

LEGALIDADE E TIPICIDADE PENAL NO CONTEXTO DEMOCRÁTICO

2

2.1. LEGALIDADE E DETERMINAÇÃO DO TIPO PENAL

O tipo penal constitui a materialização da proibição de determinados comportamentos, por meio da qual delimita o setor da intervenção estatal, estabelecendo os limites do justo e do injusto. O processo de tipificação tem, assim, natureza política, expondo-se os aspectos valorativos que orientam a elaboração normativa a partir de determinada realidade social.

As leis penais implicam, porém, mais do que meras regras escritas decorrentes de uma vontade política. Em razão do princípio da legalidade, ingrediente fundamental da cultura jurídica democrática a que não se pode renunciar,²⁶⁰ a formalização das decisões legislativas em matéria penal deve ser entendida concretamente como uma via racional de levar a cabo a função do Direito Penal de proteção subsidiária de bens jurídicos, sem perder de vista sua natureza consuetudinária excepcional, de forma a preservar a liberdade individual como regra geral.

Em um contexto de respeito à legalidade, o tipo penal correponde, assim, a um ente de dupla face, ou, nas palavras de Eugenio Raúl ZAFFARONI, a um *Jano político-criminal*: de um lado autoriza a

²⁶⁰ No mesmo sentido, em obra originalmente apresentada como tese de titularidade em Direito Penal junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 1988, ao tratar da legalidade e da criação judicial do Direito, Ricardo Antunes ANDREUCCI afirma a necessidade de assunção de uma "opção política prévia pelo democrático, e não pelo autoritário, única forma de se pensar um Direito Penal que não se mostre mero instrumento de dominação, mas sim instrumento efetivo de realização da justiça possível". ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Direito Penal e criação judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 7.

intervenção do poder punitivo, porém, ao mesmo tempo, o limita,²⁶⁰ justamente por isso, a legalidade não resulta operativa se assume o papel de requisito simplesmente formal de reserva de lei, compondo, na verdade, múltiplas exigências materiais relativas à própria legislação penal.²⁶² A aptidão legitimadora do mencionado princípio possui, assim, uma base política fundada no caráter imperativo da norma, porém relacionado aos valores sociais. Isso significa que a legalidade deve poder transmitir aos destinatários da norma não apenas uma determinação, mas, antes, o sentido valorativo da proibição. A consequência fundamental é, então, a exigência de que as proibições penais sejam estabelecidas com a máxima determinação possível,²⁶³ relacionada ao próprio conteúdo material do injusto e aos seus elementos constitutivos.

Sob tal perspectiva, entendida a norma penal como instrumento de comunicação entre o Estado e os cidadãos, no sentido de motivação potencial,²⁶⁴ exige-se-lhe a descrição taxativa dos elementos que materializam o delito, os quais, por sua vez, devem estar necessariamente referidos à ofensa determinado bem jurídico. E, justamente nesse sentido, a tipicidade, como juízo de correspondência entre a conduta realizada e o modelo de comportamento proibido pela lei penal, representa um importante aspecto das dificuldades enfrentadas

²⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La legalidad penal liberal y autoritaria, cit., p. 762. Em sentido semelhante, v. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 68; MOCCIA, Sergio. **La promesa non mantenuta**: ruolo e prospettive del principio di determinatezza/cassavità nel sistema penale italiano. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001. p. 15; PALAZZO, Francesco. O princípio de determinação taxativa da lei penal. Tradução de Antonio Martins. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Org.). **Direito penal como crítica da pena**. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 487; e ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**, cit., p. 43-44.

²⁶² Conforme já observado em BELING, Ernst von. Il significato del principio nulla poena sine lege poenale nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale. **Giustizia Penale**, v. XXXVII, Roma, 1931. p. 319 e ss.

²⁶³ Nessa linha, Hans WELZEL adverte que o autêntico perigo a ameaçar a legalidade não procede do uso da analogia, conforme se possa acreditar, mas sim da elaboração de leis indeterminadas, que, segundo o autor, não podem ser consideradas normas penais em sentido substancial. WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**, cit., p. 40.

²⁶⁴ No mesmo sentido, tratando do potencial motivador das normas penais inculadoras, v. CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de la. **Tipicidad e imputación objetiva**. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998. p. 70.

pelo Direito Penal na atualidade. De um lado o legislador, que prevê o modelo abstrato de conduta, carece da técnica penal na elaboração das normas, dificultando sua compreensão. De outro lado, o aplicador do Direito Penal tende a não vislumbrar o conteúdo material do tipo penal.²⁶⁵ Independentemente de tais dificuldades e contradições concretas, a determinação do conteúdo do injusto penal dependerá estruturalmente dos elementos que compõem o tipo e a antijuricidade, os quais condicionam a significação dos juízos de valor emitidos sobre o comportamento delitivo.

As possibilidades e o alcance da (des)valorização do comportamento concretamente praticado são naturalmente condicionados pela concepção metodológica que se tenha da tipicidade e de sua relação com a antijuricidade, sendo, então, necessário o exame da evolução epistemológica do primeiro dos elementos do delito. Antes, porém, há de se definir os contornos e as limitações do princípio da legalidade, do qual surge o tipo penal como ferramenta dogmática de sua garantia, observando-se desde já a necessidade de uma abordagem apta a desmistificar a concepção retórica de um discurso de legalidade apto a legitimar excessos do poder punitivo.

2.1.1. O alcance e os limites da legalidade no âmbito penal

O princípio da legalidade, plasmado na expressão *nullum crimen nulla poena sine lege*, exerce a função político-criminal de reduzir a intervenção penal aos casos de comportamentos expressamente previstos em lei.²⁶⁶ Nesse contexto, ainda que a legalidade não limite diretamente o conteúdo da intervenção penal, estabelece a forma pela qual esta pode ser prevista, respeitando um mandado de determinação.²⁶⁷ Daí a ideia de correspondência do Código Penal, conforme a

²⁶⁵ No mesmo sentido, v. BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade e interpretação no direito penal. **Sequência** (Florianópolis), n. 68, jun. 2014. p. 59-60.

²⁶⁶ Sobre a importância político-criminal do princípio da legalidade, v. VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. **El principio de legalidad penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 14.

