

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

GUILHERME BOARO

LEIS PENAIS EM BRANCO E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Porto Alegre
2017

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

GUILHERME BOARO

LEIS PENAS EM BRANCO E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza

Porto Alegre
2017

Ficha Catalográfica

B662L Boaro, Guilherme

Leis penais em branco e princípio da legalidade / Guilherme Boaro . – 2017.

117 f.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder Souza.

1. Leis Penais em Branco. 2. Princípio da Legalidade. 3. Direito Penal Contemporâneo. 4. Iluminismo Penal. 5. Contenção da Arbitrariedade Judicial. I. Souza, Paulo Vinicius Sporleder. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Bibliotecário responsável: Marcelo Votto Texeira CRB-10/1974

“Depois da guerra, pensava eu, restavam apenas cinzas, destroços sem íntimo. Tudo pesando, definitivo e sem reparo. Hoje sei que não é verdade. Onde restou o homem sobreviveu a semente, sonho a engravidar o tempo. Esse sonho se ocultou no mais inacessível de nós, lá onde a violência não podia golpear, lá onde a barbárie não tinha acesso. Em todo este tempo, a terra guardou, inteiras, as suas vozes. Quando se lhes impôs o silêncio elas mudaram de mundo. No escuro permaneceram lunares.”
(Mia Couto).

AGRADECIMENTOS

À minha família, Isete, João, Vinicius e Joana, pelo amor (também ao próximo), pelo carinho, pelo incentivo e por serem exatamente como são; e também ao meu afilhado, o pequeno Vicente, que, ainda no amanhecer da vida, já nos amanhece a alma.

Aos AMIGOS, por todos os momentos juntos.

Aos colegas e às colegas de mestrado, pelos debates, por trazerem a esperança de que é possível construir um mundo mais justo, e por mostrarem que nem só de estudo se vive a vida acadêmica.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza, pela constante interlocução.

Aos colegas de escritório, Andrei Zenkner Schmidt, Bruna Aspar Lima, Tapir Rocha Neto e Denise Silva, pelo convívio diário, pelo exemplo de competência profissional e por me darem total e irrestrito apoio na realização do mestrado.

Aos demais professores e aos funcionários do PPGCCRIM, por serem a base da construção de um ambiente de excelência acadêmica.

À CAPES, por ter financiado parcialmente a realização do curso.

E a todas as outras pessoas que, de tão importantes em minha vida, acabam por constituir a mim mesmo.

RESUMO

A presente dissertação está inserida na linha de pesquisa “Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos” e tem como objeto de análise a categoria das leis penais em branco. Pretende-se estabelecer, a esse respeito, um cenário que permita traçar, à luz do conteúdo do princípio da legalidade, as suas linhas fundamentais e limítrofes a permitir a construção de critérios para a sua recorrência. Para a realização desse objetivo, a pesquisa se divide em três distintos e complementares momentos. Em uma primeira análise, se procede à delimitação da ideia de legalidade, desde seus paradigmas, de base iluminista, até a sua projeção principiológica em direito penal. Após, em um segundo momento, o estudo se direciona ao exame dogmático da categoria das leis penais em branco (conceito, fundamentos, características e modalidades). Por fim, em uma terceira etapa da pesquisa, se busca confrontá-la ao conteúdo liberal do princípio da legalidade, assim compreendido em sua conformação ao direito penal contemporâneo, a fim de analisar a possibilidade de a categoria das leis penais em branco ter, em seus fundamentos e limites, a sua recorrência viabilizada.

Palavras-Chave: Leis Penais em Branco; Princípio da Legalidade; Direito Penal Contemporâneo; Iluminismo Penal; Técnica Legislativa; Contenção da Arbitrariedade Judicial.

ABSTRACT

This dissertation is inserted in the research line “Contemporary Criminal-Legal Systems” and has as objective the analysis of the blank criminal laws. Intends to establish, in this regard, a scenario that allows to trace, in the light of the principle of legality, its fundamentals and bordering lines to allow the construction of criteria to its recurrence. To realize this objective, the research divides in three distinct and complementary moments. In a first analysis, proceeds to a delimitation of the idea of legality, from its paradigms, vinculated of the iluminism period, until its principological projection in the criminal law. Then, in a second moment, directs the study to the dogmatic exam of the category of the blank criminal laws (concept, fundamentals, features and modalities). Finally, in a third stage of the research, it is sought to confront it with the liberal content of the principle of legality, as understood in its conformation to contemporary criminal law, in order to analyze the possibility of the category of blank criminal laws having, in its foundations and limits, its recurrence feasible.

Keywords: Blank Criminal Laws; Legality Principle; Contemporary Criminal Law; Criminal Iluminism; Legislative Technique; Containment of Judicial Arbitrariness.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	14
2.1 PARADIGMAS E FUNDAMENTO	16
2.1.1 O período iluminista.....	18
2.1.2 Iluminismo penal e o princípio da legalidade penal (<i>nullum crimen nulla poena sine lege</i>): Beccaria e Feuerbach	25
2.2 ESTRUTURA.....	28
2.2.1 <i>Nullum crimen nulla poena sine lege stricta</i>	30
2.2.2 <i>Nullum crimen nulla poena sine lege praevia</i>	35
2.2.3 <i>Nullum crimen nulla poena sine lege scripta</i>	38
2.2.4 <i>Nullum crimen nulla poena sine lege certa</i>	41
2.3 PRIMEIRAS PROJEÇÕES À PROBLEMÁTICA DAS LEIS PENAIS EM BRANCO	43
3 AS LEIS PENAIS EM BRANCO.....	46
3.1 ORIGEM, CONCEITO E DELIMITAÇÃO	46
3.2 FUNDAMENTOS	50
3.2.1 Fundamento principal: flexibilização da lei penal	52
3.2.2 Fundamentos secundários: (i) submissão, à lei penal, a infração à regulação jurídica de matéria complexa; (ii) razões técnicas; (iii) expansionismo jurídico-penal; e (iv) exigência de conhecimento específico e aprofundado	55
3.2.3 Aspectos críticos	57
3.3 CARACTERÍSTICAS E MODALIDADES	59
3.3.1 Características essenciais.....	60
3.3.2 Modalidades de remissão.....	61
3.3.2.1 Remissões estáticas versus remissões dinâmicas.....	63
3.3.2.2 Remissões interpretativas	64
3.3.2.3 Remissões explícitas e remissões implícitas	66
3.4 RESGATE DO OBJETO À LUZ DO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO: LEIS PENAIS EM BRANCO E DIREITO PENAL DO RISCO	67
4 FUNDAMENTOS E LIMITES DAS LEIS PENAIS EM BRANCO À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	73
4.1 O <i>LOCUS</i> DO PROBLEMA	74
4.1.1 Perspectiva restritiva: a inconstitucionalidade das leis penais em branco	76

4.1.2 Perspectiva moderada: a adequação constitucional condicionada das leis penais em branco ao princípio da legalidade	78
4.1.3 Perspectiva crítica: cenário de novas possibilidades para a construção dos espaços de adequação constitucional das leis penais em branco.....	81
4.2 O DESAFIO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E AS LEIS PENAS EM BRANCO	85
4.2.1 Construção e interpretação dos tipos penais à luz do princípio da legalidade.....	90
4.2.2 O princípio da legalidade e a contenção da arbitrariedade judicial: o cenário para definição dos fundamentos e limites das leis penais em branco.....	94
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	104
REFERÊNCIAS.....	111

1 INTRODUÇÃO

A inescusável tarefa de quem se propõe a pensar as coisas do direito penal é a de debruçar sobre ele um olhar atento às suas complexidades e às suas projeções, tanto sob uma perspectiva sistemática, quanto às vinculadas aos dinamismos sociais. Para tanto, há que se impor, em relação a tal olhar, a sensibilidade de, a um só tempo, se fazer conformar o direito penal às mudanças da realidade, sem, no entanto, abrir mão dos critérios limitadores do poder de punir.

Isso, no entanto, embora à primeira vista possa parecer como algo de fácil compatibilização, demanda a construção de critérios, mais ou menos consensuais, a definir os espaços limítrofes em relação aos quais o direito penal pode ser, de fato, efetivo na realização de seu mister, qual seja, a proteção de bens jurídicos. É precisamente isso, afinal, que tem movido a ciência jurídico-penal há mais de dois séculos.

Com efeito, o direito penal como hoje se conhece possui suas raízes no período iluminista, quando restaram definidas algumas premissas que trataram de pautar o pensamento jurídico (penal). Tais premissas, é sabido, passaram a constituir critérios cuja função principal passou a ser a efetivação da primazia das liberdades individuais em face do poder do Estado.

E foi com base nesses critérios que o direito penal veio a se constituir como um importante mecanismo de controle social nos Estados Democráticos e de Direito. Se antes a pena e o poder de punir eram praticamente autorrealizáveis, dependendo exclusivamente da vontade do soberano, a construção do direito penal a partir das premissas iluministas foi capaz de estabelecer um paradigma em relação ao qual, sobretudo sob uma perspectiva dogmática, se passou a traçar os critérios e os limites a vincular o poder de punir do Estado.

Está, pois, na gênese do direito penal, enquanto método, a supremacia das liberdades. É, precisamente, diante da necessidade de protegê-las, que o poder de punir se consolida, pela via do método do direito penal, como um mecanismo legítimo estabelecido em perspectiva ao paradigma democrático. Noutras palavras: é da própria limitação do poder de punir que nasce a legitimação do direito penal.

Assim considerando, a edificação do direito penal fixado em tais premissas só foi possível pelo assentamento, a partir de um núcleo rígido e denso, da ideia de legalidade enquanto horizonte fundamental e indeclinável para a realização de toda e qualquer

restrição estatal às liberdades individuais. A partir disso, com efeito, o ato de punir deixou de ser realizável pela simples vontade do soberano, mas passou a demandar de uma legitimação legal prévia a delimitar, formal e materialmente, as possibilidades de consumação da atividade punitiva.

Obviamente, no entanto, que a esse horizonte foram sendo impostos sucessivos e substanciais desafios. O aumento em complexidade das relações sociais, com o conseqüente redirecionamento do poder de punir a cada vez mais amplos espaços de tutela, não só demandou uma abertura do centro de gravidade do direito penal – até então vinculado quase que exclusivamente à proteção de bens jurídicos individuais –, como também lhe submeteu a redefinições de base, caracterizadas principalmente pelas novas conformações do princípio da legalidade (penal).

A própria estruturação da ideia de lei penal em branco, enquanto categoria autônoma de leis penais, possui uma estreita vinculação a esses movimentos a que se submeteu o direito penal. Assim, conquanto sua gênese, a partir da constatação da existência de *lex imperfectas*, tenha se dado já nos primeiros estudos acerca das leis penais, com Binding, fato é que sua recorrência aumentou gradativamente na medida em que o direito penal foi expandindo seu espectro de atuação.

O problema que logo se sucedeu, diante disso, foi o de questionar a legitimidade da recorrência às leis penais em branco. Afinal, observadas as premissas liberais-iluministas a traçar o horizonte ao qual vinha a se estruturar o princípio da legalidade, como poderia o direito penal se projetar, em casos específicos e cada vez menos raros, pela via de uma lei imperfeita (lei penal em branco)?

Essa questão, aliás, nunca deixou de flutuar, em maior ou menor medida, perante a dogmática penal dedicada ao estudo do princípio da legalidade. Ao fim e ao cabo, em verdade, até mesmo a pesquisa que ora se apresenta possui, talvez como horizonte último, a pretensão de contribuir, ainda que não de forma exauriente, à discussão proposta a partir da referida pergunta. De forma ainda mais precisa, a propósito, o problema a mover os esforços no âmbito do presente escrito pode ser assim definido: quais são, afinal, os fundamentos e os limites da categoria das leis penais em branco à luz do princípio da legalidade?

Obviamente que, para a projeção de elaborações a esse respeito, alguns outros problemas deverão ser perseguidos no decorrer da pesquisa, quais sejam: de que forma o princípio da legalidade se estabelece e se estrutura a partir de seus paradigmas? Qual o conceito, as características, o fundamento e as modalidades de realização das leis penais

em branco? De que modo o princípio da legalidade deve ser, em seu conteúdo, vislumbrado dogmaticamente diante da relação indivíduo-Estado? Com base nisso, precisamente, é que o trabalho se dividirá em três capítulos.

No âmbito do *primeiro* capítulo, assim a considerar, se buscará traçar as bases fundamentais do princípio da legalidade a partir dos paradigmas que o conformam, com um especial enfoque às suas raízes iluministas. Dessa forma, e assumindo o caráter liberal e de contenção do poder de punir a delimitar o preenchimento do referido princípio, realizar-se-á uma análise doutrinária de sua projeção na dogmática penal pela via dos princípios do *nullum crimen nulla poena sine lege praevia, stricta, scripta e certa*. O que com isso se pretende é, a um só tempo, fixar o pano de fundo a justificar e atribuir conteúdo ao princípio da legalidade para, a partir disso, projetá-lo à problemática dos fundamentos e limites das leis penais em branco.

Assim é que, por conseguinte, no âmbito do *segundo* capítulo, se realizará, de maneira detida, uma análise dogmática das leis penais em branco. Em um primeiro momento, será analisada, com efeito, a sua problemática conceitual, sobretudo a partir da evolução do conceito de tipicidade com a assunção dos elementos normativos do tipo. Após, se buscará traçar as suas características essenciais e as linhas fundamentais para a sua recorrência enquanto técnica legislativa de tutela, considerada a realidade de ampliação do direito penal a novos espaços de proteção. Além disso, serão também, nesse âmbito, analisadas as modalidades de remissão realizadas pelas leis penais em branco, a saber, as remissões estáticas, dinâmicas, interpretativas, explícitas e implícitas.

Por fim, no âmbito do *terceiro* capítulo se buscará proceder à confrontação da categoria das leis penais em branco ao princípio da legalidade, com vistas a estabelecer algumas linhas gerais para a definição dos seus fundamentos e limites. Nesse âmbito, realizar-se-á, em uma primeira abordagem, a análise das diferentes concepções acerca dos seus espaços de legitimidade, desde as perspectivas restritivas, que compreendem que a recorrência às leis penais em branco é inconstitucional, até as perspectivas moderadas, que estabelecem determinados (criticáveis) critérios para sua utilização.

Com base nessas formulações, com efeito, se tentará, a partir de uma perspectiva crítica, traçar um cenário de novas possibilidades para a definição dos fundamentos e limites das leis penais em branco. Dessa forma, ao se estabelecer, pensa-se, da forma mais adequada, o conteúdo liberal do princípio da legalidade no âmbito da relação indivíduo-Estado, a se projetar à problemática da construção e interpretação dos tipos penais, deverá

restar determinado, com a pretensão de um contributo, os espaços limítrofes e fundamentais para a recorrência a tal categoria de leis.

2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

As coisas do direito devem ser observadas e compreendidas à luz dos movimentos que as conformam. Consensos, dissensos, determinados ideários políticos, etc., acabam por ocasionar em constantes reconfigurações sociais que, justamente por assim o ser, confluem em alterações paradigmáticas a determinar os rumos da ciência jurídica. Se, portanto, não há, no mundo que se construiu na modernidade, *nada* fora do direito, é também verdade que não há nada no direito que não seja, da mesma forma, resultado dos *modos de viver* desse mesmo mundo.

Assim, se, por um lado, a sociedade moderna está, conforme defende Weber¹, a ser sustentada pelo direito, o direito, por sua vez, só encontra sua razão de ser quando percebido e modificado em face dos conflitos que exsurtem das estruturas sociais que ele mesmo está a dar sustentação. Tudo, portanto, passa por e pelo o direito, seja como causa ou como consequência.

Precisamente em razão disso é que se passou, na modernidade, ao desenvolvimento próprio da metodologia do direito. O domínio da técnica, sobretudo no âmbito das ciências naturais, bem como as ressignificações da ideia de Estado, passaram a definir os rumos daquilo que se pode denominar “o método do direito” à luz de uma determinada pretensão totalizadora (pretensão essa que, como bem afirma Gauer², não passa de uma ilusão). Veio à tona, portanto, a ideia de racionalização dos mecanismos do direito.

O retorno ao humano é consequência desse tempo. O processo de secularização e as revoluções constitucionais do século XVIII passaram a dar um novo sentido à ciência jurídica na modernidade: a dignidade da pessoa humana, enquanto valor fundamental para a construção de ordens políticas justas³, tornou-se o referencial de legitimidade para a edificação dos ordenamentos jurídicos.

¹ WEBER, Max. *O político e o cientista*. 3ª Ed. Lisboa: Presença Ltda., 1979. A respeito do pensamento Weberiano e o papel do direito nas sociedades modernas, Gauer: “Podemos afirmar que o cientista, responsável pela construção do estado moderno, foi o jurista. A presença do jurista permitiu a organização de todas as instituições laicas na modernidade. Não é por acaso que muitos intelectuais atribuem ao direito moderno a condição de aplicação da racionalidade e da burocracia institucional”. (GAUER, Ruth Maria Chittó. *A fundação da norma: para além da racionalidade histórica*. Porto Alegre: Edipucrs, 2011, p. 128).

² GAUER, Ruth Maria Chittó. *A fundação da norma: para além da racionalidade histórica*. Porto Alegre: Edipucrs, 2011, p. 127.

