

Observações sobre o princípio da legalidade¹

Eduardo Viana²

Resumo: Este trabalho analisa os fundamentos e os quatro cânones do princípio da legalidade dentro do marco do direito penal. Para desenvolver esse propósito, são apresentados, inicialmente, os argumentos sobre a *ratio* do princípio da legalidade. Posteriormente, e com base nisso, são analisados os quatro mandados do princípio: *lex scripta*; *lex stricta*; *lex praevia* e *lex certa*. O objetivo principal é demonstrar a necessidade de se levar a sério a lei penal, que nos últimos anos vem sofrendo acentuado processo de erosão e perda de densidade.

Abstract: This paper analyzes the foundations and the four canons of the principle of legality within the framework of criminal law. To develop this purpose, the arguments about the reason for the principle of legality are initially presented. The main objective is to demonstrate the need to take criminal law seriously, which in recent years has been suffering a sharp process of erosion and loss of density.

1. Introdução

O princípio da legalidade acompanha o direito penal desde o momento em que esse assume o *status* de disciplina científica. A fórmula latina *nullum crimen sine lege*, criada por *Feuerbach*, um dos penalistas mais decisivos do século XIX, emana uma beleza científica caracterizada pela sua simplicidade e – simultaneamente – pelo seu conteúdo. Desde então – salvo os períodos mais agudos de ruptura, característicos de modelos de Estados totalitários – o princípio da legalidade segue em pleno vigor na dogmática penal.

¹ O autor agradece a Lucas Montenegro pelas sugestões e aprimoramentos da versão original.

² Professor de Direito Penal da Universidade Federal da Bahia e Universidade Estadual de Santa Cruz. Doutor em direito penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Estágios doutorais realizados na Universität Augsburg e Pompeu et Fabra. Realizou investigação pós-doutoral na Humboldt-Universität zu Berlin.

É natural, entretanto, que o movimento pendular da evolução das ideias penais transporte consigo o perene estado de crise¹. Mas, como em toda crise, há momentos mais ou menos agudos. No que diz respeito ao princípio da legalidade, experimentamos uma fase delicada. Por isso, utilizarei este breve espaço para retornar a algumas questões fundamentais. Essa seria, aparentemente, uma questão teórica desnecessária, afinal, impera no senso comum a impressão de que muito se sabe sobre o princípio. Uma breve menção à conhecida vedação à analogia é um bom exemplo para demonstrar o quanto o senso comum é equivocado: diz-se, quase irrefletidamente, que analogia *in malam partem* é proibida, ignorando-se a discussão que há sobre sua admissibilidade, ou não, nas causas de justificação². Por outro lado, também se afirma que toda analogia *in bonam partem* é permitida e esquece-se, de igual modo, a discussão existente sobre a possível limitação da analogia em favor do acusado³. Os manuais de direito penal, que em tese teriam espaço para uma proveitosa discussão sobre o tema, limitam-se a reproduzir alguns *slogans* e a inventariar aquilo que é a manifestação da *práxis*⁴. Parafraseando *Naucke*, a consequência é evidente, a comunidade jurídica não demonstra muito respeito pela lei penal⁵.

Esse cenário pode parecer bastante desalentador, mas há algo de paradoxal nesse desprezo pela legalidade. Todo momento de crise também traz algo positivo: ela serve para que possamos identificar o quanto estamos preparados para enfrentar o problema que se apresenta⁶. Com o princípio da legalidade não ocorre de outro modo. A esse respeito, parece-me proveitoso mencionar ao menos duas razões que justifiquem a elaboração deste trabalho. A primeira

¹ Confira-se, a propósito, SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 13.

² ANDRADE, Manuel da Costa. *O princípio constitucional nullum crimen sine lege e a analogia no campo das causas de justificação*. In: Revista de Legislação e Jurisprudência, n. 3924 e 2925, 2001, p. 72 e ss.

³ Sobre isso, cf. MONTIEL, Juan Pablo. *Grundlagen und Grenzen der Analogie in bonam partem im Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humoldt, 2014.

⁴ Com essa constatação em solo alemão, falando, inclusive, em situação deplorável da doutrina, cf. NAUCKE, Wolfgang. Die Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzlichkeit durch den relativistischen politisch aufgeladenen strafrechtlichen Positivismus. In Naucke, Wolfgang. *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1999, p. 256. De acordo com a constatação, referindo-se adicionalmente à literatura em língua espanhola, cf. MONTIEL, Juan Pablo. Estructuras analíticas del principio de legalidad. In: *InDret* 1/2017, p. 1: “Más allá de la carga retórica de estas expresiones, el contenido del diagnóstico puede facilmente compartirse. En mi opinión, si echamos un vistazo a la literatura especializada aparecida en las últimas décadas en español y alemán, no parece advertirse ninguna exposición que supere...”.

⁵ NAUCKE, Wolfgang. *Die Aushöhlung...Op. cit.*, p. 257.

⁶ Cf. MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. *Coronavírus: um diagnóstico jurídico-penal*. In: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/coronavirus-um-diagnostico-juridico-penal-23032020>.

decorre da constatação, cada vez mais presente nas últimas décadas, do manejo de técnica legislativa à custa do princípio da legalidade e, como consequência disso, há incremento significativo de tipos penais cuja redação expressa a concretização mais evidente de desrespeito à legalidade⁷. Lamentavelmente, também é possível considerar que a jurisprudência vem contribuindo para acentuar esse cenário desconcertante⁸.

A segunda boa razão para que se leve a sério a necessidade de discutir o princípio da legalidade com mais precisão e clareza está associada ao eixo temático central dessa nova e promissora revista: a criminalidade empresarial. Com algum nível de concessão, é possível afirmar que o nascimento e consolidação do pensamento científico no direito penal ocorreu entre os séculos XVIII-XIX. Por isso, não causa espanto que toda a arquitetura de teoria do delito foi pensada a partir de uma estrutura mínima, fortemente desenvolvida a partir de uma ação homicida: crime de ação doloso realizado por um único autor. A missão do Estado, portanto, residia na proteção do indivíduo e dos seus bens jurídicos. Dispor do direito penal como instrumento para a proteção da empresa, por exemplo, era algo desconhecido; a preocupação com lesão aos bens jurídicos coletivos estava nas mãos do direito administrativo⁹. Àquela altura, a vinculação do Estado à proteção do indivíduo não deixou espaço para a existência do direito penal empresarial. Entretanto, a partir do séc. XX, a empresa deixa de ser uma preocupação do direito administrativo e passa para as mãos do direito penal, a partir da massificação das sociedades industriais, da primeira guerra mundial e da organização empresarial no cenário geopolítico, sobretudo a partir da segunda metade do século. Transitamos da criminalidade de rua para (a complexa) criminalidade empresarial.¹⁰ Em sua maioria, as normas de comportamento associadas à criminalidade dessa natureza, pela imposição fenomenológica, são elaboradas com generosa dose de indeterminação¹¹ (para

⁷ Veja-se, por exemplo, o art. 147-B, incluído pela L. 14.188/21: “Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação”.

⁸ Mencione-se, para ficar com um exemplo, a decisão do STF na ADO26/DF, que claramente ignorou a vedação à analogia no direito penal. Sobre isso, GLEIZER, Orlandino; SOARES, Hugo; GRECO, Luís; VIANA, Eduardo. Não há crime sem lei anterior *ou decisão judicial* que o defina. A criminalização da homofobia pelo STF (ADO 26-DF), Madrid/São Paulo (a ser publicado em breve).

⁹ BRETTEL, Hauke; SCHNEIDER, Hendrik. *Wirtschaftsstrafrecht*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2018, p. 38, Rn. 32.

¹⁰ Cf. AMBOS, Kai. *Wirtschaftsstrafrecht*. 5. Aufl. München: Vahlen, 2017, p. 42 e ss.

¹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. 3 ed. Coimbra: Gestlegal, 2019, t. I, p. 217; SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Buenos Aires: BdeF, 2016, p. 9.

mencionar um exemplo recolhido da nossa legislação, recorde-se o crime de gestão temerária, art. 4, L. XXXX)¹². Naturalmente esse cenário de delinquência empresarial desafia a programação das (tradicionais) categorias do direito penal, entre as quais está, seguramente, o princípio da legalidade¹³.

Com este pequeno texto pretendo uma singela contribuição para a dimensão positiva desse momento de crise, ao reconstruir brevemente a discussão em torno do princípio. Para isso, pretendo elaborar inicialmente uma rápida notícia sobre os fundamentos do princípio (*abaixo 2*); a seguir indicarei algumas linhas fundamentais sobre cada um dos quatro cânones derivados da legalidade (*abaixo 3*). O desenho metodológico para o desenvolvimento desses pontos será, naturalmente, de índole teórica, tomando-se por base a discussão travada em território alemão, por ter sido nesse país que a literatura se controverteu mais detalhadamente sobre o tema.

2. Sobre a *ratio* do princípio da legalidade.

Não poderia iniciar esta seção sem uma breve advertência. Não pretendo – nem o espaço o permite – discutir a fundo todas as questões que envolvem a identificação da *ratio* do princípio da legalidade. Parece-me proveitoso, entretanto, fornecer somente uma espécie de síntese da discussão, a qual é de fundamental importância para se compreender a substância do princípio. Advertência feita, podemos prosseguir.

“Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, assim proclama o inc. XXXIX, art. 5º, bem como o art. 1º, CP. A Constituição e o código penal brasileiros repetem o princípio fundamental segundo o qual uma ação somente pode ser punida se a sua punibilidade estiver anteriormente prevista em lei¹⁴. Aqui não se usa a palavra crime em sentido científico – associada ao conceito analítico de delito – senão em sentido cotidiano, isto é, como uma ação punível.

Precisamos transformar a longa discussão em torno dessa cláusula pétrea do direito penal em algo proveitoso para este trabalho. Nesse sentido, vejo que o primeiro e proveitoso ponto de partida está em apreender o sentido do princípio da legalidade. Para enfrentar essa

¹² Não se pense, contudo, que isso é “privilégio” do direito penal empresarial.

¹³ Por todos, na discussão alemã, cf. Naucke fala em “*erosão do princípio da legalidade penal*”, NAUCKE, Wolfgang. *Die Aushöhlung...Op. cit.*, p. 256.

