



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

ITHALLO VINÍCIUS RAGO GOMES

**O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SUAS INTERSECÇÕES COM OS PILARES
DA DOGMÁTICA PENAL: função de garantia, influxos na limitação do jus
puniendi estatal e inter-relação com os substratos do conceito analítico de crime**

RECIFE

2022

ITHALLO VINÍCIUS RAGO GOMES

**O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SUAS INTERSECÇÕES COM OS PILARES
DA DOGMÁTICA PENAL: função de garantia, influxos na limitação do jus
puniendi estatal e inter-relação com os substratos do conceito analítico de crime**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão.

Coorientador: Prof. Dr. Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas.

RECIFE

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Gomes, Ithallo Vinícius Rago.

O princípio da legalidade e suas intersecções com os pilares da dogmática penal: função de garantia, influxos na limitação do jus puniendi estatal e inter-relação com os substratos do conceito analítico de crime / Ithallo Vinícius Rago Gomes. - Recife, 2022.

43 p.

Orientador(a): Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

Coorientador(a): Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2022.

1. Direito Penal. 2. Princípio da Legalidade. 3. Bem Jurídico. 4. Crime. 5. Pena. I. Brandão, Cláudio Roberto Cintra Bezerra. (Orientação). II. Freitas, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes . (Coorientação). IV. Título.

340 CDD (22.ed.)

ITHALLO VINÍCIUS RAGO GOMES

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SUAS INTERSECÇÕES COM OS PILARES DA DOGMÁTICA PENAL: função de garantia, influxos na limitação do jus puniendi estatal e inter-relação com os substratos do conceito analítico de crime

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em: 13/05/2022

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão (Orientador)

Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas (Coorientador)

Universidade Federal de Pernambuco

Prof^a. Dra. Maria Carolina de Melo Amorim (Examinadora Externa)

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, aos meus pais, avós, irmãs, tios, padrinhos, professores e aos amigos que sempre acreditaram em mim e se esforçaram para eu conseguir tudo que estou conquistando hoje.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por nunca deixar faltar bom ânimo na trajetória e por me dar, com toda certeza, mais do que efetivamente preciso e mereço. Aos meus pais, Carlos e Evania, por moldarem meu caráter, ensinando os ideais de justiça e a diferença entre o certo e o errado muito antes de ter a oportunidade de assistir minha primeira aula na Faculdade de Direito do Recife.

Aos meus avós, que torcem por mim tanto neste plano, quanto em outro, destes a saudade já toma a dimensão o amor que sinto. Às minhas irmãs, Ingrid e Nathalya, pelo amor e por me mostrarem que posso viver de forma mais leve, sem descuidar de minhas responsabilidades. Aos meus padrinhos, Ricardo e Laura, por todo apoio, incentivo e amor.

A Osvaldo Bittencourt de Andrade Neto, um segundo pai, a quem devo uma das conversas mais esclarecedoras que já tive, diretamente responsável por me fazer escolher cursar Direito. Aos meus tios e tias, especialmente Evanilma, Elisangela e Edva, por me acolherem como um filho. A Amaro Enildo e Simone, pelos inúmeros ensinamentos que não estão nos livros.

Ao Ministério Público de Pernambuco (MPPE), minha segunda casa, órgão que aprendi a amar e onde encontrei meu propósito de vida. Me despeço, saudoso, dos afazeres de estagiário, buscando, em breve, retornar como Promotor de Justiça. Gratidão pelos ensinamentos e oportunidades: Jouberty Emersson Rodrigues de Sousa, Vinícius Costa e Silva, Diego Pessoa Costa Reis, Isabel de Lizandra Penha Alves, Wagner Alves Matias de Souza, Desantis Farias, Rosângela Furtado Padela Alvarenga, Saulo Gonçalo Brasileiro, Maria Carolina Miranda Jucá Cavalcanti e Mário Lima Costa Gomes de Barros, hoje sei que com grandes poderes vêm grandes responsabilidades.

Aos meus professores, monitorandos, colegas da FDR e da UFPECrim, especialmente Vinícius Rocha e Rodrigo Moreno, pois trago comigo um pouco da essência de cada um, mas, em especial, aos professores Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas, Maria Carolina de Melo Amorim, Luciana de Lavor Nunes e Alba Babosa Lopes por acreditarem em mim e no meu trabalho. Aos meus amigos, sobretudo, aos que chamo de irmãos: Dayvid Ruan, José Alves, Caique Telles, José Alexandre e Ítalo Magalhães. Por fim, a todos que direta ou indiretamente contribuíram com este trabalho.

“Mas aqueles que esperam no Senhor renovam as suas forças. Voam alto como águias; correm e não ficam exaustos, andam e não se cansam.”

(Isaiás 40:31, Bíblia Sagrada).

RESUMO

Uma vez que o Direito Penal possibilita as mais graves ingerências na esfera da liberdade humana admitidas pelo ordenamento jurídico, se faz necessário circundar limites contra o seu abuso. O princípio da preferência e reserva da lei se encontra, em face disto, mais enraizado no Direito Penal que em qualquer outra parte do direito vigente. Em decorrência disto, propomos, neste ensaio, um estudo amplo acerca da legalidade, baseado em um quadripé: a construção da noção de bem jurídico como sedimentador da legalidade; a teoria da coação psicológica e a função de prevenção da lei penal; o garantismo penal como consequência necessária da legalidade penal; e o princípio da legalidade compreendido à luz dos substratos do conceito analítico de crime. Sem embargo, em face do quadripé posto acima, é crível arguir a intersecção deste trabalho com os três grandes pilares que sustentam a dogmática penal: a teoria da pena, a teoria do crime e a teoria da lei penal.

Palavras-chave: Direito Penal; Bem jurídico; Crime; Pena.

ABSTRACT

Taking into consideration that criminal law is responsible for the most serious interference in the sphere of human freedom accepted by the legal system, it is necessary to circumvent limits against its abuse. The principle of preference and the law is, on the face of it, more rooted in criminal law than in any other part of the current Law. As a result, we propose, in this essay, a broad study about legality, based on a quadripod: the construction of the concept of legal goods considered as basic for legality; the theory of psychological coercion and the function of prevention of criminal law; criminal garantism as a corollary of legality; and the principle of legality understood in the analytical concept of crime. That notwithstanding, in the face of quadripod post above, it is reasonable to argue the intersection of this work with the three major pillars underpinning the criminal dogmatics: penalty theory, crime theory and criminal law theory.

Keywords: Criminal Law; Legal Good; Crime; Penalty.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A LIMITAÇÃO DO JUS PUNIENDI ESTATAL ENQUANTO ANTECEDENTE NECESSÁRIO À NOÇÃO DE LEGALIDADE NO DIREITO PENAL	13
3	A SISTEMATIZAÇÃO JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: A CONSTRUÇÃO DA TEORIA DA COAÇÃO PSICOLÓGICA	16
4	OS DESDOBRAMENTOS LÓGICOS DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SUAS INTERSECÇÕES COM A TEORIA DO GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI	19
4.1	Legalidade, proporcionalidade e garantismo penal: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot).....	21
4.2	A base principiológica do Direito Penal e suas intersecções com os 10 axiomas do garantismo penal	23
4.3	O princípio da Legalidade e a relação com os 10 axiomas do garantismo penal: a função de garantia da lei penal.....	26
5	A CONSTRUÇÃO DO MÉTODO DO DIREITO PENAL: A LEGALIDADE COMO LIMITE NEGATIVO E O LIMITE POSITIVO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	30
6	O LIAME IDEAL ENTRE A LEGALIDADE PENAL E OS SUBSTRATOS DO CONCEITO ANALÍTICO ESTRATIFICADO DE CRIME À LUZ DA TEORIA FINALISTA DA AÇÃO.....	35
7	CONCLUSÃO.....	39
	REFERÊNCIAS.....	41

1 INTRODUÇÃO

Tomando como marco teórico a noção de legalidade enquanto limitadora do *jus puniendi* estatal, pretende-se desenvolver um trabalho investigativo de análise das construções dogmáticas do direito penal, levando em consideração aspectos teóricos e práticos da atividade dogmática do jurista no âmbito da teoria jurídica do crime, teoria da pena e teoria da lei penal, mais precisamente, no que concerne à base principiológica da legalidade penal.

A análise consiste em observar a influência do princípio da legalidade na limitação poder-dever de punir do Estado. A terminologia poder-dever foi adotada no sentido de que a tradução livre de *jus puniendi* implica uma alusão ao direito de punir. Não obstante, é incongruente, para nós, pensar em um direito subjetivo do Estado que suprime tão violentamente direitos subjetivos constitucionais de outrem, por isso, quando o termo *jus puniendi* é empregado neste ensaio, é no sentido de poder-dever de punir e não simplesmente direito de punir, despido de um emprego terminológico crítico (BRANDÃO, 2008, p. 12).

De mais a mais, os influxos da legalidade na construção dogmática penal perpassam pela própria noção de limitação ao poder punitivo do Estado. Ora, a ideia de direito penal é indissociável da ideia de violência (HASSEMER; MUNÖZ CONDE, 1989, p. 20). Tal premissa é compreendida ao vislumbrarmos o que diferencia esse peculiar ramo do direito dos demais, sua consequência jurídica, a pena. Para Santiago Mir Puig, a pena, sem dúvidas, é um dos instrumentos mais característicos postos a disposição do Estado para impor suas normas, a funcionalidade da pena, por isso mesmo, depende, em última análise, do que é atribuído ao Estado, sobretudo a um Estado Democrático de Direito (MIR PUIG, 1994, p. 29).

Com efeito, sabendo que a consequência penal se manifesta por intermédio da violência, que se exterioriza na pena, a violência antes de aplicada deve ser legitimada, guardando a devida proporção de seus pressupostos, uma estrita proporcionalidade entre a culpabilidade e a expiação do autor do delito (MAURACH, 1962, p. 111). A legitimação da violência penal perpassa pela limitação do *jus puniendi* estatal. Ora, o Direito Penal penetra de forma tão profunda na liberdade, honra, patrimônio e vida dos homens que se faz imperioso circundar suas ações com garantias especiais, pautadas em uma intervenção mínima (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 134); (MEZGER, 1958, p. 62). Na feliz expressão de Paulo José da Costa Junior, o Direito Penal deve representar a *ultima ratio*, “a derradeira trincheira no combate aos comportamentos humanos indesejados” (COSTA JÚNIOR, 2009, p. 51).

Nesse sentido, o século XIX trouxe consigo o desenvolvimento de uma dogmática

voltada a limitação do poder punitivo do Estado, que desaguou, a posteriori, na noção de garantismo penal e na consolidação da base principiológica norteadora e limitadora do Direito Penal, mais especificamente, em nosso caso, o princípio da legalidade (HASSEMER; MUNÕZ CONDE, 1989, p. 20). Com efeito, pretende-se investigar em que medida e de que maneira o princípio da legalidade atua enquanto barreira normativa limítrofe do *jus puniendi* estatal e qual o seu lastro de atuação para a construção de um direito penal que apenas se reveste de legitimidade ao tutelar bens jurídicos fundamentais, eis o nosso objetivo geral.

