispositivo duas ou mais condutas típicas. É possível distinguir duas espécies de enumerações: a taxativa e a exemplificativa. A primeira não oferece problemas de indeterminação, pois o elenco das condutas é fechado, sem a presença de cláusula sintética ou de encerramento. O único inconveniente apresentado pela enumeração taxativa é o risco de lacunas de previsão, diretamente proporcional ao grau de generalidade do bem protegido pela norma incriminadora²⁴².

Na enumeração exemplificativa, a redação da norma permite ao intérprete/aplicador extrair outras hipóteses de conduta, além das alcançadas pelos verbos nucleares expressamente utilizados. Esse alcance adicional da norma é propiciado pelo uso de uma fórmula de síntese ou de encerramento, que se combina às ações diretamente enunciadas. Nada obstante, dependendo da espécie de fórmula de encerramento, a exemplificação poderá ser pura ou explicativa. Na exemplificação pura, a fórmula de encerramento não contém em si nenhum critério sintético hábil a ligar semanticamente as modalidades de ação expressas no tipo e a orientar a seleção daquelas não-expressas. Construções dessa natureza são dificilmente válidas sob o prisma da taxatividade, pois a fórmula genérica não contém em si nenhum critério de identificação das hipóteses semelhantes às expressamente arroladas, concedendo ao intérprete-aplicador um

²⁴¹ As considerações sobre essa técnica estão contidas na Circular nº 1.1.2/17611/4.6, de 5 de fevereiro de 1986, da Presidência do Conselho de Ministros da Itália, resultado de um grupo de estudos sobre os critérios orientadores para a escolha entre delitos e contravenções e para a formulação dos tipos penais, constituído no âmbito do Ministério da Justiça Italiano, *L'Indice Penale*, maggio-agosto 1986, p. 387. Embora tenha constituído um elogiável esforço em prol do aperfeiçoamento da legislação penal italiana, a normativa posterior à Circular, fortemente caracterizada pela nota da emergência, continuou a apresentar significativas deficiências de precisão, como observado por Sérgio MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'* (...), p. 39 e segs.

²⁴² Exemplo de enumeração taxativa pode ser encontrado no art. 180, "caput", do Código Penal: "**Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar**, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou **influir** para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.", grifo nosso.

espaço de "livre investigação" no qual a seleção das condutas similares é guiada por considerações não-controláveis intersubjetivamente²⁴³.

Já na exemplificação explicativa, ao elenco de ações expressas se combina a uma fórmula conceitual geral cuja conotação já abrange aquelas condutas, que funcionam no texto como auxílio na fixação do âmbito de incidência da norma. Essa técnica, em princípio, não apresenta problemas de taxatividade²⁴⁴.

A dogmática penal costuma denominar a técnica de enumeração exemplificativa de "interpretação analógica" ou *intra legem*²⁴⁵, considerando-a, porém, uma espécie de interpretação extensiva. A diferença entre a interpretação analógica e a analogia residiria na *voluntas legis*, pois na primeira seria pretensão da norma alcançar os casos semelhantes aos por ela expressamente previstos²⁴⁶, enquanto na analogia, ao revés, não seria vontade da norma abranger as hipóteses símiles não previstas, sendo tal operação integrativa levada a efeito pelo intérprete/aplicador. A primeira, ou seja, a interpretação analógica, seria permitida, enquanto a analogia, por força do princípio da legalidade penal, só seria admitida *in bonam partem*. Não se trata,

²⁴³ O art. 15, "caput", da Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, Lei de Segurança Nacional, contém redação ilustrativa de exemplificação pura, cuja fórmula de encerramento está viciada de indeterminação: "Praticar sabotagem contra instalações militares, meios de comunicações, meios e vias de transporte, estaleiros, portos, aeroportos, fábricas, usinas, barragens, depósitos e **outras instalações congêneres**. Pena -- reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.", grifo nosso. Como observado por Nilo Batista, Introdução Crítica ao **Direito penal brasileiro**, p. 79: "Se 'praticar sabotagem' configura, já por si, um núcleo bastante indeterminado para o tipo, seus atos preparatórios são infinitamente multiformes; por outro lado, quem, em estado de sanidade mental, será capaz de definir 'instalações congêneres', a um só tempo, de uma estrada, uma fábrica, uma usina e um depósito?"

²⁴⁴ No art. 161, "caput", do Código Penal, a técnica da enumeração explicativa foi corretamente utilizada pelo legislador, de modo que a enumeração e a fórmula conceitual geral contribuem para apurar os limites semânticos do tipo: "Suprimir ou deslocar tapume, marco, ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, para apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa móvel alheia: Pena -- detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, e multa."

²⁴⁵ Por todos, JESUS, DAMÁSIO E., **Direito penal**, p. 46: "A interpretação analógica ou *intra legem* é permitida toda vez que uma cláusula genérica se segue a uma fórmula casuística, devendo entender-se que aquela só compreende os casos análogos aos mencionados por esta. Ex.: o art. 121, § 2º, IV, comina a pena de reclusão de 12 a 30 anos se o homicídio é cometido 'à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido.'"

²⁴⁶ Como explica Aníbal BRUNO, **Direito penal**, tomo 1º, p. 227: "Isso ocorre [interpretação analógica] quando a norma dispõe que o seu preceito, além dos casos especificados, se aplique também a outros semelhantes, usando esta expressão ou expressões equivalentes. Então, se completa o conteúdo da norma por meio de um processo de interpretação das expressões extensivas do preceito, levando-o, por analogia, a aplicar-se aos casos que se apresentem como semelhantes, segundo prescreve a própria norma."

entretanto, de analogia autorizada pelo legislador, caso em que estaria vedada pelo princípio da legalidade, muito menos de norma de interpretação. A expressão "interpretação analógica", combinando dois conceitos que se pretende distintos, tem a rara infelicidade de confundir o que a reflexão penal se esforça por separar, a fim de demarcar com maior nitidez o âmbito da atuação permitida ao intérprete/aplicador. A chamada "interpretação analógica" dificulta o correto diagnóstico da questão, que acaba sendo deslocada do âmbito do controle da atividade legislativa, por meio da taxatividade (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*), para o terreno de ação do intérprete/aplicador, por meio da proibição da analogia (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*). O deslocamento, entretanto, produz um efeito duplamente vicioso: baralha as noções de interpretação e analogia, enfraquecendo o controle de legalidade da interpretação/aplicação, induzindo à incorreta impressão de que existiria uma analogia *in malam partem* permitida pelo legislador, e dificulta o controle de taxatividade sobre as técnicas de enumeração que, como assinalado, obedece a critérios bem distintos. Conveniente, portanto, que a doutrina da interpretação analógica fosse abandonada.

9.3 TÉCNICAS DE REENVIO

Merecem atenção, sob o prisma da taxatividade, as chamadas técnicas de reenvio²⁴⁷, pelas quais o tipo penal faz remissão a outros dispositivos contidos no mesmo ou em diverso documento legislativo (reenvios interno e externo, respectivamente). Tais técnicas podem apresentar vícios de taxatividade relevantes, dependendo do modo de sua formulação.

Entre as que devem ser evitadas, oferecendo grande risco de imprecisão, está a técnica de reenvio genérico, com a qual a norma penal incriminadora remete a um conjunto de disposições legais e regulamentares, utilizando-se de cláusulas abertas, destituídas de critérios delimitadores do penalmente punível. Assim, a seleção dos dispositivos complementares fica ao inteiro alvedrio do intérprete/aplicador, falta de qualquer orientação de política criminal superior, a ser por ele livremente formulada. Tal defeito provoca igualmente atentados ao princípio da proporcionalidade, pois condutas heterogêneas e de gravidades diversas acabam sendo submetidas à mesma cominação penal.²⁴⁸

Especial atenção merece também o denominado reenvio em bloco, com o qual o tipo incriminador faz remissão a um conjunto de dispositivos legais, forçando o intérprete/aplicador à seleção daqueles aplicáveis ao caso

²⁴⁷ Também examinadas na aludida Circular nº 1.1.2/17611/4.6, de 5 de fevereiro de 1986, da Presidência do Conselho de Ministros da Itália, **L'indice penale**, maggio-agosto 1986, p. 403-408. As técnicas de reenvio constituem espécie daquilo que Karl LARENZ, **Metodologia da ciência do direito**, p. 349 e segs. denomina de "proposições jurídicas incompletas", i.e., formas lingüísticas (enunciados) cujo sentido ordenador, ou seja, de validade jurídica, depende da conexão com outras proposições jurídicas. Trata-se, segundo o referido autor, de "proposições jurídicas remissivas", que adquirem seu integral conteúdo de sentido por meio da remissão a outras: "A remissão é um meio técnico-legislativo para evitar repetições incômodas SIC", p. 366.

²⁴⁸ Constitui caso de reenvio genérico, incompatível com o princípio da taxatividade, o já mencionado art. 184, "caput", do Código Penal: "Violar direito autoral e os que lhe são conexos: Pena -- detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano". Similar incriminação contida na Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe "sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências", padece da mesma imprecisão: "Art. 12. Violar direitos de autor de programa de computador: Pena -- Detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos ou multa. Outro exemplo é o do art. 19, par. 2º, da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências: "§ 2.º Constitui contravenção penal, punível com multa, deixar a empresa de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho.". Não bastasse a imprecisão do conteúdo normativo, o tipo estabelece a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

concreto. Embora essa modalidade de reenvio permita identificar o corpo das normas complementares aplicáveis, também ela oferece dificuldades sob o aspecto da precisão, porque a combinação do tipo com um conjunto de leis mais ou menos extenso dificulta a sua inteligibilidade pelos destinatários e abre um espaço nem sempre controlável de criação pelo órgão jurisdicional.²⁴⁹

Outra importante distinção a ser feita diz respeito a duas espécies possíveis de reenvio: à pena ou ao fato. No reenvio à pena, o tipo descreve em abstrato a conduta incriminada, cominando-lhe a pena prevista em outro dispositivo legal²⁵⁰. Ainda que o objetivo da remissão à pena prevista em outra proposição normativa seja o de manter a simetria sancionatória entre delitos semelhantes em caso de alteração da pena prevista na norma remetida, preferível é a expressa indicação da espécie e *quantum* de pena cominada, por razões de clareza. Em todo caso, o reenvio à pena só é admissível se o dispositivo que a prevê for proveniente de lei federal, sendo absolutamente vedado seu estabelecimento em fonte diversa²⁵¹. Já o reenvio ao fato apresenta-se mais delicado em termos de taxatividade, podendo gerar dúvidas interpretativas quanto à correta configuração do tipo resultante da fórmula integrativa.²⁵²

Independentemente do escrutínio da tipologia específica, importa observar que a técnica de reenvio em si compromete a precisão dos dispositivos penais, dificultando sua inteligência pelos destinatários e sua

²⁴⁹ Exemplo de reenvio interno em bloco é o do art. 7º da Lei n.º 9.112, de 10 de outubro de 1995, que dispõe sobre "a exportação de bens sensíveis e serviços diretamente vinculados", com a seguinte dicção: "As pessoas físicas que, direta ou indiretamente, por ação ou omissão, concorrerem para o descumprimento desta Lei, incorrerão em crime. Pena: reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.". No caso em tela, o dispositivo refere-se a um corpo de normas determinado, ou seja, a própria lei que o prevê. Entretanto, o reenvio é tão geral que a definição das condutas delituosas fica ao inteiro dispor do órgão judiciário.

²⁵⁰ Art. 7.º, par. 3.º, da Lei nº 8.021, de 12 de abril de 1990, que dispõe sobre "a identificação dos contribuintes para fins fiscais e dá outras providências": "O servidor que revelar informações que tiver obtido na forma deste artigo **estará sujeito às penas previstas no art. 325 do Código Penal Brasileiro.**", grifo nosso. O art. 325, "caput, do Código Penal (violação de sigilo funcional), tem a seguinte dicção: "Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação: Pena -- detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave."

²⁵¹ Trata-se de regra absoluta, pois a pena é dos elementos mais relevantes à caracterização do próprio Direito Penal, cujo monopólio de criação compete, nos termos do art. 22, inc. I, 3ª hipótese, da Constituição, à legislação federal.

²⁵² Veja-se, a propósito, o art. 552 do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, Consolidação das Leis do Trabalho: "Os atos que importem em malversação ou dilapidação do patrimônio das associações ou entidades sindicais ficam equiparados ao crime de peculato julgado e punido na forma da legislação penal."

concretização pelos órgãos aplicadores. Além disso, a vinculação a normativas diversas expõe os tipos penais às alterações da legislação remetida, cujos fatores determinantes nem sempre estão ligados a considerações de natureza criminal, criando-se, assim, uma instabilidade das disposições penais nem sempre justificada. O ideal, portanto, é a construção completa das disposições penais incriminadoras, reservando-se a técnica do reenvio para os casos de estrita necessidade, quando possa ela contribuir para a simplificação dos textos legislativos, sem prejuízo relevante à precisão.

De observar, ainda, que a chamada "norma penal em branco" constitui também uma técnica de reenvio, com uma peculiaridade: a remissão a normas provenientes de fontes heterogêneas²⁵³, isto é, diferentes daquelas das quais emanam as normas incriminadoras²⁵⁴. Por isso, as normas penais em branco se particularizam das demais técnicas remissivas por suas implicações com o princípio da reserva legal²⁵⁵. Para comprová-lo, basta figurar a hipótese de uma norma penal em branco cujo conteúdo normativo se apresente claro e preciso: ainda nesse caso, sua legitimidade não resultaria firmada, pois seria necessário aferir a licitude da delegação normativa levada a efeito pelo legislador a vantagem do órgão regulamentador. Ou seja, se a norma penal em branco implicar o deslocamento da competência de criminalizar do legislador federal aos

²⁵³ Para aqueles que adotam compreensão ampla da norma penal em branco, incluindo nessa categoria inclusive a hipótese de fontes formais homogêneas, em que o complemento também provém de lei federal, toda técnica de reenvio constituiria norma em branco. Entre outros, adotam tal posição José Frederico MARQUES, **Tratado de direito penal**, v. 1, p. 158-160, e José Henrique PIERANGELLI, **Escritos jurídico-penais**, p. 163-169. Para o exame aprofundado de ambas as posições: Dulce María SANTANA VEGA, **El concepto de ley penal en blanco**, que adota a concepção restritiva, p. 30-37. Entre outros, também adotam essa última orientação, Juan J. BUSTOS RAMÍREZ y Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE, **Lecciones de derecho penal**, v. 1, p. 91. Mais adequado se afigura para os fins desta investigação adotar a compreensão restritiva, pois enquanto as chamadas normas penais em branco em sentido amplo ou impróprias suscitam apenas questões de taxatividade, analisáveis sob a ótica das técnicas de reenvio, a peculiaridade das denominadas normas penais em branco em sentido estrito ou próprias é a de serem técnicas de reenvio marcadas por questões ligadas diretamente ao princípio da reserva legal.

²⁵⁴ No caso brasileiro, face à competência privativa da União para legislar sobre direito penal prevista no art. 22, inc. I, 3ª hipótese, da Constituição Federal, mais correto seria definir norma penal em branco aquela que remete a fontes jurídicas diversas da lei federal.

²⁵⁵ BACIGALUPO, Enrique, **Principios constitucionales de derecho penal**, p. 101: "Las leyes penales en blanco pueden adquirir, sin embargo, significación constitucional cuando la norma complementadora proviene de una instancia que carece de competencias penales. Esta situación práctica es la que probablemente dio origen a las leyes penales en blanco. Por ele contrario, si la autoridad que sancione la prohibición o el mandato de acción complementario tiene competencia penal, las leyes penales en blanco no deberían ofrecer más problemas que los propios de la remisión (por ejemplo), dificultades para el conocimiento de las leyes penales por parte de los ciudadanos).".

poderes legislativos estaduais ou municipais, ou mesmo ao poder executivo de qualquer dos entes da federação, afrontará o princípio da reserva legal, ainda que não padeça de vícios de imprecisão importantes.²⁵⁶

Assim, sob o prisma da taxatividade, a norma penal em branco constitui mais uma técnica legislativa de reenvio à qual os cuidados já apontados também se aplicam. Quase despidendo alertar que o dever de precisão abrange não só a norma em branco como também a complementadora. Além disso, às cautelas com a determinação se agregam as precauções em manter inabalada a reserva legal²⁵⁷. Assim sendo, o mesmo complemento que, contido em fonte homogênea à norma penal incriminadora, seria aceitável sob o enfoque da legalidade, pode não o ser se, contido em fonte heterogênea e embora preciso, implicar uma delegação excessiva de poder normativo por parte do legislador, em afronta à reserva legal. Essa a razão pela qual as cautelas com a taxatividade não são suficientes para assegurar a legitimidade das normas penais em branco sob o aspecto da legalidade²⁵⁸.

²⁵⁶ Escusado observar que, na prática, a norma penal em branco pode simultaneamente afrontar a reserva legal e apresentar defeitos de imprecisão, acentuando sua ilegitimidade frente ao princípio da legalidade penal. Esquemáticamente, porém, é possível sustentar que a norma penal em branco acarreta uma indevida transferência de poder normativo do legislador para o administrador, enquanto a norma imprecisa implica um ilegítimo deslocamento de poder normativo do legislador para o juiz. Exemplo do duplo vício acima aventado é encontrável no art. 324 do Código Penal Militar: "Deixar, no exercício de função, de observar lei, regulamento ou instrução, dando causa direta à prática de ato prejudicial à administração militar. Pena -- se o fato foi praticado por tolerância; detenção até seis meses; se por negligência, suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função, de três meses a um ano."

²⁵⁷ Contra, PAGLIARO, Antonio, **Principi di diritto penale**, p. 56, para quem "La riserva assoluta di legge non pone (...) limite formale alcuno alla possibilità che la legge rinvii a disposizione di grado inferiore per configurare una fattispecie incriminatrice o di liceità penale."

²⁵⁸ Daí a impossibilidade de esgotar-se o tema das normas penais em branco no âmbito de análise do princípio da precisão. Repita-se: tais normas apresentam suas peculiaridades e seu potencial exploratório no plano da reserva legal, motivo pelo qual não recebem nesta investigação maior aprofundamento. A esse propósito, a seguinte observação de Teresa Pizarro BELEZA e Frederico de Lacerda da Costa PINTO, *O Regime Legal do Erro e as Normas Penais em Branco*, que parece confirmar a impressão acima registrada: "Existe, em nossa opinião, uma diferença considerável entre as normas penais que remetem para instrumentos legislativos criados pelo mesmo órgão legislativo que tem competência para criar normas penais e aquelas normas penais em branco que remetem para instrumentos legislativos hierarquicamente inferiores à lei penal, provenientes de outro órgão sem competência legislativa em matéria penal, ou, inclusivamente, para regras de origem não estatal (regras profissionais, por exemplo). Enquanto as primeiras são soluções legislativas porventura algo imperfeitas (potenciando, nomeadamente, casos de erro de conhecimento) mas ainda conformes à Constituição (embora tenham de respeitar a exigência de lei certa e precisa), as segundas podem padecer de inconstitucionalidade orgânica e material. SCHÜNEMANN vai ainda mais longe e afirma que a remissão de normas penais para regras técnicas de regulação privada de profissões ou actividades SIC colide com o *princípio democrático* (que atribui o poder legislativo em matéria penal a representantes livremente eleitos) e com as

As normas incriminadoras em branco, portanto, exigem cautelas adicionais, por representarem um risco maior de inobservância do princípio da legalidade, ou seja, nos planos da precisão²⁵⁹ e da reserva de lei²⁶⁰. Em tese, nada obsta a existência de norma em branco que desatenda de forma relevante apenas um dos aspectos referidos. Entretanto, é de se esperar uma afetação recíproca, pois eventual déficit de imprecisão da norma em branco propiciará um maior espaço regulatório para a norma complementadora. Do mesmo modo, um excesso de poder normativo localizado no complemento prejudicará a inteligibilidade da norma em seu conjunto²⁶¹. Assim, os dois vetores tendem a serem diretamente proporcionais: quanto maior a precisão, mais respeito à reserva legal; quanto maior a reserva de lei, tanto maior a precisão dos limites da incriminação.²⁶²

Independentemente das recomendações específicas que a teoria ou a prática possam alvitar a fim de assegurar a compatibilidade das

exigências formais de publicação das disposições jurídicas, uma das vertentes do princípio do Estado de Direito."