¹⁴ Sobre o princípio da legalidade no processo penal, por todos, cf. KUDLICH, Hans. *Das Gesetzlichkeitsprinzip im deutschen Strafprozessrecht. In: Gesetzlichkeit und Strafrecht*, 2012, p. 233-254.

questão – que está em um plano fundamental – deve-se averiguar a razão pela qual a legalidade existe. A despeito da ampla discussão na literatura internacional, essa não tem merecido a devida atenção em nosso território, mas há ao menos uma razão fundamental para que não se deixe isso de lado: esse caminho ajudará a esclarecer, em maior ou menor extensão, todo o conteúdo que se pode – e que se deve – derivar do princípio, desde aqueles mais fundamentais e evidentes (como a exigência de lei penal para a punição de determinado comportamento); até aqueles menos óbvios (necessidade de precisão do tipo penal).

A literatura maneja argumentos de ordem política (*fundamentos extrassistêmicos*) e jurídico-penal (*fundamentos sistêmicos*) para justificar a restrição do exercício de poder punitivo¹⁵. No primeiro caso, os argumentos estão conectados com a própria noção de Estado; no segundo, com a teoria da resposta penal. Concretamente, a *ratio* do princípio assenta as suas raízes – ora o sustenta com base no princípio do Estado de Direito¹⁶; ora na ideia de democracia e divisão de poderes¹⁷ ou no princípio da culpabilidade¹⁸; ora, finalmente, como garantia de objetividade¹⁹. Relatarei brevemente esses argumentos²⁰.

2.1 Separação de poderes e princípio democrático

O primeiro – e possivelmente o mais evidente – modo de acessar uma razão para explicar a legalidade é recorrer à separação de poderes e ao princípio democrático²¹. A distância

¹⁵ Dando notícia, cf. SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Curso de Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 77; BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. Direito Penal: parte geral. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 707 e s.

¹⁶ Cf. SCHREIBER, Hans Ludwig. *Gesetz und Richter*. Frankfurt am Main: Metzner, 1976, p. 213.

¹⁷ Assim, GRÜNWARD, Gerald. *Bedeutung und Begründung des Satzes „nulla poena sine lege“*. In: ZStW 76, 1964, p. 13. Semelhante, RANSIEK, Andreas. *Gesetz und Lebenswirklichkeit*. Heidelberg: R. v. Decker's Verlag, 1989, p. 45.

¹⁸ KIELWEIN, *Grundgesetz und Strafrechtspflege*. In: *Annales Universitatis Saraviensis, Rechts- und Wirtschaftswissenschaften*, Vol. VIII, Fasc. 1/2, 1960, p. 135.

¹⁹ JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. Aufl. Berlin: de Gruyter, 1991, p. 67, Rn. 9.

²⁰ Sobre os fundamentos históricos da discussão, com ulteriores referências, cf. HRUSCHKA, Joachim. *Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts*. In: Paeffgen, Hans-Ullrich (Dir.) *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humboldt, 2011, p. 36 e ss; ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 5. Aufl. München: Beck, 2019, § 5 Rn. 20; MADRID CONESA, Fulgencio. *La legalidade del delito*. Valencia: Universidad de Valencia, 1982, p. 8 e ss; SCHÜNEMANN, Bernd. *Nulla poena sine lege? – Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*. Berlin: de Gruyter, 1978, p. 11 e ss. Para outras raízes, cf. DANNECKER, Gerhard. § 1. In: LAUFHÜTTE, Heinrich W.; RISSING-VAN SAAN, Ruth; TIEDEMANN, Klaus (Hrsg.). *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*. 12. Aufl. Berlin: de Gruyter, 2012, Rn. 52 e ss; FITTING, Christoph. *Analogieverbot und Kontinuität. Entwicklungslinien des strafrechtlichen Analogieverbots seit 1871*. Berlin: Duncker & Humblot, 2016, p. 22 e ss.

²¹ HASSEMER, Winfried; KARGL, Walter. § 1. In: *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*. 5. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017, Rn.71; ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht...Op. cit.*, § 5 Rn. 20; SEELMANN, Kurt;

segura entre executivo e legislativo, a que *Grünwald*²² faz referência expressa, serve para evitar que uma indignação moral concreta possa instituir um tipo penal incapaz de resistir a uma análise dogmática conscienciosa.

Esse necessário distanciamento entre quem cria e quem executa encontra a sua razão de ser nas decisivas reflexões sobre a extensão do princípio democrático: somente ao legislador é permitido qualificar uma ação como criminosa. De modo que transferir ao juiz a competência legislativa é – *prima facie* – violar o princípio democrático. Poderíamos formular a seguinte proposição: em uma democracia, as sanções jurídico-penais – como espécie mais severa de resposta do Estado – é legitimada pelo povo, que expressa a sua vontade por meio dos seus representantes: o parlamento. Em razão disso, o juiz está proibido de se desviar dessa vontade popular²³.

Como se vê, se esse for o fundamento, o princípio desenvolverá mais que uma simples função declaratória de que cabe ao legislador criar delitos e penas – terá também a função de delimitar a competência dos poderes constituídos (legislativo, executivo e judiciário) em matéria penal²⁴. E isso será importante, como será visto logo abaixo (n. 3), para não confundir os planos analíticos e os destinatários de cada um dos cânones do princípio. Essa confusão, na advertência da literatura²⁵, pode ser exemplificada com o mandado da *lex stricta*, que expressa a vedação à analogia: dele não se pode derivar que essa é uma característica da lei, senão de sua **aplicação**.

DEMKO, Daniela. *Rechtsphilosophie*. 7 Aufl. München: Beck, 2019, § 14, Rn. 6. Na doutrina constitucional, SCHMIDT-ABMANN. *Art. 103 II*. In: Maunz/Dürig (Hrsg.). *Grundgesetz*. 53. Aufl. München: Beck, 2009, Rn. 166.

²² GRÜNWARD, Gerald. *Bedeutung...Op. cit.*, p. 14.

²³ GRÜNWARD, Gerald. *Bedeutung...Op. cit.*, p. 13; FITTING, Christoph. *Analogie...Op. cit.*, p. 25; HASSEMER, Winfried; KARGL, Walter. § 1...*Op. cit.*, Rn.71; SCHMITZ, Roland. § 1. In: JOECKS, Wolfgang; MIEBACH, Klaus (Hrsg.). *Münchener Kommentar zum StGB*. 3 Aufl. München: Beck, 2017, Rn. 60.

²⁴ Concreta e resumidamente: “creación del Derecho penal, identificación de las bases normativas del sistema jurídico-penal, interpretación e integración del Derecho penal. Frente a la primera de estas competencias el principio de legalidad dispone cuál es la autoridad habilitada para criminalizar una conducta o establecer una pena y de qué manera debe regularse el contenido normativo. En la identificación de la base del sistema normativo del Derecho penal el principio de legalidad determina qué enunciados normativos pueden ser utilizados por el juez para justificar una decisión que resuelve una controversia judicial que se le presenta. Asimismo, la legalidad otorga pautas a los jueces para saber qué interpretaciones aceptar y cuáles no y además para determinar si judicialmente el sistema jurídico-penal de normas puede ser corregido ante un descuido de quien lo creó”. MONTIEL, Juan Pablo. *Estructuras...Op. cit.*, p. 7.

²⁵ KUHLEN, Lothar. *Zum Verhältnis von Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot*. In: DANNECKER, Gerhard (Hrsg.). *Festschrift für Harro Otto: zum 70. Geburtstag am 1.4.2007*. Köhl: Heymann, p. 92.

2.2 Estado de Direito

O segundo argumento encontra as suas raízes no próprio Estado de Direito²⁶. Conforme argumentação majoritária, o princípio da legalidade oferece ao cidadão a previsibilidade e a segurança na aplicação do direito e com isso o protege contra as decisões arbitrárias do Estado²⁷.

O conteúdo material contido nessa perspectiva diz respeito à proteção da confiança do cidadão²⁸. Com efeito, se esse não pode ser punido recorrendo-se à transferência de poder do legislativo para o intérprete, isto é, se ele sabe previamente e com segurança aquilo que é proibido, então, pode confiar que não há espaço para o Estado exercer o poder punitivo fora daquilo que estiver previsto em lei²⁹.

A rigor, considero, neste ponto, que não é a proteção desse sentimento abstrato (confiança) que está verdadeiramente em jogo; creio ser possível fundamentar o argumento a partir de algo mais concreto: a proteção da liberdade do cidadão³⁰. Isso não significa outra coisa senão ser capaz de compreender as consequências derivadas do meu comportamento. À medida que o cidadão pode antecipar as ações do Estado, ele é livre para desenvolver a sua autonomia e, portanto, capaz de decidir livremente sobre as suas ações. Em sentido inverso: se ao cidadão não é possível conhecer as consequências do seu comportamento, então, o Estado estaria negando-lhe o direito à liberdade. Ao fim e ao cabo, significaria a própria negação do Estado de Direito.

2.3 Prevenção geral

Outra perspectiva teórica, que pode ser reconduzida ao pensamento de *Feuerbach*³¹, associa a legalidade à teoria da pena. *Schünemann*, um dos partidários dessa linha argumentativa, sustenta a ideia a partir de considerações derivadas da prevenção geral³². Se com a norma de comportamento pressupõe-se a possibilidade de se exercer um contraimpulso

²⁶ SCHREIBER, Hans Ludwig. *Gesetz...Op. cit.* p. 213.

²⁷ DANNECKER, Gerhard. § 1...*Op. cit.*, § 1, Rn. 52 e ss. Também: KREY, Volker. *Keine Strafe ohne Gesetz*. Berlin: de Gruyter, 1983, p. 122 e ss; MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 8 Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, § 10, Rn. 1 e Rn. 9; TIEDEMANN, Klaus. *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1968, p. 190.

²⁸ Esse argumento, entre outros, é costumeiramente utilizado pela corte constitucional alemã, cf. BVerfGE 13 261, 271; 25 269, 285, 290; 64 389, 394; 95 96, 131; FITTING, Christoph. *Analogie...Op. cit.*, p. 24.

²⁹ Há quem considere que a “desconfiança no direito” sobre os requisitos da reprovabilidade é mais digna de proteção que a confiança, JAKOBS, Günther. *Strafrecht...Op. cit.*, p. 66-67, Rn. 7.

³⁰ Cf. MONTIEL, Juan Pablo. *Estructuras...Op. cit.*, p. 6.

³¹ DANNECKER, Gerhard. § 1...*Op. cit.*, Rn. 60. Cf., ainda, HRUSCHKA, Joachim. *Kant...Op. cit.*, p. 21-23.