²⁶⁷ Cf. MIR PUIG, Santiago. El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal. In: CARBONELL MATEU, J. C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; ORTS BERENGUER, R. (Dir.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal**. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. t. II, p. 1.362.

célebre expressão de Franz von LISZT, à Magna Carta do delinquente, haja vista a garantia da não punição sem a correspondente e anterior previsão legal.²⁶⁸ Assim, ao lado da exigência formal de predeterminação normativa da esfera do punível, o conteúdo do princípio da legalidade compreende também uma função de garantia da liberdade dos cidadãos, ao condicionar taxativamente o catálogo de delitos e penas à decisão do poder legislativo, instância democraticamente constituída de representação da vontade geral que deve atuar como freio ante os possíveis abusos dos demais poderes.

Sem pretender retomar as origens políticas do princípio da legalidade,²⁶⁹ pode-se afirmar que, no âmbito penal, a expressão latina

²⁶⁸ Conforme noticia Claus ROXIN, a referida afirmação de Franz von LISZT surge no informe de 1893 para a União Internacional de Direito Penal, impresso pela *Strefzeitliche Vorträge und Aufsätze*, 1905 (reimpr. 1970), t. 2, p. 75 e ss. ROXIN, Claus. **Derecho penal**, cit., p. 138. Sobre a necessidade de compreensão atual da legalidade, dirigida não apenas ao “delinquente”, mas à proteção de pessoas em relação às quais não é possível afirmar se são ou não delinquentes (lei penal como *Magna Carta do cidadão*), de forma a se evitar que a redução arbitrária de seu alcance seja apta a atingir direitos fundamentais do indivíduo, v. BAGGIOLUPO, Enrique. **Princípios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 45-46; e VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. **El principio de legalidad penal**, cit., p. 15. Adirindo a ideia de LISZT, Manoel Pedro PIMENTEL afirma que “*difícilmente o legislador pode prever todas as hipóteses que surgirão. O criminoso astuto caminha sempre um passo adiante da lei, valendo-se do princípio da reserva legal*”. PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 5. Observa-se também neste autor certo caráter ilógico, ainda que significativo, da expressão “*criminoso astuto*”, já que quem não pratica fato típico não pode ser denominado criminoso.

²⁶⁹ O motivo historicamente mais importante para o estabelecimento do princípio da legalidade encontra-se no liberalismo político, sob a influência dos antecedentes ideológicos representados pelas teorias do contrato social de Jean Jacques ROUSSEAU e da divisão de poderes de Charles de MONTESQUIEU, voltadas a evitar a arbitrariedade judicial. Nesse sentido, v. ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999; e MONTESQUIEU, Charles de. **O espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. Tem-se o reconhecimento do referido princípio pela primeira vez na Constituição de Maryland de 1776 e, na França, no art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “*La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu’en vertu d’une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée*”. (Tradução livre: “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”). Disponível em: <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>

nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legalis foi formulada em 1810 por Paul Johann Anselm Ritter von FEUERBACH, fazendo referência com *crimen* ao injusto realmente grave contra a pessoa e o Estado, e com *poena* à punição do injusto grave.²⁷⁰ Conforme o autor, o princípio da legalidade é uma consequência imediata da teoria da pena, que exerce uma coação psicológica nos cidadãos, levando-os a abster-se da comissão de delitos. De outro lado, se, conforme FEUERBACH, toda pena é a consequência jurídica de uma lesão jurídica e de uma lei, o princípio da legalidade pode ser vinculado também à preservação, em sentido preventivo, de direitos subjetivos (objeto de tutela posteriormente substituído, a partir do desenvolvimento teórico de BIRNBAUM, pela ideia de bens, posteriormente denominado por BINDING de bens jurídicos).²⁷¹ Assim, a fim de se atingir tal objetivo preventivo, faz-se necessária a descrição prévia, nas normas, das condutas proibidas, bem como das penas correspondentes, sem a qual o indivíduo não poderia saber sobre o caráter delitivo de seu comportamento.

Por meio da tipificação das condutas incriminadas e da consequente ameaça da imposição de uma pena, motiva-se, portanto, os cidadãos para que se abstenham de cometê-las.²⁷² Sob a perspectiva

²⁷⁰ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Tradução da 4. ed. alemã Eugenio Raúl Zaffaroni y Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 63 e ss.; NAUCKE, Wolfgang. La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado. Tradução de Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez. In: **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2000, p. 535. Sobre a legalidade no âmbito jurídico-penal, já antes de FEUERBACH se observa sua ideia latente também em BECCARIA, ao afirmar que “*somente as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade deve residir unicamente no legislador, que representa toda a sociedade unida pelo contrato social*. Nenhum magistrado pode com justiça decretar por sua vontade penas contra outro indivíduo da mesma sociedade. E como uma pena estendida mais além do limite assinalado pelas leis contém em si a pena justa mais outra pena adicional, nenhum magistrado, sob pretexto de zelo ou do bem público, pode aumentar a pena estabelecida contra um cidadão delinquentes”. BECCARIA, Cesare. **De los delitos y de las penas**, cit., p. 117 (tradução livre).

²⁷¹ Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 116.

²⁷² FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**, cit., p. 61; e BECHARA, Ana Elisa Liberatorre Silva. **Bem jurídico-penal**, cit., p. 150.

de FEUERBACH, ao lado de uma conotação política de segurança individual contra o Estado, o princípio da legalidade adquire, então, um significado científico, assim como o próprio Direito Penal, que abandona o período pré-liberal de terror penal.²⁷³

Uma das mais importantes funções do princípio da legalidade, no que tange ao requisito da determinação, seria, então, a de orientação do comportamento dos cidadãos, por meio da certeza do conteúdo normativo.²⁷⁴ A partir do equilíbrio entre os pilares fundamentais do comportamento concreto e do plano normativo configura-se, portanto, todo o sistema penal.²⁷⁵ Nessa linha, embora já se tenha afirmado que a consideração do Direito Positivo como objeto de estudo da dogmática jurídica significou tradicionalmente o maior obstáculo para sua caracterização como verdadeira ciência,²⁷⁶ logicamente a construção dogmática – assim como também a jurisprudência – somente é aceitável enquanto não se afastar da norma sobre a qual pretende construir-se. Desse modo, se uma conclusão dogmaticamente correta levar a uma construção injusta, deve-se, conforme adverte Gonzalo QUINTERO OLIVARES, recuperar o discurso desde seu início e analisar se o princípio da legalidade permite outra interpretação.²⁷⁷

²⁷³ Cf. BRANDÃO, Claudio. **Introdução ao direito penal**: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 11-12.

