# A função de garantia da lei penal. Considerações acerca do princípio da legalidade

Pablo Rodrigo Alflen da Silva\*

#### **Abstract**

The present paper analyzes the function of guarantee of the criminal law, that is carried through the principle of the legality. To start from there are investigated the postulates of the principle of legality with special attention to the question of the determination (lex certa) and prohibition of the analogy and interpretation of the criminal law (lex stricta).

#### Resumo

O artigo analisa a função de garantia da lei penal, a qual se realiza por meio do princípio da legalidade. A partir daí se desenvolvem algumas considerações sobre os postulados decorrentes do princípio da legalidade, com consideração especial à questão da determinação (lex certa) e da proibição da analogia e interpretação da lei penal (lex stricta).

<sup>©</sup> Pablo Rodrigo Alflen da Silva, 2001.

			1	
ESTUDOS JURÍDICOS	Vol. 34	Nº 91	2001	р. 47-74



<sup>\*</sup> Advogado Criminal. Mestre e Doutorando em Ciências Criminais (PUCRS). Professor de Direito Penal e Processual Penal da UNIVATES e do Curso de Especialização em Direito Penal e Política Criminal da UFRGS. Pesquisador credenciado ao CNPq.

# 1 – Excursus

Toda lei penal traduz uma decisão política (político-criminal), ou seja, esta dá origem àquela. Apesar disso, o vínculo existente entre ambas é "quebrado" pelo princípio fundamental da legalidade, de máxima significação para a segurança jurídica. O princípio da legalidade está descrito no art. 5.°, inciso XXXIX da CF/88 que expressa *in verbis*: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" e no Código Penal em seu art. 1.° com igual teor (na República Federal da Alemanha o princípio da legalidade está no Art. 103, II, GG no § 1. StGB e § 3. OWiG¹).

Segundo este princípio, uma ação somente pode ser punida quando a punibilidade estiver determinada antes da ação ser perpetrada, ou seja, os pressupostos da punibilidade e as conseqüências jurídicas do ato precisam estar determinados já na época do fato através de uma lei. Assim, desde já, pode-se afirmar que implica na exigência de legalidade (*nullum crimen sine lege*) como também na ameaça de sanções penais (*nulla poena sine lege*), sendo que sua formulação latina foi elaborada por Feuerbach<sup>2</sup> – apesar deste ter lhe atribuído vinculação à teoria da pena como coação psicológica. Sua relevância atual é indiscutível, bem como, sua hierarquia constitucional, expressando-se pelo fato de que todas as questões relativas às leis penais e à sua limitação tem que ser resolvidas a partir do princípio da legalidade. Sobretudo determina que somente por uma lei formal, isto é, um ato de direito de um órgão do Poder Legislativo, previsto constitucionalmente, pode-se criar delitos e penas. Trata-se de uma típica expressão de garantia formal do *Rechtsstaatsprinzip*<sup>3</sup>, o qual, por sua vez, significa que o exercício do poder estatal somente é possível sobre o fundamento da Constituição, e no limite das leis, com o objetivo de garantir a dignidade do homem, liberdade, justiça e segurança jurídica.

Na República Federal da Alemanha o âmbito de aplicação do princípio da legalidade foi estendido aos ilícitos administrativos (§ 3. OWiG), autorizando inclusive "incriminação" por parte de fontes subprimárias das autoridades centrais e periféricas. Segundo Jakobs<sup>4</sup> a lei no sentido do princípio da legalidade é toda norma jurídica escrita, quer se trate de uma lei formal, um regulamento ou decreto, contudo, deve-se ter em vista que o Art. 104, 1 da GG estabelece que somente por lei formal se pode impor pena privativa de liberdade. Há que se observar, ainda, que a

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> JAKOBS. Derecho Penal. p. 88.

ESTUDOS JURÍDICOS	Vol. 34	Nº 91	MAI/AGO	2001
ESTUDOS JURIDICOS	V 01. 34	N° 91	MAI/AGO	2001



Dispõe o Art. 103 II GG: "Uma ação somente pode ser punida quando a punibilidade estiver legalmente determinada antes da ação ser perpetrada." (Tradução do autor), com idêntico teor o § 1. StGB (Código Penal). O § 3. OWiG (Lei de Lúcitos administrativos) dispõe: "Uma conduta somente pode ser punida como ilícito administrativo quando a possibilidade de punição estiver legalmente determinada antes da conduta ser cometida." (Tradução do autor).

Sobre isso ver RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. § 1, I, 1; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. StGB. Kommentar. § 1, I, 1; KAUFMANN. Feuerbach, P. J. A. in: Staats Lexikon. S. 565-567.

RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. § 1, I, 1; no mesmo sentido JESCHECK. Lehrbuch des Strafrechts. § 15.