Para tanto, precisamos compreender a relação necessária entre o princípio da legalidade e os substratos formadores do conceito estratificado de delito (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015): tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, mas não apenas, porquanto defendemos a hipótese de que o princípio da legalidade estabelece uma intersecção não só com os substratos do crime, mas com os três grandes pilares sustentáculos da dogmática penal: a teoria da lei penal, a teoria do crime e a teoria da pena.

De forma a subsidiar essa hipótese, optou-se por uma construção que tem como pano de fundo os 3 (três) pilares da dogmática penal: a teoria da lei penal, a teoria do crime e a teoria da pena, perpassando alguns eixos desenvolvidos, são eles: a noção de bem jurídico, a teoria da coação psicológica, o garantismo penal e o método do Direito Penal, viabilizando demonstrar que a noção de legalidade intersecciona não apenas os referidos pilares dogmáticos do direito penal, mas os substratos do conceito analítico de crime, à luz da teoria finalista da ação, sendo esta demonstração o nosso objetivo específico.

O primeiro capítulo se desenvolve em torno de compreender as raízes históricas que forjaram a ideia de legalidade, apontando marcos e influxos que desencadearam na construção da ideia de bem jurídico e como tal conceito fornece contornos de legitimidade ao exercício do poder-dever de punir do Estado.

No segundo capítulo, a partir do desenvolvimento da teoria da coação psicológica, extraímos a noção de taxatividade e os consectários lógicos do princípio da legalidade, aplicáveis à teoria da pena, a saber: *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine crimine* e *nullum crimen sine poena legali*, que serão objeto de uma análise mais pormenorizada no capítulo 3, quando adentrarmos no garantismo penal, sob a perspectiva teórica de Luigi Ferrajoli.

No terceiro capítulo, já com as noções basilares de bem jurídico e a consequente limitação ao *jus puniendi* delimitadas, passamos à análise do princípio da legalidade à luz da teoria do garantismo penal, ocasião em que retomaremos essas noções de modo mais verticalizado. Adentraremos na estrutura normativa do tipo penal e seus consectários, abordando validade, eficácia e a distinção entre a inconstitucionalidade formal e material das

leis penais; desdobraremos o princípio da proporcionalidade, sob o viés da proibição do excesso (*Übermassverbot*) e da proibição à proteção deficiente (*Untermassverbot*), trazendo à lume a perspectiva pós-positivista, bem como demonstraremos a ligação entre os 10 axiomas do garantismo penal e o princípio da legalidade.

Essa perspectiva pós-positivista que inserimos no capítulo 3 é exatamente o marco teórico que estabelece o giro epistemológico do método clássico silogístico do Direito Penal para o método tópico-hermenêutico, objeto de análise pormenorizada no capítulo 4, no qual abordamos a construção de um novo método do direito penal, sendo a legalidade limite negativo das decisões judiciais e a dignidade da pessoa humana o limite positivo.

Por fim, a partir da construção de um novo método do direito penal, sob o enfoque pós-positivista, não era mais crível enxergar a noção de legalidade de forma microscópica, cingindo-a ao estudo da teoria da lei penal, pois, conforme sobejamente demonstrado no decorrer dos capítulos, o princípio da legalidade intersecciona também a teoria da pena e a teoria do crime e não apenas à teoria da lei penal. Dentro da teoria do delito, o capítulo 5 desenvolve o liame entre a legalidade penal e os substratos do conceito analítico de crime à luz da teoria finalista da ação.

2 A LIMITAÇÃO DO JUS PUNIENDI ESTATAL ENQUANTO ANTECEDENTE NECESSÁRIO À NOÇÃO DE LEGALIDADE NO DIREITO PENAL

A ideia de direito penal é, pois, indissociável da ideia de violência (HASSEMER; MUNÕZ CONDE, 1989, p. 20). Tal premissa é verificável ao vislumbrarmos o que diferencia esse peculiar ramo do direito dos demais, sua consequência jurídica, a pena.

Com efeito, sabendo que a consequência penal se manifesta por intermédio da violência, que se exterioriza na pena, a violência antes de aplicada deve ser legitimada, guardando a devida proporção de seus pressupostos, uma estrita proporcionalidade entre a culpabilidade e a expiação (MAURACH, 1962, p. 111). A legitimação da violência penal perpassa pela limitação do *jus puniendi* estatal. Ora, o Direito Penal penetra de forma tão profunda na liberdade, honra, patrimônio e vida dos homens que se faz imperioso circundar suas ações com garantias especiais, pautadas em uma intervenção mínima (MEZGER, 1958, p. 62). Na feliz expressão de Paulo José da Costa Junior, o Direito Penal deve representar a *ultima ratio*, “a derradeira trincheira no combate aos comportamentos humanos indesejados” (COSTA JÚNIOR, 2009, p. 51).

Nesse sentido, o século XIX trouxe consigo o desenvolvimento de uma dogmática voltada a limitação do poder punitivo do Estado, que desaguou, a posteriori, na consolidação da base principiológica norteadora e limitadora do Direito Penal, mais especificamente, em nosso caso, o princípio da legalidade (HASSEMER; MUNÕZ CONDE, 1989, p. 20).

Não obstante a dogmática que fora desenvolvida no século XIX, devemos, pois, pontuar os antecedentes necessários, que solidificaram o gérmen embrionário de uma, por nós denominada, “legalidade primitiva”. Francisco Muñoz Conde busca o primeiro precedente no Direito Romano, mais precisamente, em um texto de autoria de Ulpiano, coletado no Digesto, cuja redação: “*Poena non irrogatur, nisi quae quoque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est*”, traduzindo livremente: “não se impõe pena, salvo se a lei ou qualquer outro direito especial estabeleça um delito”. Ora, a interpretação desse preceito não é unívoca, podendo provocar hermenêuticas distintas (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 138).

Mezger costuma assinalar a Magna Carta Inglesa, datada de 1215, como o primeiro documento mencionador da expressão: “não há pena sem lei” (MEZGER, 1958, p. 63). Nos lembra, ainda, Luis Jiménez de Asúa que o artigo 39 da Magna Carta Inglesa ressalvava a pena contra os homens livres: “*Nullus liber patietur poenam, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legen terrae*”. Traduzindo, pois, temos: “Nenhum homem livre sofrerá pena, exceto pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra”(JIMÉNEZ DE ASÚA, 1997, p. 98).

Com o advento das revoluções no continente europeu, em *stricto sensu*, da Reforma

Protestante, ocorreu um alto fluxo emigratório da Inglaterra com destino à América do Norte, mais precisamente as 13 colônias, que deram origem aos EUA. Jiménez de Asúa, com sua precisão costumeira, assinala que os emigrantes ingleses levaram consigo o gérmen embrionário do princípio da legalidade, presente na Magna Carta Inglesa e o consagraram na Declaração de Direitos do Homem da Filadélfia (1774) (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1997, p. 98). Posteriormente, tal princípio fora adotado pela Revolução Francesa, na Declaração de Direitos do Homem (1789)¹, por influência doutrinária de Charles-Louis de Secondat, o barão de Montesquieu, com a divisão de poderes, e pelos ideais iluministas de Rousseau e Beccaria, que àquele tempo já escreveria que: “Somente as leis podem decretar penas a cada delito e esse direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa a sociedade e o contrato social” (BECCARIA, 2007, p. 20).

Sem embargo, nos adverte Mezger que mesmo em se tratando de documentos temporais distintos, a Declaração de Direitos do Homem, da Filadélfia (1774), e a Declaração de Direitos do Homem, da Revolução Francesa (1789), se vinculam ao mesmo pilar normativo: o artigo 39 da Magna Carta Inglesa, entendido por ambos os documentos com o sentido: “*Nullum crimen, nulla poena sine lege*”, que penetrou cada vez mais na consciência jurídico-penal do mundo ocidental (MEZGER, 1958, p. 63). A título de exemplo, podemos fazer menção ao Código Penal Austríaco – Josefino (José II, 1787), que inspirado nos ideais de Beccaria realizou uma sistematização dos delitos a partir da gravidade, a substituição da pena capital pela privação de liberdade e pelas penas corporais e a adoção do princípio da reserva legal, em um texto, diga-se de passagem, progressivo para a época (FREITAS, 2001, p. 67-68).

Visualizadas as premissas elencadas acima, podemos tecer, agora, considerações acerca do marco temporal dogmático do século XIX. De início, é de se constatar que ele representa na figura do direito penal moderno um desdobramento lógico da influência do movimento iluminista, difundido por toda Europa. Na lição de Hobsbawm, na base do movimento iluminista estaria, pois, a racionalidade, a razão que guiaria os rumos da sociedade. O iluminismo, nesse espeque, foi um movimento de cunho filosófico-político do século XVIII, que forneceu arcabouço argumentativo de tal escala a ponto de modificar raízes sociais e de influenciar no campo das ciências jurídicas, não por outro motivo o idioma revolucionário iluminista se transmutou na linguagem geral de todos os movimentos sociais subsequentes,

¹ O artigo 4º da Declaração de Direitos do Homem (1789) dizia: “La loi ne doit établir que les 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. Traduzindo, pois: “A lei deve apenas estabelecer sentenças que sejam estrita e obviamente necessárias, e ninguém pode ser punido exceto em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do crime e legalmente aplicada”.

transmitindo a ideia de secularismo (HOBBSAWM, 2015, p. 409).

Com efeito, a alopoiese do sistema social, que vivenciava o “contexto das luzes”, forçou uma abertura cognitiva do direito aos ideais iluministas. Quando os ideais iluministas e liberais permearam o Direito Penal, uma preocupação notável era acerca do objeto da tutela penal. Isto posto, a que fim serviria o Direito Penal? Dessa sorte, o conceito de bem jurídico se forjou em face das divergências ainda no século XIX sobre a função do Direito Penal (BRANDÃO, 2015, p. 09). Ter uma noção clara do que seja bem jurídico perpassa pelo problema da legitimidade do Direito Penal. Ora, o Direito Penal tão somente ganha legitimidade quando está revestido da função de tutelar bens jurídicos. Na lição de Claus Roxin, bens jurídicos são os bens ideais, incorporados ao objeto concreto do ataque (ROXIN, 1997, p. 63). São as “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos” (ROXIN, 2009, p. 19).

Portanto, podemos afirmar que o “princípio da intervenção legalizada”, expressão cunhada por Muñoz Conde, (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 138) trata-se de uma conquista da ideologia liberal dos séculos XVIII e XIX, que por intermédio do movimento iluminista do século XVIII e da construção e desenvolvimento do conceito de bem jurídico no século XIX, limitaram e legitimaram o exercício do *jus puniendi* estatal, estabelecendo raias de atuação balizadas pelo império da lei.

Nesse espeque, compreendidas as raízes históricas que forjaram a ideia de legalidade, apontando os marcos e influxos que desencadearam na construção da ideia de bem jurídico e como tal conceito forneceu os contornos de legitimidade ao exercício do poder-dever de punir do Estado, podemos analisar por quais meios o Estado coage psicologicamente os indivíduos a não cometerem crimes, nos valendo, para isso, de um estudo preliminar do tipo penal, que abrange a noção de taxatividade e os consectários lógicos do princípio da legalidade, aplicáveis a teoria da pena, a saber: *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine crimine* e *nullum crimen sine poena legali*, que serão objeto de uma análise mais pormenorizada no capítulo 3, quando adentrarmos no garantismo penal, sob a perspectiva teórica de Luigi Ferrajoli.