³² SCHÜNEMANN, Bernd. *Nulla poena...Op. cit.*, p. 14 e ss.

no comportamento do indivíduo, pelo que – por derivação lógica – somente pode ser punido quem viola uma proibição conhecida. Formulando-se de outro modo: o indivíduo somente pode motivar o seu comportamento se puder conhecer o conteúdo da proibição. Quando isso não é possível senão por meio de uma criação analógica *post factum*, por exemplo, então o indivíduo não poderá ser punido, pois, nesse caso, não se cumpre a finalidade preventivo-geral da pena.

2.4 Princípio da culpabilidade

Há igualmente autores que percebem a culpabilidade como razão de ser do princípio da legalidade³³. Se por definição culpabilidade significa que o autor se posicionou contra o direito, então, a ausência de norma de comportamento dirigida ao cidadão impede o juízo de reproche. E o porquê é óbvio: como comportamento não está regulado pela lei, o indivíduo não teve a possibilidade de saber que sua conduta estava proibida e, portanto, não é possível afirmar que ele se colocou contra o direito.

Consideradas essas posturas teóricas que, aqui, podem ser deixadas em aberto quanto à sua correção, podemos prosseguir para o panorama das consequências concretas do princípio.

3. Breves observações sobre os cânones da legalidade

Na ilustrativa afirmação de *Roxin/Greco*, o princípio do Estado de Direito conduz a que a proteção do cidadão seja levada a cabo não apenas **por meio** do direito penal, senão também **perante** o próprio direito penal.³⁴ Essa dualidade é claramente percebida no princípio da legalidade, o qual, com efeito, é uma moeda de duas faces: por um lado, o princípio habilita poder punitivo do Estado, autorizando-o a usar a força para proteger os direitos e liberdades do cidadão; mas, por outro, também limita o poder do Estado, que não está autorizado a ultrapassar os limites estabelecidos pela lei penal. Unidas, essas faces expressam o limite mínimo de qualquer Estado que se autoproclama de Direito: a possibilidade de cada indivíduo exercer plenamente a sua liberdade sem se preocupar com a possibilidade de exercício arbitrário da violência punitiva Estatal³⁵.

³³ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht...Op. cit.*, § 5 Rn. 24-25.

³⁴ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht...Op. cit.*, § 5, Rn. 1.

³⁵ Recorde-se a perspectiva de *Jakobs* no tocante à possibilidade de o Estado combater determinadas pessoas que se converteram em inimigos, liberando o Estado, ao menos parcialmente, das vinculações próprias do Estado de Direito. Sobre isso, cf. JAKOBS, Günther. *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung*. In: ZStW 97, 1985, p. 751-785; JAKOBS, Günther. *Feindstrafrecht? - Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechlichkeit*. In: HRRS 06, p. 289 e ss; GRECO, Luís. *Über das so genannte Feindstrafrecht*. In: GA 2006, p. 96-113; SCHÜNEMANN, Bernd. *Feindstrafrecht ist kein Strafrecht*. In: Vormbaum, Thomas (Hrsg.). *Kritik des*

A substância desse princípio foi materializada por meio do latino brocardo proveniente de *Feuerbach* – *nulla poena sine criminae, nullun crimine sine lege poenali*³⁶. Tradicionalmente, naquilo que se convencionou chamar de modelo penal³⁷ de análise do princípio³⁸, a fórmula latina sumariza quatro cânones fundamentais: exclusão do costume como fonte do direito penal (*lex scripta*); proibição de retroatividade (*lex praevia*); mandado de determinação (*lex certa*); proibição de analogia (*lex stricta*).

Também tradicionalmente, a literatura dominante considera que cada um desses cânones tem o seu destinatário exclusivo (***concepção estática do princípio da legalidade***³⁹), assim, a proibição de retroatividade e o mandado de determinação têm o legislador como destinatário, ao passo que as proibições do uso do direito costumeiro e da analogia são dirigidas ao juiz⁴⁰. Essa compreensão tem algumas consequências não tão evidentes; restrinjo-me a duas: a) se a proibição da retroatividade está dirigida ao legislador, o cidadão não pode argumentar sobre o possível direito à jurisprudência ao tempo dos fatos (cf. abaixo, 3.3); b) se o mandado de determinação está não está dirigido ao juiz, então não faz sentido perguntar sobre se esse pode, e deve, desenvolver algum papel de precisão diante de tipos penais imprecisos (cf. abaixo 3.4). Se a nossa intuição desconfia dessas barreiras, então, estamos de acordo – mesmo sem nos darmos conta disso – com a literatura mais moderna, que vem sustentando não haver único destinatário-próprio para cada um dos cânones, senão que, eventualmente, esses podem ser

Feindstrafrechts, Berlin: LiT, 2010, p. 11-20. Sobre o terrorismo, em especial, cf. PAWLIK, Michael. *Der Terrorist und sein Recht*. München: Beck, 2008; STEINSIEK, Mark. *Terrorabwehr durch Strafrecht?* Baden-Baden: Nomos, 2012.

³⁶ FEUERBACH, Paul J. A. v. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*. 1801, § 20. Sobre a legalidade em Feuerbach, cf. BOHNERT, Joachim. *Paul Johann Anselm Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht*. Heidelberg: Winter, 1982; HRUSCHKA, Joachim. *Kant...Op. cit.*, p. 21 e ss.

³⁷ Em contraposição, haveria o modelo constitucional, o qual sugere que o princípio da legalidade é dirigido prioritariamente ao juiz. KUHLEN, Lothar. *Zum Verhältnis...Op. cit.*, p. 89 e ss. Sobre isso, vide, ademais, PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *Reserva de ley, principio de legalidade y proceso penal*. In: *Em Letra*, 2015, p. 48 e ss; SOLAVAGIONE, Lucía. *El mandato de determinación y el así llamado mandato de precisión: Un análisis a propósito del sistema alemán*. In: *Revista de Estudios Criminales*, Porto Alegre, v. 20, n. 80, p. 210 e s., 2021.

³⁸ Para uma perspectiva histórica, cf. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht...Op. cit.*, § 5, Rn. 12-17; SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso...Op. cit.*, p. 74-77.

³⁹ A expressão é de LEITE, Alaor. *Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial*. In: *Actas do Colóquio o direito penal e o tempo*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 50.

⁴⁰ Cf. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *Reserva de ley...Op. cit.*, p. 50; SOLAVAGIONE, Lucía. *El mandato...Op. cit.*, p. 210. Contra, por exemplo, HASSEMER, Winfried; KARGL, Walter. § 1...*Op. cit.*, Rn. 42; WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 48 Aufl. Heidelberg: Müller, 2018, p. 21, Rn. 74, que sustentam que a proibição de retroatividade tem como destinatários o juiz (aplicação retroativa de lei penal) e o legislador (promulgação de lei penal com efeito retroativo).

simultaneamente dirigidos ao legislador e ao magistrado (*concepção dinâmica*⁴¹); esse seria o caso do mandado de determinação. Passo, então, à programação mínima desses cânones.

3.1 *Lex scripta*

A primeira e mais evidente derivação do princípio da legalidade diz respeito à vedação da incriminação por meio dos costumes⁴² ou, por outras palavras, que consequências jurídico-penais somente podem ser derivadas de lei escrita⁴³. Isso significa não ser possível sustentar (novos) tipos penais, tampouco novas consequências jurídicas, com base em práticas reiteradas. E isso independentemente de o fato ser – do ponto de vista material – digno de tutela penal. Quem converte o fato em norma de comportamento e, portanto, em últimos termos, autoriza o Estado a intervir no direito fundamental não é o costume, senão a lei em sentido formal, isto é, aquela fruto de deliberação parlamentar (reserva de parlamento⁴⁴). Não fosse assim, os demais cânones do princípio da legalidade careceriam de qualquer sentido: de que adiantaria o mandado de determinação do tipo se fosse possível a legitimação jurídico-consuetudinária da criminalização?

Se isso parece bastante óbvio em relação à parte especial, é dizer, que não se pode criar tipo penal com base nos costumes (o uso de coisa alheia sem o *animus* de apropriação, por exemplo, não pode converter-se em tipo penal de furto de uso por meio da *práxis judicial*), o mesmo não se pode dizer em relação à sua extensão na parte geral. Tal questionamento se apresenta porque na parte geral o legislador não formula normas proibitivas dirigidas ao cidadão, senão normas dirigidas ao aplicador do direito. E, nesse caso, não haveria qualquer restrição ao uso do direito costumeiro.

A esse respeito, *Maurach/Zipf*⁴⁵, por exemplo, consideram que no âmbito da parte geral o direito costumeiro não somente funda a pena, senão também a amplia, restringe e fundamenta, como é o caso das normas atinentes à conexão causal, à culpa, ao consentimento do ofendido,

⁴¹ Adicionalmente, por exemplo, discute-se sobre se a analogia também seria dirigida ao legislador. Por todos, GRECO, Luís. *Ist der Strafgesetzgeber an das Analogieverbot gebunden?* In: GA, 2012, p. 452-466.

⁴² Sobre a admissibilidade do direito costumeiro em prejuízo do indivíduo, no âmbito direito penal internacional, cf. SATZGER, Helmut. *Internationales und Europäisches Strafrecht*. 8 Aufl. 2018, § 15, Rn. 13.

⁴³ Contra RITTLER, Theodor. *Gesetztes und nicht-gesetztes Strafrecht*. In: ZStW 49, 1929, p. 451.

⁴⁴ Sobre essa questão no âmbito da proteção de dados, cf. GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. *O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública*. São Paulo: Marcial Pons, 2021, p. 40 e ss.

⁴⁵ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Strafrecht...Op. cit.*, § 8, Rn. 41. No mesmo sentido, SCHMITT, R. *Der Anwendungsbereich von § 1 Strafgesetzbuch (Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz)*. In: HERRMANN, Joachim. *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humboldt, 1985, p. 244 e ss.

à colisão de deveres ou à *actio libera in causa dolosa*. Quanto a essa última categoria, por exemplo, os partidários do modelo de exceção não têm qualquer constrangimento para admitir que a fundamentação da responsabilidade penal do autor – excepcionando-se o princípio da coincidência – baseia-se no direito costumeiro⁴⁶. É preciso, entretanto, alguma cautela com essa perspectiva.