²⁷⁴ Na mesma linha, v. BRUNO, Anibal. Sobre o tipo no direito penal. In: **Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria**. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 60. Acerca do tema, afirma Hans-Heinrich JESCHKE-CK: “*Las ventajas de la ley frente al Derecho consuetudinario descansan en que la ley, a través de las garantías de su proceso de creación, encierra un elevado grado de objetividad e imparcialidad, garantizando con su redacción abstracta, desconectada del caso concreto, la unidad y la igualdad en la aplicación del Derecho*”. JESCHKECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**, cit., v. I, p. 174.

²⁷⁵ Cf. HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**, cit., p. 31. Nesse sentido, veja-se a célebre conferência de J. H. von KIRCHMANN de 1847, na qual afirma o autor que o Direito Positivo não pode aspirar seriamente a constituir o objeto de uma atividade que mereça a qualidade de científica, haja vista sua contingência e mutabilidade: “*tres palabras reñidoras del legislador convierten bibliotecas enteras en machilind*”. KIRCHMANN, Julius Hermann von. **La jurisprudencia no es ciencia**. Tradução de Antonio Truyol y Sierra. 2. ed. Madrid: Colección Civitas, 1961. p. 21 e ss., e LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho**, cit., p. 65-66.

²⁷⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Algunas limitaciones de la dogmática. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos; CUERDA RIEZU, Antonio; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; ALCÁCER GUIRAO, Rafael; VALLE MARRISCAL

A determinação possui, assim, um marcado sentido político, dirigindo-se, conforme Francesco PALAZZO, a disciplinar a relação entre legislador e poder judiciário na produção da “*regula iuris*” do caso concreto, na qual a participação do juiz resta limitada mediante a redução do espaço semântico no qual ele pode mover-se em sua liberdade interpretativa. No plano de fundo político do princípio da legalidade encontra-se, portanto, uma exigência da democracia ao Direito Penal, em especial ao processo de sua produção, na medida em que em relação ao ordenamento jurídico somente o legislador tem legitimação democrática, da qual, ao revés, está privado o juiz.²⁷⁸ A exigência de determinação²⁷⁹ reconduz, então, ao princípio da separação de poderes, visto que a formulação precisa e determinada da norma penal contribui logicamente para manter clara a demarcação entre os poderes legislativo e judiciário, introduzindo um elemento de racionalização na teoria da legitimação do poder que, deixada a si mesma, tenderia a conduzir a resultados arbitrários.²⁸⁰

DE GANTE, Margarita (Coord.). **Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat**. Madrid: Edisofer, 2008. t. I, p. 623.

²⁷⁸ Cf. PALAZZO, Francesco. O princípio de determinação taxativa da lei penal, cit., p. 487.

²⁷⁹ Embora a determinação e a taxatividade sejam frequentemente empregadas, como sinônimos para expressar um mesmo requisito do princípio da legalidade, há autores que as distinguem, a partir dos destinatários de seu conteúdo. Assim, enquanto a determinação se refere ao legislador, exigindo-lhe uma técnica adequada a fim de tornar claro o sentido do preceito normativo, a taxatividade diz respeito à aplicação da lei, sendo dirigida ao julgador, de modo a proibir-lhe que extrapole suas disposições literais. Cf. FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**. Parte generale. 5. ed. Bologna: Zanichelli, 2007. p. 76, nota 68; e URQUIZO OLAECHEA, José. Princípio de determinación de la ley penal. In: NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). **Homenaje al dr. Marino Barbero Santos in memoriam**. Cuenca: Universidad de Salamanca – Universidad de Castilla-La-Mancha, 2001. v. I, p. 1.338.

²⁸⁰ Cf. GARCÍA RIVAS, Nicolás. **El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del tribunal constitucional**. Madrid: Ministerio de Justicia – Centro de Publicaciones, 1992. p. 25 e ss.; e PALAZZO, Francesco. O princípio de determinação taxativa da lei penal, cit., p. 489-490. Sobre o tema da necessidade de reafirmação do caráter unitário da legitimação democrática do poder, rompendo as barreiras artificiais da diversidade das funções, o autor traz as provas históricas do instituto do *référé législatif*, com o qual “o juiz que se encontrasse frente a um ponto obscuro deveria suspender o processo e renunciar a questão à assembleia legislativa”, e a proposta sustentada por ROBESPIERRE de instalação de um tribunal de cassação que fosse expressão do povo. Idem, p. 490.

A despeito da aparente assimilação da legalidade penal na cultura jurídica, como fundamental conquista liberal, há importantes contradições que fazem do referido princípio propaganda falaciosa de um Direito Penal irreal. Com efeito, tem-se uma produção legislativa que de forma crescente contraria a exigência de determinação, elaborando-se tipos penais incertos cuja aplicação se caracteriza por interpretações extensivas e mesmo pela analogia "*in malam partem*", evidenciando o esvaziamento do conteúdo material da legalidade e, assim, sua concretização.²⁸¹

Observa-se, sob tal perspectiva de indeterminação normativa, a tendência atual de reconhecimento da força persuasiva de interpretações normativas com pretensa motivação político-criminal, aptas a levar a excessos nos casos concretos. Assim, a título ilustrativo, Frank SALIGER menciona casos recentemente julgados pelo Superior Tribunal Federal alemão (*Bindesgerichtshof – BGH*), nos quais identifica hipóteses de interpretação normativa inaceitáveis, porque ficcionais, no exame dos elementos normativos *surpresa*, referido ao homicídio qualificado pela traição; *prejuízo patrimonial*, referido ao estelionato; e *prejuízo sobre as cotizações*, no caso de estelionato em apostas esportivas, concluindo que em todos eles houve, a partir do estabelecimento de conceitos que contrariam os limites da linguagem e os próprios limites jurídicos, ilegítima extensão da responsabilidade dos agentes.²⁸² No sistema penal brasileiro não é diferente, podendo-se desde já apontar os exemplos da gestão temerária de instituições financeiras:²⁸³

²⁸¹ Cf. PALAZZO, Francesco. O princípio de determinação taxativa da lei penal, *cit.*, p. 486. No mesmo sentido, tratando da questão das definições legais como um problema de relações entre os poderes legislativo e judiciário, e destes com a doutrina, v. BRICOLA, Franco. Le definizioni normative nell'esperienza dei codici penali contemporanei e nel progetto di legge delega italiano. In: CADOPPI, Alberto (Coord.). *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*. Padova: Cedam, 1996, p. 177.