Lei fundamental da República Federal da Alemanha prevê a competência da Federação e dos Länder<sup>5</sup> para legislar em matéria penal, trata-se da hipótese de técnica de concorrência legislativa (Art. 74, 1 GG) embora não se exclua a possibilidade do Estado reservar-se a produção legislativa (Art. 77, 2 GG). O que possibilita recorrer às denominadas *leis* penais em branco nos casos de concorrência legislativa, pois o Art. 80, 1 GG estabelece que os *Länder* podem ser autorizados através de lei federal a emitir decretos, embora a lei deva determinar o conteúdo, objetivo e extensão da autorização outorgada. Sendo que as regras principais encontram-se na Lei de Introdução ao StGB (Art. 1-4 EGStGB).<sup>6</sup> *Mutatis mutandis*, a generalização da formação da lei determina um risco para a segurança jurídica, porque pode ser produzida por meio da vinculação excessiva a *cláusulas gerais* objetivamente distintas, que anulam a função de garantia da lei penal.<sup>7</sup> Assim, pelo princípio da legalidade se realiza a *função de garantia* da lei penal<sup>8</sup> como uma "*Magna Charta do Delinqüente*" (Liszt) e que hoje é reconhecido por quatro desdobramentos:

- a fundamentação da pena e o agravamento não podem realizar-se por meio do Direito consuetudinário (nullum crimen sine lex scripta);
- a impossibilidade de aplicação analógica da lei penal (nullum crimen sine lex stricta);
- a irretroatividade da leis penal (*nullum crimen sine lex praevia*).
- a lei penal deve ser precisa, ou seja, seu conteúdo e limites devem ser definidos, na medida do possível, pelo próprio texto de lei (nullum crimen sine lex certa)<sup>9</sup>.

Jescheck adverte que os dois primeiros dirigem-se ao juiz e os últimos ao legislador, pois o grau de vinculação do juiz à lei é determinado pelo grau de exatidão com que a vontade comum é expressada na lei. <sup>10</sup> E nesse sentido afirma o ilustre Prof. W. Hassemer que o juiz, na sentença, não tem outra tarefa que a de concretizar o conteúdo da lei sobre o caso em decisão, pois a vinculação do juiz à lei é obrigatória <sup>11</sup>, embora, com razão, entenda que o princípio da legalidade vincula o

HASSEMER. Rechtssystem und Kodifikation. Die Bindung des Richters an das Gesetz. in: Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart. S. 194. No entanto, de modo oposto manifestava-se RADBRUCH. Einführung in die Rechtswissenschaft. S. 167, ao afirmar que uma vinculação ao texto de lei por meio deste texto

ESTUDOS JURÍDICOS   Vol. 34   Nº 91   MAI/AGO   2001
--



Os *Länder* são considerados como parte própria dos Estados Federados, não derivados da federação, senão reconhecidos a partir dela, acerca disso comparar VOGEL, Hans-Joachim. Die bundesstaatliche Ordnung des Grundgesetzes. *in:* MAIHOFER, *et al. Handbuch des Verfassungsrechts. Teil Zwei.* S. 1054 ff.

Sobre isso, com detalhes, BLEI, Hermann. Strafrecht. Allg. Teil. 12 Auf., S. 1 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Comparar JESCHECK. Lehrbuch des Strafrechts. § 15, I, 3.

Sobre isso BVerfGE 25, 269 (272) vom 26. Februar 1969; nesse sentido, comparar ainda JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrechts*. § 15; paradigmático a esse respeito SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar*. § 1, I, 3.

Porém, como ressaltam RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. § 1, I, 3, estes preceitos, no Direito Penal vigente, somente são concretizados em parte.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> JESCHECK. Lehrbuch des Strafrechts. § 15, I.

juiz tanto pela proibição da analogia e da fundamentação e agravamento da pena pelo Direito consuetudinário, como também pela proibição da retroatividade<sup>12</sup>.

Doravante, a formulação atual de tal princípio requer uma análise mais precisa a partir da justificação dos seus quatro desdobramentos já mencionados, tendo em vista que todas as questões relativas às leis penais (como, por exemplo, o alcance, a limitação e a interpretação) são resolvidas a partir do princípio da legalidade.

### 1.1 - Nullum crimen sine lex scripta

Como pressuposto fundamental do princípio da legalidade é indispensável uma lei absoluta, por meio da qual uma conduta deve ser declarada punível, ou seja, todas as normas escritas admitidas como fontes jurídicas regulares e dotadas de força obrigatória. Da exigência de uma *lex scripta* (*nullum crimen sine lex scripta*), portanto, resulta a inevitável exclusão do Direito consuetudinário, no sentido de que, costumeiramente, não se constitui nenhum tipo penal e igualmente possibilitar o agravamento da pena. <sup>13</sup> Nesse aspecto, a fundamentação da pena de um tipo de delito da Parte Especial do Código Penal está totalmente descartada.

O Direito consuetudinário não forma-se por meio de ato jurídico formal, aliás, o fundamento da exclusão do Direito consuetudinário consiste na exigência de que as leis penais somente podem ser promulgadas pelo procedimento previsto na legislação, por meio da representação popular dos máximos representantes da vontade popular. <sup>14</sup>. Trata-se de fundamentação essencialmente representativa-democrática do princípio da legalidade, embora seja um grave equívoco concluir que o direito costumeiro esteja afastado por completo do âmbito do Direito Penal.