Não se nega que há, na parte geral, normas equivalentes a tipos (aqueles referentes à incapacidade de culpabilidade dos menores de dezoito anos, à tentativa ou ao crime impossível)⁴⁷. Quando uma norma ostenta essa natureza, parece não haver dúvida de que está vedado o recurso ao direito costumeiro. Por isso, por exemplo, é dogmaticamente insustentável a tentativa de legitimação consuetudinária do rebaixamento da maioria penal ou da criminalização da tentativa inidônea; como também o é a fundamentação do modelo de exceção para a *actio libera in causa*⁴⁸.

Entretanto, permanece em aberto a questão sobre a admissibilidade do direito consuetudinário em relação a normas que estabelecem pressupostos gerais de punibilidade. Mesmo nesses casos, como ressaltam *Roxin/Greco*, a validade do direito consuetudinário criador deve ser rechaçada. É verdade, seguem os autores, que o legislador deixou amplos campos na parte geral e transferiu para a jurisprudência o poder de decidir (assim, por exemplo, na teoria do concurso de pessoas ou nas teorias do dolo⁴⁹). Entretanto, as decisões, nesses casos,

⁴⁶ Advirta-se o leitor, contudo, que objeção tem a razão de ser no direito positivo alemão, que – diferentemente do direito brasileiro – desconhece previsão legal para uma exceção à regra da imputabilidade ao tempo da ação. Assim, por exemplo, e com ulteriores referências, JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 5 Aufl. Berlin: Duncker & Humboldt, 1996, p. 445: a questão sobre se o autor é, ou não, culpável se relaciona com o momento do fato, “uma exceção a isso, não regulada em lei, mas reconhecida pelo direito consuetudinário, é a *actio libera in causa*”. Críticos: ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht...Op. cit.*, § 20, Rn. 58.

⁴⁷ Cf. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht...Op. cit.*, § 5, Rn. 46; RENGIER, Rudolf. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 10 Aufl. München: Beck, 2018, p. 16, Rn. 13.

⁴⁸ BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang; EISELE, Jörg. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking, 2016, p. 142, Rn. 30; HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito penal: parte geral*; trad. Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 178. (Cf. advertência da nota de rodapé n. 46).

⁴⁹ É questionável sobre se o legislador brasileiro adotou a teoria do consentimento; cf. MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2020; VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons: 2017; SANTOS, Humberto S. *Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo*. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro, 2008. p. 263-289; AMARAL, Rodrigo, J. S. *Sobre a compatibilidade de uma teoria cognitiva do dolo com o Código Penal*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/codigo-penal-criminal-23022021>. Mesmo na causalidade, em que a discussão parece mais complexa, também é questionável a adoção da teoria da equivalência dos antecedentes. Cf. GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

são sempre fruto de precisão dentro de marco legal preexistente e nunca têm o caráter normativo vinculante do direito consuetudinário⁵⁰. No fundo, portanto, é o sistema jurídico que determina o conteúdo da imputação – e não o direito consuetudinário.

Finalmente, é possível deixar uma advertência: para atenuação ou isenção de responsabilidades, a doutrina afirma não haver restrição ao direito costumeiro⁵¹; se esse não cria o tipo, pode funcionar como argumento de exclusão ou delimitação do tipo, mas isso, naturalmente, no âmbito em que o próprio sistema jurídico – explícita ou implicitamente – remete aos costumes. Isso pode acontecer, por exemplo, nos (problemáticos) tipos de ato obsceno (art. 233, CP) e escrito ou objeto obsceno (art. 234, CP)⁵².

3.2 *Lex stricta*

A proibição da analogia (*sine lege stricta*) está majoritariamente voltada aos intérpretes da lei⁵³. *Larenz/Canaris* afirmam que interpretar é um ato de mediação, por meio do qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe tornou problemático⁵⁴. E o significado exato de um termo utilizado pela lei tornar-se problemático é, em primeira linha, porque nem sempre a compreensão dos **termos cotidianos** usados pelo legislador – esses **mais** ou **menos flexíveis** – pode ser decantada como uma lógica matemática ou uma linguagem científica⁵⁵. Interpretar, em últimos termos, é o ato por meio do qual o intérprete acessa os possíveis significados dos termos usados pelo legislador. Trata-se, portanto, de um ato de revelação cognitivo e não um ato de vontade. Na plástica linguagem de *Hruschka*, por meio da interpretação: “faz-se falar”. Mas como, concretamente, as leis penais devem ser interpretadas?

Responderei a essa pergunta de modo negativo. Se, retomando o que disse acima, a interpretação, por definição, é o processo por meio do qual o intérprete retira o significado de um enunciado legal⁵⁶, não deve causar espanto que a opinião majoritária, na doutrina⁵⁷ e na

⁵⁰ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht...Op. cit.*, § 5, Rn. 46.

⁵¹ BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang; EISELE, Jörg. *Strafrecht...Op. cit.*, Rn. 31, p. 142; RENGIER, Rudolf. *Strafrecht...Op. cit.*, p. 16, Rn. 13; ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht...Op. cit.*, § 5, Rn. 50.

⁵² Sobre esses tipos, cf. *abaixo*, item n. 3.4

⁵³ Cf. nota de rodapé n. 41.

⁵⁴ LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3 Aufl. Berlin/Heidelberg: Springer, 1995, p. 133.

⁵⁵ LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Methodenlehre...Op. cit.*, p. 133.

⁵⁶ RÖHL, Klaus Friedrich; RÖHL, Hans Christian. *Allgemeine Rechtslehre*. 3 Aufl. München: Vahlen, 2008, p. 613.

⁵⁷ Para mencionar alguns autores: FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch...Op. cit.*, § 1, Rn. 24; FREUND, Georg; ROSTALKI, Frauke. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 3. Aufl. Berlin: Springer, 2019, § 1, Rn. 70; GROß, Bernd.

jurisprudência⁵⁸, sustenta que o **sentido literal possível** da palavra delimita a fronteira entre a interpretação e a analogia⁵⁹. Isso significa, de saída, que o teor literal da palavra demarca os limites da interpretação gramatical. Nesse caso, abrem-se duas possibilidades: se o sentido da palavra é unívoco, o intérprete não está autorizado a recorrer a qualquer método de interpretação⁶⁰ ou, minimamente, não é possível que se desvie desse significado.

Contudo, e possivelmente na maioria dos casos, mesmo nos elementos tidos como descritivos, nem sempre essa clareza será possível, razão pela qual podemos supor que, a rigor, recorrer ao argumento do sentido literal possível não será de muita valia⁶¹. Sendo dessa forma, é necessário recorrer a algum critério corretivo para barrar o emprego da analogia. Por isso, peço ao leitor a licença para um pequeno parêntese.

Como funciona a programação “operativa” da analogia?⁶² A analogia está majoritariamente caracterizada pela operação interpretativa que desrespeita as frações dessemelhantes das conotações dos termos comparados. Como bem ressaltou Vilanova: “dois termos *x* e *y* são semelhantes se têm conotação comum *M* e conotação diferencial *N*. Se carecessem da conotação comum *M*, seriam diferentes. Se coincidissem em conotação, seriam termos equivalentes ou equissignificativos”. Para arrematar, “o que nos autoriza, pois, a remetermos a conotação *M* comum e a desprezarmos a conotação diferencial provém de um

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit faktischer Vertretungsorgane bei Kapitalgesellschaften. Berlin: Duncker & Humboldt, 2007, p. 82 HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito penal...Op. cit.*, p. 41, Rn. 30; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch...Op. cit.*, § 17 IV 5; LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian. *Strafgesetzbuch: StGB*. 29 Aufl. München: Beck, 2018, § 1, Rn. 6; MAYER, Hellmuth. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Stuttgart: Kohlhammer, 1967, p. 87; OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht*. 11 Aufl. Berlin: de Gruyter; 2011, § 2, Rn. 41; ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht...Op. cit.*, § 5, Rn. 26 e ss; SIMON, Eric. *Gesetzesauslegung im Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humboldt, 2005, p. 41 e ss; SCHMIDT-ABMANN. *Art. 103 II GG...Op. cit.*, Rn. 225 ff; WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Strafrecht...Op. cit.*, Rn. 57; WANK, Rolf. *Die Auslegung von Gesetzen*. 6. Aufl. München: Vahlen, 2015, p. 48 e ss. Na literatura espanhola: CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal: parte general*. 5 ed. Madrid: Tecnos, 1997, I, p. 170-171; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Concepto y método*. Madrid: Tecnos, 2009, p. 49; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Lecciones de derecho penal*. 3. Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 93; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 9 Ed. Barcelona: Reppertor, p. 115, nm. 40.

⁵⁸ Na jurisprudência, entre outras decisões, cf. BVerfG NJW 2013, 365 (366); BGHSt. 3, 300, 303; BGHSt 4, 144, 148; BGHSt 10, 157, 160; BGHSt 26, 95, 96; BGHSt. 50, 370, 372; BGHSt 54, 61, 66.

⁵⁹ Contra: JAKOBS, Günther. *Strafrecht...Op. cit.*, p. 85 Rn. 37; MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph. *Juristische Methodik*. 11 Aufl. München: Beck, 2013, B. I, p. 506-507, Rn. 526; SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 2. Aufl., Tübingen 1975, Rn. 40-43, p. 110-112; SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Studienbuch*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1990, § 3, Rn. 52, p. 42.

⁶⁰ Cf. BVerfGE 19, 251; BEAUCAMP, Guy; TREDER, Lutz. *Methoden und Technik der Rechtsanwendung*. 3. Aufl. Heidelberg: Müller, 2015, p. 36; RÖHL, Klaus Friedrich; RÖHL, Hans Christian. *Allgemeine...Op. cit.*, p. 614.

⁶¹ Com a mesma advertência, SCHMITZ, Roland. § 1...*Op. cit.*, Rn. 71.

⁶² Por todos, cf. SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso...Op. cit.*, p. 78 e ss.

critério extralógico”⁶³. Com isso podemos dizer que a analogia, para permitir a subsunção, por um lado, opera ignorando a fração conotativa não comum e, por outro, absorvendo a fração conotativa comum. Recorro a um modelo de argumento por analogia para simular a hipótese: “O cão X é semelhante ao do Luís; o cão do Luís late frequentemente”. Por analogia, é possível concluir que o cão X também late frequentemente. Veja-se, portanto, que de uma possibilidade eu saco uma conclusão “o cão X ladra frequentemente”. O resultado dessa operação por analogia, como se vê, é uma conclusão que ignora os parâmetros de lógica formal.