3 A SISTEMATIZAÇÃO JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: A CONSTRUÇÃO DA TEORIA DA COAÇÃO PSICOLÓGICA

O Direito Penal moderno deriva seus pressupostos basilares das teses iluministas, no que concerne o direito e o Estado. Tal premissa pode ser vislumbrada a partir da concepção do chamado “estado de natureza”. Ora, sendo o Direito Penal um conjunto de normas que restringem a vida, a integridade e a liberdade humana através dos tempos, por óbvio sopesou sobre este ramo do ordenamento jurídico o fato de que passou-se a considerar o Estado, no desempenhar de suas funções, em sendo fruto de um contrato social, formulado de modo a garantir liberdade, igualdades civis e propriedade privada. Ademais, o reconhecimento da existência de um direito natural democrático, fincou as bases para admitir que o Direito Penal, em sendo um direito posto estatal e, conseqüentemente, inferior ao direito natural, teria enquanto desiderato a garantia dos direitos humanos do homem e do cidadão, sendo legítima sua utilização apenas para punir dentro de certos limites necessários à preservação desses mesmos direitos (FREITAS, 2001, p. 65).

Feita essa abordagem introdutória, mister é pontuar que o contexto iluminista, além de nortear o direito penal moderno, foi prerrogativa fundamental para a noção jurídica de legalidade. Cláudio Brandão nos adverte que foi no final do século XVIII, com a obra de Beccaria: “Dos delitos e das penas”, que se propôs o princípio da legalidade. Não obstante, a sistematização jurídica desse princípio se deu com Anselm von Feuerbach, mais precisamente com o desenvolvimento da teoria da coação psicológica, que será desdobrada neste tópico, em parágrafos supervenientes (BRANDÃO, 2015, p. 03).

Anselm von Feuerbach seguiu o caminho da filosofia criticista, todavia, afastou-se de Kant. Essa prerrogativa pode ser identificada tomando enquanto pressuposto a noção de direito subjetivo, importante antecedente para desdobrarmos adiante o princípio da legalidade e a teoria da coação psicológica. Para Kant, os direitos subjetivos seriam averiguados por intermédio dos direitos morais. Ora, se o imperativo categórico (dever moral) nos vincula a respeitar o outro como um fim em si mesmo, a partir desse dever de respeito, descobrimos o direito subjetivo a ser considerado, como um fim em nós mesmos. Nesse sentido, quando o dever moral do outro deixa de ser garantido pelo Estado, desaparecerá o direito subjetivo a exigir o respeito de fim em si mesmo que nos assiste. Devido a isso, Kant se posicionava contrário a possibilidade do direito de rebelião ou de resistência ao erário, o que adequava sua tese em sendo favorável a um despotismo ilustrado (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2015, p. 244).

Da crítica de Feuerbach que fora dirigida a Kant, urge a noção de direito subjetivo que

balizará a teoria da coação psicológica. Para Feuerbach, os direitos subjetivos a nós pertencentes não são reconhecidos pela razão prática daquele que é obrigado a respeitar-nos como pretendia Kant, mas se encontram na própria razão prática do titular desses direitos. Com efeito, Feuerbach advoga que ao lado de uma razão prática moral coexiste uma razão prática jurídica. Enquanto a razão prática moral imputa quais são os deveres morais, a razão prática jurídica indica quais são os direitos subjetivos a nós pertencentes. Dessas prerrogativas, extraímos que Kant considerava o Estado como criador da condição jurídica, enquanto Feuerbach o tinha enquanto um instrumento tutelar de direitos preexistentes à sua figura. Devido a isto, Zaffaroni considera Feuerbach em sendo um contratualista, ainda que ele reconhecesse no contratualismo o trivial valor de um símbolo explicativo (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2015, p. 244).

Partindo da noção de direito subjetivo elencada por Anselm von Feuerbach, seu giro dogmático conceitual inicialmente procurou apresentar o objeto de tutela do direito penal, gravitando em torno do fim que ele atribuiu a esse ramo do ordenamento jurídico. Para Feuerbach, a função do direito penal se traduz em tutelar direitos externos, em *stricto sensu*, os direitos subjetivos. Na lição de Cláudio Brandão, os direitos subjetivos são os conjuntos de direitos privados/individuais, atribuídos às pessoas que guardam sua titularidade (BRANDÃO, 2015, p. 09). Nesse turno, a pena prevista na lei penal deveria, pois, ter o condão de evitar a violação de direitos subjetivos, evitar a lesão jurídica a um direito subjetivo de outrem. Com efeito, Feuerbach afirmava que toda pena jurídica dentro do Estado é a consequência jurídica fundada na necessidade de preservar direitos externos (direitos subjetivos) de uma lesão jurídica e de uma lei que comine um mal sensível (FEUERBACH, 1989, p. 63).

Nessa base axiológica, desenvolve-se sua teoria da pena, tendo enquanto pressuposto a coação psicológica. Para Feuerbach, a pena é aplicada em face de um fato consumado e passado, tendo por objeto a contenção de todos os cidadãos, a fim de que não cometam infrações penais, ou seja, a pena almeja coagi-los psicologicamente. Com efeito, além da cominação da pena se faz necessária sua execução e, é claro, o nexó do mal com o delito, feito por meio de uma lei, de modo a não lesar direitos de ninguém, pois a ameaça abstrata opera tão somente quando tenham sido lesados os direitos subjetivos, criando a certeza de que a pena se seguira ao delito. Para tanto, isto é, para que a pena atue enquanto coação psicológica é necessário, pois, de acordo com Feuerbach, que a pena seja certa e não indefinida (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2015, p. 245).

Como desdobramento lógico das premissas elencadas acima, a teoria da coação psicológica está intimamente relacionada com as expressões: *nulla poena sine lege, nulla poena*

sine crimine, e *nullum crimen sine poena legali*. Ora, para que a pena cumpra sua função de coação psicológica, o crime e sua respectiva penalidade devem ser definidas na lei, vez que para a ameaça e o efeito intimidante recaia de forma efetiva, o ameaçado deve, pois, saber o que está sendo dito e com o que está sendo coagido (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1997, p. 97). Nos adverte, ainda, Jimenez de Asúa, que é da teoria da prevenção que Feuerbach deduz o “mais alto princípio do Direito Penal”. Nas palavras de Feuerbach: “toda pena jurídica dentro do Estado é a consequência jurídica de uma lei fundada na necessidade de preservar direitos externos (direitos subjetivos) de uma lesão jurídica e de uma lei que comine um mal sensível” (FEUERBACH, 1989, p. 63).

Desse denominado princípio mais elevado, podemos retirar algumas máximas, quais sejam: I. A existência de uma pena supõe uma lei penal anterior (*nulla poena sine lege*), pois só a ameaça do mal pela lei fundamenta o conceito e a possibilidade jurídica de uma pena. II. A existência de uma pena está condicionada pela existência de uma ação ameaçada (*nulla poena sine crimine*), pois a pena cominada pressupõe um nexó necessário, relação de subsunção entre a lei e o ato praticado. III. O ato legalmente ameaçado está condicionado a uma pena legal (*nullum crimen sine poena legali*), pois o mal da pena, consequência jurídica, deve estar ligado à lesão jurídica concreta por intermédio de lei.

O desdobramento dos princípios supracitados serão objeto de uma análise mais pormenorizada no próximo capítulo, sob a perspectiva teórica do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, ocasião em que verticalizaremos a referida base principiológica e adentraremos na estrutura normativa do tipo penal e seus consectários, abordando validade, eficácia e a distinção entre a inconstitucionalidade formal e material das leis penais. Desdobraremos, ainda, o princípio da proporcionalidade, sob o viés da proibição do excesso (*Übermassverbot*) e da proibição à proteção deficiente (*Untermassverbot*), trazendo à lume a perspectiva pós-positivista, e demonstraremos a ligação entre os 10 axiomas do garantismo penal, o princípio da legalidade e a função de garantia.

4 OS DESDOBRAMENTOS LÓGICOS DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SUAS INTERSECÇÕES COM A TEORIA DO GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI

Nas palavras de Luigi Ferrajoli, o garantismo penal, quando entendido no sentido de Estado Constitucional de Direito, reflete um conjunto de vínculos e regras racionalmente impostas a todos os poderes na tutela dos direitos de todos, representando a condição remediadora ante os poderes selvagens (FERRAJOLI, 2000, p. 132). Ora, a Constituição desde a ideia liberal de limites negativos, pautadas no valor fonte liberdade, resguarda os indivíduos da arrogância, prepotência e ingerência estatal, pois um Estado de Direito deve proteger os indivíduos não apenas mediante o direito penal, mas também do próprio direito penal (ROXIN, 1997, p. 137).

Não obstante, se faz necessário compreender, de plano, que a garantia para Ferrajoli é gênero, do qual se desdobram duas espécies, a saber: garantias primárias; e garantias secundárias. As garantias primárias representam os limites e vínculos normativos, tratando-se de verdadeiras proibições e obrigações impostas na tutela de direitos fundamentais, ao exercício dos poderes. Observemos que as garantias primárias perpassam tanto pelo viés formal, quanto pelo viés substancial, de modo a evitar a lesão a certos direitos com uma proteção dupla. Por sua vez, as garantias secundárias são reparadoras, isto é, pressupõem a violação das garantias primárias, entrando nessa órbita, a título de exemplo, a anulação de atos ilegais (FERRAJOLI, 2000, p. 132).

Sem embargo, percebe-se que a estruturação das garantias em duas grandes classes é fundamental no pressuposto da dupla garantia e se entrelaça com a função limitadora do *jus puniendi* estatal veiculada pela legalidade penal, na medida em que as noções não se sobrepõem, mas se complementam. Ora, estratificando a legalidade extraímos a anterioridade da lei penal e a noção de reserva legal, mas tais pressupostos não bastam em si mesmos. Ou seja, não basta que a lei penal seja anterior ao fato praticado e nem que guarde consonância com o processo legislativo, assumindo a roupagem da lei em sentido estrito e respeitando a cláusula da reserva legal. Pois, mesmo diante destas garantias de ordem primária, que se traduzem em limites e vínculos normativos que o Estado está adstrito no exercício do *jus puniendi*, estaríamos sujeitos às violações em eventuais excessos cometidos pelo ente estatal. De sorte que seria necessário invocar as garantias secundárias, as denominadas reparadoras, visando anular os atos ilegais emanados pelo Estado no exercício do seu poder-dever de punir.

Com efeito, no modelo constitucional garantista a validade já não é um dogma associado à mera existência formal da lei, senão uma qualidade material, de conteúdo, que precisa guardar

consonância com a Constituição (FERRAJOLI, 2001, p. 25-27). Nesse sentido, torna-se necessário fazer uma distinção entre validade e eficácia, pois, ontologicamente, não se confundem. Na precisa lição de Tercio Sampaio Ferraz Junior, validade trata-se de uma qualidade da norma que designa a pertinência desta ao ordenamento, por terem sido observadas condições formais e materiais em sua produção e conseqüente integração ao sistema. De outra banda, a eficácia é uma qualidade da norma, no que tange à possibilidade de produção concreta de efeitos, pois estão presentes as condições fáticas exigíveis para observância, espontânea ou imposta, ou para a satisfação dos objetivos visados (efetividade ou eficácia social), ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para tal aplicação (eficácia técnica) (FERRAZ JR, 2015, p. 163).