²⁵⁹ SANTANA VEGA, Dulce María, **El concepto de ley penal en blanco**, p. 22: "Las amenazas penales que están contenidas en las leyes penales en blanco, al necesitar ser completadas por normas extrapenales, requieren para su comprensión el conocimiento de las mismas, lo cual se traduce necesariamente en una mayor dificultad en su conocimiento y fuerza motivadora."

²⁶⁰ SANTANA VEGA, Dulce María, **El concepto de ley penal en blanco**, p. 27: "La reserva de ley – orgánica – supone una serie de garantías para el ciudadano que se pretende preservar mediante la distribución de competencias entre los poderes del Estado. Sin embargo, en el Estado social de Derecho se aprecia una tendencia a desequilibrar esta balanza. Las leyes penales en blanco son, en el ámbito penal, una manifestación de esta tendencia al desequilibrio y consiguiente inmiscución en la esfera de libertad de los ciudadanos por parte del Poder Ejecutivo."

²⁶¹ Nesse sentido, D'AMICO, Marilisa, **Il principio di determinatezza** (...), p. 373, que, mesmo advertindo constituir a norma penal em branco tema mais diretamente relacionado à reserva legal, obtempera: "Vero è che la técnica stessa della norma penale in bianco, delegando ad uma fonte secundaria il compito di stabilire con precisione alcuni aspetti della fattispecie penale, è in se stessa lesiva del principio di determinatezza, quale aspetto inscindibile della riserva di legge: rinunciando ad um significato rigoroso della riserva di legge, si crea inevitabilmente una norma penale indeterminata."

²⁶² A doutrina tenta identificar recomendações que contemplem a especificidade da norma penal em branco, procurando preservá-la de vícios de ilegitimidade por afronta ao princípio da legalidade, como o fazem, v.g., Teresa Pizarro BELEZA e Frederico de Lacerda da Costa PINTO, **O regime legal do erro e as normas penais em branco**, p. 41: "Podemos, não obstante, a partir dos elementos recolhidos identificar o grupo de casos que, a esta luz, colide efectivamente SIC com a exigência de precisão das normas penais: quando a remissão feita pela norma sancionadora principal para a norma complementar tornar o tipo de ilícito característico, dificultar o seu conhecimento pelos destinatários para além do que é exigível a uma pessoa média ou implicar o recurso a critérios autónomos SIC ou critérios novos de ilicitude, a remissão e respectiva concretização violam o princípio da legalidade (neste sentido, de exigência de lei penal expressa e certa). Nos demais casos só uma ponderação perante a situação concreta e a amplitude ou grau da concretização feita pela norma complementar é o caminho adequado para uma solução satisfatória."

normas penais em branco com o princípio da legalidade, releva sinalar uma orientação fundamental: a proposição penal deve fixar a conduta típica em todos os seus elementos essenciais e inclusive acidentais, de molde a conter um sentido autônomo, a partir do qual seja possível definir o bem jurídico e as modalidades de condutas que contra ele atentem. Vale dizer, deve definir o proibido. A função da norma complementadora restringe-se a aumentar os níveis de determinação do preceito penal em branco, não podendo completar um sentido que este já não contenha. A concretização realizada pela norma complementar deve ser apenas informativa e não inovadora²⁶³, pois do contrário importará na indevida transferência da competência penal do legislador federal para outras fontes não autorizadas constitucionalmente. Além disso, o preceito penal em branco deve conter em si parâmetros idôneos para o controle de legitimidade do próprio complemento²⁶⁴.

Sobre o tema, convém recordar o critério apresentado por Franco Bricola, destinado a controlar os limites da delegação feita pelo legislador penal às fontes extrapenais por meio da técnica da norma em branco. Para o autor, tal delegação só será lícita em face do princípio da legalidade naqueles casos em que a norma penal já estabeleça o âmbito de desvalor que pretenda abarcar, deixando que a norma regulamentadora apenas detalhe ou atualize os

²⁶³ BELEZA, Teresa Pizarro e PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, **O regime legal do erro e as normas penais em branco**, p. 37. Contra: PAGLIARO, Antonio, **Principi di diritto penale**, p. 56-59, para quem o complemento pode encerrar toda a conduta constitutiva do crime, porquanto é admissível tomar o próprio interesse no próprio cumprimento da normativa remetida (decreto, regulamento, lei estadual ou municipal, etc.) como objeto autônomo de tutela penal. Em casos tais, o bem jurídico protegido seria "o interesse na observância do regulamento". Tal doutrina, como se constata, confere um espaço excessivo de conformação à fonte normativa não-penal, conflitando com o princípio da legalidade.

²⁶⁴ Exemplos de normas penais em branco em que os preceitos principais delimitam com suficiente precisão o âmbito do proibido podem ser encontrados na Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, a chamada Lei de Tóxicos. Os tipos penais ali previstos, além de indicarem claramente as condutas delituosas, designam expressamente o seu objeto material, ou seja, "substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica". O aludido diploma legal, acolhendo explicitamente a técnica da norma penal em branco, determina no art. 36 que "Para os fins desta Lei, serão consideradas substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física ou psíquica aquelas que assim forem especificadas em lei ou relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde.". Assim, a indicação explícita das substâncias psicotrópicas pelo órgão técnico responsável contribui para aumentar a precisão das expressões utilizadas pelo legislador, que já encerram um conteúdo significativo, liberando o órgão judicial de difíceis e custosas investigações periciais. Além disso, a própria lei já aponta critérios para o controle da atividade regulatória do órgão técnico, já que qualquer inclusão na lista de substâncias que não produzam efeito entorpecente ou toxicológico seria indevida.

fatos e objetos abrangidos pelo critério técnico legalmente indicado. Vale dizer, à lei compete o estabelecimento do critério técnico, limitando-se a norma regulamentadora a deduzir as hipóteses por este abrangidas.²⁶⁵

Portanto, a precisão ou falta dela na redação de dispositivos normativos independe da natureza do documento legal que os contêm (lei formal, decreto, portaria, regulamento, etc.). Isso, porém, não deve conduzir à conclusão de que, assim sendo, a taxatividade não seria uma exigência inerente à legalidade penal. Ao revés, esta acaba enfraquecendo pela mitigação daquela, decorrente da fragmentação da norma em vários dispositivos dispersos. No caso específico da norma penal em branco, como se constata, trata-se de técnica perigosa em termos de legalidade, impondo-se que eventuais concessões em matéria de reserva legal não provoquem o enfraquecimento das demais garantias (taxatividade, anterioridade e proibição de analogia)²⁶⁶.

Entre as técnicas legislativas desaconselháveis sob o prisma da taxatividade é também desestimulado o uso de palavras ou expressões indeterminadas, ou seja, o uso de elementos onicompreensivos, cujo alcance conceitual é tão amplo, embora não de todo indeterminado, que permita a inclusão de hipóteses fáticas heterogêneas, irreduzíveis a um critério valorativo comum. Segundo Ferrando Mantovani²⁶⁷, a precisão dos tipos penais tende a diminuir, na medida em que se passa dos elementos rígidos aos elementos elásticos até chegar-se aos elementos vagos ou indeterminados. Os elementos assim chamados "rígidos" seriam aqueles que apresentam âmbitos conceituais bem delimitados, permitindo juízos interpretativos seguros. Já os elementos "elásticos" encerrariam setores de certeza positiva e negativa, intermediados por uma zona gris, na qual soluções opostas são possíveis, demandando uma maior

²⁶⁵ BRICOLA, Franco, *Teoria generale del reato*, p. 43.

²⁶⁶ No exemplo mencionado na nota anterior, a extensão do complemento a que se refere o art. 36 da Lei nº 6.368/1976 é a Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária, do Ministério da Saúde (cento e sete artigos e inúmeros anexos contendo centenas de substâncias, dentre elas, uma parte sujeita a controle especial, mas não entorpecentes) e a não-obrigatoriedade de acompanhar a legislação penal pertinente, acarretam uma considerável dificuldade de acesso pelos destinatários. Assim, a caudalosa e pouco acessível regulamentação técnica complementadora da norma penal em branco acaba por criar problemas de inteligibilidade que comprometem a clareza da norma, gerando dificuldades sob o aspecto da determinação taxativa.

²⁶⁷ MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale*, p. 70-71.

intervenção do órgão aplicador²⁶⁸. Por fim, os elementos "vagos" ou "indeterminados", constituiriam aqueles que, apesar de todo esforço interpretativo, não permitiriam estabelecer, ou estabelecer com clareza, o critério de sentido a partir do qual operar a denotação. Como já observado, não é possível fixar uma tabela de equivalência rígida entre tais categorias e os elementos descritivos e normativos, pois estes últimos podem apresentar diferentes graus de precisão.²⁶⁹

²⁶⁸ Entre os elásticos, o autor citado inclui elementos descritivos como a expressão "rixa" (também utilizada pelo Código Penal Brasileiro, no art. 137), temporais como "noite" (palavra utilizada, v.g., no art. 150, par. 1º, 1ª hipótese, e par. 2º, inc. II, 2ª hipótese, do Código Penal), ou elementos normativos extrajurídicos como "decoro" (também encontrável no Código Penal, art. 140), todos eles passíveis de delimitação, com certo esforço de interpretação, a partir da realidade concreta e permitindo zonas maiores ou menores de consenso semântico.

²⁶⁹ Nada obstante, quanto maior a indeterminação do elemento empregado no dispositivo penal, maior será a dificuldade de assegurar a precisão do conjunto, impondo-se máximo cuidado com o emprego dos elementos vagos e indeterminados que, por si só, aumentam o risco de ilegitimidade da proposição normativa.

10. ALCANCE SISTEMÁTICO

10.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Existem critérios operativos para o controle de precisão da legislação penal presente e para a precisa modelação da legislação futura. Inobstante, o princípio da determinação suscita outras indagações igualmente relevantes, destacadamente, no que respeita ao âmbito de sua incidência e à variabilidade dos níveis de exigência da taxatividade penal.

Quanto à primeira questão, trata-se de examinar se a taxatividade seria aplicável só à parte do direito penal imediatamente relacionada com a definição dos crimes e das penas, ou se teria uma incidência mais vasta. Considerando ser a taxatividade co-essencial ao princípio da legalidade, que, por sua vez, constitui elemento fundante do direito penal, a resposta só pode ser uma: a taxatividade aplica-se a todo o sistema penal, sem exceção²⁷⁰. Em apresentando, entretanto, natureza principiológica, poderá ter de conciliar-se com outras exigências contrastantes, sem que isso signifique seu abandono, mas apenas seu eventual abrandamento, diante da necessidade de ponderação de princípios.

Em síntese, a taxatividade aplica-se a todo o direito penal, porém não com a mesma intensidade, variável conforme o objeto de regulação. Desse modo, não podem os pressupostos de punibilidade regulados na parte geral do Código Penal apresentar o mesmo grau de precisão dos tipos

²⁷⁰ Segundo Franco BRICOLA, **Legalità e crisi**: (...), p. 1309: "A taxatividade põe-se como vinculativa seja para o legislador, constringendo-o à formulação precisa do tipo de crime e de pena, seja para o juiz, proibindo qualquer possível interpretação que altere a fisionomia descritiva do tipo legal, seja para a doutrina, impedindo-lhe a elaboração de categorias dogmáticas de contornos imprecisos e inseguros. A própria Corte Constitucional não é exonerada de tal vínculo."

estabelecidos na parte especial ou na legislação extravagante²⁷¹. É que a necessidade de precisão tende a elevar-se à medida que diminui a amplitude da área de regulação e quanto menos generalizáveis sejam as opções valorativas pressupostas, como ocorre no caso da tipificação dos delitos em espécie. Já as questões gerais relativas à aplicação da lei penal (no tempo, no espaço e às pessoas) e aos requisitos do crime e da pena (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade, punibilidade, regimes gerais de aplicação e execução da pena, etc.), por serem aplicáveis, de ordinário, a todos os crimes, sendo, pois, "em virtude de sua amplitude, mais resistentes à manipulação", tendem a forçar o legislador a uma maior imprecisão, a um menor detalhamento.²⁷²

Para Günther Jakobs, essa menor taxatividade na disciplina dos pressupostos gerais de imputação liga-se não só à já mencionada relação inversa entre generalidade e precisão, como também a outras razões. A maior concisão das normas nessa matéria também põe em evidência sua validade interna, ou, em outros termos, a validade a partir de si própria, a indicar a natureza eminentemente científica de sua elaboração. Desse modo, o menor detalhamento das regras de imputação (frise-se bem: em relação às regras da parte especial) não as tornaria mais vulneráveis às decisões contingentes da política, possibilitando, ao contrário, a complementação progressiva da doutrina e da jurisprudência. Outra razão apontada pelo autor, de ordem bastante pragmática, é que a menor taxatividade das regras gerais de imputação criaria a possibilidade de "deixar difusa a responsabilidade entre o legislador e a jurisprudência no caso de resoluções judiciais insatisfatórias no caso concreto". Ademais, a intensa elaboração científica da teoria da imputação, ao tempo que a torna mais despolitizada, desencorajaria o legislador à regulamentação cerrada nessa área, não só por receio de desestimular o debate científico, mas principalmente pela incerteza quanto à adoção das soluções cientificamente preferíveis.²⁷³

²⁷¹ BRICOLA, Franco, **Rapporti tra dommatica e politica criminale**, p. 236: "È un rilievo consueto nella letteratura di lingua tedesca quello secondo cui il principio di tassatività opera, a livello normativo, in modo differente a seconda che si tratti de norme di parte generale, o di parte speciale."

²⁷² Günther JAKOBS, **Derecho penal**, p. 89.

²⁷³ Günther JAKOBS, **Derecho penal**, p. 91.

Tais considerações, embora possam indicar os motivos pelos quais, de fato, a regulação dos pressupostos gerais de punibilidade, geralmente regulados nas partes gerais dos códigos punitivos, esteja marcada por menor taxatividade em cotejo com os tipos incriminadores, não podem servir de justificativa para negligenciar-se a legalidade-taxatividade nessa área. Apenas advertem das dificuldades porventura mais intensas de estruturação legal da teoria geral da imputação que, inspirada também por outros princípios de política criminal (culpabilidade, ofensividade, humanidade, etc.), demanda complexos cálculos de ponderação. De resto, o receio do legislador em tomar decisões tecnicamente incorretas em face das insuficiências ou atrasos na reflexão científica não o isenta de seu dever regulatório, sob o risco de transformar a pessoa do réu em cobaia das alquimias jurisprudenciais. Ademais, esse dever de legislar, de assumir a responsabilidade política de demarcar as fronteiras da ilicitude penal, pressupõe e ao mesmo tempo exige forte compromisso do legislador com os princípios de política criminal do Estado de Direito, entre eles o da legalidade.²⁷⁴

De ressaltar, outrossim, que a variação no grau de taxatividade dos dispositivos penais não ocorre somente, pelas razões já indicadas, conforme integrem a parte geral ou especial dos códigos²⁷⁵. No interior desta última é igualmente possível constatar variações no nível de taxatividade, ligadas a fatores diversos, como, v.g., a natureza do bem protegido (individual ou coletivo, concreto ou abstrato, específico ou abstrato, etc.) ou do material fático sujeito à regulação (atividades simples ou complexas, comuns ou especializadas,

²⁷⁴ Claus ROXIN, que pugnou pela superação do tradicional sistema axiomático-dedutivo-ontológico da teoria geral do delito, em prol de um sistema penal político-criminalmente orientado, enfatiza a importância fundamental do princípio *nullum-crimen* na própria construção da teoria geral do delito: "De maneira análoga deve ser reconhecido também no direito penal – mantendo intocadas e completamente íntegras todas as exigências garantísticas – que problemas político-criminais constituem o conteúdo próprio também da teoria geral do delito. O próprio princípio *nullum-crimen* possui, ao lado de sua função liberal de proteção, a finalidade de fornecer diretrizes de comportamento; por meio disto, torna-se ele um significativo instrumento de regulação social.", **Política criminal e sistema jurídico-penal**, p. 59.

²⁷⁵ Ressalve-se ser esquemática a alusão no texto às expressões "parte geral" e "parte especial", destinando-se unicamente a indicar a usual distinção entre normas não-incriminadoras e incriminadoras, geralmente distribuídas nesses dois grandes grupos nos ordenamentos jurídico-penais codificados. Nada impede, portanto, a presença fora da parte geral de dispositivos genéricos e não diretamente tipificadores de condutas vetadas, inclusive de natureza processual. Ex.: o par. 3º do art. 138, que regula a exceção da verdade no crime de calúnia; o art. 182, que disciplina o exercício do direito de representação nos crimes contra o patrimônio; entre outros.

etc.). Essa variabilidade, entretanto, é acidental, não autorizando transigir com certos níveis de precisão, que, em matéria de tipos incriminadores, são os mais altos possíveis. Os graus de taxatividade também variam entre os dispositivos da parte geral, máxime os que estabelecem os pressupostos gerais de punibilidade. Vale dizer, entre as diversas categorias gerais de imputação, o nível de concretização do princípio de taxatividade pode variar, não por motivos acidentais, mas devido à necessidade de ponderação com outros princípios de política criminal também relevantes.

Portanto, a taxatividade se aplica não só às normas incriminadoras, mas também, em graus variáveis, às que prevêm causas justificantes, exculpantes e de extinção da punibilidade²⁷⁶. De modo geral, é possível também afirmar sua aplicabilidade a toda a teoria geral do delito, abrangendo, portanto, não só a dogmática quanto a jurisprudência penal.²⁷⁷

10.2 TIPICIDADE

Como já assinalado, a exigência de determinação encontra sua máxima intensidade no âmbito da construção dos tipos, constituindo a premissa básica da categoria analítica da tipicidade e dos institutos que lhe são conexos, como os do concurso de pessoas, da tentativa e dos crimes omissivos. Entretanto, isso não impede de reconhecer que, mesmo nessa área tão diretamente relacionada ao princípio da taxatividade, este ainda está distante de ser completamente efetivado. A esse propósito, observa-se, com bastante realismo, que a lei, não sem exceções, só consegue atingir níveis satisfatórios de

²⁷⁶ De acordo com Franco BRICOLA, **Legalità e crisi**: (...), p. 1309, quanto à extensão, a taxatividade se aplica às normas constitutivas (incluídas aí as discriminantes) e as modificativas e extintivas da punibilidade. Dela também seria dessumível a constitucionalização do veto à analogia, aplicável inclusive às normas favoráveis.