Por este postulado, exige-se igualmente a imposição de penas privativas de liberdade por meio de leis formais, entendendo-se como lei formal o ato de vontade do poder legislativo em conformidade com o procedimento constitucionalmente previsto e proclamado regularmente <sup>15</sup>. Não

<sup>15</sup> Comparar BÜLOW. Gesetzgebung. *in*: MAIHOFER. *Handbuch des Verfassungsrechts*. S. 1462. Nesse sentido, ainda, STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Bd. I, S. 799 tem advertido que na prática isso significa que a lei formal, munida com o grau e predicado de uma decisão de maioria democrática é em todas as regras expressão da justiça material.

ESTUDOS JURÍDICOS	Vol. 34	Nº 91	MAI/AGO	2001
-------------------	---------	-------	---------	------



limitaria e por isso tornaria este texto completamente contra o autor, aproveitando métodos de interpretação que circulam o espírito do moderno Direito Penal e representam uma política jurídica de alto grau de risco.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> HASSEMER. Rechtssystem und Kodifikation. Die Bindung des Richters an das Gesetz. S. 203.

SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. StGB. Kommentar. § 1, II, 2; JESCHECK. Lehrbuch des Strafrecht. § 15, III, 1; RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. § 1, IV, 1; RADBRUCH. Einführung in die Rechtswissenschaft. S. 165.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> 6 ESCHECK. Lehrbuch des Strafrechts. § 15, III, 1.

obstante, disto não se exclui que a especificação precisa de tipos penais delegue-se do legislador à administração, 16 no entanto, a situação é distinta – e quanto à isso a literatura jurídico-penal é uniforme – quando se trata de aplicação do Direito consuetudinário nas hipóteses de benefício ao autor do fato punível, de maneira que, tanto para o caso de eliminação (causa supralegal de exclusão da ilicitude), como atenuação da pena é possível reconhecer a eliminação da lei penal por meio do Direito consuetudinário<sup>17</sup>, ou seja, sempre que o costume beneficie o cidadão considera-se como fonte do Direito Penal. Como tem decidido o Superior Tribunal de Justiça, para revogar por desuetudo a norma penal são exigidos o reconhecimento geral e a vontade geral de que a norma atue como Direito vigente, de modo que a mera tolerância ou omissão das autoridades na repreensão de certos delitos ou contravenções não implica na perda da eficácia da norma penal. 18 Jescheck já tem se manifestado acerca destes pressupostos afirmando que "Im Strafrecht entsteht Gewohnheitsrecht vor allem durch den Gerichtsgebrauch, doch muß auch hier zur ständigen Übung die Anerkennung als Rechtsanwendung durch die Gemeinschaft hinzutreten."19 Ou seja, o Direito consuetudinário no âmbito do Direito Penal obtém força e validade gerando uma convicção jurídica geral, através da aplicabilidade nas decisões judiciais e o reconhecimento social como Direito aplicado. Pois nesse caso não se trata de interpretar um texto dado (texto de norma), mas de "formular lingüísticamente" a norma a partir da conduta empiricamente avaliada.

## 1.2. Nullum crimen sine lex stricta

O segundo postulado do princípio da legalidade implica, por um lado na proibição da analogia, e por outro na interpretação da lei penal. Em princípio, por analogia compreende-se a aplicação de uma regra legal (para um ou mais tipos semelhantes existentes simultaneamente) a um caso isolado não regulado legalmente.<sup>20</sup> Como afirmam Schönke/Schröder/Eser<sup>21</sup> trata-se de um método judicial

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. StGB. Kommentar. § 1, IV, 1.

ESTUDOS JURÍDICOS	Vol. 34	Nº 91	MAI/AGO	2001
EST CE OS GCILLETOOS	, 02.0	1, 71	1,111,1100	-001



<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Nesse sentido SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. StGB. Kommentar. § 1, II, 1.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Quanto a isso ver SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar.* § 1, II, 2, a; RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch.* § 1, IV, 2.

Nesse sentido as decisões do Superior Tribunal de Justiça: REsp. 54716-PR, DJ 28.11.1994, p. 32634; REsp. 11604-SP, DJ 2.9.1991, p. 11819; REsp. 2202-SP, DJ 2.4.1990, p. 2461.

JESCHECK. Lehrbuch des Strafrechts. § 12, IV, 1. "No Direito Penal o Direito consuetudinário origina-se sobretudo por meio da aplicação pelo tribunal, porém precisa apresentar aqui também, através da prática permanente, o reconhecimento pela sociedade como aplicação do Direito." (Tradução do autor).

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar.* § 1, IV, 1; RUDOLPHI/HORN/SAMSON/ SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch.* § 1, V, 1.

de aperfeiçoamento jurídico para descobrimento e preenchimento das lacunas do ordenamento. O preenchimento das lacunas pode dar-se tanto por meio da analogia da lei como também por meio da analogia do Direito. Ambas distinguem-se pelo fato de que, de um caso regulado a um não regulado transcreve-se o pensamento jurídico concluindo-se no primeiro caso pela norma legal individual e no segundo por muitos tipos, resultando dessa maneira o pensamento jurídico geral. Assim, face à função de garantia da lei penal por meio da exigência de uma *lex praevia* e *scripta*, está proibido no âmbito do Direito Penal o emprego da analogia como meio de criação e ampliação da disposição penal, bem como do agravamento de penas para garantir a punição, pois tratando-se de forma de supressão de lacunas, supõe a inexistência de texto de lei específico, aplicável ao caso. Trata-se de hipótese de analogia *in malam partem*.