Sem embargo, o que nos interessa, nesse momento, é a validade em seu viés material. Ora, a lei penal pode se sujeitar aos ditames da anterioridade e da reserva legal, sem que, necessariamente, cumpra requisitos substanciais de pertinência com a ordem constitucional. Por isso, defendemos, aqui, o uso de alguns filtros de violações às garantias primárias. Ferrajoli utiliza como remédio imediato as garantias secundárias, que só se fazem presentes em face das violações as garantias primárias, e visam anular atos vetores dessa violação. Um outro remédio possível seria a declaração de inconstitucionalidade da lei penal nessas circunstâncias, todavia, em ambos os casos, poderíamos ter excessos do poder punitivo estatal no período vigência da norma, entendida aqui como a qualidade que diz respeito ao tempo de validade da norma atrelada ao seu vigor (força vinculante e de império normativo) (FERRAZ JR, 2015, p. 163-164).

Devido a essa possibilidade de produção de efeitos lesivos no período de vigência normativa da lei penal formalmente legal, mas substancialmente contrária aos limites e vínculos normativos esteiradas nas garantias primárias, devemos aplicar mais um filtro que se soma à Constituição como parâmetro de validade. Tratam-se dos Tratados Internacionais, mais especificamente, os que versem sobre direitos humanos, não incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro pelo rito especial. Estes, a par de não ingressarem no denominado bloco de constitucionalidade, viabilizam um controle de convencionalidade das leis. Nesse ínterim, as leis, sobretudo, as que versem acerca de matéria penal, estariam sujeitas a um processo de dupla compatibilização vertical, devendo se sujeitar não só aos ditames da Carta Magna, mas aos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico sem passar pelo rito especial (MAZZUOLI, 2013).

4.1 Legalidade, proporcionalidade e garantismo penal: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot)

A teoria do garantismo penal se propõe, antes de mais nada, a balizar critérios mais racionais e cívicos no que concerne à intervenção penal. De modo que deslegitima, em sua gênese, a visão maniqueísta que coloca um *tradeoff* entre a defesa social, no que tange a paz pública e os direitos e garantias individuais. Ora, trata-se, em verdade, de um conflito de bens jurídicos. Na expressão de Dworkin, os denominados *hard cases* (DWORKIN, 2001). Estes, devem ser solucionados não pela sobreposição, mas pela técnica de ponderação.

Robert Alexy parte de algumas premissas basilares para que o sopesamento principiológico seja possível, a saber: os direitos fundamentais, por vezes, tem estrutura de princípios, sendo, em verdade, mandamentos de otimização. Estes mandamentos de otimização, por sua vez, podem ser satisfeitos em diversos graus, mediante a análise das possibilidades jurídicas. A segunda premissa é de que em um modelo constitucional garantista, é recorrente a colisão entre princípios, todavia, essa colisão se distingue da colisão entre as regras jurídicas. A colisão entre regras jurídicas resolve-se pela supressão de uma ou outra regra conflitante, o que não ocorre no caso da colisão entre princípios. Nesta última hipótese, fala-se em relativização principiológica e é exatamente nesse momento surge a terceira premissa, que é a realização da técnica de ponderação, que, em verdade, decorre do princípio da proporcionalidade (ALEXY, 2008, p. 93-103).

Em uma visão iluminista da proporcionalidade, Beccaria concluiu que para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicável nas circunstâncias referidas, proporcionadas ao delito e determinada pela lei. Ora, a ideia de proporcionalidade nos exige, portanto, o juízo de ponderação entre o bem jurídico que é lesionado ou se encontra sob ameaça de lesão e o bem de que alguém possa ser privado. Nesse viés, podemos ver o entrelaçamento com a noção de legalidade, vez que o princípio da proporcionalidade se dirige inicialmente ao legislador, o vinculando a estabelecer penas em abstrato que sejam proporcionais à gravidade do delito; e, em um segundo viés, se dirige ao juiz, que no momento de imposição da pena deve se ater à proporcionalidade em concreto, frente à gravidade concreta do fato.

Sem embargo, nos adverte Ferrajoli que a ideia elementar de proporcionalidade da pena ao delito carece de critérios objetivos de ponderação, vez que não existem critérios naturais, mas unicamente pragmatismos balizados em valorações éticas e políticas no estabelecimento do quantum da pena fixada por lei a cada delito (FERRAJOLI, 2002, p. 319-321). Dessa premissa, surge uma nova problemática que divide, pois, o garantismo penal em duas vertentes,

a saber: I. Garantismo penal negativo; e II. Garantismo penal positivo. O garantismo penal negativo, revela-se no princípio da proporcionalidade como proibição do excesso (*Übermassverbot*), sendo tal raciocínio dirigido a destinatários duplos: legislador e julgador. Nesse interim, procura-se tutelar os direitos fundamentais, afastando punições desnecessárias, sob o espreque da intervenção mínima; ou mesmo mitigando as penas em abstrato excessivamente valoradas no exercício formal da legalidade em sentido estrito.

Sobre a temática, pertinentes são as considerações de Salo de Carvalho (CARVALHO, 2008, p. 93-94):

Os direitos fundamentais se configuram enquanto vínculos substanciais indissociáveis da democracia política, sendo verdadeiros vínculos negativos (esfera que Elias Diaz e Ferrajoli denominam de esfera do não decidível, núcleo sobre o qual sequer a totalidade pode decidir). Portanto, nenhuma maioria, sequer a unanimidade pode legitimamente decidir por sua violação. Em realidade, conformam uma esfera do inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa da manutenção do bem comum. Os direitos fundamentais adquirem, portanto, o papel de objeto e limites do direito (penal) nas sociedades democráticas. (Grifei).

De outra banda, o garantismo penal positivo revela-se no princípio da proporcionalidade como proibição da proteção deficiente (*Üntermassverbot*). De tal sorte que não se admite que um direito fundamental seja deficientemente tutelado pela norma penal. Ou seja, no exercício da produção da lei penal, os bens jurídicos não devem apenas ser tutelados por esta, mas devem ser tutelados satisfatoriamente, de modo que a legalidade sozinha, despida da proporcionalidade, em face da proteção insuficiente de bens jurídicos fundamentais, em verdade, se reveste de ilegalidade e, portanto, inconstitucionalidade.

Sobre a faceta da proibição da proteção deficiente (*Üntermassverbot*), necessárias são as colocações de Ingo Sarlet (SARLET, 2005):

A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, (...), um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados." (...) "A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo).

Com efeito, é patente que o princípio da legalidade quando entrelaçado à ideia de garantismo penal, por si só, não é bastante em si mesmo, devendo este se atrelar à noção de proporcionalidade. Ora, a lei penal, por si só, não se mostra efetiva à tutela de bens jurídicos e a proteção individual, em face do próprio direito penal, se despida de uma proporcionalidade que ao mesmo tempo proteja os direitos fundamentais da arrogância e prepotência do Estado, mas por outro lado tutele bens jurídicos com proteção suficiente a coibir a prática de delitos, por intermédio da coação psicológica. Dessa sorte, o princípio da proporcionalidade como já exposto possui uma dupla face garantidora.

Nas palavras de Lênio Luiz Streck (STRECK, 2005):

Trata-se de entender, assim, que **a proporcionalidade possui uma dupla face**: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.

4.2 A base principiológica do Direito Penal e suas intersecções com os 10 axiomas do garantismo penal

A teoria garantista é fincada em 10 axiomas, estes representam as linhas de raciocínio que dão suporte teórico-dogmático ao modelo proposto por Ferrajoli. Neste tópico, partiremos de uma premissa maior: os 10 axiomas, para um substrato menor: o princípio da legalidade e seus desdobramentos lógicos. Com efeito, a ideia é identificar o liame ideal, a ponte que liga a noção de legalidade penal aos axiomas do garantismo. Sem embargo, definiremos, desde logo, quais são estes axiomas, nominalmente: I. *nulla poena sine crimine*, II. *nullum crimen sine lege*, III. *nulla lex sine necessitate*, IV. *nulla necessitates sine injuria*, V. *nulla injuria sine actione*, VI. *nulla actio sine culpa*, VII. *nulla culpa sine iudicio*, VIII. *nullum iudicium sine accusatione*, IX. *nulla accusatio sine probatione*, X. *nulla probatio sine defensione*.

Através do primeiro axioma, extraímos que somente será possível imputar uma pena, quando efetivamente houver alguma infração penal. Ora, seria um atentado ao princípio da lesividade permitir a punição de atos que não violem bens jurídicos de terceiros. No escólio de Nilo Batista, a lesividade, desdobra-se, pois, em quatro funções, a saber: proibir a incriminação de atitude interna, proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais e, por fim, proibir a

incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico (BATISTA, 2007, p. 92-94).

Outrossim, essa determinada infração penal deve estar expressamente prevista na lei penal, por força do axioma *nullum crimen sine lege*, este, por questões estruturais, abordaremos no tópico superveniente, em separado.

Sem embargo, a lei penal impõe ou veda certos comportamentos sob o espeque de tutelar bens jurídicos, mas não todos, daí extraímos o *nulla lex sine necessitate*. Ora, o direito penal se limita somente a castigar as ações mais gravosas contra os bens jurídicos mais importantes (MIR PUIG, 2003, p. 110), sendo essa premissa macro visualizada na noção do caráter fragmentário deste ramo do ordenamento. Na célebre lição de Francisco Muñoz Conde, o direito penal só se ocupa de uma pequena parte de bens, fragmentos, se bem que da maior importância (MUNÓZ CONDE, 2001, p. 71-72). De modo que o seu poder punitivo está regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima, devendo intervir tão somente nas hipóteses de ataques gravosos aos bens fundamentais, deixando, por sua vez, as perturbações mais leves a cargo dos demais ramos do direito (MUNÓZ CONDE, 2001, p. 59-61).

Ao deixar as perturbações mais leves a cargo de outros ramos do ordenamento jurídico, o Direito Penal apresenta sua condição de coadjuvante. Condição está que evidencia seu caráter subsidiário, deixando o protagonismo, via de regra, as outras vertentes do Direito, pois como bem lembra Roxin, a proteção de bens jurídicos não se realiza apenas pelo direito penal, mas trata-se de missão cooperativa pela qual se mobilizam todo o instrumental do sistema jurídico. Com efeito, a proteção de bens jurídicos pelo direito penal é tão somente subsidiária, configurando-se a pena como *ultima ratio* da política social (ROXIN, 1997, p. 65 e ss).