³ Habermas, ao trabalhar a construção normativa e constitucional da Europa, sobretudo a partir das referidas revoluções constitucionais do século XVIII, menciona que “as próprias pretensões normativas fundamentam-se a partir de uma moral universalista cujo conteúdo há algum tempo foi introduzido, por meio da ideia de dignidade humana, nos direitos humanos e nos direitos dos cidadãos das constituições

Embora, é bem verdade, o desenvolvimento da ciência do direito tenha se dado, em um momento anterior, pela necessidade de sustentação do Estado absolutista, o avanço da modernidade permitiu que as balizas de orientação da metodologia jurídica passassem a ser delineadas por aquilo que se pode considerar como o mais essencial à ideia de dignidade humana: a liberdade individual.

O constitucionalismo moderno, portanto, passou a sustentar uma limitação jurídica do poder do Estado em favor da liberdade individual. Consequência disso foi a valorização do indivíduo enquanto ser racional, o que ocasionou no reconhecimento de direitos universais⁴. A própria ideia de contrato social, antes percebida sob uma perspectiva absolutista, sobretudo em Hobbes⁵, passou a assumir uma reconfiguração liberal.

Reconfiguração, essa, que, ao ter como primazia os direitos individuais, afirmam Sarmento e Souza Neto⁶, deu ao constitucionalismo moderno uma base de sustentação formada por três pilares: “a contenção de poder dos governantes, por meio da separação de poderes; a garantia de direitos individuais, concebidos como direitos negativos oponíveis ao Estado; e a necessidade de legitimação do governo pelo consentimento dos governados”.

Assim é que a roupagem do Estado político passou, diante dos referidos moldes, a ser redefinida. Na medida em que *todo o poder emana do povo*, conforme prescrevem as Constituições redundantes dos movimentos desse processo, restou delimitado ao Estado um espaço de intervenção mínima que, por assim o ser, deve ser sempre justificada, sob pena de perder sua própria legitimidade. Ou seja: o Estado legítimo passou a ser somente aquele que garanta aos seus governados, mediante a proteção dos direitos fundamentais – em especial a liberdade –, a realização plena da dignidade humana⁷.

democráticas”. E complementa: “Somente esse vínculo *interno* entre dignidade humana e direitos humanos produz aquela fusão explosiva da moral no *médium* do direito, no interior do qual deve ser efetuada a construção das ordens políticas justas”. (HABERMAS, Jürgen. *Sobre a constituição da Europa*. Trad. Denilson Luiz Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012, p. 37).

⁴ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 73.

⁵ Em célebre passagem, Hobbes afirma: “O que faz uma lei não é a sabedoria, e sim a autoridade”. (HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Martin Claret, 2011, p. 11).

⁶ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 74.

⁷ Daí que surge o conceito de Estado Constitucional. Feldens, a esse respeito, assim afirma: “Na fase inaugural do Estado Constitucional (...) do final do século XVIII à primeira metade do século XIX, considera-se, sob os auspícios do liberalismo político, que a liberdade se asseguraria limitando a ação do poder sobre os cidadãos. Nesse primeiro momento o objetivo era encilhar o Leviatã. O Estado deveria limitar-se a velar pela segurança, é dizer, pela certeza da liberdade concedida pela lei. A missão do Estado

O curioso, diante de tal perspectiva, é perceber como o direito penal passou a se comportar à luz de seus paradigmas. Assim como as demais especialidades da ciência jurídica moderna, as coisas do direito penal também se alteraram a partir das reconfigurações metodológicas a que foram sendo submetidas com o passar dos tempos.

Deu-se por conta, sobretudo no período que ficou conhecido como “iluminismo penal”, da necessidade de, diante do caminho delineado pela modernidade, serem estabelecidos novos parâmetros, de ordem humanitária, a conter o poder punitivo do Estado. Dentre tais parâmetros, o mais fundamental deles: *o princípio da legalidade penal*.

2.1 PARADIGMAS E FUNDAMENTO

O desenvolvimento do Estado ocasionou, conforme referido, a necessidade do estabelecimento de mecanismos de contenção do exercício do poder. Sob o prisma liberal, o princípio da legalidade, sobretudo nos primórdios do desenvolvimento da ciência penal moderna, em específico no âmbito do período do pensamento iluminista (séculos XVII e XVIII), surge, portanto, como um imprescindível instituto delimitador do poder do Estado perante os seus súditos.

Há, no entanto, ampla discussão acerca de sua real origem. Muito embora se compreenda, hoje, que no pensamento iluminista é que, de fato, o princípio da legalidade passou a pautar, sob uma perspectiva liberal, o desenvolvimento da ciência jurídico-penal, estabeleceu-se um certo dilema⁸ doutrinário acerca de seu surgimento.

Ainda que autores como Manzini⁹, por exemplo, compreendam que as origens do referido princípio remontem ao Direito Romano, a principal incerteza acerca da gênese

seria, pois, garantir a segurança jurídica mediante a solidificação dos direitos individuais”. (FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a Constituição penal*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 23).

⁸ O termo *dilema* é utilizado por Bach e Guaragni. (BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 91.).

⁹ MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. 4ª Ed. Torino: UTET, 1961, vol. I, p. 55. A esse respeito, no entanto, refere Schmidt que “no Direito Romano não havia proibição à punição sem leis”. E explica: “Ao tempo do governo dos magistrados, em conjugação com o tribunal do povo, já havia pré-figuração de vários crimes (e fixação de penas), mas o tribunal popular podia declarar puníveis outras ações não previstas especificamente. Com a substituição dos tribunais populares pelos tribunais dos jurados, contudo, passou-se a exigir de uma punição a sua expressa incriminação (...). Mas tal exigência não durou muito tempo. O advento do processo senatório-consular e do concomitante tribunal imperial fez com que a legalidade rígida voltasse a ser extirpada, passando as leis populares, a *Constitutio* imperial, o *rescriptum*, o direito municipal, o direito local e a *consuetudo* radicada na *usus fori*, a figurarem como fontes de direito penal”. (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 135-136).

dos preceitos a constituir a ideia de legalidade diz respeito ou à Magna Carta Inglesa de 1215 ou, ainda mais antigamente, ao Direito Ibérico.

A Magna Carta, assinada pelo Rei João Sem Terra, dispunha, em seu artigo 39, que “nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares ou segundo as leis do País¹⁰”.

Faz-se, no entanto, críticas substanciais¹¹ em relação ao suposto teor liberal do referido dispositivo. Isso porque os “pares” de que trata o texto diziam respeito tão-somente aos condes, aos barões e demais senhores feudais¹². Zaffaroni¹³, ainda, afirma que o que a Magna Carta estava a garantir era somente a legalidade processual e a lei *ex post facto*.

Há, ainda, quem defenda, em paralelo, que os primórdios do princípio da legalidade se dê no período do Direito Ibérico. Frederico Marques¹⁴, a esse respeito, afirma que “nas Côrtes de Leão, em 1186, declara Afonso IX, sob juramento, que não procederá contra a pessoa e propriedade de seus súditos, enquanto não fossem chamados ‘perante a Curia’”. Aponta-se, no entanto, que tal instituto estaria muito mais a vincular as origens do princípio da jurisdicionalidade do que do princípio da legalidade¹⁵.

É lugar comum na doutrina¹⁶, no entanto, de que foi no período iluminista em que se passou a conferir à ideia de legalidade um conteúdo mais denso capaz de traçar os fundamentos e os limites da ciência penal. Tal conteúdo passou a configurar o “meio do

¹⁰ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Parte geral. Tomo 1. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 162. Na mesma linha de Aníbal Bruno, Assis Toledo também defende que a origem do princípio da legalidade reside no mencionado artigo 39 da Magna Carta de 1215. (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 21.).

¹¹ Veja-se, por exemplo, a crítica de Nilo Batista: “Devemos abandonar a tarefa, mas própria de antiquário que de historiador, como diria Marc Bloch, de respigar em textos romanos alguma afinidade – ainda que sonora – com o princípio, ou de cismar sobre a passagem do artigo 39 da *Magna Charta* – que continha, segundo opinião dominante, mera garantia processual restrita aos poucos ‘homens livres’ – à procura de um antecedente”. (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 63).

¹² SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 136.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de derecho penal*. Parte general. Tomo I. 6ª Ed. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 132.

¹⁴ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1964, p. 161.

¹⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 136.

¹⁶ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 136; BUSATO, Paulo César. *Direito penal*. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 28; e BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. *Normal penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 91.

caminho” entre a liberdade individual e a intervenção do Estado: aos indivíduos é garantida a liberdade em face do poder Estatal; ao Estado, por sua vez, é imposto um dever de não-intervenção, salvo se por força de lei.

Diante disso, portanto, é que se avançou de vez no desenvolvimento do princípio da legalidade. Tendo como pano de fundo uma perspectiva social menos dolorosa e mais humanitária, seu conteúdo foi assumindo, diante das mais diversas perspectivas históricas, novas facetas, diferentes dimensões e ressignificações acerca de sua abrangência.

Justifica-se, devido a isso, a análise dos paradigmas históricos que passaram a influenciar o conteúdo normativo do princípio em análise¹⁷.

2.1.1 O período iluminista

Embora as questões a mover a história do pensamento da humanidade sejam questões perenes, não-históricas, e que, portanto, se colocam, enquanto objeto, em situação de constante permanência, elas são, de todo modo, questões formadas por movimentos paradigmáticos que, ainda que não se deem em forma de ruptura, de uma maneira ou outra acabam por influir sistematicamente no caminhar dos mais variados campos das ideias.

No direito penal isso não é diferente. Os paradigmas filosóficos, por exemplo, ao alterar, no avançar da história, o espectro de enfoque acerca da relação entre sujeito e objeto, acabou por impor à ciência jurídico-penal questionamentos em relação aos seus próprios fundamentos.

O desenvolvimento sistemático do direito penal, sob o prisma do princípio da legalidade, teve seu surgimento – ao menos em uma perspectiva liberal –, conforme mencionado, no período iluminista. Um período que, influenciado pelas mudanças paradigmáticas ocorridas no âmbito da filosofia – da metafísica clássica para a filosofia da consciência – foi determinante para que o desenvolvimento das ideias se voltasse ao ser humano.

¹⁷ Realizando, de modo bastante similar, a análise dos paradigmas iluministas acerca do princípio da legalidade BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. *Normal penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014, pp. 93-113.

Naquele período é que se alterou a pedra angular do pensamento filosófico. O preenchimento do *caos* pelo *cosmos*¹⁸ que, na metafísica clássica, se dava pelo desvelamento da essência constante nos objetos, se modificou. Em um primeiro momento, a questão se colocou sob duas perspectivas: de um lado, as bases filosóficas racionalistas (Descartes, Leibniz, Espinosa, etc.), no âmbito das quais se pensava ser possível o acesso ao *ser* pela razão; de outro, as construções filosóficas de cunho empirista (Hume, Berkeley, etc.), que traçavam uma ideia de que o conhecimento humano deveria se dar pelas experiências sensíveis.

Kant, no entanto, foi o responsável pela realização daquilo que ele mesmo chamou de “revolução copernicana” da filosofia. Foi ele o responsável por realizar a inversão da relação sujeito-objeto, transformando o sujeito no centro de gravidade da relação: os objetos não mais possuem sentido *em si*, sendo todo o sentido atribuível pelo sujeito. Ou, conforme o próprio Kant¹⁹, no prefácio da obra *Crítica da Razão Pura*, os objetos passaram a ser regulados pelo conhecimento do sujeito, e não mais o contrário:

Até agora se supôs que todo nosso conhecimento tinha que se regular pelos objetos; porém todas as tentativas de mediante conceitos estabelecer algo a priori sobre os mesmos, através do que ampliaria o nosso conhecimento, fracassaram sob esta pressuposição. Por isso tente-se ver uma vez se não progredimos melhor nas tarefas da Metafísica admitindo que os objetos têm que se regular pelo nosso conhecimento, o que concorda melhor com a requerida possibilidade de um conhecimento a priori dos objetos que deve estabelecer algo sobre os mesmos antes de nos serem dados.

Tais movimentos em direção à maior valorização do homem foram determinantes para a redefinição da relação entre indivíduo e Estado e, obviamente, para uma concretização verdadeiramente liberal do princípio da legalidade. O próprio Locke, considerado um dos precursores do liberalismo, tratou, em um momento anterior, de traçar o caminho para tanto.

O direito natural, pensado por Locke²⁰ nos dois *Tratados do Governo Civil*, tinha como escopo uma ideia de que a relação indivíduo-Estado era formada por “coisas indiferentes” e “coisas obrigatórias”. Essas eram determinadas por leis que *ordenavam*

¹⁸ *Caos* e *cosmos* são conceitos antitéticos que, em filosofia, direcionam para uma ideia de *desordem* e *ordem*, respectivamente. A preocupação filosófica sempre foi, em última análise, o preenchimento do caos pelo cosmos. A sua construção passou a se dar, nesse sentido, pela alteração do enfoque a ser dado para tanto: ontológico, epistemológico ou linguístico. Tais conceitos podem ser muito bem observados nas tragédias gregas, ainda que por vezes de modo poético ou mesmo metafórico.

¹⁹ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. In Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 12.

²⁰ BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 93.

(obrigações positivas) ou *proibiam* (obrigações negativas); aquelas a preencher o espaço da *indiferença* (“coisas indiferentes”) eram, conseqüentemente, as que não se sujeitavam a qualquer obrigação positiva ou negativa.

Ou seja, uma vez que haveria leis a delimitar as esferas de ações obrigatórias – proibitivas ou ordenatórias –, tudo que estivesse para além desses limites preenchia o espaço do indiferente, no âmbito do qual caberia ao indivíduo decidir livremente pela realização ou não de uma determinada ação²¹.

Ao soberano, diante disso, caberia a implementação, por meio de sanções próprias, dos ditames da lei natural que tratavam de regular as “coisas obrigatórias” positivas e negativas²². Disso, portanto, passaria a decorrer a obrigação ao soberano de respeitar o espaço de liberdade natural dos indivíduos preenchido pelas “coisas indiferentes²³”.

Tal compreensão, no entanto, passava pela necessidade de determinação acerca do papel do Estado diante da esfera de liberdade natural dos indivíduos. Isso porque, embora Locke partisse do pressuposto de que os indivíduos eram, em estado de natureza, iguais em termos de liberdade, a sua má realização poderia ocasionar dano aos direitos naturais dos outros indivíduos.

A formação do estado civil e a própria ideia de legalidade em Locke se dá, portanto, justamente por causa disso. O homem, ao pertencer à sociedade civil, em sua liberdade – embora ainda possuísse sua gênese nas leis da natureza –, passava a ter, segundo as palavras do filósofo²⁴:

Regra permanente a lhe pautar a vida, comum aos demais membros da mesma sociedade e feita pelo poder legislativo estabelecido em seu seio; a liberdade de seguir a própria vontade em tudo o que não está prescrito pela lei, não submetida à vontade mutável, duvidosa e arbitrária de qualquer homem; assim como a liberdade da natureza consiste em não sofrer qualquer restrição a não ser a lei da própria natureza.

²¹ BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 93.

²² BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 94.

²³ Cumpre ressaltar, nesse ponto, que Locke mudou sua compreensão acerca do papel do soberano em relação às coisas indiferentes. Quando do escrito dos dois Tratados Sobre o Estado Civil (1660-1662), Locke assume uma concepção não-liberal. Defendia, a esse respeito, conforme Bobbio, que “depois da instituição do Estado, o indivíduo não tem mais qualquer direito sobre as coisas indiferentes, pois a razão fundamental da passagem do estado natural ao estado civil é a renúncia às disposições sobre as coisas indiferentes e a sua atribuição ao soberano, *sem qualquer limite* e, portanto, sem a sobrevivência dos direitos naturais”. (BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 95). Afirma Bobbio que “nesses seus dois escritos de juventude, Locke sustenta encarniçadamente e, com toda convicção, a posição não-liberal”.

²⁴ LOCKE, John. *Dois tratados de governo civil*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 35.

A partir dessa concepção é que se passou a construir uma ideia de Estado percebido como instrumento de garantia dos direitos do homem. Surgido com uma preocupação de frear o absolutismo, se definiu, àquele tempo, bem afirma Luisi²⁵, que “somente não é lícito aquilo que a lei proíbe”.

Em decorrência disso e igualmente preocupado com a necessidade de se acabar com o absolutismo, Montesquieu foi um dos grandes liberais responsável pela evolução do princípio da legalidade cuja gênese foi apresentada por Locke. No célebre escrito publicado em 1748, chamado *Do Espírito das Leis*, Montesquieu²⁶, analisando o processo de secularização que estava a tomar forma, tratou de realizar um dos avanços mais contundentes para o desenvolvimento do princípio da legalidade, qual seja, a divisão dos poderes do Estado.

Como anti-absolutista que era, considerava necessário o estabelecimento de mecanismos de controle de poder. Ao sustentar que tais mecanismos deveriam ser operacionalizados pelas próprias instâncias desse mesmo poder²⁷ é que Montesquieu afirmava a necessidade de sua divisão, o que consistia em uma ideia absolutamente contrária aos postulados do absolutismo então em decadência.

Com base nisso, Montesquieu definiu que o poder do Estado deveria ser dividido em poderes Legislativo (criação, correção e anulação de leis), Executivo de que dependem os direitos das gentes (poder executivo propriamente dito, que consiste no que Montesquieu denomina de *direito político*), e Judiciário das coisas de que dependem do direito civil (poder de julgar, que pode ser vislumbrado como a gênese da autonomia do poder judiciário).

²⁵ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 15.