²⁸² As decisões referem-se a um homicídio qualificado realizado em legítima defesa contra o autor de uma extorsão, de 2003; ao estelionato envolvendo investimentos financeiros em sistema de bola de neve, de 2009, e ao estelionato no âmbito de apostas esportivas no caso *Hoyzer*, de 2006. Cf. SALIGER, Frank. Limites da interpretação normativa em direito penal. Tradução de Antonio Martins. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Org.). *Direito penal como crítica da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 590-599.

²⁸³ Criticando a excessiva abertura do tipo penal previsto no art. 4º, parágrafo único, da Lei Federal n. 7.492/1986, v., entre outros, REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense,

dos crimes contra a dignidade sexual, dentre os quais especialmente os referentes ao capítulo do ultraje público ao pudor;²⁸⁴ dos crimes contra a segurança nacional;²⁸⁵ da tortura;²⁸⁶ e, no âmbito da execução penal, do regime disciplinar diferenciado,²⁸⁷ nos quais a indeterminação da estrutura do delito gera insegurança e excessos na aplicação concreta do Direito Penal.²⁸⁸

2009, p. 277; e SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico*. Fundamentos, limites e alternativas. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 72.

²⁸⁴ Nesse sentido, v. a crítica de SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais*. Bases críticas para a reforma do direito penal sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 378-380; e FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. *O obsceno, o pornográfico e seu tratamento no direito penal*. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002, p. 74.

²⁸⁵ Conforme crítica de BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, *cit.*, p. 82.

²⁸⁶ Sobre a crítica à Lei Federal n. 9.455/1997, que tipifica a tortura, a partir do princípio da legalidade, v. FRANCO, Alberto Silva. Tortura. Breves anotações sobre a Lei 9.455/97. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 19, jul./set. 1997, p. 55 e ss.; sobre as diferentes concepções de tortura, a partir da interpretação da Lei Federal n. 9.455/1997, nos Tribunais de Justiça da Região Sudeste do Brasil, v. MATSUDA, Fernanda Emy; BISSOTO, Maria Carolina; JESUS, Maria Gorete de; GOMES, Mayara de Sousa; MAGNANI, Natiercia Cristina Manzano; RAMOS, Paula Rodrigues; CALDERONI, Vivian. Jurisprudência de crime de tortura nos tribunais de justiça da região sudeste do Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 113, mar./abr. 2015, p. 357 e ss. Sobre os diferentes tratamentos judiciais da tortura praticados contra vítimas em geral e contra "supostos delinquentes", a partir da abertura normativa, v. POSSAS, Mariana Thorstensen. A construção do problema da criminalização da tortura: os casos da mídia e da doutrina penal. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SALVADOR NETTO, Almirio Velludo; SOUZA, Luciano Anderson. *Direito penal na pós-modernidade*. Escritos em homenagem a Antonio Luís Chaves Camargo. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 322 e ss.

²⁸⁷ Sobre a crítica ao denominado regime disciplinar diferenciado – RDD – instituído por meio da Lei Federal n. 10.792/2003, v. WEIS, Carlos. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária entende inconstitucional o regime disciplinar diferenciado. *Boletim IBCCRIM*, n. 155, v. 13, 2005, p. 14-15; CARVALHO, Salo de. O regime disciplinar diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, n. 1, v. 4, 2005, p. 7 e ss.; e MOURA, Maria Theresza Rocha de Assis. Notas sobre a inconstitucionalidade da Lei n. 10.792/2003, que criou o regime disciplinar diferenciado na execução penal. *Revista do Advogado*, n. 78, v. 24, 2004, p. 61 e ss.

²⁸⁸ Trabalhando com as mesmas hipóteses, sob a perspectiva crítica à excessiva amplitude da discricionariedade judicial, v. CORACINI, Celso Eduardo Farfa. *Jurisprudência penal e determinação típica*. Entre o princípio da legalidade

E, tratando especificamente do ordenamento jurídico-penal brasileiro, embora o princípio da legalidade esteja expressamente garantido tanto no art. 1º do Código Penal vigente quanto no art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal de 1988, intervenções judiciais para declarar a inconstitucionalidade de normas por ausência de determinação são escassas, se considerado o volume de produção legislativa que não raras vezes deixa de observar a referida exigência. Nesse sentido, as poucas decisões que discutem a constitucionalidade de tratam de hipóteses extremas, nas quais a norma penal se revela privada de qualquer conteúdo normativo, apresentando problemas não apenas relacionados à formulação indeterminada, mas, antes, à própria natureza dos interesses penalmente tutelados.

Sobre o tema, há de se mencionar especificamente o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em junho de 1994, de *habeas corpus* versando sobre a constitucionalidade do art. 233 da Lei Federal n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), posteriormente revogado pela Lei Federal n. 9.455/1997, em razão da indeterminação do tipo penal que apenas descrevia como comportamento proibido “*Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura*”.²⁸⁸ A despeito da patente indeterminação típica, após amplo debate entre os julgadores acabou-se por reconhecer, por maioria de votos, a constitucionalidade da norma penal incriminadora, restandobdo de forma paradigmática evidenciada a dificuldade quanto a uma abordagem crítica dos limites da legalidade.²⁹⁰

e a criação do direito pelo juiz. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004. p. 141-149. Em geral sobre os prejuízos dos tipos penais abertos à excessiva interpretação judicial, adverte ANÍBAL BRUNO: “Os tipos abertos, dentro dos quais é possível incluir, segundo a interpretação que se lhes dá, essa ou aquela ação, frustram a função do tipo. A figura típica é, então, um molde elástico, inapto para a definição precisa do fato punível. Tipos desse gênero encontram-se especialmente em leis de governos autoritários, onde há sempre tendência a deixar certa margem de arbítrio na incriminação dos fatos e, afrouxando a definição legal, debruçam o princípio de garantia”. BRUNO, Aníbal. Sobre o tipo no direito penal, cit., p. 61.