Do axioma *nulla necessitas sine injuria*, entendemos que as condutas reduzidas a um tipo pela lei penal, devem, de forma compulsória, perpassar a esfera pessoal do agente. Isto é, atingir bens jurídicos de terceiros, de modo que, mais uma vez podemos fazer a intersecção com o princípio da lesividade/ofensividade. Nesse ínterim, recuperamos as quatro funções descritas por Nilo Batista, mas analisando detidamente cada uma delas. A primeira delas diz respeito à proibição da incriminação de uma atitude interna, reduzimos essa garantia ao brocardo *cogitationis poenam nemo patitur*, que, em tradução livre, expressa que ninguém sofrerá punição de pensamento. Ora, é unânime que a *cogitatio*, por si só, não enseja a marcha causal da conduta criminosa, ficando no íntimo do agente e sendo, portanto, impunível. A segunda função trata-se de proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor. Está, sem dúvidas, é a mais fácil de se visualizar e, de acordo com Zaffaroni, devemos proceder à análise da ofensividade em face de um bem jurídico que seja alheio,

porquanto não há delito sem afetação de bem jurídico alheio (ZAFFARONI, 2009, p. 44).

O terceiro desdobramento da lesividade visa proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais. Com efeito, trata-se evitar o denominado direito penal do autor, vez que o direito é ordem reguladora das condutas humanas, de modo que não podemos penalizar o ser, mas apenas o agir de alguém (ZAFFARONI, 1996, p. 72 e ss). Contudo, entendemos que além do exposto, existe um subdesdobramento, pois o direito penal do autor revela, em verdade, a faceta totalitária de um Estado. Nesse sentido, sendo o direito penal o instrumento que concretiza o uso estatal da violência, este funciona como o mais sensível termômetro para aferir o espectro liberal ou totalitário de um Estado (OUVIÑA, 1998, p. 56 e ss). Não sem razão, Juan Bustos Ramírez pontuou que a justiça criminal, em sendo responsável por dar os contornos concretos da essência opressiva do Estado, urge como um indicador que reflete as características do sistema político-social que impera *in loco* (BUSTOS RAMIREZ, 1987, p. 584-585).

Outrossim, a quarta e última função da lesividade: proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. Ora, é necessário observar, sem contudo assumir uma perspectiva positivista em sua vertente mais clássica, que o desvio meramente moral não necessariamente coincide com a violação de uma norma penal, causando lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos de terceiros. Nesse ínterim, por óbvio não tem o direito penal o condão, a competência de impor ou reforçar uma conjuntura moral posta, mas tão somente de impedir o cometimento de ações lesivas a terceiros (FERRAJOLI, 2002, p. 178 e ss).

Recapitulando, além de não haver pena sem crime (*nulla poena sine crimine*), da necessidade dessa infração penal se fazer presente em lei (*nullum crimen sine lege*), dessa lei ser necessária (*nulla lex sine necessitate*) e dessa necessidade decorrer de um ato que lese ou coloque em perigo de lesão bens jurídicos de terceiros (*nulla necessitas sine injuria*), ainda devem ser cumuladas mais duas circunstâncias: que essa lesões previstas no tipo, se exteriorizem mediante ações (*nulla injuria sine actione*) e que estas ações sejam, necessariamente, culpáveis (*nulla actio sine culpa*). Essas duas últimas premissas serão, por ora, objeto do estudo mais detido.

Tem-se na conduta o primeiro requisito do fato típico. Conduta é, pois, sinônimo de ação, de sorte que não há de se falar de crime quanto de sua ausência, pois, em verdade, *nulle crimen sine conducta* (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 361 e ss). Sem embargo, desde o advento da teoria finalista da ação, esta deixou de ser concebida como um processo causal e transmutou-se para a ideia de atividade final. Observe que a ação é comportamento (ação ou omissão) humano voluntário, é a vontade finalisticamente dirigida (WELZEL, 1951,

p. 21). Com efeito, esse fim poderá ser lícito ou ilícito. No primeiro caso, o agente não quer o resultado lesivo previsto na norma, mas dá causa a este pela imprudência, negligência e imperícia. De outra banda, no caso da finalidade ilícita, o agente quer o resultado, violando a norma penal de forma dolosa. Seja em um caso, seja em outro, somente as ações culpáveis poderão sofrer reprovação do direito penal (*nulla actio sine culpa*).

Por fim, os demais axiomas, em verdade, mais se relacionam com o processo penal do que com o direito material. Destrinchando, ainda que superficialmente, identifica-se, desde logo, a necessidade de um sistema acusatório para conformá-los em sua plenitude. Reclamasse a presença de um magistrado imparcial e competente para a causa (*nulla culpa sine iudicio*) e que não haja a confusão deste com o órgão de acusação (*nullum iudicium sine accusatione*), ficando a cargo deste órgão de acusação o ônus de provar a prática da infração penal, (*nulla accusatio sine probatione*) em processo devidamente legal no espeque formal e substancial, de modo que ao réu sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório (formal e material), com todas as possibilidades recursais inerentes (*nulla probatio sine defensione*).

4.3 O princípio da Legalidade e a relação com os 10 axiomas do garantismo penal: a função de garantia da lei penal

O princípio da legalidade é, sem dúvidas, a pedra de toque que fornece alicerces para os axiomas da teoria do garantismo penal. Ora, trata-se de um princípio de princípios que se constitui concomitantemente como a missão e o objetivo do sistema de justiça penal (HASSEMER, 1998, p. 21 e ss). Nesse ínterim, onde a legalidade termina, se inicia a força despótica e pensar em um Direito Penal dissociado do princípio da legalidade, é imaginar um grande Leviatã, um instrumento de terror em forma de Estado. Logo, é na legalidade que o direito penal encontra a legitimidade. Com efeito, se imaginarmos a situação hipotética de existir crime sem lei, poderíamos, pois, dispensar todo raciocínio garantista. Em termos comparativos, conceber isto seria o mesmo que escavar a base de uma edificação datada para uns do século XIII, para outros do século XVIII, até mais nada restar e ver a estrutura ruir, evidenciando a fragilidade de construções dogmáticas outrora solidificadas pela legalidade. Devido a isso, entendemos que despido da legalidade, o garantismo perde sua razão de ser, vez que, perdão do trocadilho, perde, em verdade, a função de garantia da lei penal (TOLEDO, 1994, p. 22).

Na lição de Jescheck, a denominada “função de garantia da lei penal” acarreta o desdobramento da máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege* em quatro outros princípios, em uma relação gênero e espécies, são eles: I. *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, II.

nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, III. *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* e IV. *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 142-147). A *Lex Praevia* proíbe a edição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade. A *lex scripta*, por sua vez, veda a fundamentação ou o agravamento da punibilidade pelo direito consuetudinário. A *lex stricta* se revela na proibição da fundamentação ou agravamento da pena pela analogia. E, por fim, a *lex certa*, proíbe as denominadas leis penais indeterminadas, sendo a premissa base pela qual se extrai o princípio da taxatividade. Com efeito, a cumulação desses quatro princípios revela-se em verdadeira função de garantia individual das cominações penais (TOLEDO, 1994, p. 22-23).

Os princípios desdobramentos extraídos da fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege* também são empregados no sentido de consequências ou repercussões do princípio da legalidade, sendo forjadas sob a forma das proibições já descritas acima. Edgardo Alberto Donna, empregando nomenclaturas quase idênticas às supracitadas, resume as proibições em: proibição da analogia, proibição da retroatividade, proibição de fundamentar a responsabilidade penal pelo direito consuetudinário e necessidade do mandato de certeza (DONNA, 1996, p. 11) (ROXIN, 1997, p. 140). A adoção dessa linha de raciocínio nos faz extrair um duplo destinatário aos quais estas proibições se vinculam. A proibição da analogia (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*) e a proibição da utilização do direito costumeiro como fundamento para agravar a pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*) se dirigem ao magistrado. Por sua vez, a proibição da retroatividade (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*) e a proibição de leis penais e penas indeterminadas, ou seja, a imposição do mandato de certeza (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*), vinculam o legislador (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 148); (ROXIN, 1997, p. 140).

Sem embargo, devemos, pois, evidenciar cada uma dessas proibições. A analogia, na lição de Claus Roxin, significa trasladar uma regra jurídica a outro caso regulado na lei, sob o argumento da similitude das situações. Divide-se em duas vertentes: a analogia legal e a analogia jurídica. A primeira leva em relação um preceito, de modo que distingue-se da segunda, por aquela se desprender do ordenamento, conseqüentemente, sujeitando-se a diversos preceitos (ROXIN, 1997, p. 140). Dita técnica não é possível no direito penal, se tal interpretação for contrária aos interesses do imputado. Ora, em verdade, não é crível uma criação de tipos por via judicial (criação analógica dos tipos penais), ainda que embasados na prerrogativa da lei. Estes são os denominados tipos por analogia a serem combatidos pela fórmula complexa de duas proibições, que antes autônomas, se unem dando ensejo ao brocardo: *nulla poena sine lege scripta et stricta* (DONNA, 1996, p. 11).

No que concerne à proibição do direito consuetudinário para fundamentar e agravar a pena, trata-se de consequência óbvia de que a norma que prescreve a punibilidade de um fato só pode se determinar legalmente e em sentido estrito. Não obstante, entendemos que os costumes podem sim ser utilizados como vetor interpretativo, em algumas situações. Por exemplo, no delito de furto (art. 155 do CPB), *in verbis*:

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno. (Grifos Nossos).

Temos aqui uma causa de aumento de pena, prevista no §1º, a ser aplicada na terceira fase do Sistema Hungria, se o sujeito ativo comete o crime durante o repouso noturno. Ora, a noção de repouso noturno não é elementar do tipo, mas tão somente uma circunstância. Circunstância esta não extraída do direito, mas da realidade concreta dos fatos, em verdade, do costume de se recolher ao repouso noturno, que varia de região para região, que varia do meio urbano para o meio rural. Com efeito, na aplicação desta majorante, o juiz deve aquilatar, por intermédio dos costumes locais, se ao tempo do fato criminoso, o homem médio da região se encontrava em tal repouso.

No que tange à retroatividade, o Estado de Direito conclama uma proibição do efeito retroativo da lei penal, que se trata de proibição de caráter incondicional em respeito aos indivíduos sujeitos ao seu poder. Queremos dizer que não se pode punir ou agravar a punibilidade de um fato, mediante lei que lhe seja posterior. A ideia essencial é que ninguém deve ser surpreendido com penalidades por suas ações que, no momento da realização do fato, eram irrelevantes ao direito penal; e ninguém deve sofrer penas mais severas do que aquelas cominadas ao tempo do fato criminoso (DONNA, 1996, p. 11). Dessas duas premissas, Jescheck extrai que o vetor fundamentador da proibição da retroatividade das leis penais se encontra no princípio da segurança jurídica (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 147). Ora, não é crível que paire sobre a cabeça do indivíduo a mão punitiva do Estado, com o poder de puni-lo por um fato passado, antes considerado mero indiferente penal.

Outrossim, em decorrência do princípio da taxatividade, exige-se que a formulação dos tipos penais tenha conteúdo dotado de clareza, revelando a proibição de leis penais e penas indeterminadas, ou seja, impondo uma espécie de mandato de certeza (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*). Ora, é patente que a existência de lei formal não basta em si mesma, reclamando do tipo penal um conteúdo material coerente com a ordem constitucional posta e,

em última análise, que este conteúdo seja preciso em seu preceito e em sua sanção. Com efeito, uma lei penal sem precisão, não seria competente para cumprir a teleologia do princípio da legalidade: a limitação do *jus puniendi* estatal (ROXIN, 1997, p. 169).