O conceito de proibição da analogia, do modo como é empregado geralmente na linguagem científica, significa a exclusão de uma aplicação do Direito que ultrapasse por meio da interpretação o sentido estabelecido por uma lei penal<sup>22</sup> (texto), portanto, o âmbito de aplicação de aplicação da proibição da analogia estende-se fundamentalmente sobre todos os pressupostos do tipo penal, como também sobre as conseqüências da ação<sup>23</sup>. Em relação aos pressupostos da punibilidade, a proibição da analogia abrange, antes de tudo, os elementos fundamentais do injusto, como também da culpabilidade, e das ameaças de pena também quando se encontram excepcionalmente na Parte Geral<sup>24</sup>. Do mesmo modo que sobre os pressupostos do injusto e da culpabilidade, a proibição da analogia abrange também eventuais circunstâncias que elevam ou respectivamente fundamentam a pena, bem como, acerca das conseqüências da ação é inadmissível o agravamento da pena ou a imposição de penas acessórias não previstas.

Em vista disso, o intérprete-aplicador da lei, acerca da generalização com que a lei formula certos elementos positivos do delito, deve ser o mais específico possível, estreitando o âmbito de aplicação, isto é, nunca aumentando o nível de generalização ampliando seu âmbito de aplicação em face à proibição da analogia. Ao contrário tem-se admitido a aplicação da analogia *in bonam partem*, sendo que no âmbito da Parte Geral do Código Penal pode haver quanto às atenuantes e causas de exclusão da pena, e na Parte Especial, até onde as disposições levem à limitação das

 $^{22}$   $\,$  JESCHECK. Lehrbuch des Strafrechts. § 15, III, 2 a.

Acerca disso ver ROXIN. *Strafrecht. Allg. Teil.* Bd. I, § 5, V, 2 a; que toma como exemplo o § 30, I StGB, ressaltando que é evidentemente inadmissível a imposição de pena contra a tentativa de instigação (*Anstiftung*) ao crime (§ 30 I) pela não aplicação analógica de pena à tentativa de assistência (*Beihilfe*) ao crime.

ESTUDOS JURÍDICOS	Vol. 34	Nº 91	MAI/AGO	2001
-------------------	---------	-------	---------	------



\_

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> **GE**SCHECK. *Lehrbuch des Strafrechts*. § 15, III, 2; no mesmo sentido, comparar, SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB*. *Kommentar*. § 1, IV, 2.

penas e respectivamente da punibilidade.<sup>25</sup> Porém, com razão, Roxin tem ressaltado que é proibido a ampliação de causas exculpantes ou excludentes da pena quando excedem os limites estritos do texto da lei.

A segunda hipótese decorrente do *nullum crimen sine lex stricta*, diz respeito à interpretação da lei penal. Interpretação, em sentido estrito, significa na ciência jurídica compreender e fazer compreensível o sentido jurídico de um texto, sendo que a partir daí se deduz que não há interpretação sem compreensão, nem esta sem aquela. E isso possui estrita vinculação com a questão hermenêutica, pois, como adverte Gadamer<sup>26</sup>, a clássica disciplina que tem que se ocupar com a arte da compreensão dos textos é a hermenêutica. Toda lei precisa ser interpretada, e isto vale também quanto a "textos claros"<sup>27</sup>, ou seja, há um total rechaço à aplicação da máxima romana *in claris cessat interpretatio*. Não obstante, os juristas penalistas carecem de princípios elaborados para orientar suas escolhas metodológicas, de maneira que o Direito Penal vigente tem se restringido aos métodos desenvolvidos por Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) em seu "System des heutigen römischen Rechts", partindo da orientação da hermenêutica clássica<sup>28</sup>, levando em consideração os métodos lógico-gramatical, histórico, sistemático e teleológico.

Por meio do denominado método gramatical se procura verificar o significado das palavras de acordo com a linguagem legal ou natural, quanto a isso a literatura penal, tradicionalmente, tem considerado essencial a terminologia jurídica. Tal método encontra sua complementação no sistemático, pelo qual se pretende deduzir o sentido da lei através posição na relação completa de uma lei, no contexto do sistema. Pelo método histórico se pretende extrair o sentido da lei de acordo com o contexto histórico geral em que ela se encontra e a partir daí explicar a matéria específica da lei. O método teleológico conduz a trabalhar o *telos* e o valor da lei, para que de modo imediato se possa reconhecer o sentido imanente de uma disposição. Este último os juristas penalistas tem reconhecido como princípio geral<sup>29</sup> e Jescheck tem ressaltado que "a esse respeito é importante não só indagar acerca do bem jurídico, cuja proteção o legislador tem em vista, mas

Nesse sentido JESCHECK. Lehrbuch des Strafrechts. § 17, IV, 1b; RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. § 1, IV, 1. SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. StGB. Kommentar. § 1, IV, 5c.