²⁸⁸ Supremo Tribunal Federal, HC 70.389-5/SP, Rel. Min. Sydney Sanchez, julgado em 23/06/1994, disponível em: <https://www.sfn.jus.br>.

²⁸⁹ Veja-se, nessa linha, o sentido moralizante do voto do Ministro Celso de Mello, redator para acórdão no caso julgado: “A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concretização de sua prática, as múltiplas formas de execução desse gesto crimi-

Tal quotidiano judicial revela o sintoma de um problema preocupante, sendo de se questionar por que as normas penais frequentemente deixam de se submeter ao controle judicial sob a perspectiva da legalidade. A primeira forma de enfrentar a discussão parte de uma perspectiva de coerência sistêmica. Assim, é necessário observar, antes de mais nada, que a lei penal, como toda lei escrita, possui naturalmente certa inexatidão e abertura, na medida em que encontra sua etiologia nas limitações da própria linguagem. Da mesma forma, as construções típicas por vezes exigem termos técnicos dotados de uma carga valorativa independente e pendente de definição, impedindo uma compreensão acabada de seu conteúdo. Tudo isso se relaciona, ainda, à complexidade da realidade social, gerando inúmeras dificuldades quando da tentativa de descrição típica de comportamentos concretos.²⁹¹ Sob tal perspectiva, a exigência de determinação pode acabar frustrada, não sendo o caráter prévio da lei penal apto a impedir que o âmbito do injusto seja apenas relativamente delimitado, ampliando-se seu núcleo de significação de modo que a certeza jurídica que deveria advir da lei venha concretamente solucionada pelo juiz. Dessa forma, afirma Ricardo Antunes ANDREUCCI que o princípio da legalidade se apresenta relativizado em seu rigorismo, mas não destruído, possibilitando a discricionariedade e a criação judicial do Direito.²⁹²

terizados de profunda insensibilidade moral daquele que se presta, com ele, a ofender a dignidade da pessoa humana”. HC 70.389-5/SP, Rel. Min. Sydney Sanchez, julgado em 23/06/1994, disponível em: <https://www.sfn.jus.br>. Tratando criticamente do referido julgado, v. FRANCO, Alberto Silva, Tortura, cit., p. 327 e ss.; e OLIVEIRA, João Guilherme Silva Marcondes de. **Do caráter aberto dos tipos penais**. Revisão de uma dicotomia. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p. 155-164.

²⁹¹ Sobre o tema, interessante a afirmação de Herbert HART: “Se o mundo em que vivemos fosse caracterizado apenas por um número finito de aspectos e estes, conjuntamente com todos os modos por que se possam combinar, fossem por nós conhecidos, então poderia estatuir-se antecipadamente para cada possibilidade. Poderíamos elaborar regras cuja aplicação a casos concretos nunca implicasse uma outra escolha. Tudo poderia ser conhecido e, uma vez que poderia ser conhecido, poder-se-ia, relativamente a tudo, fazer algo e especificá-lo antecipadamente por meio de uma regra. Isto seria um mundo adequado a uma jurisprudência ‘técnica’. Simplesmente esse mundo não é o nosso mundo: os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer”. HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 1994. p. 128 (tradução livre).

²⁹² ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Direito penal e criação judicial**, cit., p. 81.

Sendo, então, o modelo estrito irreal, o requisito de determinação não pode ser entendido como uma exclusão absoluta de ambiguidade ou de valorações,²⁹³ sendo possível, inclusive, que a norma penal contenha, ao lado dos elementos descritivos, elementos normativos e valorativos.²⁹⁴ Ainda assim, a busca da máxima determinação possível e da real vinculação do juiz ao teor da norma constitui um objetivo irrenunciável do Direito Penal no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, observa-se que tanto os elementos descritivos como os normativos do tipo penal exigem interpretação como tarefa complementar do intérprete²⁹⁵ e, ainda que o grau dessa interpre-

²⁹³ Cf. ESER, Albin. **Derecho penal**: cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias. Tradução de S. Bacigalupo Sagasse y M. Cancio Meliá. Madrid: Colex, 1995. p. 55; RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. **Derecho penal español**. Parte general. 17. ed. Madrid: Dykinson, 1994. p. 184; URQUIZO OLAECHEA, José. Principio de determinación de la ley penal, cit., p. 1.336; e SÜB, Frank. El trato actual del mandato de determinación. Tradução de David Felip y Sabotri. In: **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2000. p. 232.

²⁹⁴ Nessa linha, Karl ENGISCH afirma que historicamente o único momento em que tranquilamente se assentou a ideia de que deveria ser possível estabelecer clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir a absoluta univocidade às decisões judiciais, foi o Iluminismo, no âmbito do qual: "A desconfiança que haviam chamado sobre si os juizes no período da justiça de arbitrio e de gabinete (quer dizer, de uma justiça que se acomodava às instruções dos senhores da terra) e, por outro lado, a adoração da lei armada por um espírito nacionalista, fizeram com que a estrita vinculação do juiz à lei se tornasse no postulado central. (...) Esta concepção da relação entre a lei e o juiz entrou de vauilar no decurso do século XIX. (...) A medida que os tribunais se foram libertando do poder dos senhores da terra e passaram a autonomizar-se, como verdadeiras autoridades jurisdicionais independentes, com a objetividade e o sentido da justiça próprios da sua função, começou a pensar-se ser lícito desembaraçarmos também das andas da lei a fim de eles disporem daquela liberdade de decisão de que precisam para dominar a vida na pluralidade das suas formas e na sua imprevisibilidade?". ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**, cit., p. 206-207.