Com isso, podemos retornar à pergunta anterior: como corrigir o critério do sentido literal possível? Começarei respondendo de um modo um tanto inusual, ao recorrer à conhecida sentença do BGH sobre uma antiga lei prussiana que tratava do furto florestal. Em síntese, para o nosso interesse, o caso era o seguinte: três indivíduos, entre o fim de novembro e início dezembro de 1956, à noite, usaram um automóvel para subtraírem aproximadamente 400 árvores de natal de uma área florestal com o objetivo de vendê-las⁶⁴. A antiga lei prussiana (1878), no § 3, I, n. 6, previa a agravação da pena quando, para a realização do furto, os agentes fizessem uso de “...uma carroça, uma canoa ou um animal de carga”⁶⁵. A questão que se colocou naquele momento foi: por um lado, os acusados não fizeram uso de nenhum dos meios de transporte previstos na agravação, senão que cometeram o furto recorrendo a um automóvel. Mas, por outro, também é certo que o meio de transporte usado – e os números comprovam isso – seguramente permitiria o transporte mais rápido e volumoso; e esse caso seria seguramente adequado para a agravação da pena. Automóvel – no sentido literal – salvo se quiser ferir a linguagem – não pode ser subsumido a nenhum dos meios de transporte previstos na lei. Então, por injusto que seja, seria o caso de condenação por furto simples em razão da proibição da analogia. Por mais óbvio que seja, o BGH condenou por furto agravado sem fazer qualquer menção à vedação à analogia.

O que esse caso revela? Posso supor – com algum grau de probabilidade e sem leviandade científica – que os juízes acreditaram que uma **vez atendida a finalidade de uma**

⁶³ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o Sistema de direito positivo*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2005, p. 212.

⁶⁴ BGHSt 10, p. 375 (= NJW 1957, 1642 e ss).

⁶⁵ Número na íntegra: “wenn zum Zwecke des Forstdiebstahls ein bespanntes Fuhrwerk, ein Kahn oder ein Lasttier mitgebracht ist”.

lei, a sujeição do juiz à lei está melhor garantida que a própria lei⁶⁶. Se discordamos, ainda que intuitivamente, dessa decisão, então é necessário indicar aquele critério corretivo.

Na linha contramajoritária, considero que o sentido literal possível, a rigor, não expressa um ato de interpretação, senão um ato de limitação da atividade de interpretação⁶⁷, isto é, o intérprete não pode extrapolar o teor literal do termo. Essa é a sua fronteira externa, que nem sempre é clara; com o que somos obrigados a indicar um critério que permitirá afirmar quando o magistrado ultrapassou a fronteira. Dito mais claramente: resta esclarecer em qual sentido possível a palavra deve ser compreendida.

Considero, seguindo boa parte da literatura penal⁶⁸, que a linguagem cotidiana precede a linguagem científica diante de um termo pluridimensional⁶⁹. Essa não pode ser uma escolha aleatória, senão que decorre do *proprium* da vedação à analogia. Em razão de a lei penal dirigir-se a todos, o sentido possível da palavra, que marca a interpretação permitida, deve ser determinado a partir da perspectiva da linguagem convencional manejada pelo cidadão⁷⁰. Por isso, causa-me estranheza, por exemplo, que não seja colocada em xeque a interpretação de algumas elementares. Para ficar com dois exemplos: a elementar veneno – presente como circunstância qualificadora do crime de homicídio – não pode ser interpretada a ponto de admitir que qualquer substância, e de acordo com as suas condições individuais, tenha efeitos venéficis para determinada pessoa (ex: açúcar para diabéticos); do mesmo modo, pé de cabra, mixas ou gazuas não podem ser subsumidos ao elemento chave falsa, hipótese qualificadora do furto. Em um e outro caso, a imagem mental que se forma quando empregamos os termos veneno e chave não são – no ambiente cotidiano – açúcar ou pé de cabra. Com o que se pode concluir que essas interpretações expressam clara analogia.

É legítimo que o meu leitor esteja indagando o porquê desse critério. Aqui posso fornecer uma breve resposta: se levamos a sério o fato de que os Estados que se autoproclamam

⁶⁶ Exatamente assim, FRISTER, Helmut. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 9 Aufl. München: Beck, 2020, § 4, Rn. 25.

⁶⁷ Assim MEIER-HAYOZ, Arthur. *Der Richter als Gesetzgeber*. Zurich: Juris, 1951, p. 42; BYDLINSKI, Franz. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. Wien: Springer Verlag, 1982, p. 423; ZIPPELIUS, Reinhold. *Einführung in die Methodenlehre*. 11 Aufl. München: Beck, 2012, p. 43.

⁶⁸ DANNECKER, Gerhard. § 1...*Op. cit.*, Rn. 252; KREY, Volker. *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1977, p. 154 e ss; *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. (2014), § 1 Rn. 6.

⁶⁹ Contra: LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Methodenlehre...Op. cit.*, p. 141; SCHMITZ, Roland. § 1...*Op. cit.*, Rn. 73.

⁷⁰ Cf. BVerfGE 71, 108 [115]; BVerfGE 126, 170, 197 f. = NJW 2010, 3209; BVerfGE 130, 1, 43 = NJW 2012, 907. Cf. ainda, FITTING, Christoph. *Analogie...Op. cit.*, p. 37; ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht...Op. cit.*, § 5, Rn. 32a.

democráticos e de Direito desejam proteger o cidadão contra a arbitrariedade, então não há melhor forma de respeitar o princípio da legalidade que eleger a linguagem cotidiana como limite da interpretação⁷¹.

Além disso, normalmente o legislador se serve da linguagem convencional para elaborar as prescrições legais, então, não há razão para que o intérprete desconsidere essa a linguagem no momento de determinar o alcance do tipo penal. Em poucas palavras: o texto legal não se dirige a um grupo de *experts*, senão a todos, inclusive esses. Desse modo, quando a punição entra em cena, o termo não deve ser claro para alguns, senão para todos. Isso somente será diferente, como é de se intuir, quando estiver em jogo questões muito específicas, como será em boa parte das elementares usadas no âmbito do direito penal empresarial.

Finalmente, há o último argumento: se aceitamos que o direito penal tem função preventiva e que essa função se desenvolve também por meio da função de apelo do tipo, então, somente com o recurso à linguagem cotidiana é que essa função pode ser alcançada em sua plenitude, isto é, que o tipo penal constitui um sinal de advertência por meio do qual o legislador mostra os limites do comportamento proibido.

Esse critério apresenta como principal vantagem a *externalidade*, essa vital para a proibição da analogia, como escreveram *Hassemer/Kargl*⁷². A externalidade do critério significa que ele não está sujeito à *voluntas* do intérprete. Dizendo mais claramente: a interpretação não ultrapassará o contexto social no qual o conceito foi fixado e transmitido porque esse não está disponível para o intérprete. Detalhadamente: o magistrado não poderá alterar – por mais que queira – o conceito cotidiano de automóvel, veneno, chave ou planta. Ao fim e ao cabo, ganhamos significativamente em segurança jurídica, por neutralizarmos o espaço de manipulação conceitual.

3.3 *Lex praevia*

Se julgamos que o direito penal liberal é o direito penal do fato e não do autor, então, parece evidente que a lei penal que regula um fato é aquela vigente ao tempo de sua realização. Formulando de outra maneira: somente os crimes e as sanções vigentes à data do fato podem

⁷¹ Cf. *Lackner*, in: Heidelberg-FS (1986), p. 56; ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht... Op. cit.*, § 5, Rn. 37.

⁷² HASSEMER, Winfried; KARGL, Walter. § 1... *Op. cit.*, Rn.80.

ser considerados para fins de imposição de responsabilidade jurídico-penal⁷³. Isso está diretamente ligado ao marco temporal da lei penal, que, à altura do art. 4, CP, determina que o crime está praticado no momento da conduta, ainda que outro seja o momento do resultado. Trata-se, portanto, de um mandado dirigido tanto ao legislador (ao proibi-lo de decretar leis mais graves com efeito retroativo) quanto ao juiz (ao impedi-lo de aplicá-las a fatos pretéritos). O mandamento da lei prévia, portanto, protege não somente a segurança jurídica, senão também a justiça material da decisão no caso concreto, ao evitar que o julgamento sucumba às tentações de revanchismo⁷⁴.

Dessa determinação legal derivam algumas consequências igualmente óbvias: do ponto de vista formal, é dispensável que a lei esteja vigendo no momento da declaração judicial sobre a relevância, ou não, do comportamento. Isso significa que uma lei, mesmo revogada, continuará a produzir efeitos sob a relação jurídica que se estabeleceu durante a sua vigência.

Do ponto de vista material, entretanto, a situação pode ser diferente: caso haja modificação do significado jurídico-penal do ato em favor do indivíduo, isso denotará que o Estado não está mais autorizado a impor a pena. Por isso se diz, de maneira quase intuitiva, que a lei nova mais favorável deve retroagir para beneficiar o cidadão. No fundo, está em jogo o fato de que o Estado não pode concretizar a sanção penal; e assim o é porque o fato passado, na feliz expressão da literatura, não mais constitui um conflito atual⁷⁵, de modo que a imposição da sanção seria desnecessária.

Quando falamos em vedação à retroatividade nos conectamos, imediatamente, com a parte especial. E isso está correto: a vedação aplica-se, particularmente, aos crimes. Entretanto, como também observa a doutrina, a proibição de aplicação retroativa também é válida para a parte geral. Desse modo, por exemplo, uma hipotética ampliação do âmbito da tentativa (art. 14, II, CP), para alcançar a inidônea (art. 17, CP), por exemplo, não poderia valer retroativamente; o mesmo se diga – ao menos seria discutível – de posterior alteração em prejuízo do cidadão no âmbito das causas de justificação⁷⁶.

⁷³ Para a aplicação do tipo em um caso concreto, cf. VIANA, Eduardo; OLIVEIRA QUANDT, Gustavo de. Retroatividade de lei penal incriminadora? A propósito do julgamento do AgRg-REsp 1730341, que tratou da aplicação do artigo 215-A do CP. In: Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 18, n. 74, p. 81-98, 2019.

⁷⁴ Sobre a conexão com a teoria da coação psicológica de Feuerbach, cf. BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang; EISELE, Jörg. *Strafrecht...Op. cit.*, p. 143, Rn. 35.

⁷⁵ JAKOBS, Günther. *Strafrecht...Op. cit.*, 4, Rn. 50.