ESTUDOS JURÍDICOS	Vol. 34	Nº 91	MAI/AGO	2001
-------------------	---------	-------	---------	------



JESCHECK. Lehrbuch des Strafrechts. § 15, III, 2 d; RUDOLPHI/HORN/SAMSON/ SCHREIBER. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. § 1, IV, 1; comparar, ainda SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. StGB. Kommentar. § 1, IV, 3.

GADAMER, Hans-Georg. Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1990. S. 169.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Nesse sentido JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrechts*. § 17, III, 1; RUDOLPHI/HORN/ SAMSON/SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. § 1, IV, 1.

Sobre o método clássico-hermenêutico comparar BÖCKENFÖRDE. Die Methoden der Verfassungsinterpretation. in:
 NJW, 46, 16. Nov. 1976, S. 2089 ff.

também levar em consideração o valor ético-social da ação"<sup>30</sup>, embora seja discutível, principalmente, quanto à consideração ao valor ético-social da ação, tendo em vista as diversas orientações a esse respeito, tanto de Welzel como às críticas elaboradas à este por Roxin, mas certamente por meio da contínua representação dos bens jurídicos protegidos permanece garantida a interpretação diante do declínio ao formalismo.

Na perspectiva da hermenêutica contemporânea baseada em Heidegger "a interpretação é o processo, em que a compreensão dedica-se a compreender o ser." A interpretação é a elaboração da própria compreensão. A partir daí, Gadamer – consubstanciado na idéia de Dilthey, de que a compreensão está vinculada ao contexto da vida, e de Heidegger, de que a compreensão é existencial –, considera que compreender somente é possível quando já se parte com uma précompreensão no texto. De maneira que compreender é sempre uma atividade produtiva, não reprodutiva. O intérprete precisa saber que a compreensão do texto é sempre também uma aplicação. Portanto, Gadamer não se limita à unificação da compreensão e da interpretação, pois insere nisso, também a aplicação. Gadamer renuncia aos pré-juízos (Vorurteil), tendo em vista que somente abstraindo estes é possível elaborar uma consciência histórica que permita transpor a visão de método do positivismo jurídico.

Contudo, Enrique Bacigalupo<sup>33</sup> aderindo à orientação hermenêutica contemporânea com base em M. Heidegger e H. G. Gadamer, tem se manifestado, em oposição aos métodos de orientação da hermenêutica clássica, afirmando que não se tratam apenas de métodos de estrutura distintos, senão que conduzem a soluções diversas referentes ao texto, bem como, que as razões que determinam a aplicação de um ou outro meio são totalmente obscuras e que **não há método algum para decidir entre os distintos métodos**. Isso coaduna perfeitamente com a expressiva colocação de Gadamer de que o que as ciências do espírito produzem às ciências, pode-se compreender melhor pela tradição do conceito de formação que pela idéia de método da ciência moderna.<sup>34</sup>

A dogmática penal clássica, como os demais ramos jurídicos, está vinculada à clássica concepção de interpretação que parte do dogma da *mens legis* desenvolvida pela teoria objetiva, da qual o próprio Karl Binding (*Die Normen und ihre Übertretung*) foi um partidário. A partir da experiência hermenêutica este esquema já não é válido em face à superação do esquema

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> GADAMER. Wahrheit und Methode. Bd. I, S. 23.

ESTUDOS JURÍDICOS	Vol. 34	Nº 91	MAI/AGO	2001
EST CE OS GCILLETOOS	, 02.0	1, 71	1,111,1100	-001



<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> JESCHECK. Lehrbuch des Strafrechts. § 17, IV, 1b.

SCHROTH. Philosophische und juristische Hermeneutik. in KAUFMANN, Arthur. Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart. S. 278.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> **68**CHROTH. Philosophische und juristische Hermeneutik. S. 279.

BACIGALUPO. *Princípios de Derecho Penal*. p. 35 e seguintes. Como tem ressaltado o autor, poucos trabalhos no âmbito do Direito Penal, tem se preocupado com a questão da hermenêutica, entre os quais cita os nomes de Cobo del Rosal e Vives Antón.

sujeito/objeto (da teoria tradicional do conhecimento) que somente Heidegger consegue transpor situando-se além da problemática da subjetividade. Com isto há uma transformação considerável na questão da interpretação dos textos de Direito Penal, eliminando-se a falsa concepção do interpretar como "decifrar" o que está na lei (por meio da *mens legis* ou *mens legislatoris* cuja distinção atualmente é obsoleta, visto que ambas reportam-se a uma vontade) pois, em princípio, interpretação não só é privilégio do jurista-intérprete, como também do destinatário da norma.

### 1.3. Nullum crimen sine lex certa (Bestimmtheitgrundsatz)

O terceiro postulado, referente a questão da "determinação" ou certeza da lei penal necessita ser analisada com acuidade. No aspecto positivo significa a função de garantia pela qual está colocada a máxima exigência de "determinação da lei". A punibilidade do ato precisa estar "legalmente determinada" antes do fato ser cometido, e além disso, somente com fundamento em uma lei vigente pode dar-se uma condenação penal.