²⁷⁷ Nesse sentido: MANTOVANI, Ferrando, **Diritto penale**, p. 67.

taxatividade nos delitos dolosos de ação²⁷⁸. Já em crimes como os omissivos impróprios, limita-se à configuração de seus requisitos em cláusulas gerais²⁷⁹, chegando ao quase que completo silêncio nos delitos culposos²⁸⁰. Seja dito, outrossim, que essa ordem de preocupação político-criminal com a taxatividade no delineamento das categorias dogmáticas vinculadas ao juízo de tipicidade constitui um dos principais impulsos da teoria da imputação objetiva, como é possível concluir do pensamento de um dos seus maiores fautores, Claus Roxin.²⁸¹ Confirmam tal impressão as considerações de Sergio Moccia que, defendendo a adoção de critérios jurídicos destinados a limitar o amplíssimo âmbito de incidência da teoria da equivalência das condições, adere expressamente aos pressupostos da teoria da imputação objetiva, como a melhor maneira de atender ao postulado político-criminal da legalidade-taxatividade.²⁸²

Pelas mesmas razões político-criminais vinculadas ao princípio da taxatividade, é que se defende a relevância da categoria do "fato" na teoria do delito e a inclusão do "dolo" e da "culpa" no tipo, como apoios seguros à definição das condutas penalmente relevantes. A indispensabilidade do "fato"

²⁷⁸ STRATENWERTH, Günter, **Derecho penal**, p. 32-33. Aponta a destacada a acentuada margem de criação judicial propiciada por tipos abertos como os dos crimes culposos e comissivos por omissão, Ricardo Antunes Andreucci, **Direito penal e criação judicial**, p. 81-82.

²⁷⁹ Art. 13, par. 2º, do Código Penal: "§ 2.º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado."

²⁸⁰ O Código Penal restringe-se ao mínimo, mencionando no art. 18, inc. II, as modalidades de culpa (imprudência, negligência e imperícia), categorias dogmáticas de pouca valia sob a ótica da taxatividade, e estabelecendo a obrigatoriedade de previsão legal expressa do tipo culposos de delito. A esse respeito, o Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001/69) é mais explícito: "Art. 33. Diz-se o crime: (...) culposos, quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo."

²⁸¹ Na obra **Política criminal e sistema jurídico-penal**, p. 32-48, o autor, propondo a divisão entre crimes de ação e de dever, enfatiza a necessidade de determinação em especial dos segundos, de que são exemplo os crimes culposos, mais suscetíveis à abertura dos tipos e ao seu preenchimento judicialmente arbitrário. Para tanto, recomenda o desenvolvimento de "(...) uma tipologia e sistematização dos deveres de cuidado que preenchem a norma formulada em branco, como comumente ocorre nos delitos de dever." (p. 45), apontando entre os critérios indispensáveis a tal desiderato, de molde a imprimir especificamente aos delitos culposos a mesma rigidez dos crimes dolosos, o critério do risco permitido e o princípio da confiança, essenciais na teoria da imputação objetiva.

²⁸² MOCCIA, Sergio, **La 'promessa non mantenuta'**(...), p. 72: (...) 'l'elaborazione di affidabili criteri di imputazione oggettiva dell'evento rappresenta -- è bene ribadirlo -- una specificazione del principio di legalità/determinatezza, in quanto serve a delineare limiti alla sfera di applicazione del *Tatbestand*'. No mesmo sentido, concebendo a imputação objetiva como noção limitadora da tipicidade: TAVAREZ, Juares, **Teoria do injusto penal**, p. 222.

como "pedra angular" do delito deriva da exigência de parâmetros objetivos para a atividade punitiva, somente possíveis por meio da descrição precisa de condutas ofensivas de bens jurídicos empiricamente verificáveis. Por sua vez, a localização do "dolo" e da "culpa" no tipo de injusto justifica-se, não apenas por considerações ontológicas ligadas à "natureza das coisas" (de matriz finalista), como também (adotada uma postura sistemático-teleológica) pelas demandas de garantia do princípio da taxatividade²⁸³. A própria diferenciação dogmática entre "dolo" e "culpa" só é aceitável sob o ponto de vista de uma política-criminal constitucionalmente conformada se, em última análise, atingir níveis satisfatórios de taxatividade, sem vinculação a supostas estruturas ontológicas da conduta²⁸⁴.

Assim, os exemplos mencionados confirmam a relevância do princípio da taxatividade não só na configuração legislativa das condutas vedadas penalmente, mas também seu papel decisivo na construção das categorias dogmáticas do delito, em especial a da tipicidade²⁸⁵. Se tomada em sua acepção substancial, já referida²⁸⁶, a taxatividade se reforça como instrumento de garantia, impelindo à estruturação de categorias dogmáticas compromissadas com a realidade empírica. Além disso, pode influir nas escolhas do legislador, restando seu ímpeto criminalizador, ante a necessidade de uso adequado da técnica legislativa, evitando o uso meramente simbólico das tipificações legais, além de testar se a matéria fática é suscetível de tipificação (o que nem sempre ocorre, dependendo do tipo de fenômeno social regulado).²⁸⁷

²⁸³ ROXIN, Claus, **Política criminal e sistema jurídico-penal**, p. 43: (...) o posicionamento do dolo no tipo decorre já da exigência garantística da determinação: ações e violações de dever não se deixam descrever como um mero acontecer causal. Somente o dolo dá limites claros a um fato. Se ele for perdido de vista, como o fez o chamado sistema 'clássico' sob a influência ainda hoje presente do naturalismo, gerar-se-ão extensões problemáticas de punibilidade."

²⁸⁴ TAVAREZ, Juarez, **Teoria do injusto penal**, p. 269: "(...) não há demonstração empírica de que a delimitação do poder de intervenção do Estado tenha que se vincular à estrutura da conduta. A partir dessa premissa, o autor pretende "(...)construir uma teoria do dolo que se afaste, primeiramente, de seu conteúdo ontológico e, ademais, que não deixe margens a interpretações puramente psicológicas. Para tanto, o dolo deve ser retratado de uma forma, antes de tudo, garantista, quer dizer, afora seus elementos reais, sua configuração depende da **clareza** e da **precisão** de sua configuração normativa, que lhe trace uma perfeita identificação de contornos e limites." (p. 272).

²⁸⁵ As referências incompletas a algumas questões relacionadas à tipicidade, como o concurso de pessoas, a tentativa, a imputação objetiva, o dolo ou a culpa, apenas têm por escopo o potencial orientador da taxatividade, como princípio de política-criminal, também na seara da dogmática penal.

²⁸⁶ Ou seja, no sentido de "princípio da determinação", como entendido por Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini. Ver p. 30.

²⁸⁷ BRICOLA, Franco, **Rapporti tra dommatica e politica criminale**, p. 236-240.

Assim, a preferência pelos esquemas teórico-argumentativos de tratamento das questões da tipicidade deve ser orientada pelo princípio da precisão: ao fundo das interrogações dogmático-jurídicas, sempre haverá uma questão político-criminal, impondo-se, portanto, a tomada de posições jurídico-políticas claras, orientadas pelos princípios penais-constitucionais do Estado de Direito. Perceber que até mesmo em indagações dogmáticas, como as relativas à tipicidade, há sempre um substrato ideológico, contribui para que a escolha e a ponderação dos princípios de política criminal se realizem em termos constitucionalmente orientados.²⁸⁸

10.3 ANTIJURIDICIDADE

O princípio da taxatividade também desempenha papel relevante no âmbito da ilicitude ou antijuridicidade. Nada obstante, forçoso é reconhecer que esta apresenta um substrato empírico diverso daquele sobre o qual incidem os tipos. Tratando-se, agora, como idéia geral, da solução de conflitos sociais, em que se impõe à ordem jurídica a conciliação de interesses contraditórios, a tarefa regulatória é realizada de forma diversa. Considere-se também a característica geralmente aceita da unidade do ordenamento jurídico, que conduz à impossibilidade de um ato ser simultaneamente ilícito no direito penal e lícito em outra rama jurídica²⁸⁹, forçando o requisito da antijuridicidade a

²⁸⁸ Segundo Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, **O papel do novo juiz no processo penal**, p. 47-48, em observações válidas também para o Direito Penal: "(...) *democracia -- a começar a processual -- exige que os sujeitos se assumam ideologicamente*. Por esta razão é que não se exige que o legislador, e de conseqüência o juiz, seja tomado completamente por neutro, mas que procure, à vista dos resultados práticos do direito, assumir um compromisso efetivo com as reais aspirações das bases sociais. Exige-se não mais a *neutralidade*, mas a *clara assunção de uma postura ideológica*, isto é, que sejam retiradas as máscaras hipócritas dos discursos neutrais, o que começa pelo *domínio da dogmática*, apreendida e construída na base da *transdisciplinariedade*."

²⁸⁹ SANTOS, Juarez Cirino, **Moderna teoria do fato punível**, p. 151: "A unidade do ordenamento jurídico parece constituir axioma do pensamento jurídico moderno, e a regra de que a juridicidade

uma abertura e interação com as outras partes do sistema jurídico, nas quais as exigências da taxatividade não se apresentam com o mesmo vigor. Assim, mesmo admitindo-se a possibilidade de fundamentar a antijuridicidade e suas causas de exclusão em um ou poucos princípios gerais, seu conteúdo multifário impõe uma maior flexibilização do princípio da taxatividade, que intervém como critério limite às ponderações dos demais princípios e não como fonte direta de orientações materiais.²⁹⁰

À vista de tais peculiaridades, é possível compreender por que as causas de justificação, manejando mais propriamente princípios do que se ocupando em descrever âmbitos restritos da realidade empírica²⁹¹, não comportam construções legais com o mesmo nível de precisão dos tipos incriminadores, abrangendo um amplo e diversificado leque de fatos típicos. Conseqüência disso é a elaboração de tipos (permissivos) dotados de significativa elasticidade como os previstos no art. 23, inc. III, do Código Penal²⁹².

De outra banda, as justificativas constituem exceção às proibições estabelecidas nas normas incriminadoras, visando a excluir aquelas condutas que, embora enquadráveis no modelo típico, não são abrangidas pelos motivos que justificam a punição. Vale dizer, as causas de exclusão de ilicitude destinam-se a anular eventual sobreinclusão de condutas pelo tipo, ou seja, afastar a punição daquelas ações que, embora amoldadas à figura legal, visem à consagração de outros bens ou interesses igualmente protegidos pelo Direito, não se justificando sua reprovação penal. Em última análise, portanto, os tipos permissivos concorrem à delimitação do âmbito de punibilidade, o que implica a

ou antijuridicidade de qualquer ação é válida para o direito em geral, exclui a hipótese de antijuridicidades específicas, eliminando, assim, a possibilidade de contradições no direito.". O autor, observa, entretanto, não ser unânime a tese.

²⁹⁰ ROXIN, Claus, **Política criminal e sistema jurídico-penal**, p. 63: "(...) o postulado da determinação legal não vige como princípio estrutural desta categoria do delito [refere-se à antijuridicidade], mas só como limite da modificabilidade dos princípios sócio-regulativos."

²⁹¹ BETTIOL, Giuseppe, **Direito penal**, v. 1, p. 363: "Para que um fato possa ser considerado delituoso é necessário que seja lesivo, mas não é mister julgar que a lesividade se consubstancia num ulterior elemento de fato passível de percepção sensória. Em outras palavras, a *antijuridicidade* não é um elemento do crime de natureza idêntica ao *fato*, visto que ela se resolve num *juízo de valoração* do fato em relação às exigências de tutela da norma penal e portanto em relação aos valores."

²⁹² "Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: (...) III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito."

intervenção do princípio da taxatividade, com os temperamentos idôneos a propiciar à antijuridicidade a flexibilidade que lhe é necessária.

Soluções diversas poderiam variar entre dois extremos: previsão maximamente taxativa de causas justificativas ou total ausência de estipulação legal. A primeira alternativa implicaria a descrição detalhada e concreta das situações justificantes, levando à sua inclusão em cada tipo penal existente. Tal casuismo seria manifestamente prejudicial, pois além de provocar uma verbosidade legislativa, comprometendo a própria taxatividade, produziria riscos de infra-inclusão, ou seja, o detalhismo aumentaria o perigo de punição de condutas merecedoras de isenção penal²⁹³. No outro extremo, a ausência de previsão legal de causas de justificação, deixadas ao total arbítrio do órgão judicial, eliminaria, em tese, os riscos de sobreinclusão de condutas penalmente proibidas, com prejuízos, porém, à taxatividade, ante a ausência de pautas minimamente estabelecidas por meio das quais se possa indicar aos cidadãos as condutas típicas excepcionalmente autorizadas. Ademais, os riscos de desigualdade e injustiça na aplicação da lei penal não compensariam as pretendidas vantagens de um sistema de excludentes de antijuridicidade totalmente entregue à "sabedoria judicial"²⁹⁴.

Portanto, a melhor alternativa parece ser a manutenção da taxatividade para as causas de exclusão da antijuridicidade, porém em grau mais reduzido do que em relação às normas incriminadoras. Vale dizer, a precisão dos tipos incriminadores deve ser maior do que a dos tipos permissivos. Naqueles, um certo grau de infra-inclusão (de condutas que também seriam merecedoras de punição) é tolerável, em benefício da certeza como instrumento de proteção da liberdade individual; nestes, entretanto, não o é, por implicar a possibilidade de punição de certas condutas igualmente justificadas. Por esse motivo, as causas

²⁹³ MORESO, José Juan, **Principio de legalidad y causas de justificación**, p. 536: "Mientras en la formulación de los tipos penales lo que importa es que no sean sobreincluyentes, en la formulación de las causas de justificación lo que importa es que no sean infraincluyentes. Como el casuismo comporta infrainclusión, entonces debemos rechazar una formulación detallada, tipo por tipo, de las causas de justificación."

²⁹⁴ Some-se a ausência de mecanismos de vinculação das decisões judiciais, sujeitas à custosa e difícil uniformidade propiciada pelos recursos extraordinário e especial, e estaria criado o substrato para o caos normativo e até mesmo a corrupção judicial, pois, em meio à total à confusão de parâmetros, não faltaria alguma brilhante teoria jurídica para amparar uma condenação ou absolvição de conveniência.

de exclusão da ilicitude comportam construções lingüísticas mais abstratas, genéricas e flexíveis, de molde a temperar rigor dos tipos incriminadores.²⁹⁵

No âmbito aplicativo, valem as mesmas considerações: o rigorismo dos extremos pode conduzir a soluções prejudiciais à liberdade, seja por meio da interpretação excessivamente restritiva dos requisitos das justificativas, seja por meio do desmesurado afastamento dos limites semânticos do tipo permissivo. Neste último caso, o aplicador finda por romper com os princípios reitores da causa de justificação e desequilibra a calculada ponderação sobre eles feita pelo legislador: o resultado é a arbitrariedade, em prejuízo do isonômico exercício da atividade punitiva, e a sobrecarga na liberdade de terceiros. A propósito, não esquecer que o exercício de uma causa de exclusão da ilicitude, v.g., legítima defesa ou estrito cumprimento de dever legal, impõe à vítima o ônus de suportar a ofensa aos bens e interesses de sua esfera particular praticada pelo autor do fato típico justificado, o que não é irrelevante nas hipóteses, entre outras, do uso de força pela autoridade pública. Como observado por Claus Roxin, "A dinâmica das causas de justificação acarreta, por sua própria natureza, um relaxamento no princípio *nullum-crimen*. A mutabilidade das medidas ordenadoras jurídicas encontra, porém, seu limite no princípio da determinação, já que é inadmissível revogar um princípio legal de regulação por meio de interpretação, ou limitá-lo, por considerações de política criminal."²⁹⁶

As mesmas razões de certeza e isonomia que desautorizariam o abandono da determinação nos tipos permissivos proibiriam a

²⁹⁵ MORESO, José Juan, **Principio de legalidad y causas de justificación**, p. 538: "En la formulación de los tipos penales el umbral mínimo de la taxatividad debe ser más alto que en la formulación de las causas de justificación. (...) la formulación de las causas de justificación debe permitir la exclusión como punibles de todos los casos no abarcados por las razones que justifican castigar determinados comportamientos. Para hacer posible este extremo es preciso que las causas de justificación sean lo suficientemente flexibles para adaptar-se a nuevas circunstancias que querríamos ver incluidas como justificadas. Pero ello es compatible con que la formulación de las causas de justificación establezca unas pautas generales que, a la vez que permitan excluir de los comportamientos penales prohibidos aquellos a los que no alcanza su justificación, introduzcan algunas restricciones a las decisiones posibles de los jueces y señalen claramente las vías por las cuales una persona puede presentar su comportamiento como justificado."

²⁹⁶ ROXIN, Claus, **Política criminal e sistema jurídico-penal**, p. 64. No mesmo sentido a opinião de Sergio MOCCIA, **La 'promessa non mantenuta'** (...), p. 81: "Sul piano applicativo, dunque, si avrebbe una libera creazione del diritto, qualora i 'principi regolativi' di una scriminante venissero sostituiti o neutralizzati in contrasto con la lettera della norma; laddove l'applicazione concretizzatrice di tali principi regolativi legali in sede processuale, con il riferimento effettivo a diversi gruppi di casi omogenei, rappresenta la forma corretta di applicazione della legge in questa materia."

aplicação do procedimento analógico às causas de exclusão da ilicitude. Em reforço de tal conclusão, seria de se ponderar os riscos de legitimação dos abusos repressivos do Estado (principalmente os de corte autoritário) em prejuízo dos direitos fundamentais que as discriminantes indeterminadas acarretam. Além disso, as causas de justificação provocam a descriminalização de condutas ofensivas a bens jurídico-penalmente protegidos, impondo-se que os interesses preponderantes por elas protegidos sejam igualmente percebíveis.²⁹⁷

Como se vê, a questão relativa à taxatividade (e à correlata da proibição da analogia) no contexto da antijuridicidade e das causas de justificação não é tão simples quanto poderia induzir a pensar a imponderada adoção do vezeiro axioma da permissão do uso da analogia *in bonam partem*. Demonstração disso pode ser extraída da regulamentação do crime de aborto, regulamentado nos arts. 124 a 128 do Código Penal. Este último dispositivo prevê duas causas de exclusão da ilicitude satisfatoriamente determinadas, nos seguintes termos: "Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico: I -- se não há outro meio de salvar a **vida** da gestante; II -- se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal." (grifo nosso). Entretanto, figure-se a hipótese de uma redação mais aberta para o aborto necessário, na qual a norma legal teria a seguinte dicção: "Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico: I -- se não há outro meio de salvar a vida **ou houver risco à saúde** da gestante; (...)". Nesse caso, parece lícito supor que o acréscimo da expressão "risco à saúde", além de ampliar o âmbito de incidência do tipo permissivo, daria origem a uma não desprezível margem de indeterminação, em face de sua elasticidade semântica, suscitando um conflito de bens de difícil equacionamento. As dificuldades de determinar o âmbito de significação do conceito "risco à saúde" engendrariam dúvidas nocivas não só ao direito fundamental de liberdade, como também ao direito à vida. É pouco provável que tais dilemas fossem solucionados por meio do apelo simplista à idéia de garantia (de quem, afinal?).²⁹⁸

²⁹⁷ MOCCIA, Sergio, *La 'promessa non mantenuta'*(...), p. 82.

²⁹⁸ A hipótese, embora à prima vista fantasiosa, foi examinada por duas cortes constitucionais, como noticia Víctor FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal*(...), p.

10.4 CULPABILIDADE

O até aqui observado sobre as repercussões do princípio da precisão no campo da antijuridicidade pode ser aplicado também à regulamentação da culpabilidade e às suas causas de exclusão, matéria que, em não podendo ser abandonada ao arbítrio de mil juízes, tampouco comporta um exaustivo tratamento legal. Portanto, aqui também incide a taxatividade, porém com os temperamentos necessários, a fim de permitir a valoração dos fatores pessoais relevantes ao estabelecimento da responsabilidade penal.²⁹⁹

Dos elementos da culpabilidade, entendida como reprovabilidade ao autor por ter praticado o injusto típico, um deles guarda peculiar relação com o princípio da precisão, merecendo expressa, ainda que sucinta, referência. Trata-se do requisito da potencial consciência da ilicitude que, juntamente com a imputabilidade e a possibilidade de conduta diversa, constituem, como geralmente aceito, a noção de culpabilidade³⁰⁰.