²⁶ “Os homens são governados por diversos tipos de leis: pelo direito natural; pelo direito divino, que é o da religião; pelo direito eclesiástico (...), que é o da ordem da religião; pelo direito das gentes, que podemos considerar o direito civil do universo, no sentido de que cada povo é dele cidadão; pelo direito político geral, que tem como objeto essa sabedoria humana que fundou todas as sociedades (...). Há, pois, diferentes ordens de leis; e a sublimidade da razão humana consiste em saber bem qual dessas ordens se relacionam sobretudo as coisas sobre as quais se deve estatuir, e em não introduzir confusão nos princípios que devem governar os homens. (...) Todos concordam em que as leis humanas são de natureza diferente da das leis da religião, e esse é um grande princípio. (...) A natureza da leis humanas consiste em estarem sujeitas a todos os acidentes que acontecem e em variarem, à medida em que mudam as vontades dos homens (...). A força principal da religião vem de serem nela; a força das leis humanas vem de serem temidas”. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, pp. 487-488).

²⁷ “A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Nem sempre se encontra nos governos moderados, porém. Só se acha ali quando não haja abuso de poder: mas é uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder é levado a abusar dele; ele vai em frente até encontrar limites (...). Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder”. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, pp. 167-168).

Estabeleceu, ainda, os mecanismos de controle desses mesmos poderes. Ou seja, para além da divisão do poder central do Estado, Montesquieu compreendia a necessidade de se instituir maneiras de controlar cada um dos poderes. E é precisamente nessa “dupla face” de seu pensamento em que é possível perceber contributos para uma maior concretização do princípio da legalidade (penal) com prevalência à liberdade.

Com efeito, há em seu pensamento uma grande preocupação com a realização do ato de julgar, bem como com as questões vinculadas às leis penais. Isso a ponto de o autor afirmar que “é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei”, pois “não há um cidadão contra o qual se possa interpretar uma lei, quando se trata da sua honra, de seus bens ou da sua vida²⁸”. Ainda²⁹:

A liberdade política, num cidadão, é essa tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada qual tem de sua segurança; e para que tenhamos essa liberdade, o governo deve ser tal, que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade; porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente. Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; pois o juiz será legislador. Se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força para ser um opressor.

A necessidade do controle do poder de punir, tal como delineada por Montesquieu, pode ser percebida, ademais, em diversos pontos de seu pensamento. Para além das formulações que vieram a ensejar o avanço na concretização do princípio da legalidade, outras diversas formas de limitação do poder punitivo – e que também, é bem verdade, vieram a contribuir para a construção daquele princípio – são, de uma forma ou de outra, por ele elaboradas. Isso porque já em sua obra é possível perceber a defesa, ainda que por vezes indireta, dos princípios da ampla defesa e do contraditório³⁰, da adequação

²⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 92.

²⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 169.

³⁰ “Nos Estados moderados, porém, em que se tem consideração pelo último dos cidadãos, não lhe tiram a honra e os bens senão depois de longo exame: só lhe tiram a vida quando a própria pátria ataca; e ela só o ataca deixando-lhe todos os meios possíveis de defesa”. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 91).

proporcional das penas aos crimes, vinculada à uma ideia de prevenção³¹, do instituto do indulto penal³², etc.

Ainda que, obviamente, tais concepções delineadas por Montesquieu devam ser observadas à luz de seu tempo e com as devidas ressalvas, é importante evidenciar, como bem afirmam Bach e Guaragni³³, as “heranças que a teoria da separação dos poderes deixou para (...) o princípio da legalidade penal”.

Afinal, a necessidade de frear o absolutismo e limitar o poder do Estado constituía, de fato, uma preocupação daquela época. Não à toa que tal forma de compreender a relação indivíduo-Estado, com prevalência à liberdade, também foi objeto do pensamento de outro filósofo iluminista, qual seja: Jean-Jaques Rousseau.

Na obra intitulada O Contrato Social, Rousseau tratou de contribuir sobremaneira para o desenvolvimento das estruturas do pensamento jurídico moderno. Ao compreender as relações sociais a partir de dois primas formados pelos princípios da igualdade e da liberdade³⁴, o filósofo considerava que as leis eram as condições fundamentais da associação civil³⁵.

Desse modo, as leis só cumpririam seu papel se fossem capazes de garantir e maximizar os espaços de igualdade e de liberdade. Isso porque, na mesma linha que defendia Locke, o Estado legítimo não é aquele que limita as liberdades individuais, mas o que as garante³⁶.

³¹ “Mostra a experiência que, nos países em que as penas são suaves, o espírito dos cidadãos é tão afetado por essas penas quanto o é em outros lugares pelas punições severas. Surge algum inconveniente num Estado? Um governo violento quer corrigi-lo de uma vez; e, em vez de empenhar-se em fazer executar as velhas leis, estabelece uma pena cruel que detém o mal instantaneamente. Mas com isso se desgasta o mecanismo do governo; a imaginação acostuma-se com essa grande punição, como se acostumara com a menor; e, como se diminui o temor das punições menores, logo são obrigados a estabelecer as maiores em todos os casos”. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 100).

³² “Quando não há diferença nas penas, é preciso introduzi-la na esperança da graça. (...) As cartas de indulto são um grande recurso dos governos moderados. Esse poder que o príncipe tem de perdoar, exercido com sabedoria, pode produzir efeitos admiráveis”. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 110).

³³ BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014, pp. 102-103.

³⁴ “Se quisermos saber no que consiste, precisamente, o maior de todos os bens, qual deva ser a finalidade de todos os sistemas de legislação, verificar-se-á que se resume nestes dois objetivos principais: *a liberdade e a igualdade*. A liberdade, porque qualquer dependência particular corresponde a outro tanto de força tomada ao corpo do Estado, e a igualdade, porque a liberdade não pode subsistir sem ela”. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. In Coleção Os Pensadores. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 127).

³⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. In Coleção Os Pensadores. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 108.

³⁶ BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 103.

Há, nesse sentido, uma certa relação de dependência entre as liberdades e as disposições legais. Com efeito, o pacto social definido por Rousseau consiste justamente na submissão da liberdade natural ao Estado, o qual, ao editar as leis, passa a garantir aos indivíduos o que ele chama de liberdade *civil*.

Com essa mudança, a vontade geral, sob a perspectiva contratualista da liberdade civil, se sobrepõe à vontade individual instintiva própria da liberdade natural. Desse modo, o homem-social acaba por erigir-se em relação ao homem-natural.

As leis, portanto, são a conformação de uma vontade geral que deve ser pelo Estado protegida. Assim, se a liberdade natural era ilimitada e, portanto, passível de ser exercida em detrimento das liberdades alheias, a sua submissão ao corpo social (vontade geral) deve impor ao Estado, sob essa perspectiva, um dever de proteção e de maximização dos espaços de liberdade dos seus indivíduos.

Para tanto, compreendia Rousseau ser necessário que o Estado fosse soberano na proteção dos interesses da vontade geral sem, contudo, proceder a violações aos direitos individuais: a legitimidade da soberania do Estado deve ser conferida pelo próprio povo. Afinal, segundo Rousseau³⁷, “o povo, submetido às leis, deve ser o seu autor”. Isso porque “só àqueles que se associam cabe regulamentar as condições da sociedade”.

Rousseau, assim dizendo, foi fundamental para o desenvolvimento de uma compreensão de soberania, respeito à lei e à vontade geral de um povo³⁸. E isso, sublinhe-se, apontando como pedra angular uma ideia de que a relação indivíduo-Estado deve ser sustentando pelos postulados de igualdade e liberdade, sob pena de perder aquilo que a legítima: a vontade geral dos indivíduos.

Essa construção iluminista, portanto, foi a grande responsável pelos movimentos que vieram a ensejar a Revolução Francesa (1789-1799) e algumas das constitucionalizações que a partir disso se concretizaram. E contribuiu, ainda, para uma maior estabilização de um ideal jurídico-penal mais humanitário e dotado de menor arbítrio estatal, no que o princípio da legalidade, conforme se passará a expor, assume singular relevo.

Abriram-se as portas, isto é, para o denominado iluminismo *penal*.

³⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. In Coleção Os Pensadores. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 108.

³⁸ BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014, pp. 103-104.

2.1.2 Iluminismo penal e o princípio da legalidade penal (*nullum crimen nulla poena sine lege*): Beccaria e Feuerbach

A ciência jurídico-penal, ao acompanhar esse processo em direção à predileção da liberdade do indivíduo perante o Estado, passou a redefinir suas balizas de legitimidade. Os valores da liberdade, da igualdade e até mesmo da dignidade da pessoa humana, surgidos àquela época e tão caros para os marcos constitucionais e legislativos desde o século XVII e XVIII até hoje, vieram a dar sustentação à construção de um direito penal menos desumano.

Se, até então, a sistematização dos limites impostos ao Estado estava a se dar principalmente no âmbito da teoria política, sobretudo com as obras de Montesquieu e Rousseau, Cesare Beccaria foi o grande responsável pela sua concretização no âmbito da ciência jurídico-penal. Na clássica obra “Dos Delitos e das Penas”, publicada em 1764, Beccaria tratou de acolher as ideias iluministas para, com isso, estendê-las, de modo sistemático e definitivo, ao mais incisivo dos poderes: *o poder de punir*.

Sua obra foi – e segue sendo³⁹ –, portanto, determinante para os rumos da construção de um pensamento jurídico-penal pautado na contenção do poder de punir do Estado. E, assim dizendo, foi o grande paradigma teórico que tratou de atribuir, a partir dos valores iluministas, maior densidade a diversos dos princípios jurídico-penais em voga até hoje.

Dentre eles, sobressai a concretização do princípio da legalidade penal (ou da reserva legal), em relação ao qual assim afirma o pensador italiano⁴⁰:

Só as leis podem fixar as penas de cada delito e o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei.

³⁹ A respeito da atualidade do pensamento de Beccaria, Faria Costa, no prólogo da obra “Dos Delitos e das Penas”, por ele traduzida para o português em 1998, assim afirma: “Sem margem para dúvidas, que a dimensão especulativa, o correto enquadramento dos problemas, a intencionalidade na definição dos propósitos, sejam eles das penas, das provas em processo penal ou de outros institutos, e, *last but not least*, a assunção de certa forma de compreender o direito penal são pontes ou marcas de água mais que suficientes para atestar não só a validade intrínseca do estudo como, do mesmo passo, são afloramentos teóricos de indelével atualidade”. (FARIA COSTA, José de. “Ler Beccaria hoje”. Prólogo do livro *Dos delitos e das penas* (BECCARIA, Cesare. Trad. José de Faria Costa). Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1998, p. 07).

⁴⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 28.

Com base nisso e a partir do declínio dos estados absolutistas, com a consequente ascensão dos Estados democráticos, o princípio da legalidade passou a integrar os textos constitucionais e os códigos penais⁴¹. Sua universalização se deu, finalmente, quando da Revolução Francesa, com a promulgação da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789⁴².

Ao evoluir as bases teóricas formuladas por Beccaria, bem como a partir do novo cenário político e social que se formava, cuja construção se pautava justamente no princípio da legalidade e na necessária contenção de poder de punir, Anselm von Feuerbach, filósofo jusnaturalista alemão, foi quem introduziu, em 1801, sua fórmula latina no âmbito da linguagem jurídica⁴³. Veja-se⁴⁴:

Disso surgem, sem exceção alguma, os seguintes princípios derivados: I) toda imposição de pena pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lege*). Por isso, somente a cominação legal do mal pela lei é o que fundamenta o conceito e a possibilidade jurídica de uma pena; II) a imposição de uma pena está condicionada à existência da ação cominada (*nulla poena sine crimine*). Consequentemente, é mediante a lei que se vincula a pena ao fato, como pressuposto juridicamente necessário; III) o fato legalmente cominado (o pressuposto legal) está condicionado pela pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Assim, o mal, como consequência jurídica necessária, vincular-se-á, mediante a lei, a uma lesão determinada.

Mas a contribuição de Feuerbach foi além. Com a formulação de tais conceitos, tão importantes para o avanço das ciências penais, o pensador alemão atribuiu ao princípio da legalidade uma função também repressiva. Assim, para além da natureza liberal de tal princípio, a qual encontra raízes no pensamento contratualista próprio do período do iluminismo, Feuerbach, ao compreender o direito penal a partir de uma concepção preventivo-geral da pena, assim entendida como coação psicológica⁴⁵,

⁴¹ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 15

⁴² Artigo 7º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela Lei e de acordo com as formas por esta prescritas”.

⁴³ Há que se frisar, porém – como bem o faz Nilo Batista –, que na obra de Feuerbach não consta propriamente a fórmula *nullum crimen nulla poena sine lege*, mas “uma articulação das fórmulas *nulla poena sine lege*, *nullum crimen sine poena legali*, e *nulla poena (legalis) sine crime*”. (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 64).

⁴⁴ FEUERBACH, Johannes Paul Anselm von. *Tratado de derecho penal*. Trad. Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemaijer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 63. O princípio da legalidade, tal qual pensado por Feuerbach, veio posteriormente a ser positivado no Código da Baviera, datado de 1813 e por ele redigido. (Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2ª Ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 142).

⁴⁵ ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2ª Ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 145.

vislumbrava na lei um importante mecanismo a ser utilizado como um reforço ao seu poder intimidatório⁴⁶.

Desse modo, uma vez que Feuerbach considerava que a finalidade do direito penal serviria à intimidação de futuras ações criminosas (prevenção geral positiva), a coação psíquica por ele defendida só poderia ser exitosa se antes do fato houvesse uma lei contendo, da forma mais exata possível, qual é a ação proibida⁴⁷. Logo, na existência de uma lei penal exata e prévia, não só o caráter liberal do princípio da legalidade restaria perfectibilizado, senão também o seu poder *intimidatório*, pois, nesses moldes, a previsão das condutas proibidas e das penas a elas cominadas possuiria, na concepção do pensador alemão, o potencial de coação psíquica por ele pretendido.

No entanto, mbora a teoria da coação psicológica desenvolvida por Feuerbach e, por consequência, sua projeção no princípio da legalidade, seja dada como superada⁴⁸, seus reflexos no pensamento jurídico-penal atual ainda permanecem. Com efeito, segundo Roxin, “a cominação e imposição das penas também contribuem substancialmente a estabilizar a fidelidade ao direito pela população e, em muitos casos, a construir a predisposição a comportar-se conforme as normas”.

A bem da verdade, toda essa construção de pensamento político e jurídico-penal desenvolvida no período iluminista está, em maior ou menor medida, a servir, ainda hoje, como base de legitimidade do direito penal. Afinal, se hoje é dado como óbvio, por exemplo, que ao Estado só é legítimo intervir (penalmente) na liberdade dos indivíduos se em virtude de lei, isso nem sempre foi assim.

Foi necessário, pelo contrário, anos de engajamento teórico – e também de luta – para que a liberdade se tornasse a regra e a intervenção penal a exceção. Resultados das quebras dos paradigmas proporcionadas sobretudo pelo iluminismo, a maior valorização do humano e o Estado Democrático de Direito devem, portanto, permanecer no horizonte

⁴⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 64.

⁴⁷ ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2ª Ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 146.

⁴⁸ Vale, nesse ponto, ressaltar a crítica de Roxin à teoria da prevenção geral, sob a perspectiva da coação psicológica, desenvolvida por Feuerbach: “Certamente existe hoje unanimidade acerca de que só uma parte das pessoas com tendência a criminalidade cometem o fato com tanto cálculo que lhe pode afetar uma ‘intimidação’ e que nessas pessoas tampouco funciona intimidatoriamente a magnitude da pena com que se ameaça, senão a dimensão do risco de serem pegos. Político-socialmente, deve-se concluir que não um agravamento das ameaças penais, como se exige uma ou outra vez em caráter público, mas um uma intensificação da persecução penal (...) pode ter êxito enquanto prevenção geral”. (ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2ª Ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 91).

compreensivo de qualquer (repita-se: qualquer) pensamento jurídico que se pretenda válido.

Logo, conquanto as idiossincrasias de cada tempo não viabilizem a existência de pensamentos atemporais, que possam ser subsumidos a despeito das variáveis históricas a conformar as realidades sociais ao longo dos anos, eles precisam ser considerados. O pensamento iluminista, portanto, deve ser analisado em seu tempo e com base na sua realidade. Mais. Deve ser criticado e reformulado, sempre na pretensão de, partindo-se de premissas democráticas, se fazer desenvolver novas e mais novas margens a balizar a legitimidade do pensamento jurídico (penal).

E isso se mostra da mesma forma em relação ao princípio da legalidade penal e seus efeitos para a análise da (i) legitimidade das leis penais em branco. Assim, se até aqui se pretendeu, com, é bem verdade, impretendida linearidade, traçar alguns dos paradigmas⁴⁹ a pautar a construção do princípio da legalidade penal, mostra-se necessário que se passe a analisá-lo em sua estrutura dogmática.

2.2 ESTRUTURA

A consolidação dos Estados Democráticos, assim compreendidos sob uma perspectiva contratualista eminentemente liberal, pautados, portanto, pela soberania popular e pela divisão de poderes, fez com que o princípio da legalidade tenha se tornado lugar comum da legislação dos povos civilizados⁵⁰. No Brasil, conquanto ao longo da história a maioria das suas Constituições não tenha logrado êxito em limitar de forma eficaz a ação dos governantes em favor dos direitos dos indivíduos⁵¹, o referido princípio passou a figurar em todos os marcos constitucionais desde a Constituição Política do

⁴⁹ Não se está a desconsiderar, no entanto, a existência de outros paradigmas, sobretudo mais recentes, a ensejar diferentes reconfigurações do princípio da legalidade penal. Ocorre que todos eles possuem, com maior ou menor profundidade, raízes nos paradigmas até aqui apresentados, os quais remontam ao período do iluminismo (penal) (salvo, por exemplo, em períodos de restrição democrática, tal qual o instaurado na Alemanha Nazista, em 1935).