⁷⁶ BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang; EISELE, Jörg. *Strafrecht...Op. cit.*, p. 143, Rn. 38.

Essa proibição, dirigida ao legislador, de criar prescrições legais que desfavoreçam o cidadão com aplicação retroativa não teria qualquer valor se o magistrado pudesse aplicá-las retroativamente. A vedação à retroatividade, por imperativo lógico, implica imediatamente o juiz. Isso parece óbvio. Não o é, entretanto, a discussão sobre se também seria possível cogitar-se a ampliação da proibição da retroatividade no âmbito jurisprudencial. Em modo de problema: o acusado teria direito à jurisprudência ao tempo do fato? Demonstração concreta desse problema ocorreu com a decisão levada ao Tribunal Constitucional alemão⁷⁷ sobre o rebaixamento da taxa de álcool no sangue, de 1,3 g/l para 1,1 g/l, para efeitos de interpretação da elementar *incapacidade para dirigir*, presente nos tipos penais que envolvem a embriaguez na condução veículos automotores (§§ 315c e 316, StGB). Embora exista alguma divergência, a posição majoritária defende que inexistente tal direito à jurisprudência⁷⁸. O espaço de que disponho é exíguo para apresentar amplamente essa discussão⁷⁹, mas apresentarei alguns argumentos favoráveis à corrente minoritária.

Considero que esses argumentos podem ser levantados do ponto de vista do cidadão e também do ponto de vista dogmático. Quando aos primeiros, que chamarei de puramente intuitivos, apreendemos a perspectiva do cidadão: a) para esse, está em jogo a retroatividade do direito penal e é absolutamente irrelevante se isso se deu por meio de lei ou de jurisprudência; b) a hipótese de condenar alguém por meio de jurisprudência posterior à data dos fatos também lhe parecerá *injusta*⁸⁰. Vejamos se ambos os argumentos podem ser sustentados desde o ponto de vista dogmático.

A primeira cautela que se deve ter – e para isso nos alerta Figueiredo Dias – diz respeito à possibilidade de que advogar pela vedação à aplicação retroativa da jurisprudência poderia colocar em causa a própria ideia de separação de poderes⁸¹. Os argumentos científicos que

⁷⁷ Abreviação de *Bundesverfassungsgericht*, o tribunal correspondente ao STJ brasileiro na organização judiciária alemã.

⁷⁸ FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch*. 66 Aufl. München: Beck, 2019, § 1, Rn. 17; JAKOBS, Günther. *Strafrecht...Op. cit.*, p. 105, Rn. 82; NEUMANN, Ulfrid. *Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte? In: ZStW 103*, 1991, p. 331; RENGIER, Rudolf. *Strafrecht...Op. cit.*, p. 18, Rn. 18; ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht...Op. cit.*, § 5, Rn. 61; SATZGER, Jura 2013, 350 e ss; HECKER, Bernd. § 2. *In: Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar*. 29. Aufl. München: Beck, 2019, Rn. 7; WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Strafrecht...Op. cit.*, p. 23, Rn. 78, entre outros.

⁷⁹ Cf. LEITE, Alaor. *Proibição...Op. cit.*, p. 43 e ss.

⁸⁰ Cf., com ulteriores referências, LEITE, Alaor. *Proibição...Op. cit.*, p. 53.

⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...Op. cit.*, p. 232.

servem para justificar a possível vedação à aplicação retroativa de jurisprudência, portanto, precisam ser pavimentados de modo a não atentar contra a separação de poderes.

De saída, parece claramente intuitivo sustentar que não será sempre possível argumentar pela proibição de efeito retroativo a cada alteração jurisprudencial desfavorável ao acusado, porque isso equivaleria quase à proibição de progresso científico da jurisprudência, à sua imobilidade; nas palavras de *Jakobs*, impediria que os tribunais aprendessem com os seus próprios erros⁸². Contudo, também é verdade que os juízes precisam ser extremamente cautelosos ao julgar porque cada decisão é, a um só tempo, o julgamento do caso concreto e também de todos os futuros. Essa conexão sistêmica visa a coibir que decisões judiciais sejam proferidas *ad hoc*. A questão que se põe, então, é encontrar esse ponto de equilíbrio entre a fossilização da jurisprudência e a proteção do cidadão.

É insuficiente o espaço ora disponível para enfrentar os argumentos em sua inteireza, mas quero deixar as minhas impressões sobre o tema; de modo especial, que em alguns casos será possível afirmar que há um direito à jurisprudência ao tempo dos fatos.

A esse respeito, como advertiam *Maurach/Zipf*, de pronto existem casos de sólida jurisprudência, a qual assume uma função de substitutivo ou complemento das leis, isto é, funciona como fonte de determinação dos requisitos de punibilidade ou da ameaça penal⁸³. Sempre que a alteração da jurisprudência ocorrer nesse sentido, será possível argumentar com base na proibição de retroatividade. Esse seria, por exemplo, o mencionado caso da alcoolemia e, no cenário brasileiro, a recente decisão sobre a relevância jurídica da criminalização do não recolhimento do ICMS⁸⁴.

Por outro lado, e se consideramos que a jurisprudência tem, especialmente, a missão de conhecer o conteúdo do injusto da norma jurídica, então, há o segundo grupo de casos nos quais será possível levantar o argumento do direito à jurisprudência na data dos fatos. Isso ocorrerá, caminho anteriormente insinuado pelo BVerfG em 2010, nos casos de tipos penais com redação

⁸² JAKOBS, Günther. *Strafrecht...Op. cit.*, p. 104, Rn. 80.

⁸³ Cf. HASSEMER, Winfried; KARGL, Walter. § 1...*Op. cit.*, Rn. 51. Falando em “jurisprudência com certa dignidade legislativa”, LEITE, Alaor. *Proibição...Op. cit.*, p. 63.

⁸⁴ RHC 163.334-SC, Rel. Min. Roberto Barroso. Estou superando a discussão mais fundamental sobre a decisão: o seu grau de correção. Não se desconhece, entretanto, as objeções já levantadas. Sobre o tema, cf. BORGES, Ademar; LEITE, Alaor. Parâmetros interpretativos para a criminalização do não recolhimento de ICMS próprio. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/parametros-interpretativos-para-criminalizacao-do-nao-recolhimento-de-icms-proprio-17122019> ; ESTELLITA, Heloisa; JUNIOR, Aldo de Paula. O STF e o RHC 163.334: uma proposta de punição de mera inadimplência tributária? Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/o-stf-e-o-rhc-163-334-uma-proposta-de-punicao-da-mera-inadimplencia-tributaria-10122019>.

extremamente imprecisa. Nesses casos, sem que se possa falar em violação do mandado de determinação (cf. *abaixo* n. 5), a lei penal é indeterminada, de modo que somente com a interferência da jurisprudência temos a necessária concretização daquilo que é proibido e, portanto, somente nesse momento são oferecidos os contornos concretos para que o cidadão oriente o seu comportamento⁸⁵. Em sendo assim, a confiança do cidadão na estabilidade das decisões judiciais consolidadas estaria protegida contra a retroatividade⁸⁶.

Dito isso, penso haver um argumento adicional fundamental, o qual precisa ser levado em consideração: a imposição da sanção. O decisivo para impor a sanção é o injusto, isto é, a razão pela qual o Estado sustenta a sanção penal deriva diretamente daquilo que é proibido⁸⁷. Portanto, a questão que se abre em relação à possibilidade, ou não, de sancionar um cidadão por meio de jurisprudência mais severa posterior à data do fato reflete, no fundo, a relação entre o injusto e a pena. Nesse sentido, e para conectar as duas extremidades, considero que a vedação à retroatividade também pode ser sempre aplicada à jurisprudência e quando a mudança de orientação significar a decisão sobre o próprio conteúdo do injusto⁸⁸; por outro lado, caso a decisão seja meramente declaratória do injusto, então não se pode falar em proteção contra a retroatividade. O exemplo do primeiro, como antecipei, seria a decisão do ICMS ou do rebaixamento do valor para fins de reconhecimento de atipicidade material do crime de descaminho⁸⁹; exemplo do segundo seria a discussão sobre a necessidade, ou não, de demonstração do ato de ofício para a configuração dos crimes de corrupção passiva e ativa.

A jurisprudência brasileira caminha no sentido majoritário, isto é, não reconhecendo proteção contra a jurisprudência mais prejudicial⁹⁰. A persistir esse entendimento, se a justa divisa que sugerimos, restará ao cidadão a possibilidade de argumentar com o erro de tipo ou,

⁸⁵ Cf. BVerfGE 126, 170, 198 e s. Sobre uma segunda decisão, tomada em 2011, cf. KUHLEN, Lothar. *Zum Vertrauensschutz bei belastenden Rechtsprechungsänderungen*. In: HRRS, 2012, n. 3, p. 114-116.

⁸⁶ Se esse argumento merece, ou não, acolhimento em sua integralidade, isso não pode ser discutido com amplitude neste trabalho. Levantando objeções contra o argumento, LEITE, Alaor. *Proibição...Op. cit.*, p. 63 e ss.

⁸⁷ Cf. ROXIN, Claus. *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*. In: *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*. Berlin: de Gruyter, 2012, p. 13.

⁸⁸ Essa é a tese, que considero correta, levantada LEITE, Alaor. *Proibição... Op. cit.*, p. 76 (itálico no original).

⁸⁹ Segundo posição firme do STJ, firmado pela Terceira Seção ao julgar o tema repetitivo n. 157, incide o princípio da insignificância nos crimes tributários federais e de descaminho quando o valor dos tributos não recolhidos não ultrapassa o limite de R\$ 20 mil. Cf. REsp 1.709.029/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, julgado em 28/02/2018, DJe 04/04/2018.

⁹⁰ “Segundo entendimento vigente neste Superior Tribunal de Justiça, o princípio da irretroatividade só tem aplicação em relação à lei penal, não se exigindo tal regra quanto à inovação jurisprudencial, mesmo que imbuída de força cogente, como no caso das súmulas vinculantes.” (EDcl no REsp n. 1.734.799/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 14.12.2018), igualmente: Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.786.891-PR, STJ, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, DJe de 23.9.2020).

mais adequadamente, com o erro de proibição. Ao partir-se do pressuposto de que o cidadão atua com base em expectativas criadas em decorrência da circulação jurídica de determinada proibição, no caso de modificação de corrente jurisprudencial em seu desfavor, será perfeitamente possível levantar a falta de consciência de ilicitude como argumento para a exclusão da culpabilidade⁹¹.