Ademais, a análise aprofundada do princípio da certeza requer uma visita na teoria do tipo penal. Não se olvida que a utilização de elementos objetivos descritivos no tipo seja o meio mais adequado para determinarmos com precisão o espectro de incidência da lei penal, vez que tais elementos são perceptíveis pelos sentidos. Sem embargo, não raras as vezes, o legislador se utiliza dos denominados elementos normativos, que exigem uma valoração, uma determinação conceitual (DONNA, 1996, p. 18). Com efeito, essa tendência de vagueza, ambiguidade e generalidade até pode ser salutar em ramos do ordenamento que necessitam de regras flexíveis, todavia, em sede de direito penal, tal prática cria um ambiente inseguro e instável do ponto de vista jurídico.

Nesse ínterim, devemos, ainda, fazer duas ressalvas muito bem postas por Roxin, que dizem respeito a: separação de poderes e prevenção geral (ROXIN, 1997, p. 169). No que concerne à separação de poderes, observa Roxin que a lei incerta e imprecisa, além de não cumprir sua função de garantia na proteção do cidadão em face do Estado, ainda viola a cláusula pétrea da separação dos poderes. Ora, em verdade, diante de uma norma vaga demais, o juiz, ao tentar proceder a subsunção entre o fato e o tipo, involuntariamente, acaba por criar a conduta incriminada. Isso é um pressuposto lógico, pois a falta de uma determinação possibilita ao juiz qualquer interpretação que não necessariamente seria a *mens legis* da norma, mas que por falta de técnica do legislador, acaba por permitir uma invasão do Poder Judiciário em terras legislativas. Sem embargo, em relação à prevenção geral, observamos que se não existe a determinação/certeza da conduta que se pretende incriminar a prevenção geral perde sua eficácia, a norma se dirige a alguém que não sabe sequer o que ela está proibindo.

Finalizando esse capítulo, a perspectiva pós-positivista inserida em seu deslinde é exatamente o marco teórico que estabelece o giro epistemológico do método clássico silogístico do Direito Penal para o método tópico-hermenêutico, objeto de análise pormenorizada no capítulo 4, no qual abordamos a construção de um novo método do direito penal, sendo a legalidade limite negativo das decisões judiciais e a dignidade da pessoa humana o limite positivo.

5 A CONSTRUÇÃO DO MÉTODO DO DIREITO PENAL: A LEGALIDADE COMO LIMITE NEGATIVO E O LIMITE POSITIVO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Direito Penal que assume uma feição liberal é, em termos temporais, relativamente recente. Data do iluminismo, mais especificamente da obra de Beccaria, a forma sistemática da necessidade de limitar o *jus puniendi* estatal. Sem embargo, a sistematização da legalidade encontrou seu substrato complementar na teoria da coação psicológica, já desenvolvida neste ensaio. Ora, se a tutela de interesses que é a teleologia do Direito Penal deveria ser feita pela coação psicológica, esta coação seria realizada por intermédio da publicização das sanções penais para cada fato. Em verdade, mantém-se vigente a ordem, a partir da intimidação. Sem embargo, o instrumento adequado para dar essa publicidade é a lei, logo, não haverá crime sem lei (*nullum crimen sine lege*), pena sem crime (*nulla poena sine crimine*), e nem tampouco crime sem tutela de interesses (*nullum crimen sine poena legali*). Tais máximas cumuladas ensejaram o *nullum crimen nulla poena sine lege* (BRANDÃO, 2006, p. 38-42).

Dessa breve introdução, extraímos que em sendo o iluminismo o período, e com a influência do positivismo, o método do Direito Penal era o silogístico. O método silogístico se traduz em um procedimento de subsunção um tanto óbvio. Concebemos a lei como uma premissa maior e o caso concreto como uma premissa menor. Se pela subsunção a conduta praticada na realidade dos fatos se amolda à lei, ao tipo penal, teríamos a tipicidade como o caráter indiciário de uma possível antijuridicidade. A conclusão desse processo seria, portanto, a adequação do caso à lei. Com efeito, a partir do silogismo, o que não estivesse previsto na lei, no tipo penal, como crime, seria indiferente para fins penais, estando vetada a aplicação retroativa do Direito Penal e a analogia para incriminar condutas.

Dessa forma, a prerrogativa da lei e o método silogístico, foram, portanto, a garantia inicial do homem frente o *jus puniendi* estatal. Foi aqui que o indivíduo passou a ser protegido não apenas mediante o direito penal, mas também do próprio direito penal (ROXIN, 1997, p. 137). Ademais, se beira a obviedade afirmar que o silogismo legal, como elemento integrante do Direito Penal liberal, representa limitação do poder punitivo do Estado, resguardando os indivíduos da prepotência daquele. Também podemos afirmar que após a crise do positivismo jurídico clássico, essa compreensão silogística, apesar de necessária, não é bastante em si mesma para extrairmos o método do Direito Penal. Ora, muitas casuísticas em matéria penal se solucionam até mesmo para além da prerrogativa da lei, o que revela, portanto, a insuficiência desse método. Com efeito, a crise do positivismo ensejou a crise de seu método (silogismo), abrindo espaço para a *tópica*.

A tópica nada mais é do que a compreensão dos fatos, desse modo infere-se que a decisão deve ser tomada a partir da interpretação do todo. Assim, a tópica defende que o decidir é produto do caso, a decisão, portanto, se revela sempre do caso em si. Não obstante, a decisão reclama fundamentação e, nesse sentido, a retórica tem papel fundamental, pois desenvolve o método tópico, justifica a decisão. A retórica, por sua vez, se assenta em um tripé: a sintaxe, a semântica e a pragmática. Na sintaxe, vemos a relação de sinais com outros sinais; na semântica, temos a relação de sinais com os objetos; e, por sua vez, na pragmática, a relação da situação, o uso de sinais entre os interessados.

Contudo, se é patente que o método silogístico por si só é insuficiente, a tópica por si só também não resolve todos os problemas. Ao contrário, cria um maior ainda, pois despida da legalidade, tende a afastá-la e dar preponderância ao caso concreto. Ora, afastar a legalidade é, em verdade, afastar a função de garantia da lei penal (TOLEDO, 1994, p. 22), afastando, por conseguinte, os princípios desdobramentos da máxima *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege*, a saber: I. *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, II. *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, III. *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* e IV. *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 142-147). Com efeito, a cumulação desses quatro princípios, revela-se em verdadeira função de garantia individual das cominações penais (TOLEDO, 1994, p. 22-23).

Visualizando isso, o Direito Penal precisava, pois, achar um meio termo, um ponto de equilíbrio entre o silogismo e a tópica. Esse é exatamente o mérito da filosofia pós-positivista. Ora, o direito deve, portanto, vislumbrar as duas perspectivas: a perspectiva da norma e a perspectiva do fato, a serem postas à lume de um procedimento argumentativo. Esse método é denominado de tópico-hermenêutico. Usa-se, portanto, no Direito Penal, a lei atrelada à compreensão do fato ou caso. No escólio de Cláudio Brandão, a lei seria o limite negativo, pois não é crível que se admita a incriminação do que está fora do seu limite de alcance. Essa prerrogativa é a mais basilar, pois a lei tem a exata função de dar a garantia ao homem frente a face punitiva do Estado (BRANDÃO, 2006, p. 38-42).

O caso/fato, por sua vez, nos dará o limite positivo, este poderá ser utilizado para balizar decisões que aumentem o espectro de liberdade. Note que, em verdade, mesmo se utilizando desse artifício a teleologia do princípio da legalidade se manteve inalterada. Ora, se o fim da legalidade é garantir a liberdade individual em face do poder punitivo estatal, a tópica teleologicamente mostra-se em consonância com a legalidade. Desse modo, torna-se possível a ocorrência de decisões não baseadas no mero silogismo, pela importância que deve ser dispensada ao homem enquanto sujeito de direitos. Sob esse viés, a aplicação da tópica se

reveste do princípio mais basilar de todo o ordenamento brasileiro: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF).

Portanto, o método do Direito Penal tem na lei o seu limite negativo, no sentido de que não se pode punir para além da lei. E no caso concreto o seu limite positivo, vez que a casuística pode, a partir de uma fundamentação constitucional, afastar a incidência da lei. Acerca do limite negativo, este ensaio já teceu considerações ao longo de todo o texto. Mas quando visualizamos o limite positivo, concebemos, por exemplo, a existência das denominadas causas supralegais de exclusão da culpabilidade. Acerca disto, mister é a lição de Giuseppe Bettiol (BETTIOL, 2000, p. 139 e ss):

Para que uma ação possa dizer-se culpável, não basta que um sujeito capaz tenha previsto e querido um determinado evento lesivo, mas é necessário que a sua vontade tenha podido determinar-se normalmente rumo à ação: tal determinação normal não pode ser exigida quando as condições de fato em que o indivíduo atuar forem de tal ordem que tornem impossível ou muito difícil a formação de um querer imune de defeitos. No embasamento do juízo de culpabilidade encontra-se o princípio de que tal juízo deve ser excluído quando a vontade não puder determinar normalmente à ação, o que pode ocorrer tanto por um vício que incida sobre a representação das consequências da própria ação quanto sobre a livre determinação da própria ação. Numa concepção normativa, a culpabilidade desaparece todas as vezes em que – dadas as condições do autor – não se possa exigir do sujeito agente um comportamento diverso daquele efetivamente adotado (Grifei).

Como podemos observar, o imperativo que exige o cumprimento das normas não é míope, o substrato que as torna exigível condiciona-se a um conjunto de fatores que fogem da fértil imaginação do legislador brasileiro, porquanto a normalidade das circunstâncias fáticas é o fundamento concreto da exigibilidade do comportamento conforme o direito (SANTOS, 2005, p. 247). Nesse sentido, podem ser admitidas, em situações excepcionais, causas supralegais de exculpação (WESSELS, 1980, p. 125 e ss). Nesse ponto, não obstante a nossa visão ser a de que as devidas causas supralegais de exclusão da culpabilidade são factíveis, por guardarem consonância com o já defendido limite positivo dado pelo caso concreto, não seremos desonestos intelectualmente ao ponto de fechar os olhos a grandes doutrinadores que pensam em sentido contrário, como: Hungria (1949, p. 77 e ss) e Fragoso (2003, p. 260 e ss).

Em que pese os que pensam em sentido contrário a admissibilidade das causas supralegais de exclusão da culpabilidade se basearem nas premissas do princípio da segurança jurídica. Pensamos, pois, que uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, em verdade, não acarreta tal insegurança, mas evidencia as lacunas da lei, se é que podemos tratar como lacunas, pois a lei não tem o condão de prever, em estrito senso, todas as situações fáticas. E nem é desejável que assim o faça, pois se utilizar das prerrogativas da sociedade de risco

(BECK, 2011) e da teoria da coação psicológica para inflar o ordenamento jurídico com novos tipos penais, são respostas meramente retóricas dadas a sociedade e trata-se da promoção de um Direito Penal Simbólico, cuja eficácia incide, seletivamente, nas camadas sociais mais vulneráveis e que, ao nosso ver, enseja uma insegurança jurídica muito maior do que a admissão das causas supralegais de exclusão da culpabilidade (SANTOS, 2021, p. 393). Nesse sentido, são as lições de Francisco de Assis Toledo, quando concebe o instituto da inexigibilidade de conduta diversa como um princípio geral do Direito Penal, a ser aplicado na lacuna da lei (TOLEDO, 1994, p. 192 e ss):

A inexigibilidade de outra conduta é, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. E constitui um verdadeiro princípio de Direito Penal. Quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito.