⁵⁰ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 16. Ressalvados, a esse respeito, como bem afirma Schmidt, “os casos em que o sistema jurídico esteja baseado na *common law*”. (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 140).

⁵¹ “Muitas delas foram pouco mais que fachadas, que visavam a emprestar uma aparência de legitimidade ao regime, mas que não subordinaram efetivamente o exercício do poder, que se desenvolvia quase sempre às suas margens”. (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 97).

Império do Brasil de 1824 (artigo 179, inc. XI⁵²). Desde então, o princípio da legalidade esteve previsto nas Constituições de 1891⁵³, 1934⁵⁴, 1946⁵⁵, 1967⁵⁶. Esteve, ainda, disposto no documento de 1969⁵⁷, em relação ao qual há controvérsias sobre ter se tratado efetivamente de uma nova Constituição⁵⁸.

Ao coroar o processo de transição do período do regime autoritário para a democracia⁵⁹, a Constituição Federal ora vigente, promulgada em 1988, positivou o princípio da legalidade no artigo 5º, inc. XXXIV, dispondo, de maneira mais clara e objetiva do que as constituições anteriores, que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Da mesma forma, o Código Penal atual (1940), ainda que anterior à Constituição Federal de 1988, tratou de prever, em seu artigo 1º, o princípio da legalidade com redação muito próxima a que disposta na Constituição: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

⁵² Artigo 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. XI. Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fôrma por ella prescripta.

⁵³ Artigo 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 15. Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada.

⁵⁴ Artigo 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 26. 26) Ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita.

⁵⁵ Artigo 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 27. Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior.

⁵⁶ Artigo 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.

⁵⁷ A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.

⁵⁸ Adota-se aqui, no entanto, a compreensão de Sarmiento e Souza Neto, que afirmam que aquele documento se tratou de uma nova Constituição, e não de emenda constitucional, ainda que editada de forma tão ilegítima pelo regime militar. (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 148). Nesse mesmo sentido, José Afonso da Silva: “Teórica e tecnicamente, não se trata de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que, verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado”. (SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 78).

⁵⁹ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 170.

Por óbvio, a ressonância disso na ciência penal não é de pequena dimensão. Tanto sob uma perspectiva formal, quanto material, a positivação do princípio da legalidade enquanto pedra angular do direito penal atual conduz a diversas formulações acerca de seus efeitos no âmbito da dogmática jurídico-penal, sobretudo em relação ao seu caráter de garantia.

Isso considerado, é preciso que se analise o princípio da legalidade à luz dos outros princípios que dele se irradiam, bem como em seus efeitos no âmbito do Estado de Direito, a fim de compreender, com a necessária densidade, o papel de garantia⁶⁰ que lhe é mister, bem como, em um momento posterior, sua projeção no âmbito das complexidades envolvendo as leis penais em branco.

2.2.1 *Nullum crimen nulla poena sine lege stricta*

O processo de secularização suscitou ao Estado novas formas de proceder à regulação social⁶¹. Se, até então, juízos morais e religiosos serviam de amparo para a delimitação do lícito e do ilícito – e do punível e do não-punível –, as bases iluministas trataram de fornecer subsídios a redefinir tais moldes no âmbito do Estado de Direito.

Com efeito, percebia-se não ser mais possível que os indivíduos viessem a ter sua liberdade restringida ou os seus bens apreendidos com base na moral ou na religião. Era necessário, mais do que isso, que as leis criadas pelos próprios homens assim estabelecessem.

Pois o princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege stricta* (princípio da reserva legal) diz respeito a exatamente isso, sendo, portanto, essencial para a conformação do ideal de segurança jurídica. E, por assim o ser, ele se coloca a delimitar,

⁶⁰ Papel que, como bem afirma Schmidt, atua como um instrumento duplamente vinculador: “a) do Estado, no sentido de que somente ao Poder Legislativo Federal, mediante lei ordinária federal – e obedecido o devido procedimento legislativo –, é autorizado o poder legiferante em matéria penal (art. 22, inc. I, da CRFB/88, ressalvada a exceção prevista no parágrafo único do mesmo dispositivo); e somente ao Poder Judiciário - em nível estadual ou federal, de acordo com as suas respectivas competências -, é dada a possibilidade de julgar as infrações penais, segundo os limites do devido processo legal; b) da sociedade, visto que se encontra garantida contra a possibilidade de existência de uma infração penal sem lei específica que a defina (art. 5º, inc. XXXIX), e, ademais, contra a possibilidade de julgamento por órgão que não seja o competente para tanto (art. 5º, inc. XXXVII) e sem a observância do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV)”. (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 142).

⁶¹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 143.

enquanto garantia formal, tanto os critérios de legitimidade da atividade legislativa (*lege data*), quanto o exercício jurisdicional (*lege ferenda*)⁶².

Em relação àquela, tem-se que ela nada mais é do que a consequência de um reconhecimento político que caracteriza o princípio da legalidade. A sua correta interpretação, afinal, deve levar em conta as delimitações concebidas em sua gênese, a qual remonta, conforme o até aqui exposto, ao período do surgimento da sociedade civil e do Estado pautado no contrato social, na soberania popular e na divisão dos poderes⁶³. Consequência disso é que, ao se compreender na lei a expressão da vontade popular, resta definido que o direito penal só pode ser emanado pela via do poder legislativo⁶⁴.

Parte da doutrina penal distingue os caracteres absoluto e relativo do princípio da reserva legal em sentido formal. Mantovani⁶⁵, a esse respeito, afirma que, para a ideia de reserva legal *relativa*, ao legislador impõe-se a fixação das linhas fundamentais, sendo-lhe facultado confiar os seus complementos à administração; para a ideia de reserva legal *absoluta*, somente a lei pode disciplinar as matérias que lhe são reservadas, excluindo-se a possibilidade de incidência de normas secundárias.

Há um certo consenso, no entanto, de que em matéria penal aplica-se a concepção de reserva absoluta de lei. Em razão disso, a lei penal deve resultar, afirma Nilo Batista⁶⁶ “sempre do debate democrático parlamentar, cujos procedimentos legislativos, e só eles, teriam idoneidade para ponderar e garantir os interesses da liberdade individual e da segurança jurídica, cumprindo à lei proceder a uma ‘integral formulação do tipo’”.

Na medida, portanto, que o princípio da reserva absoluta de lei trata de estabelecer tais parâmetros, algumas garantias materiais dele se projetam, em específico e sendo a principal delas, a proibição de analogia⁶⁷ em direito penal, assim considerada uma

⁶² SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 143.

⁶³ MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Derecho penal*. Introducción. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 322.

⁶⁴ Em razão disso, bem pontua Busato que “qualquer iniciativa, por exemplo, de incriminação penal através de medida provisória encontra barreira já na dimensão política do princípio da legalidade”. (BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 34).

⁶⁵ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Parte generale. 3ª Ed. Padova: Cedam, 2002.

⁶⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 71. Em ato contínuo, o autor chama a atenção de que é precisamente nesse ponto em que se mostra questionável a constitucionalidade das leis penais em branco. Mas ressalva, a partir da lição de Petrocelli, que “o complemento normativo que passa a integrar a norma penal (em branco) está sujeito a todas as exigências que derivam do princípio da legalidade: do contrário significaria violação do próprio princípio”. (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 71-72). Tais questões, no entanto, serão colocadas à prova em momento posterior do presente escrito.

⁶⁷ Segundo Jiménez de Asúa, analogia pode ser definida da seguinte forma: “La analogía consiste en la decisión de un caso penal no contenido por la ley, argumentando con el espíritu latente de ésta, a base de la semejanza del caso planteado con otro que la ley ha definido o enunciado en su texto y, en los casos más

consequência fundamental do princípio da legalidade. Consequência, essa, que se desdobra, ao ser observada sob uma perspectiva liberal-iluminista, na compreensão de que a analogia é proibida somente quando for para prejudicar a situação do acusado (*in malam partem*), sendo possível sua utilização para o fim de beneficiá-lo (*in bonam partem*). Essa compreensão se dá, em síntese, sob o argumento de que o princípio da legalidade nunca pode resultar vulnerado quando se favorece o acusado⁶⁸.

Embora tal forma de ver as coisas seja lugar-comum na doutrina penal, algumas controvérsias não podem deixar de ser abordadas. Isso porque, afora o espaço consensual estabelecido sob a ideia de que “é proibida a analogia *in malam partem* em direito penal”, sua amplitude e suas formas de vinculação têm sido objetos de algumas divergências.

A *primeira* delas diz respeito à validade ou não de aplicação de determinada regra jurídica a um caso concreto, não regulado pela lei, por meio do argumento de que tal caso possui substancial semelhança com outros casos regulados⁶⁹. Trata-se, pois, de uma tipificação casuística, vinculada à ideia de “casos análogos” ou “casos similares”⁷⁰.

Bacigalupo⁷¹, a esse respeito, afirma que tal problemática não diz respeito propriamente às questões técnicas vinculadas à aplicação da lei – e, portanto, à analogia em direito penal –, mas à conformação, por parte do legislador, do preceito preciso e exaustivo do fato punível, vinculando-se, assim, à determinação da punibilidade.

Figueiredo Dias⁷², por sua vez, defende que tal situação está, sim, inserida no âmbito do conceito de analogia em direito penal, classificando-a como “argumento de analogia”. Segundo o autor português, embora tais formas de aplicação legal sejam amplamente admitidas na generalidade dos ramos do direito, devem ser proibidas em direito penal sempre que funcionem *contra* o agente e visem fundamentar ou agravar a sua responsabilidade. Dessa forma é que, para ele, inserindo-se tais situações no conceito de analogia, se aplicam a elas todas as limitações determinadas pelo princípio da legalidade, assim observadas em seu caráter de garantia.

extremos, acudiendo a los fundamentos del orden jurídico, tomados en conjunto. Mediante el procedimiento analógico, se trata de determinar una voluntad no existente en las leyes que el propio legislador hubiese manifestado si hubiera podido tener en cuenta la situación que el juez debe juzgar”. (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios del derecho penal: la ley y el delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, pp. 121-122).

⁶⁸ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal*. Parte general. 2ª Ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 129.

⁶⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*. Parte geral. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 187.

⁷⁰ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal*. Parte general. 2ª Ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p.132.

⁷¹ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal*. Parte general. 2ª Ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 132.

⁷² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*. Parte geral. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 187.

Uma *segunda* problemática que se coloca diz respeito aos limites de interpretação admissíveis em direito penal. Isso porque, conquanto seja possível afirmar que a ideia iluminista de que, à luz daquilo que preceitua o princípio da separação de poderes, é proibido qualquer tipo de interpretação legal, esteja superada⁷³, a amplitude dos seus espaços legítimos e ilegítimos permanece sendo controverso. Diferencia-se, nesse âmbito, o espaço da *interpretação admitida* e da *analogia proibida*⁷⁴.

Figueiredo Dias⁷⁵, ao expor sobre o tema, estabelece de modo bastante claro o critério de distinção que lhe parece mais adequado:

O legislador penal é obrigado a exprimir-se através de *palavras*; as quais todavia nem sempre possuem um único sentido, mas pelo contrário se apresentam quase sempre *polissêmicas*. Por isso o texto legal se torna carente de interpretação (e nesse sentido, atenta a primazia da *teleologia* legal, de concretização, complementação ou desenvolvimento judicial), oferecendo *palavras* que o compõem, segundo o seu *sentido comum e literal*, um *quadro* (e portanto uma *pluralidade*) de *significações* dentro do qual o aplicador da lei se pode mover e pode optar sem ultrapassar os limites legítimos de interpretação. Fora deste quadro, sob não importa o argumento, o aplicador encontra-se inserido já no domínio da analogia proibida. Um tal quadro não constitui por isso um *critério* ou *elemento*, mas *limite* da interpretação admissível em direito penal.

Trata-se, pois, de um critério, nas palavras do próprio autor, resultado de uma “posição teleológica e funcionalmente imposto pelo conteúdo de sentido do princípio da legalidade”, de acordo com a qual sempre que a responsabilidade do agente esteja fundada ou seja agravada a partir de uma base para além do quadro de significações possíveis das palavras da lei, restará debilitada a limitação do poder do Estado, e se deixará, da mesma forma, de proteger os direitos, as liberdades e as garantias das pessoas⁷⁶.

Esse critério proposto por Figueiredo Dias vincula-se, como pode se perceber, à concepção funcional-teleológica de crime, de acordo com a qual, por seu sentido fundante

⁷³ Com efeito, não é mais possível defender, nas palavras em que propõe Beccaria, “que os juizes dos crimes não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela mesma razão de que não são legisladores. (...) O juiz deve fazer o silogismo perfeito. A *maior* deve ser a lei geral; a *menor*, a ação conforme ou não à lei; a *consequência*, a liberdade ou a pena. Se o juiz for constrangido a fazer um raciocínio a mais, ou se o fizer por conta própria, tudo se torna incerto e obscuro”. (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 30). Conquanto se compreenda as razões pelas quais isso foi defendido naquele tempo, não é mais concebível pensar em uma ciência jurídico-penal (mas não só ela) livre de qualquer interpretação.

⁷⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*. Parte geral. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 187-188; BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal*. Parte general. 2ª Ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 130.

⁷⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*. Parte geral. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 188.

⁷⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*. Parte geral. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 188.

e fundamental, demanda que à lei penal seja atribuída uma interpretação a buscar sua *finalidade*, de modo a atribuir *funcionalidade* à aplicação do direito penal, assim observado, em sua construção dogmática, a partir de critérios político-criminais⁷⁷. De todo modo, também a isso se impõem os limites observados a partir do princípio da legalidade, os quais, de acordo com essa concepção, se exprimem nas *palavras da lei*⁷⁸.

Embora não sob uma perspectiva funcionalista, essa posição é adotada de modo semelhante por Zaffaroni⁷⁹, para quem toda lei penal tem um *sentido literal possível*, no âmbito do qual podem ser estabelecidos diferentes alcances da proibição expressados no preceito legal. Assim, a utilização de recursos lógicos para desentranhar esse alcance se coloca, desde que dentro dos limites do possível sentido literal do texto, como uma forma de interpretação mais extensiva ou restritiva, que não se confunde com analogia.

Essa forma de ver as coisas é, no entanto, criticada por Bacigalupo⁸⁰, para quem os limites de interpretação em direito penal devem ser impostos a partir de uma precisa descrição da ideia fundamental da lei, a qual deve ser orientada ao correspondente fato tipificado em sua ilicitude e culpabilidade. Isso porque, de acordo com o autor espanhol, as *palavras da lei* ou o *sentido literal possível do texto* não são critérios seguros o suficiente para limitar a discricionariedade judicial, pois, em última análise, caberia ao próprio intérprete da lei, ao estar diante de uma lacuna legal, definir, segundo sua convicção pessoal, se está diante de um espaço de interpretação necessária para a aplicação da lei ou da realização de analogia.

Afora tais divergências, e embora a ressonância do princípio da legalidade seja, nesse âmbito, objeto de controvérsias, há que se comungar da compreensão acerca da necessidade de se limitar os espaços de discricionariedade em direito penal, sobretudo quando se manifestem para o fim de prejudicar o agravar a situação do acusado. Esse é, afinal – e isso será retomado posteriormente – o desafio primordial do princípio da legalidade.

⁷⁷ Sobre o assunto, primordial a análise da clássica obra de ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

⁷⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*. Parte geral. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 188.

⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de derecho penal*. Parte general. Tomo I. 6ª Ed. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 304.

⁸⁰ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal*. Parte general. 2ª Ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, pp. 130-131.

2.2.2 *Nullum crimen nulla poena sine lege praevia*

O princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, assim traduzido pela ideia de irretroatividade da lei penal, é uma decorrência lógica do princípio da legalidade e, além de assegurar exigências racionais de certeza do direito⁸¹, dá, segundo Mantovani⁸², “ao cidadão a segurança, ante às mudanças de valorações do legislador, de não ser punido, ou de não ser punido mais severamente, por fatos que no momento de sua comissão, não eram apenados, ou o eram de forma mais branda”.

Disse-se extrai, portanto, o caráter de garantia de tal postulado: só haverá punição quando a lei estabelecer previamente que o fato cometido constitui crime, e que, em razão disso, é ameaçado com pena; isto é, garante-se que ninguém será punido com sanções imprevisíveis⁸³.

Mas a partir desse princípio se coloca, da mesma forma, uma exceção bastante específica que remonta, em alguma medida, à gênese iluminista-liberal do princípio da legalidade, qual seja, a de que irretroatividade da lei penal não se aplica se ela for benéfica (*lex mitior*) em relação aos fatos anteriores. Assim, havendo a edição de dispositivo legal a ocasionar o abrandamento, ou mesmo a abolição, do caráter criminoso consumado anteriormente, a retroatividade da lei penal se mostra possível.

Dessa forma, o princípio da irretroatividade da lei penal – que também pode ser observado, conforme exposto, em sua outra face, como princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica –, além de possuir, em nosso ordenamento, dimensão Constitucional⁸⁴, possui amplo alcance ao se projetar no âmbito da dogmática do crime e da pena. Seus efeitos, assim dizendo, se colocam a pautar diversos institutos jurídico-penais.

O *primeiro* e mais claro deles diz respeito às hipóteses de descriminalização, isto é, nas situações em que o fato praticado perde, em momento posterior, o seu caráter criminoso. Doutrinariamente, atribui-se a esse efeito do princípio ora em análise um caráter primordialmente político-criminal, consubstanciado no sentido de que, se a concepção do legislador se alterou ao ponto de deixar de reputar jurídico-penalmente

⁸¹ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 20.