Para que o autor de um fato típico e antijurídico seja passível de censura jurídico-penal, dele é exigível que conheça ou possa conhecer a ilicitude de sua conduta, ou seja, que tenha em relação a esta a consciência efetiva ou potencial da sua antijuridicidade. A fim de que tal situação seja factível,

91-2. O autor menciona a sentença nº 53/1985 do Tribunal Constitucional da Espanha, que rejeitou recurso de inconstitucionalidade, por infringência ao princípio da taxatividade, de projeto de lei que previa hipóteses de exclusão da ilicitude do aborto praticado quando "necessário para evitar um grave perigo para a vida ou saúde da gestante" ou "quando provável que o feto haverá de nacer com graves deficiências físicas ou psíquicas". As dúvidas de taxatividade suscitadas apoiaram-se nos termos "necessidade", "grave", "saúde" e "probabilidade". Questão similar fora examinada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, *United States v. Vuitch*, 402 US 62 (1971), a propósito da uma lei do Estado de Columbia, que punia o aborto, salvo no caso em que fosse necessário para preservar "a vida ou a saúde da mãe". Alegou-se que a expressão "saúde" seria excessivamente vaga, o que foi rechaçado pelo tribunal. Mais relevante observar, entretanto, é que, em nenhum dos dois casos, foi inadmitida a possibilidade de examinar a precisão de causas de exclusão de ilicitude.

²⁹⁹ ROXIN, Claus, **Política criminal e sistema jurídico-penal**, p. 80: "(...) mais uma palavra sobre o princípio *nulla-poena*: já que também as elementares da culpabilidade servem para definir a medida do punível, tal princípio não pode ser tirado de vigor. Mas ele não desenvolve aqui – assim como não o fazia no campo da antijuridicidade – uma força construtora de sistema, e também não impede o legislador de manter em aberto questões não esclarecidas de exclusão de culpabilidade."

³⁰⁰ Mencionar autores que adotam a posição, para enriquecer as referências bibliográficas.

impõe-se a acessibilidade cognitiva das normas penais aos seus destinatários finais, isto é, aos cidadãos, ou, mais tecnicamente, às pessoas penalmente imputáveis. Se estas não pudessem conhecer as normas de conduta a elas dirigidas, seja pela falta de publicidade, seja por sua ininteligibilidade, o princípio da culpabilidade resultaria seriamente afetado.³⁰¹ As pessoas seriam punidas pelo Estado sem saber por que motivo, e a pena a elas aplicada seria, além de inútil, motivo de justa indignação, aumentando a infidelidade ao Direito. Ao cabo, dar-se-ia a mera instrumentalização dos cidadãos com o objetivo de prevenção geral: a exemplaridade voltada à preservação da autoridade como fim em si mesma.

Disso se extrai a imperiosidade da precisão legislativa em matéria penal. É pouco possível que um direito penal do fato e da culpa possa sustentar-se sem a exigência fundamental da determinação. Explorar as repercussões do princípio da taxatividade no plano da culpabilidade, portanto, pode contribuir para diminuir os espaços de responsabilidade objetiva no direito penal. Destacadamente quanto à consciência da ilicitude e ao erro de proibição, isso pode indicar, em certos casos, ser mais apropriado, em lugar de investigar a evitabilidade de um possível erro de proibição, apurar eventual vício de precisão da norma incriminadora. Vale dizer, antes de censurar o autor do injusto por não atingir uma adequada consciência das orientações da ordem jurídica, verificar se estas são suficientemente claras e precisas, ou seja, se o legislador também cumpriu seu dever.

Assim, a combinação de taxatividade e culpabilidade permite reavaliar até mesmo dispositivos que, por força da inércia, tornam-se tradicionais

³⁰¹ Ressalte-se a incoincidência de profligar BECCARIA, **Dos delitos e das penas**, p. 31-33, a obscuridade das leis, por considerá-las instrumento de violência a serviço de Estados tirânicos. Tal era mais evidente em face da situação calamitosa da legislação penal de sua época: "Que pensar dos homens, quando se reflete que as leis da maior parte das nações estão escritas em línguas mortas e que esse costume bárbaro ainda subsiste nos países mais esclarecidos da Europa?". Tal circunstância, agregada à desumanidade, desproporcionalidade e inutilidade das penas, à credence e intolerância religiosas, às torturas, aos processos inquisitoriais e secretos, à sociedade de classes, à exploração econômica, ao poder político ilimitado, em suma, à total inexistência de direitos humanos, justificava a denúncia do tétrico poder punitivo de então: "A humanidade gemia sob o jugo da implacável superstição; a avareza e a ambição de um pequeno número de homens poderosos inundavam de sangue humano os palácios dos grandes e os tronos dos reis. Eram traições secretas e morticínios públicos. O povo só encontrava na nobreza opressores e tiranos; e os ministros do Evangelho, manchados na carnificina e as mãos ainda sangrentas, ousavam oferecer aos olhos do povo um Deus de misericórdia e de paz."

na legislação, a despeito de sua problemática conciliabilidade com os princípios penais. Tome-se, por exemplo, a ficção legal associada ao brocardo *ignorantia legis non excusat* (ou *ignorantia legis neminen excusat*) prevista no art. 21, *caput*, primeira parte, do Código Penal, que disciplina o "erro sobre a ilicitude do fato": "Art. 21. **O desconhecimento da lei é inescusável.**³⁰² O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço." (grifo nosso).

Ao excluir *a priori* qualquer efeito jurídico ao desconhecimento da lei na avaliação da consciência efetiva ou potencial da ilicitude por parte do autor do injusto, o Código Penal adota uma orientação inteiramente divorciada da vida concreta, consagrando hipótese de responsabilidade objetiva. Se o erro sobre a antijuridicidade de uma conduta típica é relevante, como o reconhece o próprio legislador ao prever a exclusão ou diminuição de pena ao autor do injusto que atue sob sua influência, é no mínimo contraditório simultaneamente vetar que o desconhecimento da lei não possa influir na determinação da responsabilidade penal. Em um ordenamento jurídico cuja principal fonte é a lei, a proibição em tela é dificilmente justificável. Além disso, o fenômeno real da inflação legislativa, além de suas notórias imperfeições, em uma época em que a vida social é profusa e minuciosamente regulada pelo Estado, torna a ficção do conhecimento da lei uma quimera de impossível justificação, ainda mais quando em jogo o direito de liberdade. Agregue-se a isso a realidade da exclusão social de grandes camadas da população em que a regra é "desconhecimento universal" e ter-se-á uma fórmula bastante propícia à generalização da responsabilidade objetiva para não desprezíveis grupos de casos e pessoas.

Interpretar a cláusula sobre a *ignorantia legis* prevista no art. 21 do Código Penal como um veto à derrogação da lei motivada pelo seu desconhecimento no caso concreto³⁰³ constitui uma tentativa heróica, mas inútil, de salvação. Em primeiro lugar, é consensual que a vigência ou aplicação de um dispositivo legal independe de consideração sobre as circunstâncias pessoais dos

³⁰² Nos termos do art. 65, inc. II, do Código Penal, constitui apenas circunstância atenuante.

³⁰³ BITENCOURT, Cezar Roberto, **Erro jurídico-penal**, p. 48; idem, *Tratado de Direito Penal*, p. 330: "A *ignorantia legis* é matéria de aplicação da lei que, por ficção jurídica, se presume conhecida por todos. Enquanto o *erro de proibição* é matéria de culpabilidade, num aspecto inteiramente diverso. Não se trata de derogar ou não os efeitos da lei, em função de alguém conhecê-la ou desconhecê-la."

destinatários. O fato de alguém praticar uma conduta típica e antijurídica, ainda que em erro inevitável sobre a ilicitude do fato, pressupõe, ao contrário, a vigência e incidência da norma incriminadora. Não se trata de negar vigência ou desaplicar normas penais, pois é a incidência do dispositivo pertinente que autoriza a exclusão da culpabilidade, no caso, o erro de proibição. Portanto, seria despicienda a previsão de um dispositivo legal para regular o evidente. Ademais, a inserção da disciplina da *ignorantia legis* no mesmo artigo sobre o erro de proibição não autoriza dúvidas quanto à sua pertinência aos requisitos do crime (Título II da Parte Geral do Código Penal) e não à aplicação da lei penal (Título I da mesma parte do Código).

Acolher a cláusula de inescusabilidade da *ignorantia legis* sob o argumento de esta constituir conceito distinto do erro de proibição tampouco é acertado. Com efeito, "Pode-se ignorar a lei (o art. 121 do CP, v.g.) e ao mesmo tempo conhecer a norma, a proibição (saber que matar outro ser humano é juridicamente proibido); de outra parte, pode-se conhecer a lei e ignorar, no caso concreto, a proibição da conduta (isso pode ocorrer no erro de proibição indireto)."³⁰⁴ Nada obstante, como assinala Juarez Cirino dos Santos, a separação conceitual é arbitrária, pois também é possível que a ignorância da lei fundamente a ignorância do injusto, além do que, a generalidade e a obrigatoriedade da lei penal, geralmente recordadas por certa parcela da doutrina brasileira, "(...) não impedem que a inevitável ignorância da lei penal, ou representação da *invalidade* da lei penal, ou interpretação *falsa/errada* da lei

³⁰⁴ GOMES, Luiz Flávio, **Erro de tipo e erro de proibição**: (...), p. 93. No mesmo sentido, COSTA JÚNIOR, Paulo José da, **Direito penal**: curso completo, p. 89 (embora observe parecer "supérflua a advertência normativa"); PRADO, Luiz Regis, **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, p. 283; TOLEDO, Francisco de Assis, **O erro e a ignorância em matéria penal**, p. 109. Apresentam ressalvas à regra da irrelevância do desconhecimento da lei, entre outros, MACHADO, Luiz Alberto, **Direito criminal**: parte geral, p. 110: "se a presunção é *juris tantum*, desnecessária a redação; se *juris et de jure*, elimina a relevância do erro"; GARCIA, Basileu, **Instituições de direito penal**, p. 278-279: "O brocardo *ignorantia legis non excusat*, corporificando uma ficção, manda às vezes (SIC) punir o verdadeiramente inocente, o que repugna ao senso de justiça."; SANTOS, Gérson Pereira dos, **Inovações do código penal**. Parte geral., p. 43: "O princípio da irrelevância do desconhecimento da lei penal já foi objeto de nossas cogitações, folhas aquém, (...) quando lamentamos que, por vezes, haja a tese da presunção absoluta fomentado a concepção da lei como produto de uma vontade arbitrária."

penal constituam modalidades de *erro de proibição direto* plenamente escusáveis na Alemanha e na Itália, por exemplo(...)"³⁰⁵

Sem cuidar de esgotar a questão, o que levaria ao exame de aspectos relativos à culpabilidade e a um conseqüente desvio temático, importa observar, por fim, ser infundado o temor de ineficácia do sistema penal adveniente da escusabilidade do desconhecimento da lei. Isso porque, de modo geral, as proibições penais, principalmente as ligadas à criminalidade tradicional, estão incorporadas à cultura, sendo acessíveis a todos por meio das regras ético-sociais generalizadas. Assim, dificilmente alguém teria sua censurabilidade penal excluída ou diminuída pela prática de crimes do cotidiano, como, v.g., homicídio, furto, roubo, seqüestro, calúnia, estupro, etc., ou da rotina de setores ou aspectos mais particularizados da vida social, como, via de regra, os contra a administração pública, a família ou a fé pública. Nada obstante, a relevância do desconhecimento da lei pode evidenciar-se, e.g., naqueles crimes cujos valores ou interesses implicados não encontram maior enraizamento na cultura em geral, decorrendo de decisões de política criminal nem sempre disseminadas ou mesmo compartilhadas pelo conjunto da sociedade, como ocorre com a criminalidade moderna, geralmente integrante do direito penal especial³⁰⁶. Em tais casos, ao contrário do que a ficção legal possa pretender, o acesso à norma de proibição só será possível ordinariamente por meio da consulta direta à legislação que a contempla, caso em que, sim, o desconhecimento da lei poderá ter relevância penal (conforme seja evitável ou inevitável). Quem poderia saber, por exemplo, indaga Juarez Cirino dos Santos, "(...)que é crime *ter em depósito ou guardar madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem licença da autoridade competente* ? (art. 46, parágrafo único, da Lei 9.605/98, que define crimes contra o meio ambiente)." ³⁰⁷ Seria também de indagar qual seria o grau

³⁰⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos, **A Moderna teoria do fato punível**, p. 243-244. A propósito do estado da questão nos ordenamentos estrangeiros referidos pelo autor, de interesse aludir, em confirmação parcial ao por ele observado, que a Corte Constitucional da Itália (sentença nº 364/1988) considerou inconstitucional por ofensa aos princípios da taxatividade e da responsabilidade pessoal, o art. 5º do Código Penal italiano, com redação semelhante à do nosso art. 21: "Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale.", in http://www.perrupato.it/codici/codice_penale.htm.

³⁰⁶ Nelson HUNGRIA, **Comentários ao código penal**, v. I, tomo II, p. 217, chama tais delitos de "meramente convencionais", ou "de pura criação política".

³⁰⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos, **A Moderna teoria do fato punível**, p. 244-245. Para o exame de outros argumentos sobre a questão, de consultar-se a exposição integral do autor, constante da

de conhecimento dos próprios agentes públicos sobre a natureza delituosa das condutas de "destruir, danificar, lesar ou **maltratar**, por qualquer modo ou meio, **plantas de ornamentação** de logradouros públicos **ou em propriedade privada alheia**"?, punidas também na modalidade **culposa** ?!?! (art. 49, "caput" e parágrafo único, da mesma Lei nº 9.605/1998), grifo nosso.³⁰⁸

Portanto, não seria uma cláusula de salvação como a da irrelevância do desconhecimento da lei, prevista no art. 21, 1ª parte, do Código Penal, capaz de assegurar a efetividade de leis viciadas de hermetismo que nenhuma ficção legal poderia curar, ainda mais à custa da liberdade dos cidadãos. A contrário, a inefetividade de certas leis penais decorre em maior medida do desprezo aos princípios de política criminal estruturadores de um direito penal verdadeiramente garantista e democrático, considerados equivocadamente por alguns como velharia burguesa e liberal.

10.5 PUNIBILIDADE E PENA

A categoria da punibilidade não parece apresentar uma fisionomia conceitual tão bem definida quanto as demais relativas à teoria do

obra referida, p. 241-248, que já havia adotado postura crítica em outra obra de sua lavra, *Teoria do Crime*, p. 68: "Esse quadro do erro foi mutilado na lei brasileira, pela exclusão do erro sobre a *existência* da norma jurídica -- a modalidade mais freqüente de erro de proibição --, com grave lesão ao princípio de culpabilidade."

³⁰⁸ Imagine-se o espanto do romântico e pobre namorado, que, não podendo dar-se ao luxo de gastar parte de seu salário mínimo na aquisição de um ramalhete de flores, resolvesse arrancar algumas delas do jardim de um vizinho, para homenagear a sua amada ! Ou a perplexidade de algum de nossos mendigos que, tendo de dormir ao relento numa praça pública de bairro nobre, se refugiasse entre as plantas ornamentais, maltratando-as!, de um bem cuidado canteiro, provavelmente adotado por uma associação de bairro ou sociedade protetora de organismos vegetais! Ao depois, lá estaria o nosso infausto esmoleiro em audiência de transação judicial, tendo de optar entre a entrega de sacola econômica a entidade assistencial ou prestação de serviços à comunidade (afinal, o trabalho gratuito lhe é disponível em abundância), para evitar processo e eventual condenação à pena de até um ano de detenção e/ou multa, provavelmente em concurso material com a contravenção de mendicância prevista no art. 60 da Lei de Contravenções Penais. Para o bem de todos, os exemplos são cerebrinos, pois em casos como esses geralmente o guarda da praça tem mais bom senso que o legislador. Além do mais, é recomendável que crimes como os do art. 49, "caput", da lei ambiental fiquem restritos aos trabalhos de pesquisa acadêmica, até para evitar que alguém resolva promover sua punição.

delito. Em primeiro lugar, embora seja considerada majoritariamente na nossa doutrina como consequência do injusto culpável, não integrando a noção (bi ou tripartida) de delito, há os que sustentam o contrário. Ademais, constitui um conjunto heterogêneo de circunstâncias pessoais ou objetivas que determinam a não aplicação da pena ao injusto culpável. Tais circunstâncias ou causas condicionantes ou excludentes da punibilidade, ou seja, da possibilidade jurídica de punir que advém da prática de um fato típico, antijurídico e culpável (censurável), não se ligam a nenhum elemento constitutivo destas categorias anteriores, estando ligadas a razões de política criminal as mais diversas, que recomendam a não incidência da pena no caso concreto.³⁰⁹ Qualquer tentativa de explorar critérios hábeis a unificar as razões que levam o legislador a estabelecer tais obstáculos entre o injusto culpável e a pena, portanto, conduziria o presente estudo muito além do seu objeto.

O que importa na investigação das repercussões do princípio da precisão no âmbito da punibilidade é assinalar o caráter excepcional das suas condições ou causas de exclusão, por mais gerais que possam parecer, como, por exemplo, a hipótese da prescrição.³¹⁰ Trata-se de circunstâncias que, pelos mais variados motivos, concernem à oportunidade ou inoportunidade de aplicação da pena ao autor do injusto culpável, sem anular o caráter reprovável da conduta. Apesar de reconhecida a censurabilidade da conduta e de seu autor, o sistema abstém-se de aplicar a sanção, a coerção penal, por motivos considerados mais relevantes que os próprios fins da pena. Pois bem, se a previsão dos pressupostos gerais da pena (entendidos aqui como as categorias da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) obedece a critérios tão rigorosos como os decorrentes, v.g., dos princípios da legalidade, da lesividade e da culpabilidade, sendo certo que as decisões criminalizadoras exigem uma fundamentação constitucional e só se legitimam em face da necessidade de proteger direitos fundamentais no mínimo tão importantes quanto aqueles atingíveis pela pena,

309 A doutrina costuma classificar variadamente tais hipóteses em subgrupos conceituais como as condições objetivas de punibilidade, as escusas absolutórias, as causas de extinção da punibilidade, etc. Para os propósitos deste estudo, o aprofundamento de tais questões, de resto controvertidas, é desnecessário, uma vez que em todas elas recai o mesmo tratamento resultante do exame de suas relações com o princípio da taxatividade.

310 Prevista no art. 107, inc. IV, 1ª hipótese, e também regulada nos arts. 109 e segs., todos do Código Penal.

seria de estranhar que a categoria da punibilidade não estivesse sujeita também à bitola da taxatividade.

Com efeito, as condições e as causas de extinção da punibilidade, em suas diversas manifestações, individuais ou coletivas, pessoais ou objetivas, incidindo sobre grupos de fatos proibidos pelo legislador sob a ameaça de pena, para torná-los impunes, só podem ser reguladas por lei e de forma taxativa. Não compete ao juiz, portanto, a criação de nenhuma causa ou condição de punibilidade não prevista pelo legislador, simplesmente por discordar ideologicamente das decisões de política criminal por este tomadas. A única possibilidade de exclusão da pena, no âmbito de fatos legalmente censurados, resultaria de um juízo de inconstitucionalidade incidente sobre a matéria criminal legalmente regulamentada. Mas nesse caso tratar-se-ia de outra questão, ou seja, da inobservância pelo legislador de seus deveres constitucionais. Nada obstante, tomando por pressuposto que a decisão legislativa de criminalizar não padece de vícios, não cabe ao órgão judicial alterá-la, pois do contrário estariam abertas as comportas da arbitrariedade, da desigualdade e da parcialidade na justiça penal. Em síntese: a legalidade-taxatividade também é aplicável à punibilidade, estando também sujeita ao controle de constitucionalidade.