²⁹⁵ No mesmo sentido, v. ROXIN, Claus. **Derecho penal**, cit., p. 306; TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**, cit., p. 231; e a advertência de Rosa Maria Cardoso da CUNHA: "É visivelmente arbitrária a distinção feita pelo pensamento dogmático entre elementos descritivos e normativos, com o fim de situar apenas estes últimos como objeto de juízo valorativo pelo juiz. Tal distinção, já desacreditada por muitos autores dogmáticos, desqualifica a circunstância de que nenhum elemento do tipo pode ser cognoscível pela simples verificação sensorial. Mesmo expressões como 'homem', 'casa', 'membro', etc., *apportant* à

tação seja menor nas hipóteses de elementos descritivos, não deixa de existir.²⁹⁶ Isso porque, em rigor todos os elementos das normas penais incriminadoras possuem como característica comum sua referência valorativa, constituída pelo bem jurídico tutelado, sem a qual a determinação de seu sentido resta impossível. Em outras palavras, conforme advertem Manuel COBO DEL ROSAL e Tomás Salvador VIVES ANTÓN, nenhuma das expressões contidas no tipo penal pode ser interpretada senão a partir do objeto formal concretamente protegido.²⁹⁷

A interpretação pode, assim, ser considerada como a operação mais importante para a concretização do Direito, vinculando norma e realidade de modo a tornar atualizável a proibição penal.²⁹⁸ A consideração da determinação não se resume ou perfaz, portanto, quanto ao texto normativo em si, englobando o processo e o resultado hermenêutico a que pode chegar o juiz. Consequentemente, a norma será tida como indeterminada, ofendendo o princípio da legalidade, quando não permitir o desenvolvimento do processo hermenêutico de concretização das escolhas tipológicas expressas pelo legislador,²⁹⁹

objetos que realman un juízo histórico e valorativo para serem identificados como tal." CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979. p. 64. A necessidade de valoração em qualquer caso já havia sido apontada por Erik WOLF, que afirmava em sentido extremo serem todos os elementos do tipo normativos, convertendo o tipo penal em uma estrutura normativa: "La descripción de hechos y la valoración de hechos no son separables". Cf. citado por ROXIN, Claus. **Teoría del tipo penal**, cit., p. 67-68.

²⁹⁶ Por isso, afirma-se ser a diferença entre elementos descritivos e normativos não propriamente qualitativa, e sim quantitativa, tornando o limite do tolerável quanto à determinação do tipo penal uma questão de grau. Cf. SUAY HERNÁNDEZ, Celia. Los elementos normativos y el error. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, n. 1, v. 44, 1991, p. 116. No mesmo sentido, v. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 85, jul./ago. 2010. p. 231.

²⁹⁷ COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Derecho penal**, cit., p. 331.

²⁹⁸ Cf. TAVARES, Juarez. Interpretación, principio de legalidad y jurisprudencia. Tradução de Francisco Muñoz Conde. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, v. 40, n. 3, 1987. p. 754-755.

²⁹⁹ PALAZZO, Francesco. O princípio de determinação taxativa da lei penal, cit., p. 493. Na mesma linha, discorrendo sobre a legalidade como limite do silogismo retórico na aplicação das normas penais, observa Cláudio BRANDAO: "Como o método de aplicação do tipo penal é traduzido em um silogismo retórico ou

modificando as relações lei-juíz, cidadão-lei e legislador-lei e, consequentemente, gerando uma situação caótica de insegurança jurídica, Asssume sentido, nessa linha, a demonstração da hermenêutica jurídica de que os juízes, no momento interpretativo e no aplicativo, “não podem não criar Direito”.³⁰⁰ Há uma racionalidade discursiva entre os poderes do Estado, representados pelo legislador e pelo julgador, que se revela muito mais hábil, nas palavras de Francesco PALAZZO, para refletir o pluralismo das demandas sociais existentes na complexidade pós-moderna. Da perspectiva do equilíbrio entre os poderes, a taxatividade da lei penal deixaria, então, de representar o terreno de confronto para tornar-se o lugar hermenêutico no qual o juiz desnuda a própria escolha na concretização da norma ao confrontar tal escolha com as opções legislativas expressas no tipo legal,³⁰¹ o que já antevia Karl ENGISCH.³⁰²

De outra parte, deixando-se de lado as tradicionais críticas e limitações no sentido de coerência sistêmica, deve-se tratar da legalidade sob uma perspectiva material e democrática.³⁰³ Retomando a

haverá uma premissa oculta. A premissa elíptica é a premissa maior, por isso tal entimema será classificado como de primeiro grau. Porém, diferentemente de outros ramos do direito, a liberdade de escolha da premissa maior encontra uma barreira na tipicidade. Sempre que a conclusão representar um prejuízo ao agente, a premissa maior deverá se traduzir em uma lei, pois o contrário violará o princípio constitucional da legalidade. E nesse sentido que se afirma ser a tipicidade o limite negativo do entimema”. BRANDÃO, Claudio. Tipicidade e interpretação no direito penal, cit., p. 85.

³⁰⁰ No mesmo sentido, v. ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Direito penal e criação judicial**, cit., p. 63; e REALE JUNIOR, Miguel. Razão e subjetividade no direito penal. **Ciências Penais**, v. 0, 2004, p. 234.

³⁰¹ PALAZZO, Francesco. O princípio de determinação taxativa da lei penal, cit., p. 492-493. Também reconhecendo a existência de uma tensão entre o caráter geral da norma e o caráter individualizador, concreto, da atividade judicial, v. FRANCO, Alberto Silva. **Temas de direito penal**: breves anotações sobre a Lei n. 7.209/84. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 1-9.

³⁰² Conforme afirma ENGISCH ainda no início do século XX: “As leis, porém, são hoje, em todos os domínios jurídicos, elaboradas por tal forma que os juízes e os funcionários da administração não descobrem e fundamentam as suas decisões tão somente através da submissão a conceitos jurídicos fixos, e conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e a agir de um modo semelhante ao do legislador. E assim continuará a ser no futuro. Será sempre questão apenas de uma maior ou menor vinculação à lei”. ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**, cit., p. 207.