⁸² MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Parte generale. 3ª Ed. Padova: Cedam, 2002, p. 114.

⁸³ SILVA, Pablo Alflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 112-113.

⁸⁴ Veja-se que tal princípio restou positivado na Constituição Federal de 1988, no âmbito do artigo 5º, XL, que assim dispõe: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

relevante um determinado fato, não há qualquer sentido em manter os efeitos de uma concepção ultrapassada⁸⁵.

Um *segundo* efeito decorrente de tal princípio diz respeito às situações em que ocorre uma atenuação das consequências jurídicas do fato, assim abrangendo as hipóteses em que uma nova lei torna menos grave a pena criminal, a medida de segurança ou os efeitos penais do fato correspondente⁸⁶, o que pode ocorrer, desse modo, tanto em relação a princípios gerais dos tipos penais (atenuantes, agravantes, etc.) ou em relação à sua consequência (pena maior ou menor)⁸⁷. Tem-se, assim dizendo, que, da mesma forma como se justifica no âmbito das hipóteses de descriminalização, o fundamento, nesse particular, está vinculado a critérios político-criminais, isto é, se a legislação posterior torna o fato menos reprovável jurídico-penalmente, não há porque puni-lo nas dimensões da gravidade anterior.

Atentando-se a isso, a propósito, é que o legislador brasileiro definiu, no artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal que “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. Trata-se, pois, da consagração legal e bem definida dos espaços em que se projetam os efeitos do princípio ora em análise, o que se mostra em conformação àquilo que prevê a própria Constituição Federal.

A exceção que a isso se coloca diz respeito às chamadas “leis excepcionais ou temporárias”. Em tal categoria de leis, com efeito, não se aplica de modo retroativo a lei penal posterior mais favorável, de modo que, nesses casos, aplicam-se aos fatos a lei penal excepcional ou temporária, ainda que mais grave, que estava em vigência naquele tempo. Exatamente isso, aliás, é que dispõe o artigo 3º do Código Penal brasileiro: “A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência”.

O fundamento a justificar – crê-se, acertadamente –, nessas hipóteses, a não aplicação retroativa da lei penal mais favorável, é que as leis excepcionais ou temporárias têm seus efeitos cessados não em razão de uma mudança na concepção legislativa, que permanece a mesma, mas por força da alteração das circunstâncias fáticas que deram base

⁸⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*. Parte geral. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 199.

⁸⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*. Parte geral. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 201.

⁸⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios del derecho penal: la ley y el delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, pp. 153.

à lei⁸⁸. Trata-se, portanto, mais uma vez, de um fundamento de ordem político-criminal, pois, em tais casos, o que importa é o grau de reprovabilidade do fato ao tempo da vigência da lei penal excepcional ou temporária. Não fosse assim, afinal, a edição desse tipo de lei penal não faria sentido algum⁸⁹.

Afora o até aqui exposto – a evidenciar um primordial caráter de *garantia* a pautar os efeitos que se projetam do princípio da irretroatividade da lei penal desfavorável –, atribui-se a ele uma outra vinculação, dessa feita pautada por ideais político-criminais de ordem prevencionista. Isso porque, de acordo com essa compreensão, a necessidade de a lei ser prévia se colocaria também pelo fato de que o direito penal, através de previsões típicas e pelo estabelecimento das penas correspondentes, visaria à intimidação dos indivíduos que da lei penal tomam conhecimento. Assim, se mostraria inócua a finalidade de prevenção geral negativa de uma disposição que puna comportamento prévio à sua existência⁹⁰.

Tal concepção, se observada sob uma perspectiva de *fundamento*, se coloca na esteira daquilo que propõe a concepção funcional-teleológica do direito penal, para a qual os tipos penais, ao se colocarem como a mais nítida projeção do princípio da legalidade, não devem ser construídos e pautados sob um único fundamento liberal de proteção do indivíduo. Devem, pelo contrário, a partir de critérios político-criminais, servir à finalidade de fornecer diretrizes de comportamento, de modo a se consubstanciarem em um significativo instrumento de regulação social⁹¹.

No entanto, conquanto seja possível, em alguma medida, admitir que, de fato, irradia uma função político-criminal do postulado ora em análise, esse não pode ser considerado o seu *fundamento*. Com efeito, o princípio da legalidade penal, embora possa,

⁸⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*. Parte geral. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 205.

⁸⁹ Toma-se, como exemplo, a Lei nº 12.663/2012, que dispunha sobre medidas relativas à “Copa das Confederações FIFA 2013, à Copa do Mundo FIFA 2014 e à Jornada Mundial da Juventude – 2013”. Referida lei, com efeito, afora tenha possuído caráter temporário, qual seja, o tempo de vigência dos referidos eventos, tratou de criar tipos penais, igualmente temporários, dos artigos 30 a 33. Nesses casos, aplicam-se os referidos tipos penais, independentemente da posterior cessação dos efeitos da lei.

⁹⁰ BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 123. E a autora complementa, a partir da lição de Merolli: “Há um fundamento político-criminal a justificar a adoção do princípio da ‘irretroatividade da lei penal mais severa’: a lei penal só pode inibir o comportamento criminoso se for pré-existente ao fato (...). Assim sendo, se admitíssemos a possibilidade de aplicação retroativa de uma lei penal mais severa, nós destruiríamos a noção de ‘prevenção geral negativa’, sobre a qual, aliás, repousa discursivamente toda a elaboração sistemática de direito penal”. (MEROLLI, Guilherme. *Fundamentos críticos de direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 289).

⁹¹ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 15.

eventualmente, possuir um efeito contingencial de prevenção de delitos futuros, o *fundamento* a pautar os demais princípios que o conformam é, necessariamente, o seu papel limitador do poder de punir⁹².

Dessa forma é que os limites e as projeções do princípio da irretroatividade da lei penal, embora devam levar em conta também critérios político-criminais – afinal, a vigência temporal de uma lei possui estrita vinculação com a política criminal de um determinado tempo –, deve se pautar fundamentalmente pela necessidade de garantia. Caso contrário, ter-se-ia um princípio altamente funcionalizado e que pouco protegeria o indivíduo do poder de punir do Estado.

2.2.3 *Nullum crimen nulla poena sine lege scripta*

O princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege scripta* diz respeito à teoria das fontes do direito penal⁹³. De acordo com ele, toda a criação de crimes e, conseqüentemente, a imposição de penas criminais⁹⁴, deve ser realizado por meio de uma lei formal, objeto de submissão a um procedimento constitucional racionalmente orientado⁹⁵. Por esse exato motivo é que resta excluída, é de se concluir, a possibilidade de delitos e penas serem impostas por meio de costumes (direito consuetudinário)⁹⁶.

Conquanto a simplicidade dessa conclusão apareça de forma límpida, exsurtem dela algumas questões a demandar maior clarificação. Isso porque, embora o papel do direito consuetudinário seja bastante limitado em termos de direito penal – que deve obedecer a critérios bastante formais –, mostra-se necessário definir seu espaço de projeção legítima no âmbito de aplicação jurídico-penal.

⁹² A esse respeito, Schmidt, ao tratar das questões vinculadas à lei penal no âmbito dos crimes econômicos: “Apregoar-se que demandas de prevenção geral possam ditar os rumos do poder punitivo seria adotar fundamento que se choca com o resultado que a história já nos mostrou sempre que o direito penal foi instrumentalizado em nome de pretensões políticas. Parece contraditório, nesse rumo, reconhecer-se que o princípio da legalidade encontre seu fundamento em uma valoração político-criminal, pois o tipo legal encontra sua razão de ser na barreira a qualquer demanda por prevenção de futuros delitos”. (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico*: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015).

⁹³ MANTOVANI, Ferrando. *Principi di diritto penale*. Padova: Cedam, 2002, p. 12.

⁹⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan José; MALARÉE, Hernan Hormazábal. *Lecciones de derecho penal*. Vol. 1. Madrid: Trotta, 1997, p. 93.

⁹⁵ Sobre o assunto, ver RIPOLLÉS, José Luis Díes. *A racionalidade das leis penais*: teoria e prática. Trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte general. 2ª Ed. Valência: Tirant lo Blanch, 1996, p. 103; e MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Derecho penal*. Introducción. Madrid: Universidad Complutense, 1995, p. 245.

Assim, uma primeira questão merecedora de atenção diz respeito à possibilidade de os costumes serem aplicáveis, da mesma forma em que ocorre no âmbito da analogia, sempre que beneficiarem o réu, seja para descriminalizar condutas, seja para realizar um abrandamento ou uma extinção de pena⁹⁷. Tem-se, nesses casos, que, por força da primazia da ampliação das liberdades individuais, a garantia inserida no princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege scripta* não deve se impor em relação ao direito consuetudinário, o qual deve ser considerado válido como fonte de direito penal sempre que faça resultar em uma situação benéfica para o sujeito acusado⁹⁸.

Tal forma de aplicação do direito consuetudinário, no entanto, pode se colocar de diversas maneiras frente ao ordenamento jurídico. E é precisamente diante dessas maneiras – *contra, praeter* ou *secundum legem* – que outras questões vinculadas à sua projeção no âmbito de aplicação do direito penal também se mostram merecedoras de análise.

A *primeira* dessas projeções (*contra legem*) se realiza nas hipóteses em que um determinado costume impõe a não aplicação da lei penal em razão da absoluta ineficácia de sua proibição. Assim, embora não seja definida uma causa de justificação a fazer deixar de incidir os efeitos da proibição da lei penal, o direito consuetudinário o realiza como se possuísse um poder revogatório, em razão de sua expressa contrariedade em relação à lei penal vigente⁹⁹.

Em sentido semelhante, mas de modo diverso, a *segunda* forma de o direito consuetudinário estabelecer sua projeção em relação à aplicação do direito penal (*praeter legem*), embora também faça com que os efeitos da lei penal deixem de ser aplicados, se realiza não em razão dessa expressa contrariedade, mas pelo reconhecimento de uma justificante não prevista¹⁰⁰.

O efeito de ambas, há que se perceber, é o de excluir o caráter proibitivo da lei penal. O que se critica a esse respeito, no entanto, é o fato de que os costumes não

⁹⁷ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 110.

⁹⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 112. O autor, no entanto, delimita de modo bastante preciso o conceito de “direito consuetudinário”, o qual pode ser definido a partir de três critérios. Com efeito, para a formação de um costume é necessário (i) que haja um comportamento social reiterado, (ii) que se estabeleça um elemento psíquico consistente na crença de que tal comportamento responde a uma necessidade jurídica, e (iii) que esse comportamento seja compatível com o ordenamento jurídico. (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 110).

⁹⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 111.

¹⁰⁰ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 112.

possuem poder revogatório, de modo que qualquer proibição prevista em lei, embora por vezes não seja aplicável em razão do direito consuetudinário, poderá ainda sim ser objeto de futura aplicação¹⁰¹. Assim, o que se realiza, em ambos os casos, não é propriamente uma revogação da lei penal, mas uma suspensão de sua eficácia¹⁰².

Situação diversa é o que ocorre na *terceira* forma de projeção do direito consuetudinário no âmbito de aplicação do direito penal (*secundum legem*). Nesses casos, com efeito, os costumes se colocam a desempenhar junto à lei penal uma função *interpretativa*¹⁰³, de modo a contribuir na delimitação de seu âmbito de proibição, sobretudo no que diz respeito aos elementos normativos dos tipos penais¹⁰⁴.

Essa utilização do direito consuetudinário é, no entanto, também passível de críticas. Conquanto se compreenda a necessidade de se utilizar parâmetros extrapenais para a valoração de determinados elementos dos tipos penais, tem-se que isso não deve se dar a partir dos costumes. Assim, embora muitos conceitos típicos sejam variáveis, sua correta delimitação não deve se dar pela interpretação consuetudinária do direito, senão que pela própria evolução da ciência penal que, à luz de uma época ou de outra, redefine constantemente seus objetos de proteção e seus critérios de aplicação¹⁰⁵.

Conclui-se, assim, que a utilização dos costumes deve servir somente para fins de beneficiar a situação do réu, o que não significa que eles possuam força revogatória em

¹⁰¹ COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTON, Tomás Salvador. *Derecho penal*. Parte general. 4ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 147.

¹⁰² SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 114.

¹⁰³ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 115.

¹⁰⁴ Nesse sentido, Correia: “A norma constitucional referida (princípio da legalidade) e o artigo 15º do Código excluem a possibilidade de o costume ser fonte autónoma de incriminação. Ele só pode constituir o conteúdo duma disposição legal quando esta se refira a ele como elemento de seu preenchimento. O que poderá suceder ‘maxime’ quando se trate de conceitos normativos de que a lei se serve ao descrever os seus tipos legais de crimes, v.g., a noção de pudor”. (CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1968, p. 131).

¹⁰⁵ Nesse exato sentido, Schmidt: “A verdade é, porém, que não se trata de uma ampliação do conceito em decorrência da *interpretação consuetudinária*, mas sim da evolução do próprio Direito Penal. Efetivamente, condutas que há anos atrás eram consideradas imprudentes, hoje, inobstante, não podem receber o mesmo tratamento. Nos casos em que a lacuna existe, é propósito do legislador que o Direito Penal evolua cientificamente. Assim, sempre que a jurisprudência decide nestes campos, age como resultado de uma interpretação, e não como uma decorrência do direito consuetudinário, até porque as decisões judiciais dificilmente adentram na aceitação popular, e, ademais, sofrem modificações supervenientes. Uma eventual opção diversa em relação ao nexo causal, p. ex., não se dá em virtude dos costumes, mas sim pela evolução da ciência penal segundo a interpretação jurisprudencial”. (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 116). Em sentido contrário, admitindo a utilização do direito consuetudinário para fins interpretativos, BUSTOS RAMÍREZ, Juan José; MALARÉE, Hernan Hormazábal. *Lecciones de derecho penal*. Vol. 1. Madrid: Trotta, 1997, pp. 93-94.

relação à vigência da lei penal, mas somente relação à sua eficácia. Em qualquer outra hipótese, a utilização do direito consuetudinário se mostra, a priori, vedada.

2.2.4 *Nullum crimen nulla poena sine lege certa*

Vinculando-se às raízes iluministas, ao princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege certa* (taxatividade da lei penal) atribui-se o fundamento de limitar a formulação, a interpretação e, por consequência, a cognição dos tipos penais, os quais devem possuir a maior determinação possível. Assim, a grosso modo, com base em tal princípio, mostram-se ilegítimas as leis penais que contenham expressões ambíguas, equívocas e vagas, que possam ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos¹⁰⁶.

Não há maiores dúvidas, assim considerando, que a taxatividade da lei penal se sustenta em uma função eminentemente de *garantia* a se projetar do princípio da legalidade. E, ao assim se colocar, afirma-se, historicamente, que tal princípio se vincula ao seu caráter liberal-garantista sob três perspectivas, irradiando seus efeitos *(i)* ao legislador; *(ii)* aos juízes; e *(iii)* aos cidadãos.

Em relação ao legislador, defende-se que o princípio da taxatividade lhe impõe que se busque reduzir ao mínimo razoável os espaços de interpretação pessoal, o que deve ser realizado pela via da descrição das proibições e das sanções correspondentes do modo mais exaustivo possível¹⁰⁷. Assim, nesse âmbito, a contenção do poder de punir do Estado se dá pela via de que aos cidadãos é garantida a ilegitimidade de criminalizações genéricas, que tratem de ampliar sobremodo o espectro de incidência da lei penal, tornando inviável, inclusive, compreender o objeto de proteção da norma.

Essa vinculação – ao legislador –, no entanto, não se limita somente no âmbito de produção legislativa, mas, pelo contrário, guarda estrita relação e, portanto, projeta seus efeitos, também no âmbito de *aplicação* da lei penal. Nesse ponto, pois, é que se sustenta que o princípio da taxatividade passa a vincular, ao mesmo tempo, duplamente aos *juízes* e aos *cidadãos*.

¹⁰⁶ A partir disso é que Luisi complementa, afirmando que “(...) o princípio da legalidade não alcançaria seu objetivo, pois de nada vale a anterioridade da lei, se esta não estiver dotada de clareza e da certeza necessária, e indispensáveis as formas diferenciadas, e, pois, arbitrárias na sua aplicação, ou seja, para reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei”. (LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 18-19).

¹⁰⁷ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal*. Parte general. 2ª Ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 126.

Em relação à atividade jurisdicional, defende-se que o princípio da taxatividade busca restringir os seus espaços de discricionariedade, reduzindo ao mínimo a possibilidade de decisão pessoal dos juízes no momento da configuração em concreto do fato que se proíbe¹⁰⁸. Assim, de acordo com essa compreensão, a lei penal será taxativa na medida em que fizer com que, no momento de sua aplicação, os juízes puderem vislumbrar, com a maior exatidão possível, os critérios proibitivos e sancionatórios contidos na norma.

E isso também se aplica aos cidadãos, isto é, também a eles devem ser claros e taxativos os preceitos legais. Isso porque, de acordo com tal modo de ver as coisas, a lei penal deve ser clara a tal ponto que tornem objetivamente determináveis os comportamentos proibidos e sancionados, de modo que possam desempenhar um papel motivador das condutas individuais¹⁰⁹.