Quanto à cominação, aplicação e execução das penas, o princípio da taxatividade apresenta certas peculiaridades na sua forma de concretização, em face da incidência do princípio da individualização³¹¹, o qual exige o ajustamento da sanção penal às características pessoais do condenado, meta que só pode ser plenamente atingida no momento judicial de aplicação da norma e mesmo na etapa da execução.³¹² Para tanto, impõe-se ao azo da cominação que o próprio legislador realize um trabalho de ponderação de ambos os princípios, de modo a contemplá-los em suas exigências mínimas. Em favor da taxatividade, a fim de que a pena não fique ao total arbítrio do órgão julgador, de exigir-se a previsão legal das espécies de pena³¹³, bem como, naquelas que

³¹¹ Art. 5º, inc. XLVI, da Constituição Federal: "a lei regulará a individualização da pena (...)".

³¹² PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, p. 258.

³¹³ CARVALHO, Salo de, *Pena e garantias*, p. 161: "A primeira ordem de intervenção constitucional na esfera penalógica é de natureza limitativa quanto à espécie da sanção e o sujeito a ser sancionado: restringiu determinados tipos de penas (art. 5º, XLVII); limitou destinatários (art. 5º, XLV); e taxou possibilidades de sanção (art. 5º, XLVI)."

apresentem dimensão quantitativa, dos limites mínimo e máximo³¹⁴. Entre tais marcos, impõe-se que o órgão judicial possa transitar, escolhendo entre as espécies de penas, ainda que na forma de substituição (quando para tanto autorizado), e fixando a sua quantidade, com o escopo de aproximar a resposta penal às características da conduta delituosa e de seu autor. Dentro dessa margem³¹⁵, a discricionariedade do juiz não é absoluta, mas vinculada às diretrizes que o próprio sistema tem de traçar, como, por exemplo, aquelas indicadas pelo art. 59 do Código Penal³¹⁶, e que não só podem com devem ser refinadas pela jurisprudência, a fim de possibilitar um mecanismo tanto quanto possível preciso e uniforme de aplicação da pena ao caso concreto. Os critérios orientadores sedimentados pela jurisprudência e pela doutrina³¹⁷, como aqueles decorrentes do chamado método trifásico (aliás legalmente adotado) que, dentre outras vantagens, impede a dupla incidência da mesma circunstância na dosagem da pena, devem, tanto quanto possível, ser seguidos pelo órgão judicial ao fixar a norma individual, pois tal postura atende mais de perto às exigências de garantia inerentes ao direito penal³¹⁸.

³¹⁴ Luigi FERRAJOLI, **Derecho y razón**, p. 400, sustenta, ao menos quanto às penas privativas de liberdade, dotadas de significativo efeito desonroso ainda que de curta duração, não se justificar a previsão do mínimo legal, devendo confiar-se sua fixação ao poder judicial. Andrei Zenkner SCHMIDT, **O Princípio da legalidade penal (...)**, p. 301 e segs., sustenta que "(...)a conciliação entre o *ideal da segurança jurídica* e os *fundamentos* de um Direito Penal garantista, determina, no que se refere aos limites da sanção penal, que ao *legislador* seja imposto o dever de fixar o *quantum* mínimo (suficiente para *intimidar*) e máximo (suficiente para *reprimir a vingança informal*) de sanção penal(...)". Propõe, entretanto, que na fase judicial de fixação da pena, possa ser transposto o mínimo legal seja na fase da fixação da pena-base, quando da apreciação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, quanto na fase intermediária de análise das atenuantes. Quanto a estas últimas, o Superior Tribunal de Justiça, na Súmula 231, fechou questão: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."

³¹⁵ Como assinalam Heleno Cláudio Fragoso e Lídia Sequeira, **A cominação das penas no novo código penal**, nº 17/18, p. 24: "Decisivo (...) é que a cominação se faça proporcionando a amplitude necessária (*Spielraum*) a permitir a imposição da pena que corresponda às exigências da justiça no caso concreto. Por outro lado, o legislador é obrigado a manter a lógica interna do sistema que ele estabelece na cominação das penas."

³¹⁶ "Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:".

³¹⁷ Bom exemplo de sistematização desses critérios são as lições de AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Aplicação da pena**, p. 187-212.

³¹⁸ Calha, a propósito, lembrar a lição de Luiz Alberto MACHADO, **A execução das penas em espécie: penas privativas de liberdade**", p. 88: "A atividade judicial é, por seu lado, altamente aleatória no direito penal; como os juízes provêm de uma parte da sociedade, julgam com maior rigor os da outra parte e com menor rigor os da sua parte, inclusive os policiais violentos; a estes

Ainda no que pertine à modelação da pena pelo legislador, a doutrina recomenda evitar-se a utilização de margens muito elásticas entre o mínimo e o máximo legal, o que leva a um excessivo grau de indeterminação.³¹⁹ O contrário, ou seja, a inexistência de qualquer espaço para a atividade judicial, embora pudesse representar o máximo de precisão possível, implicaria intolerável infringência ao princípio da individualização da pena, com graves injustiças aos condenados e desconsideração das circunstâncias específicas do fato e do autor, relevantes para a dosagem da sanção, com o que resultaria atingido o princípio da culpabilidade. A doutrina costuma recordar o exemplo histórico da primeira codificação penal francesa de 1791, editada logo após a Revolução de 1789, na qual as penas cominadas aos delitos previstos eram fixas, impedindo qualquer possibilidade de intervenção judicial em sua aplicação ao caso concreto. O critério, que levava a idéia da legalidade às últimas conseqüências, foi logo abandonado, por seu evidente exagero e às perplexidades que gerava.

Assim, da ponderação dos princípios regulatórios da pena resultam inconstitucionais tanto as sanções fixas quanto as excessivamente elásticas. Em um exemplo forçado, apenas para melhor compreensão, teria de ser considerada inconstitucional a previsão legal de pena privativa de liberdade entre limites abstratos de um e trinta anos para um determinado delito. A imprecisão, nesse caso, seria patente, não fosse pela elasticidade da pena cominada, em último caso porque evidenciaria a indeterminação do próprio âmbito de condutas puníveis e a falta de clareza do legislador quanto ao bem jurídico a ser protegido. Mas, mesmo em margens aceitáveis, a relativa indeterminação abstrata da pena cominada não pode equivaler, repita-se, a uma livre delegação de poder ao órgão julgador, para fixar a pena ao seu talante. A precisão, aqui, é relativizada para permitir a interação de outros princípios igualmente importantes, como os da culpabilidade, da proporcionalidade e da pessoalidade da pena, além de considerações ligadas aos fins da sanção criminal. Tudo isso para que, ao final, aquela relativa imprecisão em abstrato se converta, por meio da sentença, em uma pena concreta, certa e definida, a ser

socorre o fato de que uma boa parcela da população aceita e até mesmo aplaude as manifestações violentas da polícia (um agente socialmente sancionado).".

³¹⁹ STRATENWERTH, Günter, **Derecho penal**, p. 33; SANTOS, Lycurgo de Castro. **O princípio de legalidade no moderno direito penal**, p. 199.

aplicada a uma determinada pessoa pela prática censurável de um específico delito. Com isso, garante-se a estatuição de balizamentos precisos à sanção constritora de direitos fundamentais imposta no título executivo judicial, de modo a impedir que outros direitos não atingidos pela condenação penal sejam indevidamente cerceados na fase da execução³²⁰.

De evitar-se, portanto, o errôneo consectário de que, por força das exigências decorrentes da individualização, a taxatividade estaria afastada. Ora, tal desfecho levaria a desconsiderar todo o esforço de precisão realizado já a partir do plano legislativo: de que adiantaria o extremo cuidado do legislador na tipificação precisa de condutas puníveis se, no momento aplicativo, o órgão judicial pudesse livremente arbitrar a espécie e a quantidade sancionatórias? Não se trata, portanto, de abandono da taxatividade no âmbito da pena, mas de seu integral e rigoroso acolhimento, sendo apenas diferida a sua integral definição para o momento da sentença, a bem de outros princípios penais igualmente relevantes. Evidência do rigorismo da determinação da pena pode ser colhida de sua imutabilidade, uma vez transitada em julgado a sentença que a fixou, a ponto de não poder ser modificada nem mesmo por meio de alteração legislativa (salvo *in bonam partem*), ou mudada em seus limites ou conteúdo na fase executiva (exceto se for em benefício do autor do delito). Em última análise, o mesmo processo de concretização que resulta na qualificação de um fato como típico e antijurídico, ocorre ou deveria ocorrer na concretização da pena, ou seja, a partir de diretrizes precisa e abstratamente estabelecidas pelo legislador, em obediência aos princípios penais fundamentais, chega-se à vinculada concreção judicial de uma pena, a ser posteriormente executada nos estritos limites fixados. Ou seja, procura-se garantir ao máximo que a atividade punitiva seja levada a efeito com o mínimo indispensável de sacrifício dos direitos fundamentais.

A partir de tais premissas é possível não só compreender e estimular o aperfeiçoamento da regulação legal das penas, sob o prisma da taxatividade, como legitimar os esforços doutrinários e jurisprudenciais tendentes à fixação objetiva e controlável da pena no caso concreto. Por coerência, impõe-

³²⁰ A legalidade-taxatividade inspira disposições como a do art. 38 do Código Penal: "**O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade**, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.", grifo nosso.

-se, outrossim, a mesma ordem de exigências no âmbito do processo de execução das penas. Assim é que o princípio da precisão também regula o cumprimento das penas, da multa à privativa de liberdade. Quanto a esta última, importa frisar a necessária regulamentação da disciplina no interior dos estabelecimentos prisionais, com a fixação prévia e determinada das punições aplicáveis, bem como de seus pressupostos, tudo subordinado ao mais completo controle jurisdicional. O presídio, como se costuma enfatizar, não é território alienígena, ao qual não se aplicam os princípios constitucionais. O mesmo vale para a execução das medidas de segurança, cuja duração indeterminada tampouco tem escapado ilesa de críticas. Qualquer concessão à imprecisão, sempre limitada, deve justificar-se por outros princípios regulatórios aplicáveis, como, v.g., os da humanidade, pessoalidade da pena, individualização e culpabilidade, de molde a respeitar a condição do preso de sujeito (e não objeto) da execução.³²¹

³²¹ CASTILHO, Ela Wiecko V. de, **Controle da legalidade na execução penal (...)**, p. 25: "O princípio da legalidade na execução penal importa na reserva legal das regras sobre as modalidades de execução das penas e medidas de segurança, de modo que o poder discricionário seja restrito e se exerça dentro de limites definidos. Importa também na reserva legal dos direitos e deveres, das faltas disciplinares e sanções correspondentes, a serem estabelecidas de forma taxativa, à semelhança da previsão de crimes e penas no Direito Penal. As restrições de direitos ficam sob reserva legal, evitando-se o uso de conceitos de sentido aberto."

11. DESORDEM LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL

11.1 DESORDEM LEGISLATIVA E RESERVA DE CÓDIGO

Como se constata, a legalidade-taxatividade, como instrumento voltado à garantia de direitos fundamentais, tomados estes como fundamento e limite do direito penal, desenvolve um amplo espectro de influência na orientação da atividade punitiva. As matizações que possa apresentar o princípio em aspectos específicos da estruturação do crime e da pena, brevemente apontadas acima, decorrem da necessidade de ajustamento aos outros princípios de política criminal, muitos deles expressamente constitucionalizados. Porém, o resultado das diversas ponderações de princípios e da sistematização normativa deve tender sempre à racionalidade punitiva, entendida essa no sentido do maior respeito possível aos direitos fundamentais.

Desse grau ótimo de racionalidade só é possível aproximar-se por meio de uma escrupulosa atenção às demandas que a legalidade-taxatividade impõe tanto na estruturação das normas individualmente consideradas quanto em seu conjunto sistemático. Como já observado, o princípio da determinação impõe e alcança sua máxima concretização em um direito penal subsidiário e fragmentário, ou seja, em um direito penal mínimo. A profusão de leis, nessa matéria, tem o condão de induzir à desordem na regulação penal, com prejuízo à precisão e à clareza. Não é sem motivo, portanto, a preocupação com o crescente fenômeno da decodificação e da inflação legislativa, uma das características mais acentuadas do chamado "direito penal da pós-modernidade".³²²

Trata-se, com efeito, do reflexo no campo punitivo de sociedades crescentemente complexas, perpassadas pelo risco, pela emergência,

³²² Franck Süß refere o prejuízo à determinação taxativa decorrente da crise da idéia de codificação, *El trato actual del mandato de determinación*, p. 242.

pela ruptura de fronteiras, pela globalização, pela cultura midiática do espetáculo e do medo, pelas criminalidades de massa e organizada e pela fragmentação e pluralidade dos referenciais valorativos. O Estado é chamado a intervir cada vez mais e mais rápido no ebuliente meio social, e assim o faz, legislando, e legislando freneticamente³²³. Em conseqüência, exaspera-se o fenômeno da decodificação, com os códigos penais perdendo progressivamente sua posição de centralidade a benefício de uma legislação de emergência, simbólica e obscura. Em conseqüência, o sistema penal vai perdendo transparência, tornando-se confuso e desarmonico, acentuando-se a necessidade da intervenção judicial que, por sua vez, tampouco sensível a preocupações com a certeza jurídica e ciosa da independência do juiz a qualquer custo, dá também sua parcela de contribuição para o crescente caos normativo. O resultado é a opacidade e o hermetismo do direito penal e do Direito em geral, em prejuízo da certeza e da capacidade de orientação do sistema penal. Como observado por Carla FARALLI, "Tudo isso tem minado na base o princípio da certeza do direito: atualmente nenhum cidadão, nem mesmo o mais experiente, tem condições de conhecer o direito em vigor e, conseqüentemente, de prever a valoração jurídica de seus comportamentos." (tradução livre).³²⁴

Como uma das vias de reversão do quadro de maximização e desarmonia da legislação penal, a fim de conferir-lhe maior racionalidade, impõe-se a redescoberta de algumas lições esquecidas, entre elas a de que o legislador deve manter-se fiel às "constantes" criminais, afastando-se das demandas episódicas e variáveis de criminalização, indutoras do açodamento e da irrefletida tipificação de condutas sem dignidade penal. Ademais, em matéria penal não se deveria legislar (embora se legisle) sem necessidade (*leges non sunt multiplicandae sine necessitate*, exclama o brocardo, a indiciar que o problema

³²³ PALAZZO, Francesco C., **Legislazione penale**, p. 13: "Il ricorso alla sanzione penale costa poco, perchè evita di impegnare organi, strumenti e risorse finanziarie nell'allestimento puntuale e concreto dei meccanismi di controllo e prevenzione dei fenomeni indesiderati; rende molto in termini di immagine e consenso elettorali perchè esprime una (apparente) presa di posizione ideologicamente 'forte' ed 'impegnata'; consente -- per contro -- di lasciare le cose sostanzialmente come stanno, visto che l'effettività della repressione non è garantita per il solo fatto dell'emanazione di una norma penale."

³²⁴ FARALLI, Carla, **La certezza del diritto nell'età della decodificazione**, p. 11: "Tutto ciò ha minato alla base il principio della certezza del diritto: oggi nessun cittadino, neppure il più esperto, è in grado di conoscere il diritto in vigore e, conseguentemente, di prevedere la valutazione giuridica dei suoi comportamenti."

não é novo), até porque, como diria Ferrando Mantovani, "quem semeia leis nem sempre colhe justiça"³²⁵.

Por outro lado, como reflexo direto da legalidade-taxatividade, impõe-se a recuperação da centralidade do Código Penal, devendo para ele confluir os diversos delitos em estado de errância pela legislação especial³²⁶. Essa indispensável providência deveria vir acompanhada da supressão daqueles delitos já superados pela evolução da cultura jurídico-penal (descriminalização) e a inclusão daqueles que os novos tempos e a renovada ordem constitucional indicarem (neocriminalização)³²⁷.

Levado às últimas conseqüências, o princípio da taxatividade imporia um radical desdobramento: a *reserva de código*, pela qual todos os delitos e suas penas respectivas, ou seja, todo o direito penal, estivessem regulados em um único documento legislativo, devidamente sistematizado. A reserva de código aumentaria a acessibilidade da legislação penal aos seus destinatários, compelindo o legislador a uma constante análise das conseqüências sistemáticas de suas decisões criminalizadoras. Entre outros efeitos, evitar-se-ia a sobreposição total ou parcial de delitos³²⁸, a desigualdade de tratamento

³²⁵ MANTOVANI, Ferrando, **Sobre la perenne necesidad de la codificación**, p. 2.

³²⁶ No seminário Reforma do Código Penal, Parte Especial, promovido pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio do Sul, entre os dias 22/05 e 09/06/98, discorrendo sobre os Crimes contra a Dignidade Sexual e a própria reforma, Luiz Luisi lançou seu protesto (p. 70): "Creio que deve ser feita uma reforma do sistema penal. Não basta formular nova parte especial. É preciso fazer uma varredura em toda a tipologia penal, porque existem milhares de crimes. Há inclusive crimes em que o legislador esqueceu de prever a pena. Leiam o código de telecomunicações, em que há uma montanha de delitos idiotas, e ali os Senhores encontrarão imensa dificuldade para achar as penas. É um serviço de verdadeira garimpagem jurídica. Nos delitos previdenciários também se criou situação idêntica. É preciso parar com essa criminalização desvairada e sem seriedade. É preciso fazer uma varredura na nossa tipologia criminal, ou seja, é necessário que pessoas competentes elaborem um Direito Penal sério."

³²⁷ A tarefa, ao que tudo indica, não é nada fácil. Ela Wiecko de CASTILHO, **Os rumos da reforma penal**, p. 109-125, no mesmo seminário referido, noticiou a formação, em quase quatro décadas, de diversas comissões destinadas à elaboração de anteprojetos da Parte Especial do Código Penal. Como integrante de comissão nomeada pelo Ministério da Justiça para a apresentação de mais um anteprojeto, presidida pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Vicente Cernichiaro, a Procuradora da República deu seu testemunho sobre o estado de nossa legislação penal: "Fiquei impressionada. Há muito mais crime definido fora do que dentro do Código Penal, o que é um problema para o exercício da cidadania e para os próprios direitos humanos. O cidadão não sabe claramente o que é e o que não é crime. É um direito do cidadão saber quando, em que momento e as condutas que são censuráveis.", p. 109-110.

³²⁸ Para se ter uma noção dos exageros a que pode conduzir o descaso do legislador com idéia de sistema, basta lembrar, como o faz Luiz Carlos Rodrigues DUARTE, **Crimes contra a honra e descriminalização**, in *Seminário Reforma do Código Penal*, p. 216, que os crimes contra a honra pessoal (calúnia, difamação e injúria) estão repetidos em nada menos do que quatro documentos legais, a saber: o Código Penal, o Código Eleitoral, a Lei de Imprensa e o Código Penal Militar.

penalógico, o açoitamento punitivo e as incongruências normativas, prejudiciais ao direito de liberdade, pois fonte de dúvidas, obscuridades e dificuldades interpretativas a serem resolvidas pelo órgão aplicador, aumentando-se a arbitrariedade penal.