Finalmente, cumpre registrar que parcela da literatura argumenta que a vedação à retroatividade é válida e pensada para a normalidade do Estado de Direito. Isso significa que situações de ruptura – a exemplo dos crimes cometidos durante o nacional-socialismo – não estão protegidos contra posterior persecução. Aqui é comum mencionar a “fórmula da intolerabilidade” (*Unerträglichkeitsformel*) de *Radbruch*, segundo a qual a lei como “direito injusto” tem que ceder ante à Justiça quando a contradição com a Justiça alcançar dimensão intolerável⁹².

3.4 *Lex certa*

O mandado de determinação é uma porta de entrada para a analogia, por isso muitos o consideram a expressão singular mais importante do princípio da legalidade⁹³. Nas palavras de *Welzel*, a coluna vertebral da certeza jurídico-penal da lei no Estado de Direito reside na determinação do fato típico⁹⁴. Se essas afirmações nos parecem razoáveis – como de fato o são – resta-nos saber precisamente: quando uma lei está suficientemente determinada? Considerando-se que na historiografia jurídico-penal poucos são os casos de declaração de inconstitucionalidade pela indeterminação⁹⁵, pode-se dizer que para a doutrina e jurisprudência, qualquer determinação é suficiente. É possível que o meu leitor constate uma possível contradição naquilo que acabo de descrever – e ele não estará errado – pois, se afirmamos que a determinação é a face mais importante do princípio da legalidade, não podemos tolerar que

⁹¹ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Consciência da ilicitude em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000; BRANDÃO, Nuno. *Contrastes Jurisprudenciais: problemas e respostas processuais penais*. In: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1307; ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht...Op. cit.*, § 5, Rn. 59. Cf., ainda, JAKOBS, Günther. *Strafrecht...Op. cit.*, p. 105-106, Rn. 82.

⁹² Cf. WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Strafrecht...Op. cit.*, p. 23, Rn. 78.

⁹³ NAUCKE, Wolfgang. *Strarecht...Op. cit.*, § 2; JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Nullum crimen, nulla poena sine lege*. In: ZStW 63, 1951, p. 197.

⁹⁴ WELZEL, Hans. *Strafrecht...Op. cit.*, p. 23.

⁹⁵ Não tenho notícia de qualquer caso ocorrido em território nacional. Em solo alemão, constatando-se a resistência da corte constitucional em reconhecer inconstitucionalidade de norma penal em razão da violação do princípio da legalidade, cf. HILGENDORF; Eric; VALERIUS, Brian. *Direito penal...Op. cit.*, p. 43, Rn. 34.

ela seja tão desfigurada por meio da sua flexibilização⁹⁶. Para evitar esse desconforto científico, tentarei apresentar alguns caminhos de concretização da *lex certa*.

O ponto de partida para compreender o problema é estar consciente de que o mandado de determinação não significa pormenorização da lei. Como esclarecem *Roxin/Greco*, isso teria a desvantagem de conduzir a uma rigidez indesejada, bem assim conduzir ao paradoxo da insegurança jurídica⁹⁷ ou, com outras palavras, a uma “indeterminação em razão da sobredeterminação”⁹⁸. Uma lei que está obrigada a regular todas as perguntas imagináveis seria extremamente confusa e, dada à sua extensão, pouco manejável⁹⁹. Isso não significa, por outro lado, como antecipei, que qualquer nível de determinação legal seja cientificamente aceitável; se assim fosse, determinar equivaleria à previsão legal e, nesse caso, não haveria razão lógica para distinção entre *lex scripta* e *lex certa*. É preciso, então, algum esforço argumentativo para tentar esclarecer a extensão do termo *determinação*¹⁰⁰.

Orientado, em primeira linha, para o legislador¹⁰¹, determinação significa – a princípio – que a técnica legislativa deve primar pela elaboração de leis capazes de expressar claramente aquilo que é proibido e quais as consequências jurídicas. É evidente que essa exigência não possibilita impor ao legislador exigências irrealizáveis – essas derivadas das barreiras linguísticas – como a certeza. Entretanto, e ao mesmo tempo, pode-se exigir que o legislador dê o melhor de si, isto é, que ele se esforce para alcançar a precisão mais elevada possível (**mandado de otimização**)¹⁰².

Contudo, quando a versão da lei não for tão clara, qual a solução?¹⁰³ A drástica declaração de inconstitucionalidade dos tipos penais? Essa opção, como antecipamos, parece bastante remota e também seria bastante drástica se a admitíssemos: muitos tipos – em especial

⁹⁶ Chamando atenção, cf. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *Reserva...Op. cit.*, p. 69.

⁹⁷ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht...Op. cit.*, § 5, Rn. 75a.

⁹⁸ MONTIEL, Juan P. *Estructuras...Op. cit.*, p. 17.

⁹⁹ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht...Op. cit.*, § 5, Rn. 75a.

¹⁰⁰ Sobre o tema, com investigação específica, entre outros, cf. KRAHL, Matthias. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (Art. 103 Abs. 2 GG). Frankfurt am Main: Lang, 1986; KUHLEN, Lothar. Zum Verhältnis...*Op. cit.*, p. 89 e ss; KUHLEN, Lothar. Aktuelle Probleme des Bestimmtheitsgrundsatzes. In: KUDLICH, Hans; MONTIEL, Juan Pablo; SCHUHR, Jan (Hrsg.). *Gesetzlichkeit und Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2012, p. 429 e ss; SOLAVAGIONE, Lucía. El mandato...*Op. cit.*, p. 207 e ss.

¹⁰¹ Assim, WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Strafrecht...Op. cit.*, p. 20, Rn. 72.

¹⁰² Exatamente assim, DANNECKER, Gerhard. § 1...*Op. cit.*, § 1, Rn. 195; WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Strafrecht...Op. cit.*, p. 20, Rn. 72. Para exemplos, na legislação brasileira, de violações à taxatividade, cf. BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. *Direito...Op. cit.*, p. 220-221.

¹⁰³ Para outros critérios, cf. SOLAVAGIONE, Lucía. *El mandato...Op. cit.*, p. 216-218.

na criminalidade econômica e do meio ambiente – não resistiram ao filtro da determinação. Para evitar que o cidadão fique refém das leis ruins, a concepção dinâmica da legalidade – fundada no modelo constitucional – fornece uma solução intermediária: argumenta-se que o mandado de determinação também está dirigido ao seu intérprete. Com efeito, como sustenta *Kuhlen*, a prevalência do legislador é somente cronológica, afinal, uma lei precisa ser promulgada antes de ser aplicada¹⁰⁴. Se concordamos com essa perspectiva e, de fato, ela nos parece a mais adequada, parece claro que caberá ao juiz penal, ainda que de modo subsidiário, contribuir para que se alcance o mais alto nível de precisão do tipo.

O BVerfG – Corte Constitucional alemã – teve a oportunidade de se manifestar sobre essa matéria e esclarecer que nos tipos penais redigidos de forma imprecisa, os juízes devem intervir para contribuir com a determinação do conteúdo daquilo que é proibido¹⁰⁵. Textualmente: os tribunais penais não podem incrementar a insegurança jurídica mediante interpretações amplas e pouco precisas, senão que devem superar as imprecisões existentes pela via da interpretação¹⁰⁶ – o que se convencionou chamar de **mandado de precisão** (*Präzisierungsgesetz*)¹⁰⁷. Em detalhes, a proposição para o intérprete nada mais é que um compromisso com o aprimoramento do tipo.

Em relação à determinação das consequências jurídicas – a pena – o diagnóstico é simples: em solo nacional, em regra, admitimos a determinação dos mínimos e máximos de pena (ex: art. 121, CP) e, excepcionalmente, toleramos a determinação somente do limite máximo (ex: art. 289, L. 4737/65).

A literatura costuma atribuir dupla função ao mandamento de clareza¹⁰⁸. Primeiro, uma *função subjetiva*. Alinhada com as ideias de prevenção geral da pena, a função subjetiva está consubstanciada no fato de que cada cidadão tem o direito de saber, do modo mais claro e preciso possível, quais condutas são ameaçadas com pena para que possam, à luz da previsão legal, conduzir o seu comportamento¹⁰⁹. No que diz respeito à *função objetiva*, o magistrado precisa estar sujeito à legislação e, para isso, é necessário que o legislador tenha determinado todas as condições essenciais de punibilidade.

¹⁰⁴ KUHLEN, Lothar. Zum Verhältnis...*Op. cit.*, p. 94.

¹⁰⁵ Sobre essa decisão, tomada no delito de infidelidade patrimonial, cf. LEITE, Alaor. *Proibição...Op. cit.*, p. 51.

¹⁰⁶ BVerfGE 126, 170.

¹⁰⁷ Sobre esse mandado, em concreto, cf. SOLAVAGIONE, Lucía. *El mandato...Op. cit.*, p. 220 e ss.

¹⁰⁸ BVerfGE 71, 108 (114); 73, 206 (234). Cfr. EISELE, Jörg. *Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht: Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand*. Tübingen: Mohr, 2004, p. 383 e ss.

¹⁰⁹ BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang; EISELE, Jörg. *Strafrecht...Op. cit.*, p. 133, Rn. 7.

De tudo o que se disse, é possível chegar à seguinte racionalização: é preciso admitir que os tipos penais possuem algum nível de indeterminação; subsidiariamente, portanto, caberá ao magistrado funcionar como o segundo filtro das incertezas do tipo. Esse papel complementar do magistrado não pode servir como muletas para o legislador, isto é, não o autoriza a elaborar tipos penais absurdamente imprecisos porque, nesse caso, não se poderá falar em filtro corretivo do magistrado. Veja-se, para ficar somente com alguns clássicos, os tradicionais e imprecisos tipos da mediação para satisfazer a lascívia de outrem (art. 227, CP) e o ato obsceno (art. 233, CP)¹¹⁰.

Boas leis implicam *custos*, resta saber o quanto o parlamento está disposto a arcar com esses ou adotar uma solução mais cômoda, ao transferir o problema para a jurisprudência. Em todo caso, ou a ciência assume essa postura de combate intransigente às leis penais imprecisas ou então não parece que o mandado de determinação estará em condições de restringir a força do Estado mais que o parágrafo canalha de *Beling* (1906)¹¹¹. De fato, a indeterminação das leis penais é o melhor caminho para o exercício da arbitrariedade porque, a um só tempo, ela a legitima e a camufla¹¹². Por isso, e se comecei esta seção com *Welzel*, sirvo-me das suas palavras para finalizar – a verdadeira ameaça ao princípio da legalidade não reside na analogia, senão nas leis penais indeterminadas¹¹³.