Este princípio refere-se aos pressupostos jurídicos, às características que se referem a punibilidade da conduta. As leis penais devem distinguir claramente as proibições das autorizações, bem como, os elementos do tipo devem identificar em concreto o alcance e o âmbito de aplicação do tipo penal. Por este princípio se pressupõe que o indivíduo não deve apenas poder saber o que lhe é proibido penalmente, senão também com que pena lhe ameaça para o caso de infringência àquela proibição. Daí afirmar que trata-se de princípio do *rechtsstaatlichen* que radica na proteção constitucional da dignidade e responsabilidade do homem que o legislador deve observar e respeitar quanto à formação do Direito Penal, pois a partir daí é possível constatar que, para aplicar determinada sanção está justificada a intervenção do Estado na esfera dos direitos do cidadão. E como brilhantemente tem ressaltado Klaus Stern "Im Grunde handelt es sich bei der Klarheit und Bestimmtheit um einen Ausfluß der Rechtssicherheit, um eine Anforderung, die aus dem Wesen des Rechts abzuleiten ist. Rechtsnormen, die unklar, unverständlich, sprachlich unzulänglich und unbestimmt formuliert sind, verfehlen ihr Ziel." Já que, somente quando a lei penal estiver suficientemente determinada, poderá o destinatário da norma, com auxílio no respectivo texto, e à

STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Bd. I, S. 829. "No fundo trata-se acerca da cl**65** a e determinação, de uma emanação de segurança jurídica, de uma exigência que é deduzida da essência do Direito. Normas jurídicas que são fomuladas sem clareza, incompreensíveis, lingüisticamente inadequadas e indeterminadas, não encontram seu objetivo." (Tradução do autor).

|--|



-

No Direito Penal da República Federal da Alemanha este corolário do princípio da legalidade (*lex certa*) assume posição fundamental sendo caracterizado como princípio autônomo (Bestimmtheitgrundsatz), compare-se também BVerfGE 25, 269 (285); BVerfGE 47, 109 (120) vom 17. Januar 1978.

partir da interpretação desse, prever que conduta está proibida penalmente e que pena lhe é aplicada no caso de eventual violação.<sup>37</sup>

Sendo assim a determinação dos pressupostos jurídicos de um fato punível falta, se referente à ele não existe uma lei que descreva exatamente o injusto. Pois, naturalmente, uma lei em virtude da qual se declare punível, por exemplo, a lesão de "bens personalíssimos" seria inconstitucional, visto que tais bens são plenamente possíveis de ser elencados (vida, integridade física, liberdade, etc.). Entretanto, segundo Schönke/Schröder/Eser<sup>38</sup>, tal exigência não necessita ser extrema, nem mesmo quanto às consequências do delito, tendo em vista que, até alguns elementos puramente descritivos, sem valoração alguma, não são absolutamente determinados (são relativamente indeterminados, por exemplo, "obstáculo à subtração de coisa" no art. 155, § 4.º, I do CP), sendo que, nesse caso, autênticos elementos normativos (por exemplo, "alheio" nos crimes contra o patrimônio, "mulher honesta" nos crimes contra os costumes, a "condição análoga à de escravo" disposta no art. 149, CP) distinguem-se deles somente devido a seu maior grau de necessidade de "Übertriebene valoração. Ε razão afirmam os conspícuos autores aue com Bestimmtheitsforderungen bzw. ein völliger Verzicht auf normative Begriffsmerkmale und Generalklauseln müßten dazu führen, daß die Gesetze zu starr und kasuistisch würden" <sup>39</sup>, não satisfazendo mais, assim, a multiformidade da vida, a mudança das relações e mesmo as peculiaridades de cada caso isolado. Porque eles são indispensáveis, ou ainda, inevitáveis na elaboração dos tipos (Tatbestände) em face à adequação do Direito Penal às exigências contemporâneas, sendo, em certo aspecto, necessária esta "flexibilização". Porém, há que se observar, ainda, nesse aspecto, que tanto o emprego de características normativas com excessiva despreocupação ou excessos de características do tipo, como a elaboração de tipos completamente indeterminados e de conteúdo vago, colocará à critério do juiz a tarefa da determinação exata, atribuindo-lhe arbítrio excessivo<sup>40</sup>. Naturalmente resulta entre a rigorosa exigência de determinação e a necessidade de "flexibilização" uma determinação legal suficiente, o que significa

A respeito da vinculação dos juizes à lei, ver a já mencionada tese de HASSEMER. Die Bindung des Richters. *passim*. Também ROXIN, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. p. 59, ressalta o fato de que disposições esvaziadas de conteúdo são pura e simplesmente inadequadas para proteger bens jurídicos. p. 59.

١	ESTUDOS JURÍDICOS	Vol. 34	Nº 91	MAI/AGO	2001
ı	EST CDOS JUNIDICOS	V 01. 37	11 /1	MAI/AGO	2001



\_

Comparar BVerfGE 47, 109; com detalhes SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar*. § 1 III. E ainda no mesmo sentido RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. § 1, III, 1, afirmam que ela é suficiente quando a significação dos elementos do tipo é verificada por meio de interpretação segura.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. StGB. Kommentar. § 1 III.

SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. StGB. Kommentar. § 1 III 1. "Exigências exageradas de determinações deveriam levar 6/6 spectivamente à uma renúncia completa dos elementos normativos e das cláusulas gerais, de modo que as leis se tornariam rígidas e casuísticas." (Tradução do autor).

que a utilização de conceitos que necessitam de complemento de valoração e de cláusulas gerais será inconstitucional, quando esta técnica legislativa for evitável.<sup>41</sup> Em todo caso, permanece a exigência de que o legislador utilize tanto quanto possível conceitos determinados, pois onde ao legislador se impõe, afasta-se ao juiz a decisão de um juízo positivo ou negativo seguro, apesar de lhe ser possível uma outra concretização.

Também quanto à ameaça de sanção é exigida a observância do princípio da determinação (em decorrência do *nulla poena sine lege*), porém, nesse caso é pouco rigorosa quanto à medida da pena aplicável, pois não é necessária a determinação absoluta da pena, embora não deva ficar a critério do juiz a escolha completa da espécie e medida de pena, de maneira que são estabelecidos limites. Desse modo, mensurado na idéia de justiça precisam ser regulados o tipo e a conseqüência jurídica ajustada ao caso, tendo em vista que a ameaça de pena também é de significação decisiva para a caracterização, valorização e interpretação do tipo penal.<sup>42</sup> Assim, o princípio da legalidade exige uma determinação ao menos legal e não só interpretativa.

## 1.4 - Nullum crimen sine lex praevia

Por meio de uma *lex praevia* proíbe-se tanto a fundamentação da pena como também o agravamento desta como resultado de Direito ulterior. A proibição da retroatividade das leis penais significa que uma conduta que à época do seu cometimento não era punível não poderá ser declarada, posteriormente, como punível, estendendo-se além disso, a proibição a outros agravamentos posteriores da situação jurídica do indivíduo. Nesse sentido, trata-se de uma garantia ao cidadão que lhe assegura, ademais, que só será punido quando a lei estabelecer *previamente* que o fato cometido constitui crime e, por isso, é ameaçado com pena, garantindo, desse modo, que ninguém será surpreendido por sanções imprevisíveis. 45

Todavia, esta proibição da retroatividade não pode fundamentar-se *somente* pelo *Rechtsstaatsprinzip* e a preservação da dignidade humana ligada ao princípio da culpabilidade, senão por uma função político-criminal, pois as normas penais pressupõem a determinação dos indivíduos para certos comportamentos sociais já tipificados. Desse modo, este postulado encontra fundamento ainda nos fins da pena tanto numa perspectiva monista como unificadora dialética. O

Nesse sentido JAKOBS. *Derecho Penal.* p. 111.

ESTUDOS JURÍDICOS	Vol. 34	Nº 91	MAI/AGO	2001



-

<sup>41</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. StGB. Kommentar. § 1, III, 1.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> BVerfGE 25, 269 (286). Nesse sentido, comparar também HEYDE, Wolfgang. *Rechtsprechung. in:* MAIHOFER, *et al. Handbuch des Verfassungsrechts.* S. 1612.

<sup>43</sup> Comparar SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. StGB. Kommentar. § 2, I; RUDOLPHI/ HORN/SAMSON/SCHREGER. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. § 1, II, 1.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> JESCHECK. Lehrbuch des Strafrechts. § 15, IV, 1.

primeiro aspecto a se analisar nesse sentido refere-se à pena retributiva que, mesmo sendo analisada sob a perspectiva kantiana só se justifica em razão do indivíduo ter infringido culpavelmente o ordenamento jurídico, exigindo que a culpabilidade seja compensada com um mal penal. Embora Jescheck tenha manifestado que o "ponto de partida do juízo de culpabilidade não é a lei, mas a observância do injusto material da ação, que também pode ser dada quando a ação não é ameaçada com pena"<sup>46</sup>, a lei deve preexistir ao fato para que se afirme a potencial consciência da ilicitude, bem como se observe o livre arbítrio consubstanciado no poder-agir-de-outro-modo, em face da conduta exigida. 47 Sob o aspecto da prevenção geral a exigência do nullum crimen sine lex praevia é inerente à função motivadora da norma punitiva a partir dos seus efeitos intimidatórios sobre a generalidade das pessoas. É indispensável que a lei estabeleça previamente o fato delitivo para que o cidadão se sinta efetivamente motivado a não praticá-lo. Antón Oneca<sup>48</sup> já havia afirmado que este postulado possui ainda dois fundamentos, um de ordem prática e outro teórica. O primeiro consiste em que, se tivesse efeito retroativo cada nova lei traria ao mundo uma revolução caótica das relações jurídicas ao remover todo o passado. E o segundo se refere aos direitos adquiridos pelo delinquente que pode ser punido por uma lei que não pôde violar por não estar vigente na época da comissão do fato. Dessa forma, a lei penal deve ser entendida como aplicável apenas aos fatos cometidos após a sua entrada em vigência, excluindo-se as denominadas leis ex post facto.