O que se tem, portanto, é uma concepção de taxatividade da lei penal estritamente vinculada à construção iluminista do princípio da legalidade, que, por assim o ser, tem como principal função desempenhar uma vinculação legislativa a ressoar, da mesma forma, no âmbito jurisdicional e também individual. Compreende-se, nessa linha, que uma lei produzida taxativamente (vinculação *legislativa*) projeta, a um só tempo, uma limitação à atividade *jurisdicional*, assim como uma motivação comportamental dos *cidadãos*.

Tal forma de ver as coisas, no entanto, mostra-se especialmente problemática se contrastada com as questões afetas às leis penais em branco. Com efeito, tal categoria de leis, por ter como característica precípua justamente a incompletude, necessitando, em razão disso, uma abertura em suas características formais, seria, *prima facie*, incompatível com um princípio da taxatividade compreendido dessa maneira.

Dessa forma, tem-se que é nesse âmbito em que reside de modo mais saliente a problemática dos fundamentos e limites das leis penais em branco. Assim, conquanto tal reflexão irá ser retomada em momento posterior, mostra-se possível, desde logo, realizar algumas primeiras projeções do princípio da legalidade, com especial atenção à taxatividade da lei penal, a iluminar tal problemática.

¹⁰⁸ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal*. Parte general. 2ª Ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 126

¹⁰⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*. Parte geral. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 186.

2.3 PRIMEIRAS PROJEÇÕES À PROBLEMÁTICA DAS LEIS PENAIS EM BRANCO

É de se perceber, diante do que fora até aqui exposto, a existência de um horizonte compreensivo a iluminar a trajetória em direção às respostas que se almejam no âmbito da presente pesquisa. E tal horizonte remonta, irremediavelmente, aos elementos estruturantes fornecidos pelo princípio da legalidade.

Com efeito, as bases iluministas trataram de construir os alicerces de uma relação social pautada no ideal de liberdade, restringindo os espaços de intervenção estatal somente ao necessário. Assim é que a legalidade, concebida reconhecidamente como a pedra angular dessa pretensão iluminista, ao ganhar em densidade, passou a assumir rígida força normativa.

Não há, pois, justamente com base nisso, qualquer resquício de legitimidade em toda intervenção estatal que não seja amparada por lei. Isso constitui, no fim das contas, um “mínimo ético” a amparar, dentro do limite do razoável, a relação nem sempre harmônica entre indivíduo e Estado. E, embora tal compreensão pareça singela, não são poucas as consequências que, em direito penal, dela se projetam.

Assumidamente, o princípio da legalidade, apesar de vincular todas as relações jurídicas, se mostra em seu núcleo mais rígido no âmbito do direito *penal*. É dizer, embora não haja nenhuma relação jurídica que, estabelecidos os parâmetros do Estado Democrático de Direito, não estejam, em maior ou menor medida, e em maior ou menor grau de flexibilidade, alicerçadas pelo princípio da legalidade, é no direito penal em que ele se coloca de modo mais intransigível, por todas as exigências que, nesse âmbito, a ele se vinculam.

E não poderia ser diferente. O direito penal constitui, efetivamente, o “braço forte” do Estado. É ele o responsável pela legitimação do mais doloroso dos poderes: o poder de punir¹¹⁰. Logo, é decorrência lógica que, diante da necessidade de limitação do poder do Estado, essa seja proeminente no âmbito criminal, conforme fora outrora tão bem percebido por Beccaria, já há longínquos anos.

Admite-se, com base em tais pressupostos, portanto, que o princípio da legalidade deve possuir como seu fundamento, sem nenhuma margem para relativizações, um

¹¹⁰ FARIA COSTA, José de. “Um olhar doloroso sobre o direito penal (ou o encontro inescapável do homo dolens enquanto corpo próprio, com o direito penal)”. *Linhas de Direito Penal e Filosofia*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 83.

essencial papel de garantia do indivíduo a confrontar o poder de punir do Estado. Mas isso não basta. É preciso, afinal, que, assim admitido, passe-se ao seu desenvolvimento dogmático, bem como à análise das contingências jurídicas que disso decorrem.

O fundamento de garantia do princípio da legalidade penal é, portanto, em todos os seus componentes, um *a priori*. E o que decorre disso é um primeiro e inevitável questionamento: afinal, qual o desafio da legalidade? De que modo o seu conteúdo deve se projetar dogmaticamente para que o seu mister seja efetivamente exercido?

As respostas para tais questionamentos decorrem de uma análise de perspectivas (embora não só). Com efeito, tal análise deve levar em conta, primordialmente, a razão de ser o princípio da legalidade: a relação indivíduo-Estado. Assim sendo, um outro questionamento passa a se colocar: a vinculação do princípio da legalidade deve ser exercida de modo proeminente em relação ao indivíduo ou ao Estado? É esse, precisamente, o ponto de partida que irá projetar a construção dos espaços de legitimidade das leis penais em branco.

Isso porque, a se considerar que o princípio da legalidade exerce uma função primordialmente individual, projetar-se-ão algumas consequências. A primeira e mais fundamental delas é a de que os tipos penais, enquanto projeção precípua do princípio da legalidade, têm como papel fundamental (e não contingencial) comunicar aos cidadãos, a fim de lhes fornecerem diretrizes comportamentais, a margem do lícito e do ilícito e a dimensão das penas correspondentes. Com base nisso, resumidamente, o princípio da legalidade estaria satisfeito sempre que os tipos penais conseguissem dispor aos indivíduos, de modo prévio e com a maior exatidão possível, as balizas penais de proibição.

Por outro lado, uma vez considerado que o princípio da legalidade exerce, de modo proeminente, uma vinculação direcionada ao Estado, outras consequências disso exsurtem. De pronto, é de se perceber que se passa a reconhecer um fundamento precipuamente hermenêutico do referido princípio. Assim, a comunicação aos cidadãos deixaria de ser a tarefa principal a se projetar do princípio da legalidade (penal), tornando-se essa uma contingência, ou um efeito acessório. Isso porque ele restaria satisfeito sempre que estivesse suficientemente determinado ao intérprete/aplicador da lei penal (e não necessariamente ao cidadão) os espaços e os limites sistemáticos das proibições penais.

Mas, afinal, de que modo o princípio da legalidade irá exercer de modo possível e eficaz o seu fundamento de garantia do indivíduo em face do Estado? A partir de qual

perspectiva restará realmente amortizado o âmbito da arbitrariedade? Esse, sem dúvida, é um debate a ser considerado, em específico porque os possíveis espaços de legitimidade das leis penais em branco decorrem justamente da adequação do princípio da legalidade à luz do debate que ora se coloca.

Assim é que, observados tais questionamentos, os quais serão retomados no momento oportuno da presente pesquisa, mostra-se necessária, no momento, a incursão no estudo das leis penais em branco, o que será feito no capítulo seguinte.

3 AS LEIS PENAIS EM BRANCO

A definição dos espaços de legitimidade das leis penais em branco demanda, em um momento anterior à sua confrontação ao conteúdo do princípio da legalidade, que seja realizado o seu estudo dogmático enquanto categoria autônoma de leis penais. Para tanto, importa, por ora, estabelecer sistematicamente as leis penais em branco a partir de um estudo que irá abordar (i) sua origem, seu conceito e sua delimitação; (ii) seus fundamentos; (iii) suas características essenciais; (iv) suas modalidades de realização, pela via remissiva; e (v) a atualização de sua problemática no âmbito da sociedade do risco e do direito penal contemporâneo.

3.1 ORIGEM, CONCEITO E DELIMITAÇÃO

A problemática conceitual acerca das leis penais em branco é algo perene no âmbito do direito penal. Com efeito, desde o início de seus estudos, com Binding, a dogmática jurídico-penal tem buscado, de diversas maneiras, formular o conceito mais adequado a tal categoria de leis.

A ciência, no entanto, não comporta opções. Mostra-se necessário, pelo contrário, o desenvolvimento de uma criteriosa análise daquilo que até aqui se construiu a esse respeito para, com isso, a um só tempo, definir uma estrutura conceitual adequada e projetar, com o devido crivo teórico e crítico, os problemas que dela ressoam.

O estudo das leis penais em branco remonta à teoria das normas formulada por Karl Binding. No decorrer de suas investigações acerca da estrutura das normas penais, o autor alemão percebeu a existência de algumas *lex imperfectas*, as quais designou “leis penais em branco”¹¹¹. Para Binding, enquadrava-se em tal conceito toda a lei que, apesar de determinar uma sanção, não trazia o seu preceito, o qual deveria ser definido por um regulamento, por uma ordem de autoridade ou, por raras vezes, por uma lei especial¹¹².

Esse conceito foi posteriormente modificado por Mezger, que acabou por dividir tais *lex imperfectas* em três categorias, quais sejam, (i) quando o complemento de uma norma se encontra na mesma lei; (ii) quando o complemento se encontra em outras leis,

¹¹¹ SILVA, Pablo Alflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 37.

¹¹² SCHMIDT, Andrei Zenkner *O princípio da legalidade no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 83.

mas que tenham sido formuladas pela mesma autoridade legislativa; e (iii) quando o complemento é realizado por uma norma de instância legislativa diversa¹¹³. Neste ponto, o autor considerava que as duas primeiras hipóteses deveriam ser classificadas como “leis penais em branco em sentido *amplo*” e a última como “leis penais em branco em sentido *estrito*”¹¹⁴.

Essa divisão proposta por Mezger (leis penais em branco em sentido *amplo* e em sentido *estrito*) não se deu por acaso. Em verdade, a dogmática penal desenvolvida pelo autor alemão foi de fundamental importância para o desenvolvimento e amadurecimento, em termos de densidade, do conceito de *tipicidade*, o qual, ao constituir o mais saliente reflexo do princípio da legalidade, foi determinante para os rumos do estudo das leis penais em branco.

Com efeito, se ao tempo do positivismo jurídico, sobretudo com Beling, pensava-se em uma ideia de tipicidade meramente descritiva e, portanto, desprovida de elementos normativos, Mezger buscou superar a “neutralidade valorativa”¹¹⁵ do conceito de tipicidade até então desenvolvido e passou a considerar a existência de elementos *valorativos* no tipo penal. Assim, o avançar teórico nesse âmbito permitiu a formulação de uma concepção de tipicidade penal que pode ser colocada em duas partes, sendo uma *objetiva* e outra *subjetiva*. Nesse ponto, Souza¹¹⁶:

Enquanto as características objetivas compõem o chamado tipo objetivo, as características subjetivas formam o tipo subjetivo. Por sua vez, o tipo objetivo é composto por um núcleo (conduta), representado por um verbo (ação ou omissão), e por elementos secundários que, via de regra, nele estão previstos expressa ou implicitamente, tais como objeto da ação (ou objeto material), sujeito ativo, sujeito passivo, bem jurídico, relação de causalidade, critérios de imputação objetiva, resultado, e certas circunstâncias (de tempo, lugar, modo de execução, etc.). Já o tipo subjetivo (...) constitui-se de um elemento geral – o dolo –, que, por vezes, é acompanhado de elementos especiais – elementos subjetivos especiais do tipo.

Inúmeras foram – e permanecem sendo – as consequências que, em termos de dogmática penal, passaram a se colocar diante de tal forma de se observar os tipos penais.

¹¹³ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2ª Ed. Montevideo-Buenos Aires: 2003, B de F, pp. 37-38; SCHMIDT, Andrei Zenkner *O princípio da legalidade no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 83.

¹¹⁴ MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Tomo 1. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, p. 196.

¹¹⁵ SILVA, Pablo Alflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 49.

¹¹⁶ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. “Breves reflexões sobre os elementos normativos negativos do tipo”. *Revista Jurídica*, jan., 2006, ano 54, nº 339, p. 74.

No particular, as questões envolvendo as leis penais em branco passaram a ganhar em relevância e abrangência na medida em que se passou a compreender que o tipo *objetivo* deve ser observado como um conjunto de elementos *normativos* e *descritivos*¹¹⁷: esses, os elementos *descritivos*, podem ser considerados elementos passíveis de serem apreendidos por uma mera atividade sensorial, na medida em que se referem a realidades materiais que, por esse exato motivo, podem ser conhecidos sem a necessidade de uma valoração; aqueles, os elementos *normativos*, por sua vez, possuem como condição necessária a atribuição de uma carga axiológica¹¹⁸. É dizer: *descritivos* são os elementos apreensíveis à primeira vista, que possuem dados de realidade que não precisam ser valorados; *normativos*, pelo contrário, são aqueles que necessitam de uma valoração para que assumam sentido e sejam, assim, apreensíveis¹¹⁹.

Foi precisamente em decorrência desse rompimento do conceito de tipicidade meramente descritivo que os problemas referentes às *lex imperfectas* (Binding) passaram a se estabelecer a partir de diferentes critérios. A construção desse novo horizonte compreensivo permitiu, com efeito, a delimitação de duas distintas categorias, quais sejam, dos *tipos penais abertos* e das *leis penais em branco*.

A esse respeito, e considerando tal construção evolutiva em relação ao conceito de tipicidade, é possível afirmar que as leis penais em branco se configuram, em linhas gerais, como tipos penais abertos caracterizados por não descreverem por inteiro a matéria de proibição e que, por este exato motivo, acabam por necessitar de um complemento normativo¹²⁰. A natureza desse complemento, no entanto, é que estabelece a sua diferença em relação aos tipos penais abertos: embora toda lei penal em branco seja um tipo penal aberto, nem todas os tipos penais abertos são leis penais em branco. A grosso modo, deve-se partir da compreensão de que se está a tratar de duas categorias diferentes e que

¹¹⁷ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. “Breves reflexões sobre os elementos normativos negativos do tipo”. *Revista Jurídica*, jan., 2006, ano 54, n° 339, p. 74.

¹¹⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*. Parte Geral. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007, pp. 288-290.

¹¹⁹ Parte da doutrina, no entanto, vem defendendo a hipótese de que inexistem elementos descritivos nos tipos penais. De um modo diametralmente oposto ao que propunham os penalistas de raízes positivistas, para os quais os tipos penais não deveriam possuir nenhuma abertura interpretativa, defende-se, portanto, que todos os elementos típicos seriam normativos. Nesse sentido, Correia: “Sendo, pois, o *Tatbestand* embora descritivo, é-o de juízos de valor; ao juiz caberá uma simples função cognitiva mas de conceitos teleológicos, o que tem um grande significado no domínio da interpretação e aplicação do direito criminal. Razão têm nesta medida alguns autores, quando afirmam que todos os elementos do *Tatbestand* são normativos, enquanto todos concorrem para a expressão do integral juízo de valor que ele traduz”. (CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1968, p. 283).

¹²⁰ TIEDEMANN, Klaus. “La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, jan.-mar., 2002, vol. 10, p. 73.

possuem, portanto, distintos critérios e pressupostos (embora seja possível se lhes vislumbrar grandes semelhanças).

Os tipos penais abertos, assim dizendo, são aqueles em que os elementos constitutivos do tipo não são descritos de modo concreto pela lei, para o que se exige que se recorra a normas ou regras gerais não contidas naquele respectivo tipo penal¹²¹. De forma mais evidente, a doutrina costuma exemplificar os tipos penais abertos como sendo, em regra, os tipos culposos e os tipos omissivos impróprios¹²². Isso porque, em ambos os casos, a realização típica depende, em concreto, que se recorra a outros institutos para o fim de definir se o agente agiu mediante a violação de um dever objetivo de cuidado (crimes culposos) ou se possuía a condição de garante (omissão imprópria)¹²³.

Há, no entanto, também tipos dolosos realizados por ação que podem ser caracterizados como tipos penais abertos¹²⁴. Nesse ponto, com efeito, é que o limiar de sua diferenciação em relação às leis penais em branco se mostra mais tênue: enquanto nos tipos penais abertos a incompletude da proibição será valorada pelo juiz a partir de um complemento oriundo de uma mesma instância legislativa, nas leis penais em branco tal complemento será sempre oriundo de uma instância diversa.

Têm-se, nesse sentido, como exemplos de tipos penais abertos – além, conforme referido, dos tipos culposos e omissivos impróprios –, diversos tipos penais previstos na Lei nº 7.492/86 que se referem ao termo “instituição financeira” e são, portanto, complementados pelo conceito previsto no artigo 1º daquele mesmo diploma legal¹²⁵. Da mesma forma, o artigo 2º da Lei nº 12.850/13¹²⁶, que se refere ao termo “organização criminosa” e é integrado pelo conceito apresentado no artigo 1º, § 1º, da mesma lei¹²⁷.

¹²¹ SILVA, Pablo Alflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 64.

¹²² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*. Parte geral. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 290.

¹²³ BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 184.

¹²⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*. Parte geral. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 290.

¹²⁵ “Art. 1º. Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários”.

¹²⁶ “Art. 2º. Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa”.

¹²⁷ “[...] § 1º - Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”. A respeito desse caso em específico, cumpre ressaltar que, até a definição trazida pela Lei nº 12.850/13 acerca do

Assim, em casos diversos a esses apresentados, quando o complemento a integrar o tipo penal é definido por uma norma de instância *diversa*, pode-se dizer que se está diante do caso de uma lei penal em branco¹²⁸ (é o que ocorre, por exemplo, com o conceito de “droga” previsto no tipo penal do artigo 33 da Lei nº 11.343/06¹²⁹, o qual é integrado por Portarias do Ministério da Saúde).

Assim, embora em ambas as situações se esteja diante de *lex imperfectas*, somente as que demandam um complemento definido por uma instância *diversa* é que são consideradas leis penais em branco (em sentido *estrito*)¹³⁰. Importa, diante disso, submeter algumas dessas elaborações – à luz da delimitação ora apresentada – a um amplo espaço de reflexão que inevitavelmente emerge da problemática referente às leis penais em branco. Assim, algumas projeções e controvérsias deverão ser pormenorizadas à luz daquilo que justamente lhe confere *fundamento*.