Por fim, devemos ressaltar que a jurisprudência vem decidindo pela admissão das denominadas causas supralegais de exclusão da culpabilidade:

APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ABSOLVIÇÃO POR INEXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. É devido o reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa, como causa supra legal de exclusão da culpabilidade, se o agente estava sujeito a constrangimento insuperável. 2. Não é exigível conduta diversa ao oficial de justiça flagrado portando arma de fogo, durante o exercício de sua função, em local de extrema periculosidade, havendo provas de que, tempos atrás, o mesmo recebeu, por ordem do Juiz de Direito da Comarca, a referida arma, em razão dos riscos a que vive submetido, existindo inclusive acordo verbal entre o Juízo e o Comando da Polícia locais para que os oficiais de justiça da região não fossem abordados quando do cumprimento de suas funções. 3. Dado provimento ao recurso. (TJ-MG-APR: 10582130006544001 MG, Relator: Marcílio Eustáquio Santos, Data de Julgamento: 14/05/2015, Câmaras Criminais/7ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 22/05/2015).²

Percebe-se que a mutabilidade do método do Direito Penal, descrita no início deste capítulo, possibilitou a abertura da legalidade enquanto limite negativo de decisão, à tópica, que levando, pois, em consideração a casuística concreta, balizada no princípio macro da dignidade da pessoa humana, admite decisões norteadas não apenas em um processo silogístico de subsunção da lei a um fato, mas valorizando o ser humano. Esse é o denominado limite positivo,

² BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Criminal nº 10582130006544001**. Rel. Desembargador Marcílio Eustáquio Santos. Disponível em: Acesso em: 03 março 2022.

que a partir do caso concreto possibilita o afastamento da lei através da fundamentação constitucional, aumentando o espectro de liberdade individual perante o poder punitivo do Estado (BRANDÃO, 2006, p. 38-42).

Por fim, a partir da construção desse novo método do direito penal, sob o enfoque pós-positivista, não é mais crível enxergar a noção de legalidade de forma microscópica, cingindo-a ao estudo da teoria da lei penal, pois, conforme sobejamente demonstramos no decorrer dos capítulos anteriores, o princípio da legalidade intersecciona também a teoria da pena e a teoria do crime e não apenas à teoria da lei penal. Dentro da teoria do delito, o capítulo 5 desenvolverá o liame entre a legalidade penal e os substratos do conceito analítico de crime à luz da teoria finalista da ação, possibilitando que fechemos nossa hipótese de pesquisa, uma vez que estará demonstrado que a legalidade toca os três principais pilares da dogmática penal e, no interior da teoria do crime, estabelece relação intrínseca com os elementos do conceito analítico de crime.

6 O LIAME IDEAL ENTRE A LEGALIDADE PENAL E OS SUBSTRATOS DO CONCEITO ANALÍTICO ESTRATIFICADO DE CRIME À LUZ DA TEORIA FINALISTA DA AÇÃO

A noção de legalidade no Direito Penal não é adstrita tão somente à obviedade, ela necessita de uma retrospectiva pouco lembrada na doutrina, com exceção de Cláudio Brandão (BRANDÃO, 2002): a relação antecedente necessária entre legalidade, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Nesse ponto, não olvidamos da advertência de Bettiol, no sentido de que a realidade escapa das categorias formalistas e o delito corresponde a um todo unitário que não pode ser decomposto em elementos, feito em pedaços, devendo ser imputado na sua totalidade em relação a personalidade delituosa de seu autor (BETTIOL, 1995, p. 123). Contudo, a par das críticas alhures expostas pensamos ser a legalidade muito mais ampla do que aparenta, estando relacionada de forma intrínseca aos denominados substratos do crime, a saber: tipicidade, antijuridicidade e a culpabilidade, de modo que todas as prerrogativas anteriormente suscitadas neste ensaio só serão passíveis de respostas se os elementos do crime estiverem revestidos anteriormente pela legalidade.

O princípio da legalidade, em sendo a função de limite negativo, exclui a incidência da norma penal para além dos limites da lei. A tipicidade, por sua vez, é a relação de adequação entre a conduta humana voluntária (ação ou omissão) e o modelo abstrato previsto na lei penal. O tipo penal, portanto, nada mais é do que a escolha das condutas que devem ser reduzidas ao modelo legal ameaçado por uma pena, no processo de criminalização primária (BARATTA, 2004, p. 164-172). Se assim o é, por óbvio, sem lei, em verdade, não pode subsistir a tipicidade, sendo contraditório raciocinar de modo distinto, vez que a tipicidade representa a realização do próprio princípio da legalidade, na medida em que o tipo penal, em sentido estrito, é a descrição da conduta proibida por uma norma (lei) (BACIGALUPO, 1996, p. 80).

A tipicidade, portanto, assim como a legalidade, tem uma função garantidora. Ora, se de um lado a legalidade exige que tanto a conduta a ser punida quanto a pena estejam na lei, a tipicidade, por sua vez, reclama a necessária adequação da conduta à esta lei, impedindo que fatos fora desse espectro sejam punidos. Não obstante, precisamos fazer uma advertência meramente técnica, mas necessária. O tipo penal não se confunde com a tipicidade, nem com o juízo de tipicidade. Ora, o tipo, como salientamos, é uma construção abstrata, o juízo de tipicidade é a avaliação, a aferição da subsunção da conduta humana ao tipo penal (construção abstrata), e a tipicidade é o resultado positivo do juízo de tipicidade, ou seja, reclama que a subsunção da conduta ao tipo seja necessariamente positiva (BRANDÃO, 2002, p.103).

Prosseguindo à análise da legalidade perante os substratos dos crime. A antijuridicidade

é uma contradição entre a ação humana (realizada ou omitida) e o ordenamento jurídico no conjunto de suas proibições e permissões. As proibições são os tipos legais, enquanto descrição de ações realizadas ou omitidas, que indicam os elementos positivos do tipo de injusto. As permissões, por sua vez, são as justificações legais e supralegais, como situações que excluem as denominadas proibições, sendo, portanto, os elementos negativos do tipo de injusto (SANTOS, 2014, p. 215). Sem embargo, devemos nos recordar que a publicização dos comandos jurídicos se realiza através das normas. Nesse sentido, a antijuridicidade é, em verdade, a conduta humana contrária à uma norma penal. Logo, despida da legalidade, o juízo de ilicitude não subsiste, pois é por intermédio da legalidade que o Direito Penal proíbe certas condutas. Ora, portanto, é através da lei penal que se dá o caráter de contrariedade do direito, que é próprio da ilicitude. Sem lei em sentido formal, não urge a relevância da ilicitude (BRANDÃO, 2002, p. 127).

Ademais, antes de entrar na seara da legalidade em relação às causas de justificação, que se fazem presente dentro do substrato da antijuridicidade, convém fazer uma distinção dos tipos de antijuridicidade. Von Liszt, divide a ilicitude em formal e material. Do ponto de vista formal, antijurídica seria toda conduta que fosse contrária à lei. Por sua vez, sob o espeque material, antijurídica seria a conduta que põe em perigo os interesses juridicamente protegidos, ou seja, que cause lesão ou perigo de lesão aos bens jurídicos tutelados pela norma (VON LISZT, 1899, p. 219-220). Sem embargo, entendemos que essa distinção perdeu um pouco a razão de ser. Ora, se uma norma penal proíbe uma conduta, em verdade, tal conduta gera lesão ou perigo de lesão a algum bem jurídico, negar isso seria negar o princípio da lesividade, de modo que o mero fazer ou deixar de fazer já implica na ilicitude (material), desde que o agente não atue sob o manto de uma causa de justificação.

Ao proceder à análise das causas de justificação, precisamos compreender que a teoria da antijuridicidade tem por objeto estabelecer em que condições e em que casos a realização de um tipo penal não é contrária ao direito. Nesse sentido, trata-se de uma teoria de autorização para a realização de um comportamento típico. Com efeito, dizer que um comportamento está justificado equivale a afirmar que o autor de uma ação tida como típica tinha permissão do ordenamento jurídico para agir como tal (BACIGALUPO, 1996, p. 117). Nesse sentido, são as palavras de Reinhart Maurach (MAURACH, 1962, p. 347):

O que tradicionalmente se designa como teoria da antijuridicidade, é na realidade, graças a moderna técnica do tipo, o oposto a um tratamento dos motivos e do conhecimento do caráter injusto de uma conduta declarada punível. A teoria da antijuridicidade é, na prática, uma teoria do conforme ao direito, a saber, a exibição daquelas condutas que, apesar do cumprimento do tipo, são, em caso particular, não

antijurídicas, e, portanto, irrelevantes para o direito penal.

Observemos, contudo, que apesar de ter permissão para agir de modo típico em face de uma causa de justificação, não se pode olvidar que, em sendo a ação típica violadora de bens jurídicos fundamentais tutelados pela norma penal, as causas de justificação autorizam, em última análise, a violação de bens jurídicos, de modo que também devem se submeter à legalidade penal, como assim o são.

Outrossim, devemos proceder o cotejo do princípio da legalidade em face do substrato da culpabilidade. A culpabilidade é o juízo de reprovação que recai sobre o agente que cometeu um fato típico e ilícito. Trata-se de uma censura ao agente que não se comportou conforme o direito, divergindo deste, quando poderia comportar-se conforme a ele. Culpabilidade, portanto, é reprovabilidade por formação da vontade, pressuposto subjetivo decisivo da responsabilidade penal e simultaneamente indissociável da noção de livre arbítrio. E não poderia ser diferente, porquanto a possibilidade de determinação comportamental repousa sobre a capacidade pessoal de controlar inclinações e dirigir a ação final em conformidade com a norma. Por conseguinte, a culpabilidade traduz uma atitude deficitária frente ao direito, atitude está expressada através do comportamento típico e antijurídico, quando era possível comportar-se conforme o direito (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 434-457).

Com efeito, do conceito de culpabilidade extraímos, claramente, a distinção mais basilar dela em face da tipicidade e da antijuridicidade. Ora, enquanto aqueles elementos valoram o fato do autor (conduta e norma, respectivamente), a culpabilidade realiza uma valoração que recai sobre o autor do fato. Sem embargo, a culpabilidade também extrai seu fundamento de validade da legalidade. Ora, o juízo de culpabilidade só se perfaz quando presentes, necessariamente, e anteriores a ele a tipicidade e a antijuridicidade. Estes são pressupostos antecedentes lógicos ao elemento superveniente: a culpabilidade, que não se esgota na relação de desconformidade substancial entre a ação humana e o ordenamento jurídico, mas fundamenta-se na reprovação pessoal do autor que não se omitiu da ação antijurídica quando lhe era possível omitir-se (WELZEL, 1987, p. 197).