Reconheça-se, entretanto, que a reserva de código poderia ser apodada de quimérica, não tanto por sua inviabilidade teórica de concretização, mas pela constatação prática de que a atividade legislativa, contra todas as advertências³²⁹, tem-se movido no sentido oposto, revelando, além disso, pouco preparo técnico na feitura das leis penais, a tal ponto de ter sido paradoxalmente proposta por Ferrando Mantovani uma reinterpretação do princípio da reserva legal, no sentido de favorecer-se a delegação legislativa da confecção das leis penais. A razão estaria em que o parlamento, apesar de ser o poder mais idôneo para exercer o controle garantista sobre a produção legislativa penal, não o seria na mesma medida para realizar sua configuração técnica³³⁰.

11.2 DESORDEM JURISPRUDENCIAL E VINCULAÇÃO AO PRECEDENTE

Nada obstante, ainda que a legislação penal alcançasse um nível satisfatório de racionalidade sistêmica, por meio da criminalização estritamente necessária e da redação apurada das normas penais, remanesceria sempre um espaço insuprimível de imprecisão, possibilitando uma participação

Aqui o efeito pode até ser o contrário do que se imagina, como assinala o autor: "É claro que essa prática reprisatória visa confundir os parâmetros de jurisdição e de competência judiciária e, assim, produzir macabra **impunidade** via prescrição penal; instaurando-se verdadeiro ping-pong jurisdicional, onde os processos passam a pipocar incessantemente da Justiça Comum (*é crime de imprensa?*) para a Justiça Eleitoral (*é crime eleitoral?*) e, daí, voltando à Justiça Comum (*é crime comum?*) até, às vezes, chegando na Justiça Militar (*é crime militar?*) Tais passeios judiciários garantem, tão-somente a **impunidade** pelo exagerado transcurso do tempo entre o fato e as sonegadas providências oficiais."

³²⁹ Algumas, por sinal, bem conhecidas, como a feita na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que, consagrando as idéias do iluminismo penal e do Estado de Direito, dispunha, em seu art. 8º, o seguinte: "As penas devem ser as estritas e evidentemente necessárias."

³³⁰ MANTOVANI, Ferrando, **Sobre la perenne necesidad de la codificación**, p. 2.

ativa do órgão julgador na definição das condutas ilícitas. Assim, parece estar inapelavelmente assentada a importância do papel do juiz na formação da norma individual, resguardas certas matizações (natureza interpretativa ou criadora desse papel), também porque a norma geral necessita de concretização para ser aplicada ao caso individual, o que implica um processo nem sempre rigorosamente controlável de preenchimento das premissas em que geralmente desemboca a justificação judicial³³¹.

Portanto, se a lei penal apresenta sempre "restos de imprecisão", por maior que seja o esforço do legislador em manter-se fiel ao princípio da taxatividade, e se o órgão judicial tem parte decisiva na formação da norma de conduta proibida, impõe-se também ao poder judiciário o compromisso com a segurança jurídico-penal, como forma de garantia dos direitos humanos e da igualdade na aplicação da lei. O reverso conduziria à perplexidade. Com efeito, de que serviria um dispositivo penal suficientemente preciso se, na prática, sua divergente interpretação não sinalizasse adequadamente as linhas de conduta a serem evitadas?

Se se reconhece que a jurisprudência exerce função ativa na consubstanciação do sistema jurídico-penal e que, na prática, os precedentes são efetivamente considerados não só na solução dos casos ou conflitos pelos diversos órgãos judiciais, em todas as instâncias, mas também orientam as atividades das agências de segurança pública e, ao final, os próprios cidadãos, forçoso é admitir que o complemento jurisprudencial pode constituir fator de maior ou menor segurança jurídico-penal. Um mínimo contato com o cotidiano forense revela o grau de incerteza com que certas questões penais são resolvidas, com reflexo direto na liberdade dos réus. É comum que os operadores jurídicos se deparem com as soluções mais díspares para o mesmo problema de interpretação, chegando-se ao extremo de se desejar que ações penais ou recursos sejam distribuídos para a vara ou câmara mais sintonizada com as pretensões dos litigantes. Tampouco é incomum que o mesmo órgão colegiado

³³¹ Segundo Manuel ATIENZA, **As razões do direito**, p. 43-46, o silogismo judicial não permite reconstruir satisfatoriamente o processo de argumentação jurídica, porque as premissas de que se parte podem precisar por sua vez ser justificadas, e porque a argumentação jurídica é entimemática. Um argumento entimemático pode sempre ser proposto de forma dedutiva, mas isso supõe acrescentar premissas às explicitamente formuladas, o que significa reconstruir, não reproduzir, um processo argumentativo.

modifique seus posicionamentos, dependendo de alguma alteração circunstancial na composição de seus integrantes.

De modo geral, a situação caótica da jurisprudência penal é rechaçada com virulência sob o argumento da "sagrada" independência do órgão judicial, escoando-se no ralo da arbitrariedade qualquer "insolente" expectativa de segurança jurídica. Assim, mesmo em se tratando de matéria penal, cujas decisões judiciais repercutem diretamente nos direitos fundamentais, e cuja garantia, paradoxalmente, é invocada como um dos mais importantes fundamentos da autonomia da poder judiciário, o que se constata na prática são a incerteza e a aleatoriedade. Autores das mesmas espécies de delitos, cujas diferenças e eventuais peculiaridades não são relevantes para a obtenção de certos benefícios, são tratados de modo diferente pelo Estado, como se isso não dissesse respeito ao poder judiciário. Afinal, como se costuma candidamente repetir: "cada caso é um caso". Em consequência, a sorte dos cidadãos fica sujeita à consciência de milhares de "soberanos", cujas decisões costumam ser mais justas e razoáveis que a dos outros. Nesse quadro caótico, não é de se descartar que o mesmo fato, além da hipótese de receber tratamento mais benevolente ou mais rigoroso do que na comarca vizinha (ou na mesma, a depender do "temperamento" do novo juiz), seja considerado delituoso ou não ao sabor imprevisível das idiosincrasias dos órgãos judicantes³³².

Ao sustentar Beccaria a famosa tese do "silogismo perfeito", proibindo-se ao juiz a interpretação das leis penais, proposição que foi definitivamente enterrada pela ciência jurídica, tinha em mira precisamente as iniquidades decorrentes da falta de controle do juiz penal. Seu objetivo, portanto, não era o de defender pura e simplesmente uma proposta metodológica voltada ao raciocínio judicial, mas o de chamar a atenção para a necessidade de controle, de racionalidade, da atividade punitiva, também na fase judicial. Se hoje se afigura ingênuo o meio sugerido para alcançar a meta, esta, entretanto, continua legítima e atual, em face dos direitos fundamentais³³³.

332 BECCARIA, **Dos delitos e das penas**, p. 28-31.

333 BECCARIA, **Dos delitos e das penas**, p. 29-30: "Cada homem tem sua maneira própria de ver; e o mesmo homem, em diferentes épocas, vê diversamente os mesmos objetos. O espírito de uma lei seria, pois, o resultado da boa ou má lógica de um juiz, de uma digestão fácil ou penosa, da fraqueza do acusado, da violência das paixões do magistrado, de suas relações com o

Não fosse por motivos de taxatividade e igualdade, é também pela própria imparcialidade que se imporia o ideal de controle dos juízos penais. Argumentar-se-ia, porém, que o juiz já é controlado pela lei penal, o que constituiria caução suficiente para impedir o seu arbítrio. Pois bem, o consenso obtido quanto à impossibilidade de suprimir-se totalmente a imprecisão legal e a evidência do relevante papel (interpretativo e até mesmo criativo) do juiz na formação das normas penais individuais permite sustentar ser incorreta a afirmação: a lei penal não é hábil a controlar integralmente a atividade judicial. Por conseguinte, se a atividade judicial contribui para a demarcação dos limites da ilicitude penal, parece razoável que também se sujeite ao princípio da legalidade, sob o aspecto da precisão.

Dessa conclusão decorre a necessidade de que, a bem da segurança jurídico-penal, os precedentes jurisprudenciais apresentem certo grau de vinculação sobre as decisões futuras dos órgãos judiciais. Em primeiro lugar, não cabe rechaçar o argumento sob a justificativa de quem em países de *Civil Law* não haveria um sistema de precedentes e que, portanto, qualquer construção a respeito partiria de uma indevida importação da *Common Law*. Em análise do que ocorre na Espanha, Itália; Alemanha e França, considerados países "emblemáticos" do sistema continental, Víctor Ferreres Comella sustenta haver, sim, na prática, uma prática de precedentes, embora oficialmente negada, sob a base de alguns indicativos, o que vale por razões auto-evidentes também para o ordenamento jurídico nacional. Em primeiro lugar, nos países de *Civil Law* os tribunais costumam invocar seus próprios precedentes para justificar suas decisões. Além disso, na prática forense, as partes litigantes costumam invocar precedentes dos tribunais em favor de suas teses. Outrossim, é freqüente que as leis prevejam, no âmbito dos órgãos de superior instância aquilo que por nós é denominado incidente de uniformização de jurisprudência. Por fim, a doutrina

ofendido, enfim, todas as pequenas causas que mudam as aparências e desnaturam os objetos no espírito inconstante do homem. Veríamos, assim, a sorte de um cidadão mudar de face ao passar para outro tribunal, e a vida dos infelizes estaria à mercê de um falso raciocínio, ou do mau humor do juiz. Veríamos o magistrado interpretar apressadamente as leis, segundo as idéias vagas e confusas que se apresentassem ao seu espírito. Veríamos os mesmos delitos punidos diferentemente em diferentes tempos, pelo mesmo tribunal, porque, em lugar de escutar a voz constante e invariável das leis, ele se entregaria à instabilidade enganosa das interpretações arbitrárias."

científica costuma estudar as orientações jurisprudências, procurando extrair e sistematizar critérios de orientação jurídica³³⁴.

Assim, os precedentes jurisprudenciais têm, no sistema continental, do qual faz parte a ordem jurídica brasileira, mais importância do que se costuma admitir. Além do mais, verifica-se a preocupação com uma certa homogeneidade das decisões judiciais, corporificada na existência de um tribunal de competência nacional, o Superior Tribunal de Justiça, destinado a assegurar a uniformidade de interpretação da legislação federal (não se olvidando que a matéria penal é monopólio legislativo da União)³³⁵. Disso decorre que o grau de uniformidade e vinculatividade das decisões no interior do próprio poder judiciário está em proporção direta com o nível de taxatividade do sistema jurídico-penal. Portanto, o ramo judiciário como um todo também está atado constitucionalmente ao princípio da legalidade-taxatividade.

Na matéria criminal, o reconhecimento de tais peculiaridades deveria conduzir, portanto, a uma maior eficácia vinculante da jurisprudência em duas dimensões: vertical e horizontal. O reconhecimento da eficácia vinculante vertical da jurisprudência recomendaria que os critérios generalizáveis de interpretação adotados quando da atividade hermenêutica dos diversos dispositivos penais fossem, via de regra, seguidos pelas instâncias inferiores. A vinculação horizontal, por sua vez, indicaria a necessidade de que as orientações gerais adotadas pelos tribunais inferiores, em sendo fruto de madura reflexão, apresentassem uma vocação para certa estabilidade no tempo, sem variar ao sabor das mudanças de composição dos órgãos fracionários.

Lamentavelmente, a crítica ferina à por vezes confusa e apressada produção legislativa na área penal costuma ser silente quanto à desordenada atividade jurisprudencial, embora as premissas (segurança jurídica e proteção de direitos fundamentais) sejam a esta igualmente aplicáveis. Não costumam provocar protesto as mudanças de orientação jurisprudencial pelos mesmos órgãos judiciais sobre idênticas questões controvertidas de direito penal,

334 FERRERES COMELLA, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal*(...), p. 208-213.

335 Art. 105 da Constituição Federal: "Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: (...) c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal."

sem que se exija ao menos uma justificação da alteração de posicionamento. Por outro lado, não se costuma exigir sequer que os órgãos judiciais justifiquem seus posicionamentos contrários às orientações predominantes ou mesmo sumuladas de tribunais superiores, sendo sequer obrigatória a sua menção nas sentenças ou acórdãos. Em resumo, questões intensamente debatidas ao longo do tempo, com soluções já estabilizadas pelos tribunais superiores, ou mesmo pelo tribunal constitucionalmente encarregado de sua generalização, podem ser solenemente ignoradas, em benefício da convicção pessoal de um único órgão fracionário.

Os efeitos desse quadro de caos jurisprudencial, para aqueles que se importem minimamente com o destino das partes ou reconheçam a ressonância social das decisões judiciais, se fossem apenas econômicos, já seriam suficientes para uma séria reflexão³³⁶. O potencial de injustiça que implica a liberdade absoluta do juiz em matéria penal é dificilmente justificável sob a invocação panfletária do princípio da independência judicial, que não é absoluto nem constitui um fim em si mesmo. Não é absoluto porque há de ser ponderado com outros princípios, também consagrados constitucionalmente, entre eles o não menos importante princípio da legalidade, incluído no título dos direitos e garantias fundamentais. Tampouco constitui um fim em si mesmo porquanto o princípio da independência funcional do juiz representa um instrumento de proteção dos direitos fundamentais, mesmo desiderato da legalidade-taxatividade. Resulta, evidente, portanto, que os dois princípios haverão de ser ponderados, de molde a se atingir em grau ótimo o fim comum a que ambos se destinam.

A temática, entretanto, é muito extensa para os limites da presente investigação, bastando que as considerações expendidas sejam suficientes para esboçar alguns desdobramentos do princípio da taxatividade também no plano jurisdicional. Seria temerário advogar mecanismos específicos

336 FERRERES COMELLA, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal (...)*, p. 164: "Si el juez es 'libre' de seguir o no la jurisprudencia, con la única consecuencia de que su decisión podrá ser recurrida, se dificulta sobremanera la tarea unificadora. Los costes de esa libertad del juez, tanto para la parte que tendrá que pechar con la carga de recurrir, como para el sistema judicial en su conjunto, que tendrá que dedicar tiempo, personal y dinero para que el recurso se resuelva, son demasiados altos."

voltados à criação de efeitos vinculantes aos precedentes jurisprudenciais³³⁷, até porque, antes de tudo, a própria premissa da extensibilidade do princípio da determinação à atividade jurisprudencial e o alcance de suas repercussões demandaria maior amadurecimento. A questão, porém, está lançada e por si só evidencia o potencial crítico-reflexivo do princípio da taxatividade penal.

Se o princípio da precisão apresenta tantas implicações na estruturação legislativa do direito penal, repercutindo decisivamente no seu âmbito aplicativo, parece razoável estendê-lo igualmente ao campo da reflexão científica, ou seja, da teoria penal. Como já delineado por ocasião do exame relativo aos pressupostos categoriais do delito e quando da análise da pena, a legalidade-taxatividade desempenha função relevante na sua estruturação dogmática, demarcando as linhas gerais do desenvolvimento científico, que deve estar orientado pelos valores estruturantes do direito penal, entre eles o da segurança jurídica.

Assim, uma postura de compromisso com a garantia dos direitos fundamentais no âmbito penal implica o contínuo revisitar de seus fundamentos, para que mantenham sua efetividade e atualidade. Essa tarefa de revisão impõe o exame crítico permanente do sistema penal, até porque os princípios, como as normas em geral, não são dádivas divinas, mas fruto da construção e do esforço humanos na história. É preciso, portanto, lutar por eles, mantendo constante vigilância³³⁸, o que vale também para a legalidade-taxatividade.

Por fim, impõe-se lembrar que, por sua natureza principal, a legalidade-taxatividade apresenta, como qualquer outra norma da mesma categoria, uma dimensão de dever ser que nem sempre corresponde com sua concretização prática nas atividades legislativa, jurisprudencial e doutrinária. Ao

337 As sugestões poderiam variar desde o dever de justificar a discordância pessoal com o fundamento adotado no precedente até a adoção da súmula vinculante.

338 Essa idéia de que os direitos só se conquistam por meio do esforço e da ação concretas, por sinal, não é nova, e já fora assinalada enfaticamente por Rudolf von Ihering, em sua conhecida conferência **A luta pelo direito**, p. 101: "No momento em que o direito desiste de sua capacidade de luta, está desistindo de si mesmo – e também vale para o direito o dito do Poeta: 'Esta é a conclusão final da sabedoria: Só merece a liberdade e a vida aquele que tem de conquistá-las diariamente'".

revés, afirma-se que a legalidade em geral atravessa tempos de crise³³⁹, em que seu protagonismo como fonte principal do direito enfrenta constantes questionamentos.

A evolução do Estado de Direito ao longo do tempo, desde sua matriz liberal, com o movimento iluminista, teve repercussões sucessivas na compreensão da legalidade e das suas formas de articulação com o sistema jurídico. Em um primeiro momento, em sua configuração ilustrada, a lei apresentou uma importância incontestável, culminando com o movimento codificador do século XIX. Paradoxalmente, o positivismo jurídico, ao mesmo tempo em que conferiu à legislação o máximo grau de importância institucional, propiciou campo livre à atividade legiferante incontrolada e irracional e à proposição de maior engajamento judicial no processo de realização do Direito. A consolidação do Estado de Direito Social, por sua vez, estimulou um ativismo normativo ainda maior, com acréscimo na produção infralegislativa (regulamentos, decretos e outras regras de nível inferior), forçando um redimensionamento do papel da legislação no complexo de formação do material jurídico. Com o advento do Estado de Direito Constitucional, a legislação sofreu nova investida, aumentando ainda mais sua relatividade nos processos formativos do Direito com o aparecimento da chamada sociedade do risco que, na busca da antecipação e prevenção de perigos decorrentes das novas atividades econômicas e sociais, acentuou ainda mais o intervencionismo administrativo já intensificado com o Estado Social. Por outro lado, o avanço dos estudos jurídicos, revelando a natureza criativa da intervenção judicial na atividade de produção das normas jurídicas, contribuirá para acentuar as cores do fenômeno erosivo da lei como fonte principal do Direito, até o ponto de se sustentar ser duvidosa a vinculação do juiz à legislação e que o centro de gravidade do político-jurídico ter-se-ia deslocado para o poder judiciário.³⁴⁰

Especificamente no campo penal, o fenômeno de erosão da lei apresentou-se matizado, haja vista a persistência de particular e generalizada desconfiança em relação ao uso do poder punitivo pelo Estado. Ainda assim, as

³³⁹ Ivan Guérios Curi, em uma perspectiva de sistema, aponta a crise do princípio da legalidade penal, p. 200 *et seq.*

³⁴⁰ RIPOLLÉS, José Luis Díez, **Presupuestos de un modelo racional de legislación penal**, p. 485-489.

transformações sofridas pela sociedade e pelo Estado não deixaram de repercutir, à sua maneira, no direito penal. Destacadamente as exigências do Estado Social, da sociedade de risco e a própria globalização forçaram um uso intensivo da legislação penal como instrumento de políticas de governo, tornando as decisões de criminalizar vulneráveis aos interesses ocasionais da política cotidiana. Nessa esteira, a legislação foi sendo submetida a um processo crescente de simbolização, transformando-se em instrumento de propaganda de governo e de resposta imediata às demandas punitivas muitas vezes artificialmente potencializadas pelo fator midiático³⁴¹. A legislação, conseqüentemente, aumentou em número e decresceu em qualidade técnica, com desatenção aos princípios fundamentais, como, v.g., a legalidade, a ofensividade, a culpabilidade e a intervenção mínima, forçando a doutrina e a jurisprudência a tentativas de correção por meio da teoria geral do delito. O conseqüente foi o incremento da intervenção judicial nos processos de criminalização, com o aumento da arbitrariedade e do descontrole (v.g., a proliferação de tipos abertos, de perigo abstrato, de técnicas de reenvio e a mesmo a espiritualização dos bens jurídicos, enfraquecendo-se seu papel limitador da punibilidade). Curiosamente, esse processo de desequilíbrio é favorecido por uma postura doutrinária e jurisprudencial de reverência à atividade do legislador, raramente submetido ao crivo da crítica constitucional³⁴². Nesse aspecto, o direito penal, a par de uma maior resistência à perda de legitimidade da legislação do que em outros ramos do ordenamento, caracterizou-se por uma postura acríica em relação ao direito

³⁴¹ AINIS, **La legge oscura**, Come e perché non funziona, p. 181: "Ma a chi conviene questa situazione? Senza dubbio non ai deboli; sono i forti che se ne avvantaggiano. Chi è ricco e potente può anche a fare meno delle garanzie formali, perché la sua potenza è tale da piegare l'incertezza del diritto in proprio favore."