³⁰³ Sobre o tema, interessante a consulta da tese de doutoramento de Alysson Leandro Barbante MASCARO, que realça a necessidade da análise crítica da legalidade,

visão da legalidade *Jano político-criminal* em ZAFFARONI, não parece haver de fato um equilíbrio na dicotomia entre legitimação do poder punitivo estatal e liberdade individual, e muito menos a priorização deste segundo elemento. Com efeito, sendo a parte mais forte de tal relação o Estado, observa-se que a legalidade mais habilita o poder de punir do que garante o indivíduo, na medida em que o conteúdo teórico de garantia da liberdade individual acaba, na verdade, reforçando retoricamente a legalidade como instrumento de legitimação da intervenção penal.

Assim, mesmo na obra de Cesare BECCARIA, de base iluminista, a afirmação da legalidade e do necessário respeito à divisão de poderes, de modo a impedir a interpretação da norma pelo juiz – e, assim, o protagonismo absoluto conferido ao legislador –, deve ser vista com alguma desconfiança, uma vez que o autor apresenta um discurso ainda não desvinculado do Estado e de seu poder, revelando-se por vezes contraditório.³⁰⁴

No mesmo sentido, é interessante notar que, a despeito de consistir em uma conquista liberal, o princípio da legalidade não deixou de existir completamente em sistemas jurídico-penais antiliberais do século XX, chegando mesmo a constituir a base de regimes autoritários, relacionado não à defesa do indivíduo, e sim à garantia de certeza do Direito e, assim, da autoridade do Estado. Nesse sentido, no regime fascista deu-se a consagração da legalidade como manifestação do poder do Estado, expressando-se a pura vontade e império estatal, mediante um juiz autômato. No âmbito do nazismo, de outra parte, o princípio não desapareceu absolutamente, mas acabou flexibilizado, permitindo a integração analógica *in malam partem* para o fim de possibilitar ao juiz a complementação do tipo penal em cada caso concreto, com o objetivo de individualizar os denominados traidores

tomada em sentido geral, não apenas sob o ponto de vista de sua justificativa filosófica, mas também a partir da perspectiva da realidade de dominação econômica, política e social, na linha marxista MASCARO, Alysson Leandro Barbante. **Para uma crítica da legalidade no Brasil contemporâneo**. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002.

³⁰⁴ Um exemplo de tal contradição corresponde ao tratamento da pena de morte por BECCARIA, que não nega seu uso legítimo, embora a considere uma guerra do Estado contra um cidadão, desde que este a considere útil para impedir que os demais cometam delitos, bem como para impedir o comprometimento da sua segurança. Cf. BECCARIA, Cesare. **De los delitos y de las penas**, cit., p. 205.

da comunidade do povo alemão.³⁰⁵ Em qualquer caso, percebe-se como a legalidade, tomada como critério de legitimação do Direito Penal, foi facilmente incorporada ao discurso do Estado, em nome de uma pretensa proteção coletiva, afastando-se de sua origem garantista e levando a desvios graves de cunho autoritário.

Na atualidade, embora se parta de um pressuposto político-social bastante distinto – o de um Estado Democrático de Direito – e sem pretender negar a validade ou a importância da manutenção da legalidade na Constituição e no Código Penal, observa-se que o tratamento asséptico frequentemente conferido ao mencionado princípio leva à relativização de seu conteúdo, que acaba resumido a aspectos formais. Nesse contexto, tudo pode ser abarcado pela lei penal, desde que se alcance certo grau de precisão, de modo que a norma sirva a um asseguramento minimamente identificável de um programa penal com objetivos políticos, sem que haja, na prática, discussão sobre a relação entre a lei penal e o que mereça ser tutelado por ela.³⁰⁶ Surge daí o necessário questionamento sobre a aptidão material do princípio da legalidade de garantir uma concreta proteção individual diante do poder punitivo estatal.³⁰⁷

Com efeito, desde o início a legalidade foi considerada um ideal interpretativo, a ser acionado quando as autoridades políticas utilizam o poder de coerção do Estado diretamente contra um indivíduo ou um grupo. Por sua natureza, porém, essa formulação abstrata é quase inteiramente não informativa, uma vez que não especifica que tipos de critério atendem às exigências da legalidade, e o que deve ter im-

³⁰⁵ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La legalidad penal liberal y autoritaria, cit., p. 766-767; e MOCCIA, Sergio. La promesa non mantenuta, cit., p. 35-36.

³⁰⁶ Da mesma forma, v. a crítica de NAUCKE, Wolfgang. La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado, cit., p. 531-533.

³⁰⁷ Idêntico questionamento é feito em TAVARES, Juarez. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. In: COULINHOS, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Direito e psicanálise**. Interseções a partir de "O processo", de Kafka. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 43. Nesse sentido, adverte o autor que o princípio da legalidade conduz, por si, a um círculo vicioso sobre a legitimidade da intervenção penal: "Se é o Estado que *deleim o privilégio de dizer, por meio da legalidade, o que é a racionalidade, a legitimidade das normas penais a partir dessa racionalidade nada mais será do que a evidência decorrente de sua legalidade. Cai-se, assim, num círculo vicioso: legítimo é o que o Estado declara como tal por meio da legalidade, que por sua vez é racional, porque o Estado a declara como legítima*". TAVARES, Juarez. Os objetos simbólicos da proibição, cit., p. 46.

portância como determinação anterior e correta de um critério.³⁰⁸ E se próprio legislador muitas vezes delega a complementação de suas disposições aos aplicadores da norma, no âmbito da discricionariedade judicial estas restam ainda mais obscuras.

Poder-se-ia afirmar que a confiança do legislador democrático na atuação discricionária bem-intencionada do judiciário é fundada na atuação de um Direito Penal justo, cuja aplicação deve ser individualizada conforme os contornos específicos da realidade. Ocorre, porém, que todo aumento de poder leva à tendência de expansão ilimitada na esfera penal, conforme já restou amplamente verificado no curso da história, fazendo-se necessários critérios mais rígidos de balancamento e limitação que impeçam a conversão do princípio da legalidade em um discurso dissimulado de ocultação de uma ideologia penal materialmente antiliberal.