3.2 FUNDAMENTOS

Embora as leis penais em branco sejam objeto de constantes questionamentos acerca de sua legitimidade constitucional, em uma perspectiva político-criminal tal categoria de leis tem se mostrado como uma recorrente técnica de tutela.

conceito de organização criminosa, utilizava-se do conceito definido pela Convenção de Palermo, ratificada pelo Estado Brasileiro mediante a edição do Decreto nº 5.015/2004. Isso porque, até então, fatos que, à luz da referida Convenção, eram definidos como organização criminosa, eram comumente processados como crimes antecedentes à lavagem de dinheiro (artigo 1º, inciso VII, da Lei nº 9.613/98). Àquele tempo, no entanto, a jurisprudência acabou por pacificar – corretamente – o entendimento de que, com base no princípio da legalidade, eram atípicos os fatos até então definidos como “organização criminosa” (RHC 121835/STF; HC 319014/STJ). Isso porque, muito embora a Convenção de Palermo tenha sido pelo Brasil ratificada, restou reconhecido pelas Cortes Superiores a prevalência, em direito penal, da reserva constitucional de lei em sentido formal para a imputação de tipos penais. Foi essa compreensão que veio a ensejar, finalmente, um movimento político-criminal de conceituação e tipificação do crime de organização criminosa, o que se deu mediante a edição das Leis nº 12.694/12 e nº 12.850/13, respectivamente.

¹²⁸ A esse respeito, LARENZ, Karl. *Metodologia de la ciencia del derecho*. Trad. Marcelino Rodriguez Molinero. Barcelona: Ariel, 2001, p. 175.

¹²⁹ “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

¹³⁰ “A necessidade de recorrer a outros artigos da mesma ou outra lei para a interpretação de certos tipos e elementos do tipo não constitui propriamente uma técnica legislativa singular; neste sentido pode falar-se de remissões expressas ou conclusivas. (...) Geralmente se trata, no que diz respeito a estes conceitos de remissão, de elementos do tipo normativo ou valorativos, cuja verificação pressupõe a vigência e aplicação de normas (jurídicas): os elementos normativos do tipo remetem a normas. (...) Segundo a doutrina dominante desde Binding, a verdadeira lei penal em branco se caracteriza por exigir que a integração do preceito penal (...) proceda de ato de uma instancia distinta da que estabelece a cominação legal”. (TIEDEMANN, Klaus. “La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, jan.-mar., 2002, vol. 10, p. 73).

A necessidade de intervenção jurídico-penal em determinadas situações deve estar vinculada – sob pena de perder seu sentido – a circunstâncias histórico-sociais de cada comunidade. Em casos específicos, pode-se notar que a necessidade de maior ou menor intervenção penal, bem como os critérios a serem utilizados para tanto, modificam-se incessantemente. Nesses casos é que o legislador, ao prever o curto prazo de validade que um determinado dispositivo penal pode ter em tais circunstâncias, acaba por proporcionar a outros agentes públicos a tarefa de preencher e modificar o conteúdo da norma, de modo a torná-la coerente com as situações concretas de um determinado tempo¹³¹.

Não há maiores dúvidas, diante da velocidade em que as mudanças sociais estão ocorrendo, de que este é um fenômeno em ascensão. Vive-se, definitivamente, um tempo de constantes modificações¹³². Um tempo cujo modelo social pode ser caracterizado por uma economia absolutamente variável e um cada vez mais veloz desenvolvimento de insumos tecnológicos.

A dimensão de complexidade a que este modelo está arraigado é, em termos de percepção, incalculável. Alteram-se, em grande medida, as noções de tempo e de espaço, em uma relação cada vez mais confusa, bem como os perigos e os medos com os quais nos deparamos: o “presente” altera-se cada vez mais rápido em face de um “futuro” que se pretende apreender de maneira cada vez mais antecipada em um mundo quase sem fronteiras¹³³; e os medos, cada vez mais vinculados a uma crescente sensação de insegurança, são decorrência de perigos que advêm de um avanço tecnológico irrefreável¹³⁴.

¹³¹ SCHMIDT, Andrei Zenkner *O princípio da legalidade no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 84.

¹³² Importante perceber o modo de atuar do direito penal diante dessa peculiar e complexa relação social que se está a viver. A esse respeito e de maneira crítica, Figueiredo Dias: “Numa palavra: o legislador foi-se deixando seduzir pela ideia, perniciosa mas difícil de evitar, de pôr o aparato das sanções criminais ao serviço dos mais diversos fins de política social. E é o aparecimento, ao lado do direito penal tradicional, de um abundante direito penal *extravagante, acessório* ou *secundário* – que porventura melhor ainda se qualificaria de direito penal *espacial*, não fosse a circunstância de tal designativo se encontrar já, na nossa língua, ‘dogmaticamente ocupado’ direito este que é, em sentido próprio, *direito penal administrativo*: no preciso sentido de que sanciona, com *penas*, a violação de ordenações da *administração* e se apresenta assim como direito administrativo, senão segundo a competência, por certo segundo a matéria”. (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. “Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal econômico e social português”. In D’Avila, Fabio; Sporleder de Souza, Paulo Vinícius. (coords.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo; Coimbra: RT; Coimbra, 2006, p. 16).

¹³³ LIMA, Bruna Aspar. *A reparação do dano como protagonista no direito penal ambiental: o caráter de última ratio, subsidiariedade e fragmentariedade*. São Leopoldo: UNISINOS, 2014, 133f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014, p. 11.

¹³⁴ Sobre o assunto, ver ZAFFARONI, Eugenio Raul. “La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal”. *Direito e Ciudadania*, Cabo Verde: Publicaciones Instituto de Derecho Penal Europeo e

O aumento no número de leis penais em branco se mostra, nesse sentido, como a decorrência lógica de um mundo social que se abre para as mudanças de maneira cada vez mais veloz e globalizada. Por um lado, em abstrato, a norma, em sua fixidez e incompletude, se coloca diante dos conflitos com uma pretensão exauriente¹³⁵. Por outro, a projeção do direito, em específico, do direito penal, que busca resolver conflitos reais que se modificam constantemente¹³⁶.

Se há, portanto, a necessidade de o direito penal se conformar às (cada vez mais) novas mudanças sociais, seu núcleo rígido – o princípio da legalidade – passa, invariavelmente, a se comportar dessa mesma forma. E é precisamente diante desse cenário que as leis penais em branco passam a assumir certo – embora questionável – sentido a demandar uma abordagem doutrinária acerca de seus fundamentos.

3.2.1 Fundamento principal: flexibilização da lei penal

Constitui, conforme já previamente exposto, a natureza do direito (penal) um mover-se lento à luz da dinâmica social. Os mecanismos legislativos e técnico-jurídicos, observados a partir de um referencial pautado na velocidade própria das mudanças sociais, pretendem, em abstrato, quase de maneira inócua, englobar todos dos conflitos que delas possam surgir. E tal natureza, muito embora se ganhe com ela maior segurança jurídica, gera uma percepção de que o direito está sempre em “falta”: esse, em sua fixidez, não consegue dar conta de tutelar satisfatoriamente conflitos sociais que emergem de mudanças cada vez mais velozes.

Internacional Universidad de Castilla la Mancha, 1999-2000, ano III, n. 8, pp. 71-96; e VELÁSQUEZ, Fernando Velásquez. “Globalización y derecho penal”, disponível em https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_34.pdf, acesso em 20 set 2017.

¹³⁵ No ponto, Gauer: “As regras de uma sociedade são construídas como bases sociais estruturadas nas tradições narradas, que são transmitidas de geração para geração. As sanções são aplicadas sempre que houver a transgressão de qualquer norma, o limite é colocado como padrão social que visa impedir a quebra de certas regras previamente definidas. A fixidez implica fugir da conjugação – a norma diz. Se a norma regulamenta a sociedade ao evocar o limite previamente construído, o ato social está inscrito em uma dinâmica diferenciada das premissas regulatórias construídas pelas tradições”. (GAUER, Ruth Maria Chittó. *A fundação da norma: para além da racionalidade histórica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 92).

¹³⁶ Ao aproximar seu pensamento dessas questões, Faria Costa assinala que “se isso já era, por vezes, incompreendido ou mal percebido pela comunidade em geral, então, face a uma sociedade que cada vez mais valoriza o fazer, o movimento, a constante informação em tempo real, a lentidão das instituições democráticas entra em manifesta ruptura com a vertigem da exigência de respostas rápidas e eficientes – e, portanto, contra a criminalidade – que a mundividência actual, um pouco frivolamente, erigiu como modelo de actuação quer do nosso modo-de-ser individual, quer do nosso modo-de-ser colectivo”. (FARIA COSTA, José de. “O fenômeno da globalização e o direito penal econômico”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, abr.-jun., 2001, vol. 34, p. 15).

Com a utilização da técnica legislativa na formulação das leis penais em branco, atribui-se, portanto, maior flexibilidade ao direito penal, visando torná-lo, com isso, maleável diante dos objetos de sua proteção, os quais demandam – sob pena de se esvaírem – precisamente uma não-fixidez do direito penal. E isso já em Binding, no final do século XIX – ou seja, na gênese da concepção das leis penais em branco –, era atribuído como um fundamento primordial de tal categoria de leis. Com efeito, já naquele tempo o autor alemão apontava que esta flexibilidade atribuída ao direito penal, a considerar a variabilidade de determinadas matérias providas de dignidade jurídico-penal, abre espaço para que as proibições modifiquem recorrentemente o seu espectro de incidência, de modo a permitir uma constante atualização das leis penais¹³⁷.

Não há dúvida, no entanto, de que tal variabilidade só aumentou dos tempos idos até os dias atuais. Assim, conquanto esse ponto de encontro a dar sentido e sustentação à existência da referida categoria legal – a maior flexibilização das leis penais – seja o mesmo, é de se salientar que as matérias por elas tuteladas vieram a se modificar em termos de dimensão e de natureza, de modo que, em face disso, faz-se necessário (re)observar os fundamentos atribuídos às leis penais em branco.

Doval Pais¹³⁸, ao buscar enfrentar essa problemática, aponta, com a devida precisão, duas questões que devem ser analisadas para fins de definição dos espaços legítimos de atuação das leis penais em branco, sendo elas (i) quais são, afinal, as matérias que merecem essa maior flexibilização das leis penais?; e (ii) de que modo as remissões penais contribuem para tal flexibilização?

Em relação às matérias, há, com efeito, algumas compostas por bens jurídicos que se colocam essencialmente como dependentes de outras fontes normativas para manterem-se inafetadas, isto é, que não podem depender de uma norma penal inflexível para sua proteção. Assim é que tais fontes normativas acabam por estabelecer condições de “não transgressão” a pautar a aplicação da lei penal¹³⁹. O que ocorre com isso, portanto, não é – ao menos não necessariamente – uma *ampliação* do espaço de tutela da lei penal, senão que apenas a abertura de possibilidades para sua aplicação em concreto, a fim de viabilizar a proteção do bem jurídico por ela abrangido.

¹³⁷ Ver, a esse respeito, SILVA, Pablo Alflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 37-43.

¹³⁸ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Tirant lo Blanch: Valencia, 1999, pp. 107-108.

¹³⁹ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Tirant lo Blanch: Valencia, 1999, pp. 108.

Ainda segundo Doval Pais¹⁴⁰, tais bens jurídicos são aqueles compostos por uma natureza supraindividual e difusa (v.g., a ordem econômica¹⁴¹, o meio ambiente, etc.), que abrangem, em razão disso, situações que são impossíveis de serem previstas no momento em que há a formulação típica. E isso porque, considerada a sua natureza e suas peculiaridades, é impossível que a lei penal possa vislumbrar previamente os ataques que podem ser direcionados ao bem jurídico por ela tutelado¹⁴².

Mais do que isso. O próprio juízo de necessidade nesse específico âmbito de atuação jurídico-penal deve ser observado de modo bastante criterioso, o que demanda uma maior flexibilização dos mecanismos legislativos penais. E, inegavelmente, a utilização das leis penais em branco amplia as possibilidades para que o direito penal funcione em um sistema de “sístoles” e “diástoles”, de modo a ora aumentar, ora diminuir seu espaço de necessidade na proteção de determinados bens jurídicos. Em outras palavras: essa maior flexibilização das leis penais permite que determinadas ações deixem de ser consideradas criminosas¹⁴³, pelo justo fato de, variavelmente, não demandarem mais uma atuação do direito penal na manutenção da integridade do bem jurídico em tutela (ou seja: o bem jurídico permanece protegido, ainda que com uma incidência menos incisiva ou não permanente do direito penal).

Assim, os espaços em branco das leis penais ocasionam-lhes um distanciamento das circunstâncias que lhes poderiam demandar uma alteração constante, sob pena de não darem mais conta de tutelar os bens jurídicos a que se direcionam. Ao mesmo tempo, no entanto, tais espaços mantêm sensíveis às leis penais as mudanças normativas a ocorrer em outros setores do ordenamento, o que lhes confere uma constante atualização e

¹⁴⁰ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Tirant lo Blanch: Valencia, 1999, pp. 108-109.

¹⁴¹ Em específico acerca da ordem econômica, matéria de prevalência da dimensão de atuação das leis penais em branco, Schmidt, que compreende, na linha da Faria Costa, no direito penal econômico uma *tênue autonomia disciplinar*, define que tal bem jurídico é, além de supraindividual, (i) polissêmico; (ii) promocional; (iii) mutável; e (iv) instrumental. (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, pp. 86-97). Ainda sobre o assunto, ver FARIA COSTA, José de. *Direito penal econômico*. Coimbra: Quarteto, 2003.

¹⁴² Precisamente em razão disso é que tais matérias se vinculam com outros ramos do bem jurídico. A esse respeito, Doval Pais: “Con respecto a cómo se manifiesta dicha vinculación con cada una las características de estas materias antes señaladas, la relación se aprecia inmediatamente em aquellas que tienen que ver con bienes jurídicos formalizados, puesto que estos objetos son configurados a partir de condiciones que se establecen em otros sectores del ordenamiento jurídico”. (DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Tirant lo Blanch: Valencia, 1999, p. 110).

¹⁴³ Nos dizeres de Binding, de forma bastante peculiar, a “proibição pode ser completamente modificada durante a vigência da lei penal e que, com isso, de acordo com a mesma lei penal amanhã é um crime o que ontem foi uma ordem e amanhã uma ordem o que até ontem custava dois anos de prisão”. (BINDING, Karl. *Die normen und ihre Übertretung*. Bd. I, p. 158 *apud* SILVA, Pablo Alfen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 40).

estabilidade¹⁴⁴, haja vista que se alteram, em termos de incidência, com um dinamismo a acompanhar o fluxo das mudanças sociais.

3.2.2 Fundamentos secundários: (i) submissão, à lei penal, a infração à regulação jurídica de matéria complexa; (ii) razões técnicas; (iii) expansionismo jurídico-penal; e (iv) exigência de conhecimento específico e aprofundado

Conquanto a flexibilização das leis penais possibilitada pelo emprego das leis penais em branco seja a função primordial a lhes conferir fundamento, a doutrina penal abrange, ainda, outros quatro fundamentos que serão por ora expostos em caráter de complementariedade, quais sejam: (i) a necessidade de submissão, à lei penal, a infração à regulação jurídica de matérias complexas; (ii) razões técnicas a demandar a existência de remissões a outros espaços do ordenamento; (iii) a expansão do direito penal a abranger novas áreas de tutela; e (iv) exigência de conhecimento específico e aprofundado.

Embora haja consenso doutrinário acerca do fundamento principal a justificar recorrência às leis penais em branco – flexibilização das leis penais –, os demais fundamentos são expostos de modo esparso, não configurando lugar comum nas obras desenvolvidas acerca da temática. A própria denominação “fundamento”, a propósito, é passível de ser questionada, pois as demais justificativas a ela designadas podem ser compreendidas, quando muito e se é que legítimas, como decorrência lógica ocasionada pela maior flexibilização das leis penais.

A esse respeito, Enrique Cury¹⁴⁵ aponta, como justificativa secundária a dar sustentação à utilização das leis penais em branco, a necessidade de submissão, à lei penal, a infração a regulações jurídicas de matérias complexas. No entanto, conquanto o autor faça o devido apontamento da referida justificativa, ele mesmo questiona a sua legitimidade enquanto tal, tendo em vista que ela dá respaldo, segundo ele, a um abuso do poder punitivo estatal e a uma deturpação do caráter de *ultima ratio* do direito penal. Em razão disso, Cury conclui que só existe *uma* justificativa legítima para a utilização das leis penais em branco, qual seja, a maior flexibilidade que elas proporcionam para que as leis penais se adaptem na tutela de bens jurídicos afetos a matérias complexas e variáveis (fundamento principal abordado no tópico anterior).

¹⁴⁴ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y limites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Tirant lo Blanch: Valencia, 1999, p. 113.

¹⁴⁵ CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Temis, 1988, pp. 51-52.

Em perspectiva não oposta, mas diversa, Vega¹⁴⁶ analisa a existência das leis penais em branco sob a perspectiva de três distintos fundamentos. O *primeiro* deles, segundo a autora espanhola, diz respeito a “razões técnicas” a abranger determinadas matérias cuja complexidade torna impossível, à lei penal, sua delimitação com a precisão necessária. Isso, não fosse o emprego das leis penais em branco, levaria a um incremento demasiado de tipos penais, tornando inviável a realização do princípio da economia legislativa.