³⁴² RIPOLLÉS, José Luis Díez, **Presupuestos de un modelo racional de legislación penal**, p. 515: "(...) la consolidación del positivismo jurídico sentó las bases de una determinada manera de acercarse científicamente al derecho penal: Hay que partir del derecho *puesto*, del derecho ya dado, mientras que la creación del derecho se deja en manos de un legislador al que en buena medida no se le plantean exigencias de racionalidad, exigencias que se reconducen a la aplicación del derecho. La doctrina penal reacciona a esta situación de manera defensiva, no cuestionando la premisa mayor, la irracionalidad del legislador, sino intentando contrarrestarla mediante la racionalidad del aplicador del derecho, lo que implica dedicarse a racionalizar el derecho ya existente, considerado incuestionable."

posto, propiciando que os excessos de legislador acabassem por desacreditar sua própria obra³⁴³.

Apesar desse quadro, releva ponderar que as idéias de segurança e certeza jurídica não estão perdidas para o direito penal, muito menos a da legalidade. O fato de a taxatividade, embora embrionariamente formulada desde os tempos do iluminismo penal e desde o início imbricada ao princípio da legalidade, não ter sido explorada em seu potencial de controle e garantia, produzindo frutos mais destacados em áreas isoladas do direito penal, v.g., na área da tipicidade, não conduz à sua inviabilidade teórica ou prática. A tendência ao aviltamento da legislação penal, devido ao seu uso excessivo ou atécnico, ao contrário de servir de motivo para o deslocamento do centro de gravidade da lei para o juiz penal, apenas evidencia a necessidade de um maior esforço na formulação de uma teoria da legislação hábil a fornecer modelos por meio dos quais contrastar a até agora livre atividade legiferante³⁴⁴. Que o abandono das balizas penais ao arbítrio judicial não constitui a saída para o déficit de garantias do sistema penal, a história parece tê-lo demonstrado à saciedade. Importa é aprimorar a qualidade da legislação penal, por meio de uma firme crítica constitucional de suas deficiências, restaurando-lhe, tanto quanto possível, a dignidade e racionalidade, indispensáveis ao funcionamento efetivo de um mecanismo de freios e contrapesos do poder punitivo.

³⁴³ RIPOLLÉS, José Luis Díez, **Presupuestos de un modelo racional de legislación penal**, p. 489- 491.

³⁴⁴ Sobre o tema, preciosas as observações sobre o estado da legislação na *common law*, de préstimo para nosso Direito, feitas por Jeremy WALDRON, **A dignidade da legislação**, p. 01: "Acredito que a legislação e as legislaturas têm má fama na filosofia jurídica e política, uma fama suficientemente má para lançar dúvidas quanto a suas credenciais como fontes de direito respeitáveis. Se essa má fama é ou não merecida por causa das extravagâncias, passadas e presentes, digamos, dos membros da Câmara dos Comuns britânica ou das duas casas do Congresso dos EUA, é uma questão sobre a qual não me pronunciarei. Isso porque o problema que percebo é que nem sequer desenvolvemos uma teoria normativa da legislação que pudesse servir como base para criticar ou corrigir tais extravagâncias. Mais importante, não possuímos um modelo jurisprudencial capaz de compreender normativamente a legislação como forma genuína de direito, a autoridade que ela reivindica e as exigências que faz aos outros atores em um sistema jurídico."

12. CONCLUSÃO

Ao encerrar-se, a investigação deve voltar ao seu início. E o início fundou-se em uma premissa que se espera suficientemente sólida: a ordem constitucional reconhece a legalidade penal como garantia irremovível dos direitos fundamentais. Não se trata de algo com o que se possa transigir: é assim que "deve ser" o "ser" normativo do direito criminal.

Na cláusula prevista no art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal, "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", encerra-se, em última análise, um binômio incidível: restrição de direitos fundamentais e lei. Se a função prática (embora não a sua finalidade declarada) do direito punitivo é restringir direitos fundamentais, correta é a inserção constitucional do princípio da legalidade. Assim, o direito penal deve, por imposição normativa, estruturar-se e funcionar nessa ambiência ideológica: entre a coerção penal e os direitos de liberdade, deve haver o anteparo inarredável da lei.

Mas para que se leve "a sério" a ordem de respeito aos direitos fundamentais, é preciso fazer o mesmo com a legalidade penal. Ou seja, é preciso, como aludido ao começo, retirá-la do princípio e transformá-la em efetivo princípio jurídico, que fundamente, integre, interprete e limite todo o sistema penal. Se a legalidade está "em crise" e se o mandamento constitucional constitui, como afirmado por alguns, um mero "dito retórico", então é necessário repensá-la, tomá-la como obra humana, e portanto imperfeita e inacabada, e continuar a investir nela energia e reflexão. Até porque soa bastante conformista entregar-se à "realidade" retórica de um mandamento constitucional tão importante.

Refundar o princípio da legalidade implica reconstruí-lo em suas múltiplas facetas, entre elas, a da taxatividade, tema desta investigação. Para tanto, imprescindível era que se testasse a procedência dessa ligação. O breve exame histórico da taxatividade revelou seu nexu íntimo com a legalidade.

Concluiu-se ser impossível reconstruir a trajetória histórica da determinação taxativa de modo independente da legalidade penal. Sinais delas podem ser fragmentariamente colhidos em documentos legais ou doutrinários em certas fases históricas. Entretanto, afigura-se válido sustentar que o verdadeiro embrião da legalidade-taxatividade, no que se refere à nossa tradição ocidental, situa-se no movimento iluminista.

É ali que, inseridas em um contexto ideológico mais geral, surgiram as primeiras reflexões teóricas da legalidade-taxatividade, vinculando-se-as diretamente com a proteção dos direitos humanos e a contenção do poder punitivo, sentido adotado pela Constituição Federal de 1988. A esse primeiro passo seguiu-se a inserção da legalidade nas declarações de direitos humanos e nos primeiros documentos constitucionais, o mesmo ocorrendo no sucessivo movimento codificatório e nas primeiras elaborações dogmáticas do direito penal, que culminaram com a conquista da tipicidade para a teoria geral do delito. Em certo sentido, o código foi, à sua época, a consagração, no plano legislativo, da legalidade penal, enquanto a tipicidade o foi no campo dogmático.

O exame histórico permitiu concluir que a legalidade-taxatividade só assumiu seu sentido atual quando se inverteram os termos da relação indivíduo-Estado, localizando-se a pessoa e sua dignidade no centro dessas relações. Ou seja, a legalidade penal só tomou seus contornos atuais no contexto da formação do Estado de Direito e do reconhecimento dos direitos fundamentais. Observou-se também que, como regra, a taxatividade segue as vicissitudes da legalidade penal.

A determinação taxativa interage, na dimensão lógico-jurídica, com os outros subprincípios da legalidade penal. Quanto mais intenso o grau de precisão da lei penal, melhores serão as condições de efetividade das demais garantias (reserva legal, anterioridade e proibição da analogia). No extremo, a ausência de taxatividade neutralizaria a legalidade penal e seus demais consectários, com a transferência do poder de definir os crimes e as penas para o órgão aplicador. Bastaria uma única disposição legal para consumir o deslocamento total do poder punitivo ao juiz: "todo crime será punido pelo juiz". Ao reverso, a efetividade das demais garantias também assegura a da taxatividade. Sem norma escrita, a precisão e a clareza se esvaem, sem

proibição de analogia, a determinação taxativa torna-se inútil, sem lei anterior, a taxatividade perde uma de suas justificações.

Prosseguindo-se a investigação, foram examinados os fundamentos lógico-rationais da legalidade-taxatividade mediante os quais se procura legitimá-la com base em referenciais internos ao Direito em geral e ao direito punitivo. As idéias de certeza, igualdade, imparcialidade e objetividade, inatas ao Direito, fundamentam o princípio da determinação-taxativa, ao exigilo como condição de sua própria existência. Uma atividade punitiva que se desenvolvesse à margem de qualquer preocupação com o "*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*" seria entregue à desordem, sujeitando-se ao arbítrio de milhares de soberanos, apresentando, em conseqüência, um grau de irracionalidade jurídica dificilmente tolerável, ainda que não houvesse consagração constitucional expressa da legalidade penal. Os cidadãos resultariam desprotegidos em seu direito de liberdade e submetidos à insegurança jurídica, às desigualdades, à parcialidade e à subjetividade, ou seja, à barbárie punitiva, em verdadeiro retrocesso pré-iluminista.

Sob o ponto de vista da racionalidade interna ao direito penal, a taxatividade revela-se essencial, daí decorrendo as propostas de sua fundamentação sobre elementos do sistema punitivo, como a imperatividade das normas penais, os fins da pena e a culpabilidade. As normas penais comandam certas condutas, por isso devem ser passíveis de conhecimento por seus destinatários. A pena, entendida como retribuição ao mal do crime ou no sentido preventivo geral, também induz ao reconhecimento da taxatividade, pois há uma implicação lógica entre tais finalidades punitivas e a determinação taxativa. Apenas o fim de prevenção especial parece não apresentar nenhuma exigência lógico-rationale quanto à precisão. Não se trata, aliás, de pura coincidência, pois a prevenção especial é a que maiores reservas apresenta sob o aspecto da garantia. Igualmente a idéia de proporcionalidade, presente tanto no Direito em geral e com maior razão no direito punitivo, conduz, por imperativo lógico, à necessidade de precisão. Sem esta, nenhum juízo comparativo é possível.

No plano político-jurídico o princípio da taxatividade também encontra vias de legitimação. A idéia de Estado de Direito costuma ser apontada como base legitimante, haja vista sua dimensão de controle do poder estatal,

embora certos exemplos históricos venham a não confirmar integralmente esse nexos ideológico. As variações que porventura sejam identificadas ao longo da história, entretanto, apenas servem para iluminar a intervenção de outros fatores nessa equação complexa. À evidência, os cálculos de legitimação apresentam um caráter simplificador do fenômeno jurídico e só são aproveitáveis no plano das grandes estruturas. A análise de exemplos históricos concretos sempre envolve a intervenção de fatores inconsiderados nas conjecturas sobre a legitimação jurídica.

A determinação taxativa pode outrossim ser legitimada com recurso ao princípio da separação de poderes, ao princípio democrático e à idéia de Estado Constitucional. Em todos, encerra-se o sentido de limitação do poder punitivo. Com poderes de Estado separados e interagindo por meio de pautas legais, reduzem-se os riscos de abusos sancionatórios. Ademais, a importância dos direitos afetados pelas restrições punitivas exige o consenso dos afetados, por meio do processo democrático de decisões coletivas, garantido-se maior transparência e mais proximidade das linhas de política criminal com o estado da consciência coletiva. Já o Estado Constitucional assegura um freio a eventuais abusos decorrentes do princípio democrático, assegurando que os direitos mínimos das minorias não sucumbam a eventuais desvios de grupos majoritários. Ao cabo, a dimensão de garantia aparece novamente como idéia fulcral a infundir a taxatividade de seu sentido mais legítimo.

Todas essas considerações históricas, conceituais, lógico-rationais e políticas, partindo de diversos locais teóricos, convergem para o marco situado na Magna Carta. Reforçam elas a conclusão quanto à dignidade normativa da taxatividade, confirmada por uma análise intra-sistemática à Constituição (por meio da remissão combinada às normas da obrigatoriedade da ação penal, da ampla defesa e o dever de fundamentação das decisões judiciais) e permitem responder afirmativamente à primeira questão formulada: sim, a determinação taxativa constitui imperativo constitucional decorrente da consagração do princípio da legalidade penal na Carta de Direitos da República.

A relevância de tal conclusão, nada obstante, pode ser ofuscada se não empreendida a articulação da taxatividade com o sistema punitivo. Isso só é possível por meio da adequada construção de sentido dos

princípios jurídicos. Estes são normas, vale dizer, mandamentos de otimização segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. Como princípios, possuem uma menor densidade semântica e normativa, necessitando habitualmente a intermediação das regras. De qualquer sorte, os princípios se concretizam combinando-se entre si, cedendo espaço muitas vezes a instâncias fáticas e jurídicas conflitantes. Há, portanto, entre os princípios, uma natural conflituosidade, o que se confirma no âmbito do direito punitivo, com a distinção entre princípios especificamente penais e princípios influentes em matéria penal. Os primeiros, infundidos de preocupações de garantia, tendem a possuir valência descriminalizadora, enquanto os segundos, apontando novas exigências de tutela penal, apresentam valência criminalizadora.

Eticidade e politicidade do direito penal são traduções possíveis para o conflito assinalado. Importa, porém, não perder de vista as peculiaridades do subsistema punitivo que, em cotejo com o restante do sistema jurídico, apresenta-se mais rígido, quase "imóvel", no sentido de que a combinação dos diversos princípios penais não é livre como em outros ramos jurídicos. No direito criminal, há uma relação de precedência em favor dos princípios de garantia, ou seja, dos princípios especificamente penais. Ademais, a compreensão da habitual conflituosidade dos princípios deve favorecer, principalmente na matéria penal, uma postura mais respeitosa diante das ponderações feitas pelo legislador, ao mesmo tempo em que exige deste claras decisões de política criminal.

Os princípios apresentam função fundamentadora, interpretativa, integrativa e limitativa, no sentido de que influem decisivamente na estruturação de um sistema de regras, fundamentando-as, conferindo-lhes sentido, orientando a sua interpretação e preenchendo os vazios normativos. Disso se conclui que o princípio da taxatividade fundamenta, juntamente com outros, o direito punitivo, exercendo influência na configuração e interpretação das regras penais, com amplos reflexos sistemáticos nas sedes legislativa, dogmática e jurisprudencial.

A partir das conclusões obtidas na tentativa de compreender o princípio constitucional da taxatividade, empreendeu-se a procura de critérios de operacionalização e o dimensionamento de suas repercussões no sistema penal.

Como já asseverado ao início, a busca de critérios de determinação operativos por meio dos quais se possa efetivar a contenção do atuar estatal punitivo implica afastar afirmações metodológicas extremas segundo as quais a exigência de taxatividade constituiria uma noção meramente simbólica. Os obstáculos porventura encontrados não são maiores que os relativos a outros princípios jurídicos inatacáveis, como os da igualdade, da justiça ou da dignidade da pessoa humana.

No plano legislativo, foram apreciadas as técnicas geralmente utilizadas na configuração dos dispositivos penais, entre elas as de "normatização sintética", de "normatização por cláusulas gerais" e a chamada técnica "casuística", concluindo-se que a primeira merece, via de regra, a preferência do legislador na tarefa de configuração dos tipos incriminadores. Examinou-se também a técnica da definição legislativa, constatando-se poder servir ela de instrumento útil aos propósitos da precisão legal, desde que adequadamente utilizado, sendo impropriedade a idéia generalizada de sua imprestabilidade nessa matéria. Uma postura mais aberta quanto às definições jurídicas pode revelar-se frutífera para os propósitos de segurança jurídica, servindo também à revisão crítica de noções tradicionais na dogmática, como a da "interpretação autêntica". Por fim, o exame dos chamados elementos descritivos e normativos e suas inúmeras nuances evidenciou o perigo da proposição de orientações apodíticas, na busca de fórmulas para alcançar a maior precisão dos dispositivos penais.

Com base na solução encontrada, investigaram-se critérios de determinação operativos por meio dos quais fosse realizada a contenção do atuar estatal punitivo, o que implicou o afastamento de afirmações metodológicas extremas segundo as quais a exigência de taxatividade constituiria uma noção meramente simbólica. Os obstáculos porventura encontrados não são maiores que os relativos a outros princípios jurídicos inatacáveis, como os da igualdade, da justiça ou da dignidade da pessoa humana.

Foram examinadas algumas propostas de tratamento geral da taxatividade em bases universalizantes, tendo sido aproveitados os aportes lingüísticos anteriormente apresentados, com o que se chegou à conclusão de serem inúteis tais tentativas. Os critérios propostos, como os do "direito vivente", da ponderação,

A consideração das diversas técnicas legislativas e de sua ambivalência em termos de precisão leva a certas constatações inarredáveis no plano lingüístico, entre elas, a da natural plurivocidade dos signos. O reconhecimento de tal realidade põe por terra qualquer tentativa ilusória de alcançar critérios universais de taxatividade, mas não autoriza o ceticismo radical quanto à capacidade comunicativa dos signos lingüísticos. As razões para evitar o radicalismo também nessa seara são expendidas com base nas lições da própria Lingüística. Esta aponta para a natureza quantitativa do problema da precisão, auxiliando a evitar posturas maniqueístas entre o absolutamente certo e o absolutamente incerto, que só contribuem para baralhar os termos de um conflito que não se apresenta com cores tão dramáticas.

A meta de operacionalizar o princípio da taxatividade, entretanto, não se esgotou nisso. Outra via promissora, eminentemente pragmática, consistiu em identificar e catalogar as técnicas legislativas mais aberrantes em termos de taxatividade, procurando banir o seu uso pelo legislador, com isso obstaculizando-lhe as práticas mais grosseiras ou vezeiras de transgressão. Entre elas se destacaram a chamada "ocultação do núcleo do tipo", a técnica enumerativa, as técnicas de reenvio, as palavras indeterminadas e os elementos onicompreensivos.

Sob o ângulo sistemático, constatou-se que a legalidade-taxatividade apresenta um amplo espectro de abrangência, sendo possível afirmar que nenhum aspecto ou setor do direito penal está imune à sua influência. Entretanto, em possuindo natureza principiológica, apresenta diferentes níveis de concretização, consoante as possibilidades fácticas e jurídicas. Em especial, a necessidade de harmonização com outros princípios penais determina gradações nos níveis de taxatividade internamente ao sistema de direito criminal. Foram, por isso, examinadas as mais relevantes, principalmente as presentes nos tipos incriminadores e não-incriminadores e nas categorias da teoria geral do delito, como a tipicidade, a antijuridicidade, a culpabilidade e a punibilidade. No âmbito da pena, em suas diversas fases de individualização, a taxatividade também altera seu grau de exigência, cedendo às instâncias de concretização de outros princípios penais.

Importantes reverberações do princípio da taxatividade verificaram-se, outrossim, nos terrenos da legislação e da jurisprudência, enquanto etapas de concretização do direito penal. Quanto à primeira, revelou-se o fenômeno da progressiva descodificação, a ponto de se transformar o Código Penal, no que concerne aos tipos delitivos, em um quase apêndice do direito penal especial. Concluiu-se que a determinação taxativa impõe o retorno à centralidade do Código e, no limite, até mesmo a chamada "reserva de código". No tocante à jurisprudência criminal, constatou-se que a variabilidade das decisões judiciais prejudica a legalidade penal, enfraquecendo sua função de garantia. A total desvinculação dos órgãos judiciais singulares ou colegiados a qualquer forma de preceito jurisprudencial constitui um aspecto patológico do sistema criminal, merecendo maior reflexão. Inviável, entretanto, avançar sugestões nos limites da presente investigação.