Não obstante, o art. 5.º, inciso XL CF/88 (e art. 2.º, parágrafo único, CP, que igualmente estabelece a hipótese de *lex mitior*) reconhece uma exceção à irretroatividade da lei penal, para o caso de lei penal mais benigna, ou seja, se a lei vigente no momento do fato não é a mesma lei vigente no momento da sentença há que se aplicar a lei mais favorável. Isso porque no caso de agravamento posterior, que abarque a antiga hipótese, falta a plena identidade quantitativa com a lei vigente no momento do fato. Conquanto, a determinação de qual é a lei mais benigna, devido à sua complexidade, não é possível fazer abstratamente, senão apenas em face ao caso concreto. Assim, deve-se resolver o caso de maneira hipotética, de acordo com uma e outra lei, comparando em seguida as soluções para, enfim, determinar qual é a lei menos gravosa para o autor. De modo que, se um crime é excluído por uma lei posterior, ocorre *abolitio criminis*, que implica na retroatividade da lei nova, fazendo cessar, por conseguinte, tanto a execução da pena, como o desaparecimento dos efeitos penais. Deve-se observar ainda a existência das chamadas leis intermediárias, ou seja, é aplicada também a lei mais favorável que entre a prática e o julgamento

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal*. p. 17.

ESTUDOS JURÍDICOS	Vol. 34	Nº 91	MAI/AGO	2001



<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> JESCHECK, Lehrbuch des Strafrechts, § 15, IV, 1.

Sobre a concepção de culpabilidade baseada no poder-agir-de-outro-modo ver HASSEMER. Schuld (III). *in: Staats Lexikon*. 1995; ademais, CEREZO MIR, José. *Derecho Penal. Parte General*. p. 13-35.

do ato tem vigência. 49

Uma exceção à retroatividade da lei penal mais benéfica há no caso da lei anterior ser uma lei temporária <sup>50</sup> ou excepcional, segundo o art. 3.º do CP. Por lei temporária entende-se aquelas leis que devem valer por um período determinado ou por um acontecimento futuro delimitado no tempo (lei temporária em sentido estrito) ou de acordo com seu conteúdo reconhecida apenas como regra provisória para circunstâncias temporárias especiais (lei temporária em sentido lato)<sup>51</sup> e leis excepcionais são aquelas que limitam sua vigência a um tempo determinado, mas incerto, que se caracteriza pela existência de uma circunstância excepcional. Nestes casos não vigora a retroatividade penal mais benéfica estabelecida no art. 2.º do CP, contudo, apresentam neste aspecto um caráter constitucional duvidoso em face à regra da irretroatividade disposta no art. 5.º, inciso XL da CF/88, que estabelece como exceção a retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu.

#### 2 - Conclusão

Por fim, a partir do princípio da legalidade se torna possível limitar o abuso para fins de regulamentações ilegítimas. É indubitável, portanto, que o princípio da legalidade, enquanto expressão do Rechtsstaatsprinzip no Direito Penal, por meio do qual se realiza a função de garantia da lei penal, é fundamental para o desenvolvimento do Direito Penal. E, justamente por isso, seus postulados, que já desde a sua formulação a partir do pensamento liberal-democrático de Feuerbach, tem sofrido alterações. Contudo, é preciso observar que não há mais retorno ao Positivismo do séc. XIX, e, portanto, deve-se partir de uma visão pluralista da ciência e da filosofia (o que tem sido desenvolvido pelo notável jusfilósofo alemão Arthur Kaufmann), de maneira que, em Direito Penal as teorias jurídico formais estejam vinculadas à compreensão do significado do Direito, a hermenêutica, a qual, a partir de sua fundamentação contemporânea, insere modificações na base do princípio da legalidade, particularmente, em relação à questão da interpretação da lei penal (lex stricta). Outro aspecto que deve ser observado com acuidade é o referente ao postulado de lex certa, pois a multiformidade da vida reclama uma maior "flexibilização" das leis penais, possibilitando, aliás, a utilização de cláusulas gerais, quando o emprego de tal técnica legislativa for inevitável, tendo em vista que a própria exigência rigorosa de determinação tornaria as leis penais rígidas e casuísticas.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. § 2, V.

ESTUDOS JURÍDICOS	Vol. 34	Nº 91	MAI/AGO	2001



JESCHECK. Lehrbuch des Strafrechts. § 15, IV, 5; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. StGB. Kommentar. § 2, IV, 169

Acerca disso ver JESCHECK. Lehrbuch des Strafrechts. § 15, IV, 6; RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. § 2, V; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. StGB. Kommentar. § 2, IV, 2.

# Referências Bibliográficas

BACIGALUPO. Princípios de Derecho Penal. 4 ed. Madrid: Editora Akal, 1997.

BLEI, Hermann, *Strafrecht*, *Allgemeiner Teil*. 12. Aufl. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. 1996.

ESTUDOS JURÍDICOS   Vol. 34   Nº 91   MAI/AGO   2001
--