Nesse sentido, trabalhando criticamente sobre a legalidade e defendendo um discurso de contradogmática, Rosa Maria Cardoso da CUNHA observa possuir referido princípio um sentido retórico, não representando concretamente qualquer garantia material do cidadão diante do poder punitivo do Estado. Isso porque "o sentido das palavras da lei penal não emana de sua letra ou dos limites de sua legislação escrita. A significação das expressões penais, de suas incriminações e penas, decorre de um complexo processo de convenção social, histórica, conjuntural, ideológica, que determina a interpretação".³⁰⁹ Visto dessa forma, o princípio da legalidade possuiria valor apenas como técnica de convencimento, obrigando à busca de outros princípios estruturantes do sistema penal e, assim, da própria teoria do delito, que já não pode ser reduzida a um simples e neutro "quebra-cabeças".

Tem razão, então, Juarez TAVARES ao afirmar que, na medida em que a solução das questões relativas à racionalização das normas

³⁰⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 240.

³⁰⁹ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**, cit., p. 17. Nesse sentido, a autora afirma que o significado de legalidade depois preconizado pelo Iluminismo não corresponde ao modelo de legalidade de XIX e XX. Idem, p. 48-49. No mesmo sentido, afirmando, a partir da referência à obra de Rosa Maria Cardoso da CUNHA, a fragilidade do princípio da legalidade, v. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial**. Do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008, p. 164.

penais parte de sua identificação com a legalidade, cada vez mais há se valer de argumentos simbólicos, relacionados à ficção racionalista da proteção penal de bens jurídicos, que passam, assim, a “contaminar” toda a construção jurídica. Sob essa perspectiva, os delitos, não raras vezes inacessíveis em seu conteúdo material, têm sua legitimidade decorrente simplesmente da legalidade do enunciado da conduta, que faz parecer sua proteção evidente. Em um Estado Democrático de Direito, os delitos não podem ser enunciados como evidentes a partir de sua positivação. Se tal positivação é fundamental para delimitar formalmente o poder punitivo estatal, deve submeter-se também a uma análise de legitimidade material que não se confunde com a legalidade, tampouco com a utopia de um consenso social normativo (irreal no âmbito de uma sociedade desigual).³¹⁰ E isso é assim porque as normas incriminadoras, como medidas de delimitação das zonas de liberdade individual conforme os interesses das classes dominantes – elevados ideologicamente à categoria de interesses sociais gerais ou universais – são decorrentes do pressuposto dificilmente comprovável da proteção social contra ofensas materiais pelo Direito Penal, levando à ideia de que o sistema penal deve continuar cada vez mais atuante contra os delitos.

A legalidade na qual as normas penais se baseiam materializa, desse modo, os elementos (proteção social e ofensas materiais a interesses universais) que criam, edificam e fortalecem o poder autoritário do Estado, mesmo no âmbito democrático, como uma expressão intrínseca e inevitável da formação social.³¹¹ Justamente por isso, por estar vinculada a um sistema repressivo sujeito a profundas críticas em relação à eficácia, objetivos concretos e resultado social de exclusão seletiva, o qual legítima, a legalidade deve ser tomada com cautela, devendo sempre ser acrescida de filtros extrassistêmicos relacionados aos direitos fundamentais do indivíduo e à própria realidade social, de modo a impedir uma atitude conformada em relação ao sistema penal positivado.

Desse modo, o princípio da legalidade e seu requisito intrínseco de determinação devem ser vistos com desconfiança e entendidos sob

³¹⁰ TAVARES, Juarez. Os objetos simbólicos da proibição, cit., p. 47-50.

³¹¹ TAVARES, Juarez. Mito e ideologia, cit., p. 170-172. Conforme afirma criticamente o autor, não há sistema penal sem sua subordinação a duas condições inalienáveis: ao mito da proteção e à ideologia da repressão, vinculados, respectivamente, ao bem jurídico, como expressão do bem comum, e à pena, como garantidora da ordem. Idem, p. 164-165.

uma concepção mais substancial, a partir de efeitos político-criminais particularmente relevantes, o que já notara FEUERBACH, ao afirmar que “*aquilo que nenhum juiz pode provar não pode ser objeto da lei*”.³¹² Exige-se, portanto, das escolhas do legislador penal o respeito aos direitos fundamentais no âmbito de uma sociedade democrática e materialmente desigual, bem como uma fenomenologia verificável – a partir de máximas de experiência e/ou de leis científicas – impondo-se aos tipos penais a descrição de comportamentos que tenham uma realidade empírica e factual e, antes de tudo, um sentido democraticamente valorado. Apenas assim o princípio da legalidade pode transformar-se em uma chave de retorno ao interior da ciência do Direito Penal, vinculando o intérprete.

2.1.2. Expansão do Direito Penal e crise da legalidade: a crescente flexibilização da determinação dos tipos penais

A partir do último terço do século passado, e especialmente nas últimas três décadas, no âmbito de uma sociedade pós-industrial complexa (também denominada sociedade de risco),³¹³ operou-se nítida transformação no sistema penal, que se expandiu e aumentou

³¹² Cf. citado por BRICCOLA, Franco. Rapporti tra dominanza e politica criminale, cit., p. 18-19.

³¹³ O modelo teórico da sociedade de risco foi desenvolvendo inicialmente em 1986 por Ulrich BECK (*La sociedad del riesgo*). Hacia una nueva modernidad, cit., 1998), incorporando-se rapidamente aos debates posteriores sobre a evolução do Direito em geral, incluído o âmbito penal. Para além da concepção de BECK, outras construções de modelos de sociedade de risco foram realizadas por Adalbert EVERS e Helga NOWOTNY, em 1987, e Frank KAUFMANN, em 2012. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal empresarial*, Brasil, cf., dentre tantos autores, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; SALVADOR NETTO, Almir. *Tipicidade penal e sociedade de risco*, cit.; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal*. Uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCrim, 2005. Para uma visão crítica da concepção de BECK, v. SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana, cit., p. 31-33; e PRITZWITZ, Conchus. *Sociedad del riesgo y derecho penal*. Tradução de Adán Nieto Martín y Eduardo Demetrio Crespo. In: GUZMÁN DALEORA, José Luis (Coord.). *El penalista liberal (Manuel de Rivacoba y Rivacoba homenaje)*. Contrivistas