Das fontes de pesquisa consultadas foi possível extrair razões consistentes, em qualidade e quantidade, para sustentar-se que o princípio da taxatividade é inerente ao princípio da legalidade, apresentando, portanto, embora não expressamente previsto, dignidade constitucional. A perspectiva histórica, lógica, jurídica e política levam à conclusão de ser a determinação taxativa desdobramento necessário da legalidade penal. Com base em tal premissa, a investigação também revelou já terem sido alcançadas construções teóricas relevantes sobre o princípio da taxatividade, que precisam se refletir mais intensamente sobre as atividades dogmática e jurisprudencial, municiando-as de ferramentas críticas que propiciem um controle constitucional efetivo sobre a legislação penal, abandonando-se a atitude reverencial geralmente observada. Essa excessiva deferência com a produção legislativa, ou timidez no controle de constitucionalidade, ao invés de representar a valorização da lei penal, contribui para a sua deterioração, abrindo espaços incontrolados à aplicação punitiva, em prejuízo dos direitos fundamentais.

Portanto, a taxatividade representa uma importante via de refundação constitucional, de racionalização do direito punitivo e de aprimoramento de suas funções de controle. As perspectivas de desenvolvimento teórico-prático e a extensão de seus efeitos no sistema jurídico-penal ainda estão por ser completamente exploradas. Levar a sério a taxatividade equivale a fazer

o mesmo com o próprio direito penal, resgatando-se e redimensionando-se os velhos ideais iluministas de liberdade, no limiar do terceiro milênio. Na esteira do pensamento de Ferrajoli, os resultados da presente investigação permitem concluir que, independentemente de nosso otimismo ou pessimismo, para a crise da legalidade penal não há outra resposta senão a própria legalidade penal. Além disso, há sérias razões para acreditar que a taxatividade constitui uma das vias obrigatórias para alcançar esse desiderato e, com isso, salvar o futuro do direito penal.

REFERÊNCIAS

- AINIS, Michele. **La legge oscura**. Come e perché non funziona. Roma: Laterza, 2002.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ALVES, Rubem. **Filosofia da ciência**. Introdução ao jogo e a suas regras. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- AMARAL, Claudio do Prado. **Princípios penais**. Da legalidade à culpabilidade. São Paulo: IBCCrim, 2003.
- ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Direito penal e criação judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Curso de direito penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- AQUINAS, Thomas. **The summa theologica of Saint Thomas Aquinas**. Translated by Fathers of the English Dominican Province. Chicago: Encyclopedia Britannica, 1952. V. 2.
- ATIENZA, Manuel, e MANERO, Juan Ruiz. **Las piezas del derecho**. Teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona: Ariel, 1996.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Teorias da argumentação jurídica. 2. ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002. (Título original: Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica)
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Depalma, 1999.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo: Ediouro, [1981?]. (Título original: Dei delitti e delle pene. Data da 1ª ed.: 1764.)

BECCHI, Paolo. **Enunciati, significati, norme.** Argomenti per una critica dell'ideologia neoscettica. Disponível em http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_1999/becchi.pdf Acesso: 27 out. 2003.

BELEZA, Teresa Pizarro e PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **O regime legal do erro e as normas penais em branco.** (*Ubi lex distinguit...*) Coimbra: Almedina, 2001.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal.** 2. ed., rev. e atual. Tradução e notas de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. I

BETTIOL, Giuseppe. **El problema penal.** Buenos Aires: Depalma, 1995. Traducción: Jose Luis Guzman Dalbora. (Título original: *Il problema penale.*)

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro jurídico-penal:** culpabilidade, erro de tipo, erro de proibição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 11. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Habeas Corpus** nº 70389-5 São Paulo STF D.J. 10.08.2001 Ementário nº 2038-2, p. 186-288, relator para o Acórdão: Ministro Celso de Mello. Pacientes: Herbert Fernando de Carvalho. Impetrante: Tânia Lis Tizzoni Nogueira. Coator: Superior Tribunal de Justiça

BRICOLA, Franco. **La discrezionalità nel diritto penale.** Nozione e Aspetti Costituzionali. Milano: Giuffrè, 1965. v. I.

BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. *In: Novissimo digesto italiano.* Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1973. XIX

BRICOLA, Franco. Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2º e 3º, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70. *In: Scritti di diritto penale.* Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio. Milano: Giuffrè, 1997. v.1. Tomo II. p. 1275-1379.

BRICOLA, Franco. Rapporti tra dottrina e politica criminale. *In: Politica criminale e scienza del diritto penale.* Bologna: il Mulino, 1997. p. 221-258.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal.** Parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Tomo 1º.

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Madrid: Trotta, 1997.
- CABRAL, Luis C. **Ubicación histórica del principio "Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege"**. Buenos Aires: Valerio Abeledo, [s.d.].
- CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Tipo penal e linguagem**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introd. e trad. de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos. **Derecho penal: concepto e principios constitucionales**. 3. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch Alternativa, 1999.
- CARDOSO, Cassiano Pereira. **Princípios gerais do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003.
- CARRIÓ, Genaro R. **Algunas palabras sobre las palabras de la ley**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971.
- CARVALHO, Amilton Bueno de e CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed., amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre, Fabris, 1992.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal na constituição**. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- CODICE PENALE della Repubblica Italiana. Disponível em http://www.perrupato.it/codici/codice_penale.htm Acesso: 25 out. de 2003.
- COELHO, Luís Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. Coimbra: Almedina, 1963 (reimpressão de 2001).

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal: curso completo**. 7. ed. rev. e consolidada num único volume. São Paulo: Saraiva, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *in Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Coordenador: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. p. 3-49.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao 'Verdade, dúvida e certeza', de Francesco Carnelutti, para os Operadores do Direito. *In: SÁNCHEZ RUBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín e CARVALHO, Salo de (Coord.) Anuário ibero-americano de direitos humanos (2001/2002)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 173-197.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O Caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

CURI, Ivan Guérios. **Dilemas do direito penal**. Reflexão a partir da hermenêutica do sistema. Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, Curitiba, 1999.

D'AMICO, Marilisa. **Il Principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale**. *Giurisprudenza Costituzionale*, anno XLIII, v. 43, fasc. 1, p. 315-376, gen./feb. 1998.

DELITALA, Giacomo. Cesare Beccaria e il problema penale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano: Giuffrè nuova seria, anno VII, fasc. 4, p. 965-977, ott./dic 1964

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **Presupuestos de un modelo racional de legislación penal**. Disponível em http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/08037414500913784196746/doxa24/doxa24_19.pdf. Acesso: 25 maio 2003.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FARALLI, Carla. **La certezza del diritto nell'età della decodificazione.** Disponível em www.cirfid.unibo.it/murst40-97/sezionell/parteIII/3.3/faralli_new.doc. Acesso: 20 nov. 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón.** Teoria del garantismo penal. 4. ed. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2000. (Título original: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale.*)

FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **O novo em direito e política.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FERRERES COMELLA, Víctor. **El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional).** Madrid: Civitas, 2002.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. **Tratado de derecho penal común vigente em Alemania.** Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989. (tradução para o espanhol da 14ª edição alemã, de 1847, por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer) Data da 1ª edição: 1801.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** 2. ed. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Ed., 1999. (Título original: *La vérité et les formes juridiques.*)

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **A nova lei de segurança nacional.** (Publicado na *Revista de Direito Penal e Criminologia*, nº 35, Forense, Rio de Janeiro, jan-jun, 1983, p. 60-69). Disponível em http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo32.pdf. Acesso: 21 out. 2003.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Direitos humanos e justiça criminal.** Disponível em http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo2.pdf Acesso: 21 out. 2003.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lei de segurança nacional: uma experiência antidemocrática.** Porto Alegre: Fabris, 1980.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Observações sobre o princípio da reserva legal. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, Forense, n. 01, p. 78-88, jan./mar. 1971.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Aspectos da teoria do tipo**. Disponível em http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo9.pdf Acesso: 21 out 2003.

FRAGOSO, Heleno Cláudio; SEQUEIRA, Lídia. A cominação das penas no novo código penal. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro: Forense, n. 17/18, p. 23-66, jan./jun. 1975.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos: notas sobre a Lei 8.072/90**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1997.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1956. v. 1, tomo 1

GIACOMOLLI, Nereu José. Função garantista do princípio da legalidade. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris)**, Porto Alegre, n. 78, p. 230-245, jun.2000.

GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição: e a evolução da teoria causal-naturalista para a teoria finalista da ação: estudo especial do art. 20, § 1º, do CP**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

GRASSO, Pietro Giuseppe. **Il principio "nullum crimen sine lege" nella costituzione italiana**. Milano: Giuffrè, 1972.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. (Título original: *Die Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur Pluralistischen und Prozessualen Verfassungsinterpretation.*)

HALL, Jerome. **General principles of criminal law**. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company Publishers, 1947.

HASSEMER, Winfried. **História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra. Três Temas de Direito Penal.** Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993. p. 9-59 (Coleção Estudos MP, 7.)

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy.** Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Traducción de Patricia S. Ziffer. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad.** Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Traducción de: Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HENLE, Robert. Principles of legality: qualities of law. Lon Fuller, St. Thomas Aquinas, St. Isidore of Seville. **The American Journal of Jurisprudence.** v. 39, The University of Notre Dame, Notre Dame Law School, p. 47-70, 1994.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Fabris, 1998. Tradução da 20ª edição alemã: Luís Afonso Heck. (Título original: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*)

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal.** Art. 1º a 10. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. I, tomo I.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal.** Art. 11 a 27. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. I, tomo II.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito.** Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Título original: *Der Kampf um's Recht.*)

INGLATERRA. **Magna Cartha Libertatum.** Disponível em http://www.direitoshumanos.usp.br./documentos/historicos/magna_carta.html Acesso: 25 maio 2003.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal.** Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed., cor. Madrid: Marcial Pons, 1997. (Título original: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre.*)

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia.** 3. ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal.** Parte General. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5 ed., ren. y amp. Granada: Comares, 2002. (Título original: *Lehrbuch des Strafrechts: All. Teil.*)

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal.** 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. (Título original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft.*)

LEAL, João José. **Direito penal geral.** São Paulo: Atlas, 1998.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar.** Porto Alegre: Fabris, 2001.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da legalidade penal.** Projeções contemporâneas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. (Série princípios fundamentais do direito penal moderno).

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais.** Porto Alegre: Fabris, 1991.

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

LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de direito penal: parte geral: com observações à nova parte geral do código penal.** São Paulo: Saraiva, 1985.

LUZZATI, Claudio. **Le metafore della vaghezza.** Disponível em http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_1999/luzzati.pdf Acesso: 28 nov. 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Título original: *Reine Rechtslehre.*)

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado.** Tradução: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Título original: *General theory of law and state.*)

MACHADO, Luiz Alberto. A execução das penas em espécie: penas Privativas de liberdade. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 33, p. 83-89, 2000.

MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal.** Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MANTOVANI, Ferrando. Sobre la perenne necesidad de la codificación. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología: RECPC 01-01** (1999). Disponível em: www.criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-01.html Acesso: 28 nov. 2002.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale**. 4. ed. Padova: Cedam, 2001.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Corso di diritto penale**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. v. 1

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Ed. rev., atual. e ref. Campinas: Millennium, 2002.

MARTÍN, Luis Gracia. **Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

MESSINA, Salvatore. **La discrezionalità nel diritto penale**. Roma: Ateneo, [s.d.]

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1994. v. 1.

MOCCIA, Sergio. **La 'Promessa non mantenuta'**. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

MOCCIA, Sergio. **El derecho penal entre ser y valor**. Función de la pena y sistemática teleológica. Traducción de Antonio Bonanno. Buenos Aires: Julio César Faura Editor, 2003. (Título original: *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, 1992)

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002 (1ª ed., 1748).

MORESO, José Juan. **Principio de legalidad y causas de justificación** (Sobre el alcance de la taxatividad). Disponível em http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/08037414500913784196746/doxa24/doxa24_20.pdf Acesso: 20 nov. 2003

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 6. ed., rev. e mod. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. (Título original: *Science avec conscience*.)

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**. Parte general. 5. ed., rev. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- NORONHA, Magalhães E. **Direito penal**. 34. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1.
- O'CONNOR, T. **The limits of criminal law: a focus on the void-for-vagueness doctrine**. Disponível em <http://faculty.ncwc.edu/toconnor/293/293lect02.htm>
Acesso: 11 out. 2003.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Lacuna e sistema normativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 34-53, 1998.
- OÑATE, Flavio Lopez. **La certeza del diritto**. Milano: Giuffrè, 1968.
- ORDENAÇÕES FILIPINAS: livro V. Organização Silvia Hunold Lara. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- ORLANDI, Eni Pulcinelli. **O que é lingüística**. São Paulo: Brasiliense, 1999. (Coleção Primeiros Passos).
- PADOVANI, Tullio. **Diritto penale**. 6. ed. Milano: Giuffrè, 2002.
- PAGLIARO, Antonio. **Principi di diritto penale**. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2000.
- PALAZZO, Francesco C. **Il principio di determinatezza nel diritto penale**. Padova: Cedam, 1979.
- PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito Penal**. Um estudo comparado. Tradução: Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989. [Título original: *Valori Costituzionali e Diritto Penale (Un contributo Comparatístico allo Studio del Tema)*.]
- PALAZZO, Francesco C. Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in matéria penale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**; Milano: Giuffrè, fasc. 2 p. 327- -355, apr./giug. 1991.
- PALAZZO, Francesco. **Introduzione ai principi del diritto penale**. Torino: G. Giappichelli, 1999.
- PALAZZO, Francesco C. **Legislazione penale**, Disponível em www.ibccrim.org.br/doutrina_doutrinalInternacional/ 7931, 10 de abril de 2001. Acesso: 03 jan. 2003.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito**. 5. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2001.
- PEDROSO, Fernando de. **Direito penal**. São Paulo: Leud, 1993.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Derecho penal**. Parte general: fundamentos científicos del derecho penal. 4. ed., totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de Miguel Polaino-Orts. Barcelona: Bosch, 2001. Tomo 1.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A inconstitucionalidade do "direito penal do terror"**. 1991, 132 f. Trabalho apresentado à disciplina de Teoria Geral do Direito Constitucional, do Curso de Mestrado em Direito Público da UFPR, Curitiba, 1991.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

RIO GRANDE DO SUL. Assembléia Legislativa. Comissão de Constituição e Justiça. **Seminário reforma do código penal**. Porto Alegre, 22 de maio a 9 de junho de 1998.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Igualdad (Principio de). **Nueva Enciclopedia Jurídica**. Barcelona: Editoria Francisco Seix, 1971. p. 882-893.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 1999.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte general: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RUSSEL, Bertrand. **Vagueness**. Disponível em <http://santafe.edu/shalizi/Russell/vagueness/> Acesso: 03 dez. 2002.

SANTANA VEGA, Dulce María. **El concepto de ley penal en blanco**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

- SANTOS, Gérson Pereira dos. **Inovações do código penal**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1985.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria do crime**. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- SANTOS, Lycurgo de Castro. O princípio de legalidade no moderno direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 15, p. 182-99, jul./set. 1996.
- SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de lingüística geral**. 30. ed. Trad. de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 1998. (Título original: "Cours de Linguistique Générale". A 1ª ed., em francês, é de 1916.)
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SEVILHA, San Isidoro de. **Etimologias**. 3. ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2000. Tomo 1 (Libros I-X). Edición bilíngüe (latín y español)
- SILVA, José Afonso da. A lei. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 215, p. 9-18, jan./mar. 1999.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Perspectivas sobre la política criminal moderna**. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 36, p. 33-50, out./dez. 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SOLER, Sebastián. **Derecho penal argentino**. 5. ed. Buenos Aires: Editora Argentina, 1987. v. 1.
- STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**. Parte general, I. El hecho punible. Traducción de la 2ª edición alemana (1976) de Gladys Romero. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 1999. (Título original: Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat.)
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SÜß, Franck. El trato actual del mandato de determinación. *In*: CASABONA, Carlo María Romeo (Coord.) **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2000. p. 223-244.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

TOLEDO, Francisco de Assis. O erro e a ignorância em matéria penal. *In*: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.) **Justiça penal**: crimes hediondos, erro em direito penal, juizados especiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 103-115.

VARGAS, José Cirilo de. **Do tipo penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

VASSALI, Giuliano. **Nullum crimen sine lege**. Novissimo Digesto Italiano. VTET, p. 493-506.

PERES, Leandro. **As ambições do planeta China**. Veja, São Paulo: Abril, ano 35, nº 42, p. 122-135, 22 out. 2003.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. [São Paulo]: Max Limonad, 1997.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges; revisão da tradução de Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Título original: *The dignity of legislation*.)

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Parte general. 11. ed./ 4. ed. castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "El debate conceptual de la culpabilidad como disolución discursiva", *In*: PIERANGELI, José Henrique. **Direito Criminal**, nº 4, Coordenador: José Henrique Pierangeli (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 12-51. (Coleção Jus Aeternum)

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito penal brasileiro**: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| RESUMO | V |
| 1. INTRODUÇÃO | 1 |
| 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS | 9 |
| 2.1 Antigüidade penal..... | 9 |
| 2.2 Modernidade penal..... | 20 |
| 3. NOÇÕES GERAIS | 28 |
| 3.1 Noção e terminologia..... | 28 |
| 3.2 Relações com a legalidade..... | 34 |
| 4. FUNDAMENTOS LÓGICO-RACIONAIS | 38 |
| 4.1 Fundamentos extrapenais..... | 38 |
| 4.2 Fundamentos intrapenais..... | 42 |
| 5. FUNDAMENTOS POLÍTICO-GARANTISTAS | 48 |
| 5.1 Estado de Direito..... | 48 |
| 5.2 Separação de poderes..... | 51 |
| 5.3 Princípio democrático..... | 55 |
| 6. NATUREZA PRINCIPIOLÓGICA | 60 |
| 6.1 Noção e funções dos princípios..... | 60 |
| 6.2 Princípios e sistema penal..... | 67 |

| | |
|---|------------|
| 7. CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS..... | 76 |
| 7.1 Viabilidade jurídica..... | 76 |
| 7.2 Viabilidade lingüística..... | 85 |
| 8. TÉCNICAS DE FORMULAÇÃO NORMATIVA..... | 94 |
| 8.1 Técnicas de normatização | 94 |
| 8.2 Técnica definitiva..... | 98 |
| 8.3 Elementos descritivos e normativos..... | 102 |
| 8.4 Critérios gerais de precisão..... | 110 |
| 9. TÉCNICAS DE INVALIDAÇÃO NORMATIVA..... | 114 |
| 9.1 Técnica de ocultação do núcleo do tipo..... | 114 |
| 9.2 Técnicas enumerativas..... | 116 |
| 9.3 Técnicas de reenvio..... | 119 |
| 10. ALCANCE SISTEMÁTICO..... | 127 |
| 10.1 Considerações gerais..... | 127 |
| 10.2 Tipicidade..... | 130 |
| 10.3 Antijuridicidade..... | 133 |
| 10.4 Culpabilidade..... | 138 |
| 10.5 Punibilidade e pena | 143 |
| 11. DESORDEM LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL..... | 150 |
| 11.1 Desordem legislativa e reserva de código..... | 150 |
| 11.2 Desordem jurisprudencial e vinculação ao precedente..... | 153 |
| 12. CONCLUSÃO..... | 163 |
| REFERÊNCIAS..... | 172 |