Com efeito, se a tipicidade e a antijuridicidade se baseiam diretamente na legalidade, a culpabilidade também o faz, mas de modo indireto, dependendo, pois, que estejam perfeitas as condições que evidenciem o injusto penal (tipicidade + antijuridicidade) (BRANDÃO, 2002, p. 135). Ademais, aquele a quem o direito declara culpado, assim o é considerado por se contrapor à proibição de uma norma. Na culpabilidade, urge essencial efetuar o relacionamento entre o indivíduo e a norma (BRANDÃO, 2002, p. 135). Já se disse com acerto que as normas

jurídicas, no nosso caso, a lei penal, tem como destinatários os homens, e a reprovação do homem só poderá ser concretizada com base na lei. Recuperando as lições de Jescheck, na culpabilidade o juízo de reprovação pessoal recai sobre o autor do fato típico e ilícito que podendo se comportar conforme o direito optou livremente por comportar-se de modo diverso (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 434-457). Com efeito, para que o agente se comporte em dissonância com o direito, em verdade, o direito deve estar posto em uma lei, a conduta que o direito penal exige do homem é extraída, tão somente, das normas penais.

Por fim, a culpabilidade como juízo de reprovação, tem por objeto o tipo de injusto, e por fundamentos: a) a imputabilidade, em sendo o conjunto das condições pessoais que capacitam o agente a saber o que faz; b) o conhecimento do injusto, em sendo o conhecimento concreto do valor que permite ao autor imputável saber, realmente, o que faz, excluído ou reduzido em face do erro de proibição; c) a exigibilidade de conduta diversa, expressão da normalidade das circunstâncias do fato e concreta indicação do poder de não agir como agiu, sendo excluída ou reduzida nas situações exculpantes (SANTOS, 2014, p. 276). Acerca dos fundamentos, foi mérito do finalismo, que ao deslocar o dolo da culpabilidade para o fato típico, inaugurou a teoria normativa pura da culpabilidade. Com efeito, se todos os elementos da culpabilidade fundam-se na norma, em verdade, na concepção finalista, todos eles fundam-se no princípio da legalidade.

Senão vejamos, para que recaia o juízo de reprovação pessoal por um fato típico e ilícito, o sujeito deve ser capaz e essa capacidade se extrai da lei. A capacidade de culpabilidade é denominada de imputabilidade, sendo conceito essencialmente normativo. De outra banda, para que do agente que praticou um fato típico e ilícito seja exigível outra conduta, conforme o direito, as condutas penalmente relevantes devem estar dispostas na lei penal. Por fim, a consciência da ilicitude também se fundamenta na legalidade. Ora, toda norma penal tutela um bem jurídico e o agente só terá sobre si a reprovação da culpabilidade apenas quando puder, por intermédio da consciência da ilicitude, ter a percepção de que a sua conduta viola o bem jurídico tutelado pela lei penal. Nesse ínterim, a consciência da ilicitude extrai da legalidade seu fundamento, na medida em que sua formulação se baseia no objeto jurídico da lei penal, ou seja, no bem jurídico que a norma propõe tutelar (BRANDÃO, 2002, p. 149).

7 CONCLUSÃO

Porque o Direito Penal encerra em si o monopólio estatal da violência, faz-se necessário balizar sua atuação em raias predeterminadas. Ora, a legalidade penal urge, portanto, como limite racional à prepotência estatal. Não se olvida que a doutrina penal nacional e estrangeira têm, pois, grande lastro acadêmico na temática legalidade. Não obstante, em que pese não haver dúvida razoável de que tal princípio possui base constitucional, acredito que lacunas ainda não foram devidamente exploradas, nos permitindo tecer algumas ramificações.

Portanto, este trabalho tem pretensão de contribuir e preencher uma lacuna que urge persistente na literatura penal nacional. Trata-se, pois, da interpelação necessária e pouco explorada da ideia de legalidade com os pilares que ensejam a dogmática penal: teoria da pena, teoria da lei penal e teoria do crime. Para além de um superficial exame, buscamos enfrentar a temática com uma verticalização, que se faz de todo necessária para desenvolver novas linhas de raciocínio, um novo modo de enxergar a legalidade. Ora, o princípio da legalidade como objeto de reflexão nos possibilita a releitura de temas clássicos, mas a partir de novos enfoques.

Nesse contexto, seus diversos aspectos nunca estão integralmente explorados. De modo que evidenciar novos problemas que não foram suficientemente debatidos ou mesmo fazer tão somente uma revisão crítica destes, representa contribuições para o Direito Penal enquanto ciência, e aqui eu deixo a minha. Não obstante, não faz sentido reproduzir com um novo verniz, velhas lições, porquanto a arqueologia da temática revela-se fértil campo para pesquisas posteriores. Em especial, isso acontece com o princípio da legalidade, vez que este sempre nos proporciona reflexões, indo mais além, reflexões atuais acerca do problema penal.

Com efeito, vinculamos este ensaio ao marco teórico do garantismo penal, desenvolvido por Luigi Ferrajoli, por compreender que o princípio da legalidade não existe despido da função de garantia da lei penal. Com fulcro nessa premissa, foi possível dissecar a estrutura normativa do tipo penal e perceber sua inevitável ligação com o princípio da proporcionalidade, sob o viés da proibição do excesso (*Übermassverbot*) e da proibição à proteção deficiente (*Untermassverbot*), vez que se é certo que os limites ao exercício do *jus puniendi* estatal configuram uma das maiores barreiras protetivas da pessoa humana frente ao Estado, também é certo que não se admite da parte estatal uma proteção deficiente aos fragmentos de bens jurídicos destinados a tutela da norma penal.

À perspectiva do pós-positivismo foi devidamente explorada quando da demonstração da força normativa dos princípios, sendo cediço que os direitos fundamentais, por vezes, tem estrutura de princípios, sendo, em verdade, mandamentos de otimização, que podem ser

satisfeitos em diversos graus. Nesse contexto, demonstramos que em um modelo constitucional garantista, é recorrente a colisão entre princípios, todavia, essa colisão se distingue da colisão entre as regras jurídicas. A colisão entre regras jurídicas resolve-se pela supressão da regra conflitante. A colisão entre princípios, por sua vez, reclama relativização principiológica, realização da técnica de ponderação, que, em verdade, decorre do princípio da proporcionalidade (ALEXY, 2008, p. 93-103).

Essa perspectiva pós-positivista exposta alhures é exatamente o marco teórico que estabelece o giro epistemológico do método clássico silogístico do Direito Penal para o método tópico-hermenêutico, inaugurando um novo método do direito penal. A função de garantia da lei penal se dilata, por conseguinte, a legalidade funcionaria como limite negativo das decisões judiciais e a dignidade da pessoa humana, alçada à condição de princípio macro, o limite positivo. A partir da construção de um novo método do direito penal, sob o enfoque pós-positivista e garantista, não era mais crível enxergar o princípio da legalidade de forma microscópica, cingindo-o ao estudo da teoria da lei penal, pois, conforme sobejamente demonstrado em nossa construção teórica, o princípio da legalidade intersecciona também a teoria da pena e a teoria do crime, estando intimamente relacionado com os elementos do conceito analítico estratificado do delito.

Nessa senda, o objetivo geral e específico deste trabalho foram atingidos, porquanto, analiticamente, explicitou-se e delimitou-se a noção de legalidade e os elementos adjacentes, que atrelados à essa primeira noção, norteiam a limitação do *jus puniendi* estatal, demonstrando a construção do conceito de bem jurídico como a teleologia funcional do sistema e ressaltando à importância da função de garantia da lei penal estada na legalidade, vez que não se tutela o indivíduo apenas com o direito penal, mas o tutela do próprio direito penal, aparando as arestas de um sistema que não mais é satisfeito pelo silogismo clássico.

Ademais, no que tange o objetivo específico, demonstrou-se que a noção de legalidade intersecciona não apenas os referidos pilares dogmáticos do direito penal, mas os substratos do conceito analítico de crime, à luz da teoria finalista da ação.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BACIGALUPO, Enrique. **Manual de Derecho Penal – Parte General**. Bogotá: Editorial Temis, 1996.
- BARATTA, Alessandro. **Criminología Crítica y Crítica Del Derecho Penal: Introducción a la Sociología Jurídico Penal**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco – Rumo a Outra Modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Campinas: Red Livros, 2000.
- BETTIOL, Giuseppe. **El Problema Penal**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1995.
- BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BRANDÃO, Cláudio. Significado Político-Constitucional do Direito Penal. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 1, n. 7, p. 38 - 42, 2006. Jan/jun.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. São Paulo: Atlas, 2015.
- BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Criminal nº 0582130006544001**. Rel. Desembargador Marcílio Eustáquio Santos. Disponível em: Acesso em: 03 mar. 2022.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Control Social y Derecho Penal**. Barcelona: PPU. 1987.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DONNA, Edgardo Alberto. **Teoría Del Delito y De La Pena. Tomo I**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1996.
- DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías – La Ley Del Más Débil**. Madrid: Trotta, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- FERRAJOLI, Luigi. **El Garantismo y la Filosofía Del Derecho**. Colombia: Universidade Externado de Colombia, 2000.
- FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo – Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Atlas, 2015.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Hamurabi, 1989.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: forense, 2003.
- FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e Sensibilidade – Fundamentos do Direito Penal Moderno**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.
- HASSEMER, Winfried. **Crítica al Derecho Penal de Hoy**. Bogotá: Universidad Externato de Colombia, 1998.
- HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch. 1989.
- HOBBSAWN, Eric John Ernest. **A Era das Revoluções 1789-1848**. São Paulo: Paz e Terra, 2015.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1949.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Granada: Comares, 2002.
- JIMÉNEZ de ASÚA, Luis. **Principios de Derecho Penal – La Ley y El Delito**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.
- MAZZUOLI, Valério. **Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro**. In: Controle de Convencionalidade: Um Panorama Latino-Americano. Gazeta Jurídica. Brasília, 2013.
- MEZGER, Edmund. **Derecho Penal - Parte General**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.
- MIR PUIG, Santiago. **El Derecho Penal en El Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.
- MIR PUIG, Santiago. **Introducción a Las Bases Del Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción Al Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2001.
- OUVIÑA, Guillermo. **Estado Constitucional de Derecho e Derecho Penal**. Teorías Actuales en Derecho Penal. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998.

PIERANGELLI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2015.

ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos Como Função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 19.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General – Tomo I**. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia: Contribuição Para Crítica da Economia da Punição**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. Curitiba: ICPC, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. **Revista da Ajuris**, ano XXXII, nº 98, junho/2005.

STRECK, Lênio Luiz. A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade: da Proibição de Excesso (Übermassverbot) à Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot) ou de Como Não há Blindagem Contra Normas Penais Inconstitucionais. **Revista da Ajuris**, Ano XXXII, nº 97, março/2005.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão – Tomo I**. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C, 1899.

WELZEL, Hans. **Teoría de la Acción Finalista**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1951.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Santiago: Jurídica del Chile, 1987.

WESSELS, Johannes. **Derecho Penal – Parte General**. Buenos Aires: De Palma, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Estructura Basica Del Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal - Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal – Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 2002.