4. Conclusão

Como pretendi demonstrar neste curto trabalho, fica fora de dúvida a importância de se revisitarem os fundamentos básicos do princípio da legalidade. Essa é a missão que cabe à ciência com o objetivo de deixar bem claro os papéis entre quem legisla e quem julga. Por isso, valho-me da plástica e instrutiva metáfora de *Hirsch*, antigo presidente do BGH, que comparou o legislador a um compositor e o juiz a um pianista: ao pianista cabe interpretar a composição, de modo mais ou menos virtuoso; ele tem a sua liberdade, mas não está autorizado, jamais, a

¹¹⁰ Manejando exemplos semelhantes, cf. SOLAVAGIONE, Lucía. *El mandato...Op. cit.*, p. 215.

¹¹¹ BELING, Ernest v. *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 22: “Todo canalha será castigado...”.

¹¹² Como bem alerta Solavagione: “la indeterminación es la que permite, por ejemplo, que se castiguen conductas percibidas como inmorales pero cuya criminalización es ilegítima (por ausencia de lesión o puesta en peligro a un bien jurídico)...La amplia indeterminación de las disposiciones normativas es lo que ha permitido, entre otras cosas, que se haya perseguido y se persiga a los homosexuales.” SOLAVAGIONE, Lucía. *El mandato...Op. cit.*, p. 215.

¹¹³ WELZEL, Hans. *Strafrecht...Op. cit.*, p. 23.

alterar a composição¹¹⁴. Quanto à ciência? Bem, aos cientistas deve-se exigir que cumpram o seu papel de regentes dessa sinfonia.

5. Referências

ANDRADE, Manuel da Costa. O princípio constitucional *nullum crimen sine lege* e a analogia no campo das causas de justificação. In *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n. 3924 e 2925, 2001, p. 72-77 e p. 130-139.

BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BAUMAN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang; EISELE, Jörg. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking, 2016.

BOHNERT, Joachim. *Paul Johann Anselm Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht*. Heidelberg: Winter, 1982.

BYDLINSKI, Franz. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. Wien: Springer Verlag, 1982.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal: parte general*. 5 ed. Madrid: Tecnos, 1997, I.

DANNECKER, Gerhard. § 1. In: LAUFHÜTTE, Heinrich W.; RISSING-VAN SAAN, Ruth; TIEDEMANN, Klaus (Hrsg.). *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*. 12 Aufl. Berlin: de Gruyter, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. 3 ed. Coimbra: Gestlegal, 2019, t. I.

¹¹⁴ Textualmente: “Sucht man ein Bild, so passt meines Erachtens am ehesten das des Pianisten und Komponisten für das Verhältnis des Richters zum Gesetzgeber. Er interpretiert die Vorgaben, mehr oder weniger virtuos, er hat Spielräume, darf aber das Stück nicht verfälschen.” HIRSCH, Günther. *Zwischenruf - Der Richter wird's schon richten*. In: *ZRP* 2006, p. 161.

EISELE, Jörg. Die Regelbeispielmethode im Strafrecht: Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand. Tübingen: Mohr, 2004.

FEUERBACH, Paul J. A. v. Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts. 1801.

FISCHER, Thomas. Strafgesetzbuch. 66 Aufl. München: Beck, 2019.

FREUND, Georg; ROSTALKI, Frauke. Strafrecht Allgemeiner Teil. 3. Aufl. Berlin: Springer, 2019.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Concepto y método. Madrid: Tecnos, 2009.

GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública. São Paulo: Marcial Pons, 2021.

GRECO, Luís; ROXIN, Claus. Strafrecht. Allgemeiner Teil. 5 Aufl. München: Beck, 2019.

GROß, Bernd. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit faktischer Vertretungsorgane bei Kapitalgesellschaften. Berlin: Duncker & Humbolt, 2007.

GRÜNWARD, Gerald. Bedeutung und Begründung des Satzes „nulla poena sine lege“. In: ZStW 76, 1964, p. 1-18.

HASSEMER Winfried; KARGL, Walter. §1. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (Hrsg.). Nomos Kommentar Strafgesetzbuch. 5 Aufl. Baden-Baden: Nomos, t. I, 2017.

HECKER, Bernd. § 2. In: Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar. 29. Aufl. München: Beck, 2019.

HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito penal: parte geral*; trad. Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

HIRSCH, Günther. Zwischenruf – Der Richter wird's schon richten. In: ZRP 2006, p. 161.

HRUSCHKA, Joachim. Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts. In: Paeffgen, Hans-Ullrich (Dir.) *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humboldt, 2011.

JAKOBS, Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung. In: ZStW 97, 1985, p. 751-785.

JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. Aufl. New York: de Gruyter, 1991.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 5. Aufl. Berlin: Duncker & Humboldt, 1996.

KRAHL, Matthias. *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (Art. 103 Abs. 2 GG)*. Frankfurt am Main: Lang, 1986.

KREY, Volker. Gesetzestreue und Strafrecht – Schranken richterlicher Rechtsfortbildung, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Año 39, v. CI, sección 4, 1989, p. 838-873.

_____. *Keine Strafe ohne Gesetz*, Berlin: de Gruyter, 1983.

_____. *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 1977.

KUDLICH, Hans. Das Gesetzlichkeitsprinzip im deutschen Strafprozessrecht. In: KUDLICH, Hans; MONTIEL, Juan Pablo; SCHUHR, Jan (Hrsg.). *Gesetzlichkeit und Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2012, p. 233-254.

KUHLEN, Lothar. Zum Verhältnis vom Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot. In: DANNECKER, Gerhard; LANGER, Winrich; RANFT, Otfried; SCHMITZ, Roland; BRAMMSEN, Joerg (Hrsg.). Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag. Colonia: Heymann, 2007, pp. 89-105.

_____. Aktuelle Probleme des Bestimmtheitsgrundsatzes. In: KUDLICH, Hans; MONTIEL, Juan Pablo; SCHUHR, Jan (Hrsg.). Gesetzlichkeit und Strafrecht. Berlin: Duncker & Humblot, 2012.

_____. Zum Vertrauensschutz bei belastenden Rechtsprechungsänderungen. In: HRRS, 2012, n. 3, p. 114-116.

LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian. Strafgesetzbuch: StGB. 29 Aufl. München: Beck, 2018.

LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 3 Aufl. Berlin/Heidelberg: Springer, 1995.

LEITE, Alaor. Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial. In: Actas do Colóquio o direito penal e o tempo. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 43-87.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Lecciones de derecho penal. 3. Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

MEIER-HAYOZ, Arthur. Der Richter als Gesetzgeber – eine Besinnung auf die von den Gerichten befolgten Verfahrensgrundsätze im Bereiche der freien richterlichen Rechtsfindung gemäss Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches. Zurich: Juris, 1951.

MIR PUIG, Santiago. Derecho penal: parte general. 9 Ed. Barcelona: Reppertor, 2011.

MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. Coronavírus: um diagnóstico jurídico-penal. In: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/coronavirus-um-diagnostico-juridico-penal-23032020>.

MONTIEL, Juan Pablo. Estructuras analíticas del principio de legalidade. In: InDret – Revista para el análisis del derecho, n. 1, 2017, pp. 1-47.

_____. Grundlagen und Grenzen der Analogie in bonam partem im Strafrecht. Berlin: Duncker & Humboldt, 2014.

MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph. Juristische Methodik. 11 Aufl. München: Beck, 2013, B. I.

NAUCKE, Wolfgang. Die Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzlichkeit durch den relativistischen politisch aufgeladenen strafrechtlichen Positivismus. In: Naucke, Wolfgang. Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1999, p. 233-267.

NEUMANN, Ulfrid. Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte? In: ZStW 103, 1991, p. 331-356.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Reserva de ley, Principio de legalidad y Proceso penal. In: En Letra: Derecho Penal, Año 1, n. 1, 2015, pp. 42-92.

RANSIEK, Andreas. Gesetz und Lebenswirklichkeit. Heidelberg: R. v. Decker's Verlag, 1989.

RENGIER, Rudolf. Strafrecht. Allgemeiner Teil. 10 Aufl. München: Beck, 2018.

RÖHL, Klaus Friedrich; RÖHL, Hans Christian. Allgemeine Rechtslehre. 3 Aufl. München: Vahlen, 2008.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Strafrecht. Allgemeiner Teil. 5 Aufl. München: Beck, 2019.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard, Strafrecht, Allgemeiner Teil. 2. Aufl., Tübingen 1975.

_____. Strafrecht, Allgemeiner Teil. Studienbuch. Tübingen: Mohr Siebeck, 1990.

SCHMITT, R. Der Anwendungsbereich von § 1 Strafgesetzbuch (Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz). In: HERRMANN, Joachim. Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humbolt, 1985.

SCHREIBER, Hans Ludwig. Gesetz und Richter. Frankfurt am Main: Metzner 1976.

SCHÜNEMANN, Bernd. Nulla poena sine lege? – Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht. Berlin: de Gruyter, 1978.

SEELMANN, Kurt; DEMKO, Daniela. Rechtsphilosophie. 7 Aufl. München: Beck, 2019.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Aproximación al derecho penal contemporáneo. Barcelona: Bosch, 1992.

SOLAVAGIONE, Lucía. El mandato de determinación y el así llamado mandato de precisión: Un análisis a propósito del sistema alemán. In: Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 20, n. 80, p. 210-231, 2021.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Curso de Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

VIANA, Eduardo; OLIVEIRA QUAND, Gustavo de. Retroatividade de lei penal incriminadora? A propósito do julgamento do AgRg-REsp 1730341, que tratou da aplicação do artigo 215-A do CP. In: Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 18, n. 74, p. 81-98, 2019.

_____. MONTENEGRO, Lucas. Coronavírus: um diagnóstico jurídico-penal. In: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/coronavirus-um-diagnostico-juridico-penal-23032020>.

_____. GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas. O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública. São Paulo: Marcial Pons, 2021.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. Strafrecht. Allgemeiner Teil. 48 Aufl. Heidelberg: Müller, 2018.

ZIPPELIUS, Reinhold. Einführung in die Methodenlehre. 11 Aufl. München: Beck, 2012.