O *segundo* fundamento apontado pela autora guarda relação, essencialmente, à necessidade de flexibilização das leis na tutela de determinadas matérias que lhes demandam uma maior maleabilidade (fundamento já abordado no tópico anterior). Isso porque, de acordo com a autora, a constante variabilidade a afetar tais matérias, em razão do ritmo da evolução social, técnico-científica ou econômica, conduziria, na ausência das leis penais em branco, determinados tipos penais rapidamente à obsolescência.

Há, no entanto, uma *terceira* justificativa apontada por Vega, a qual sintetiza-se no fato de que as leis penais em branco seriam um instrumento técnico vinculado à necessidade de se superar o caráter estritamente liberal do direito penal, alicerçado em torno de bens jurídicos individuais. Com efeito, segundo a autora, na medida em que o direito penal expande seu espectro de atuação com vistas a tutelar novos espaços e novas formas de ofensa a determinados bens jurídicos, em regra de caráter supraindividual, a natureza exclusivamente liberal do direito penal, assim conformado à luz do desenvolvimento iluminista do princípio da legalidade, se torna insatisfatório na realização daquilo a que esse mesmo direito penal se propõe, isto é, a efetiva proteção do bem jurídico em tutela.

Ademais, não obstante a existência das abordagens já citadas, doutrina mais recente defende a existência de um outro fundamento a justificar a recorrência às leis penais em branco. Bach e Guaragni¹⁴⁷, nesse sentido, afirmam que, por mais que a flexibilização da lei penal seja o seu fundamento principal, há outro fundamento que merece ser consolidado: a exigência de conhecimento específico e aprofundado de determinadas matérias que demandam a tutela penal. Isso porque, de acordo com os autores, ao legislador é absolutamente impossível deter o conhecimento sobre matérias

¹⁴⁶ VEGA, Dulce Maria Santana. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad hoc, 2000, pp. 17-18.

¹⁴⁷ BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 162-165.

dinâmicas e complexas, restando-lhe confiar às instâncias deles detentoras a possibilidade de complementar os espaços em branco das leis penais.

Assim é que, portanto, parte da doutrina busca justificar e dar fundamento à utilização das leis penais em branco. Embora, é de se perceber, haja certo consenso acerca do seu fundamento principal – flexibilização das leis penais –, mostra-se oportuno submeter à crítica as justificativas ora abordadas, a fim de estabelecer, com maior precisão, aquilo que efetivamente dá fundamento a tal categoria de leis.

3.2.3 Aspectos críticos

Não resta maiores dúvidas de que as leis penais em branco exsurgem enquanto uma necessidade técnica de conformação do direito penal a determinados espaços dignos de sua tutela. Pensado o direito penal sob uma perspectiva de proteção de bens jurídicos (fundamento do direito penal), é de se compreender, nesse contexto, a abertura de cenários a viabilizar tal proteção¹⁴⁸.

Essa abertura, no entanto, ainda que se possa estabelecê-la como legítima, deve ser criteriosa e criticamente delimitada, a fim de que permaneçam íntegros os limites do próprio direito penal. Ou seja, assim como qualquer outro abrandamento formal a se estabelecer no âmbito do direito penal, também às leis penais em branco devem ser impostas restrições, na medida em que, se assim não for, podem restar sensível ou profundamente menosprezados princípios básicos garantidores da legitimidade do atuar penal, tal qual o da legalidade.

À luz desse preciso horizonte compreensivo é que se pode afirmar, na linha em que propõe Cury¹⁴⁹, que o único *fundamento* a conferir, de fato, legitimidade à formulação de leis penais em branco é a necessidade que determinadas matérias, dignas de tutela penal, possuem que haja uma maior flexibilização das leis penais para o fim de tutelar satisfatoriamente os bens jurídicos a elas relacionados.

Em relação aos demais fundamentos apontados, os quais possuem respaldo em parcela da doutrina, pode-se afirmar que parte deles são inadequados, considerados inclusive os limites estabelecidos pelo Estado Democrático e de Direito a pautar a

¹⁴⁸ Afinal, como bem afirma Abanto Vásquez, “la cuestión de la legitimidad de las leyes penales en blanco no puede ser resuelta unicamente a través del parámetro del ‘principio de legalidad’, sino también de la tutela eficaz del bien jurídico concreto”. (ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. “El principio de certeza en las leyes penales en blanco”. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 1999, fascículo 9, pp. 15-16).

¹⁴⁹ CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Temis, 1988, p. 53.

atividade jurídico-penal, e que outra parte deve ser considerada não um *fundamento*, mas decorrência natural, ou manifestações da mesma ordem em relação àquilo que demanda uma maior flexibilização das leis penais.

Com efeito, a possibilidade apontada por Cury de que as leis penais em branco serviriam à necessidade de se submeter, à lei penal, a infração jurídica de uma matéria complexa, não subsiste dentro dos parâmetros democráticos, à luz dos princípios da *ultima ratio* e da intervenção mínima, pedras angulares do direito penal (é dessa forma, inclusive, que o próprio autor conclui¹⁵⁰).

Quanto aos outros dois fundamentos apontados por Vega, tem-se que ambos devem ser observados não propriamente como *razões fundamentais* para a formulação das leis penais em branco, mas como *características* proeminentes das matérias comumente por elas abrangidas justamente por demandarem uma maior flexibilização da lei penal. Não há no ponto, portanto, uma oposição ao que propõe a autora espanhola, mas somente uma divergência de perspectivas, na medida em que não se desconsidera os elementos por ela apresentados (razões técnicas e a expansão do direito penal na tutela de bem jurídicos supraindividuais), mas apenas se lhes dá outro tratamento, não mais de caráter *fundamental*: são características proeminentes das matérias que demandam uma maior flexibilização da lei penal – esse sim o *fundamento* – na realização de sua tutela.

E isso da mesma forma em relação ao fundamento apontado por Bach e Guaragni. Não se desconsidera, por óbvio, que boa parte das matérias a demandar a utilização de leis penais em branco necessita de um conhecimento específico e aprofundando do qual o legislador é carecedor. No entanto, conquanto essa também possa ser considerada uma *característica* bastante recorrente nas matérias tuteladas pela via da lei penal em branco, não é possível afirmá-la como sendo um fundamento.

Isso porque, embora haja, é bem verdade, tipos penais em que a existência de espaços em branco se dê também em razão da ausência de conhecimento específico do legislador¹⁵¹, há outros em que isso se dá por conta da dinâmica político-criminal a delimitar, de modo mais ou menos variável, os espaços da ilicitude¹⁵². O “lugar comum”

¹⁵⁰ CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Temis, 1988, pp. 51-52.

¹⁵¹ Refira-se, como exemplo, o tipo penal citado também por Bach e Guaragni para dar azo ao seu entendimento, qual seja, o artigo 7º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, que assim estabelece: “Art. 7º: Constituem crimes contra as relações de consumo: II – vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial”.

¹⁵² Por exemplo, o tipo penal do artigo 22, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, que assim dispõem: “Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída

em todos eles é, portanto, a necessidade de uma lei penal flexível, maleável, seja com o fim de conformar os tipos penais em face de conhecimentos específicos não abrangidos pelo legislador, seja em razão da variabilidade da política-criminal a pautar a atividade jurídico-penal.

Assim é que, delimitado o fundamento a justificar a recorrência às leis penais em branco – a flexibilização da lei penal –, impõe-se que sejam analisadas algumas de suas características e suas modalidades de atuação.

3.3 CARACTERÍSTICAS E MODALIDADES

As leis penais em branco se colocam como uma importante técnica legislativa a permitir, com a devida efetividade, a realização do direito penal naquilo que lhe é fundamental: a proteção de bens jurídico-penais. Assim, embora a sua legitimidade constitucional seja matéria de questionamentos recorrentes na doutrina – o que será aprofundado no capítulo seguinte –, fato é que elas exercem um importante papel ao permitir uma maior flexibilidade da lei penal, algo tão necessário em determinados âmbitos de tutela.

Não se nega, por outro lado, o seu caráter excepcional, isto é, o seu espaço bastante restrito no âmbito do direito penal. É dizer, embora a flexibilização da lei penal para fins de tutela de determinadas matérias seja viabilizada pela utilização da técnica da lei penal em branco – o que pode ser reputado como legítimo –, disso não decorre a compreensão de que as leis penais sejam *em regra* flexíveis, estando a dispor do aplicador do direito ampliar os seus espaços de interpretação numa busca “a qualquer custo” da proteção do bem jurídico.

Pelo contrário: por assim o serem – excepcionais –, possuem características essenciais, bem como modalidades específicas de atuação, as quais serão a seguir pormenorizadas.

de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.”. Nesse caso, as elementares “não autorizada” (*caput*), “sem autorização legal” (primeira parte do parágrafo único) e “repartição federal competente” (parte final do parágrafo único) transferem para a legislação extrapenal seus pressupostos de adequação típica. Assim, normas administrativas editadas pelo BACEN, ao complementar o conteúdo do tipo penal em referência, delimitam os espaços da ilicitude penal, não exatamente em razão de conhecimentos específicos dos quais carece o legislador, mas em razão da variabilidade político-criminal – à luz da política cambial nacional – a pautar os limites da ilicitude nesse âmbito. A respeito da lei penal em branco do tipo penal de evasão de divisas, ver SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. *O crime de evasão de divisas: a tutela penal do Sistema Financeiro Nacional na perspectiva da política cambial brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 152-156.

3.3.1 Características essenciais

A doutrina costuma elencar alguns traços próprios das leis penais em branco. Tratam-se, com efeito, de características essenciais, que, à luz de seu conceito e de seu fundamento, conjuntamente as diferenciam das demais técnicas legislativas, em especial dos tipos penais abertos, e lhes conferem uma natureza autônoma¹⁵³.

A primeira delas é que só podem ser consideradas leis penais em branco aquelas que tratam de tipificar delitos¹⁵⁴. Ou seja, não se mostra possível a existência de leis penais em branco no âmbito da parte geral do Código Penal, não só por conta de sua inviabilidade sistemática, mas principalmente em razão daquilo que dá fundamento a tal categoria legal: a flexibilização da lei penal para fins de garantir a efetiva proteção *específica* do bem jurídico tutelado.

A segunda característica apontada como essencial para a designação de uma lei penal em branco, e que pode ser também observada como um parâmetro delimitador de legitimidade, é que elas devem proceder à remissão somente questões atinentes à matéria de proibição abrangida pela lei penal, não podendo fazê-lo nem em relação à *totalidade* do preceito proibitivo, e nem em relação à sanção imposta¹⁵⁵. Ou seja, embora a lei penal em branco admita uma ampliação normativa, a ser integralizada pela norma complementar, não se desincumbe do tipo penal a função de dispor acerca do núcleo fundamental da proibição e da pena correspondente¹⁵⁶, inclusive porque somente dessa forma é que o fundamento da lei penal em branco – flexibilização da lei penal – se mostra realizável sem que se desgarre totalmente dos limites impostos pelo princípio da legalidade.

¹⁵³ Retoma-se, a esse respeito, a já mencionada lição de Tiedemann, para quem somente as leis penais em branco podem ser consideradas uma *categoria legal singular*. (TIEDEMANN, Klaus. La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, jan.-mar., 2002, vol. 10, p. 73).

¹⁵⁴ CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Temis, 1988, p. 48-49. Entre nós, nesse mesmo sentido, SILVA, Pablo Alflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 77; e BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 165.

¹⁵⁵ A esse respeito, afirma García Arán que “el elemento típico lo establece el legislador, pero la precisión de su sentido necesita del recurso a la norma extrapenal”. GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela: USC, 1993, XVI, p. 75.

¹⁵⁶ SILVA, Pablo Alflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 77. Sobre o assunto, ver, ainda, SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. 4ª Ed. 11ª Reimp. Buenos Aires: TEA, 1999, pp. 155-158.

Trata-se, com efeito, do que se pode denominar um *a priori* alicerçado a partir do princípio da legalidade, o qual confere limites mínimos necessários a sustentar o espaço de legitimidade da lei penal em branco. E, vendo-se as coisas desse modo, é possível estabelecer que, embora as leis penais em branco possuam uma lógica remissiva – não exauriente, portanto –, ainda assim elas permanecem vinculadas às exigências de certeza e taxatividade dos tipos penais, nesse âmbito perspectivadas sob uma ótica garantista do princípio da legalidade.

Há, no entanto, ainda uma *terceira* característica considerada essencial à categoria das leis penais em branco, vinculada, por sua vez, à utilização da técnica da remissão às instâncias legislativas *distintas*¹⁵⁷, que é o que, em verdade, estabelece sua diferença mais saliente em relação aos tipos penais abertos e aos elementos normativos dos tipos penais.

Essa característica, conquanto possa ser percebida *em si* como algo essencial na diferenciação das leis penais em branco enquanto categoria legislativa autônoma, isto é, que deve ser observada de modo singular¹⁵⁸, merece ser analisada em seus pormenores, o que deve ser feito a partir das modalidades de remissão em relação às quais podem recorrer as leis penais em branco.

3.3.2 Modalidades de remissão

A utilização da técnica de remissão constitui, conforme referido, uma característica essencial das leis penais em branco. A análise, em espécie, acerca de suas modalidades, configura, diante disso, o ponto de encontro entre o seu fundamento – a necessidade de flexibilização da lei penal – e o modo como tal categoria de leis se manifesta no mundo jurídico, isto é, a maneira pela qual ela busca a realização de seu fundamento. A análise pormenorizada dessas modalidades, uma vez observadas à luz desse referido fundamento, se coloca, pois, como algo inescapável para a definição de sua amplitude e de suas formas de concreção na tutela dos bens jurídicos a que se propõem proteger.

¹⁵⁷ Deve-se salientar, novamente, que se está a considerar como lei penal em branco somente aquelas em sentido *estricto*, também definidas pela doutrina como *próprias*. Nesse sentido, TIEDEMANN, Klaus. “La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, jan.-mar., 2002, vol. 10, p. 73; e ABEL SOUTO, Miguel. “Las leyes penales en blanco”. *Nuevo Foro Penal*, jul.-dec., n° 68, pp. 18-20.

¹⁵⁸ TIEDEMANN, Klaus. La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, jan.-mar., 2002, vol. 10, p. 73.

Partindo-se, nesse sentido, do pressuposto já mencionado de que as leis penais em branco só podem ser aquelas que tipificam delitos, e que o façam mediante a remissão *parcial* do preceito objeto da proibição às instâncias legislativas *diversas*, é possível estabelecer, como ponto de partida, que algumas das classificações apresentadas pela doutrina, conquanto exerçam, em variável medida, também o papel de operacionalizar a abertura normativa apresentada pelas leis penais, sobretudo nos casos dos tipos penais abertos e dos elementos normativos do tipo, não são abrangidas pela natureza autônoma a dar legitimidade às leis penais em branco. São elas: (i) aquelas estabelecidas como *impróprias* ou em sentido *amplo* (quando o complemento normativo é realizado pela mesma lei ou por lei de idêntica hierarquia)¹⁵⁹ e (ii) as elementares normativas de conteúdo jurídico (quando o pressuposto normativo é apresentado pelo próprio legislador¹⁶⁰)¹⁶¹.

Resta, portanto, diante desse preciso cenário, estabelecer em seus pormenores e em suas controvérsias, as modalidades de remissão que se colocam, ao menos aprioristicamente, conformáveis às características essenciais das leis penais em branco, as quais podem ser divididas da seguinte forma: (i) remissões estáticas *versus* remissões dinâmicas; (ii) remissões interpretativas; e (iii) remissões explícitas e remissões implícitas.

¹⁵⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*. Parte General. 2ª Ed. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 102.

¹⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. “Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las ‘leyes en blanco’”. *Estudios Penales y Criminológicos*. Santiago de Compostella: USC, 1993, XVI, pp. 423-461.

¹⁶¹ Isso não quer dizer que essas modalidades de remissão não apresentam sentido sistemático, sobretudo na tutela de matérias com peculiaridades bastante sensíveis, como é o caso do direito penal econômico. Isso pois, nos termos em que afirma Schmidt, “o tipo de ilícito econômico é genuinamente predisposto a se abrir para cláusulas de reenvio que repercutem significativamente na noção de tipicidade do crime econômico, de modo a ajustar a estaticidade da norma às frequentes variações da política econômica”. (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 135). Afora isso, o que se está a sustentar é que tais modalidades, por estarem vinculadas a outros critérios, muito mais afetos aos tipos penais abertos e aos elementos normativos dos tipos penais, apenas não podem ser classificadas dentro do horizonte autônomo das leis penais em branco, em relação às quais prevalece a compreensão de que só podem ser assim classificadas, à luz de suas características essenciais apontadas no item 2.3.1, aquelas que, ao tipificarem delitos, realizam a remissão às instâncias legislativas *diversas* (próprias ou em sentido *estrito*) e que o façam apenas em relação a parte do preceito proibitivo (nunca, portanto, em relação à *totalidade* da proibição e à *sanção* correspondente).

3.3.2.1 Remissões estáticas versus remissões dinâmicas

Estabelecidos o fundamento e os pressupostos a dar sentido e conferir características essenciais às leis penais em branco, observa-se, primeiramente, que as remissões às quais se recorre podem possuir natureza *estática* ou *dinâmica*.

As remissões estáticas se mostram nos casos em que a lei penal em branco realiza a remissão ao conteúdo de determinado regulamento preexistente à sua promulgação, possuindo, portanto, uma característica de fixidez. As remissões dinâmicas, por sua vez, ocorrem quando a lei penal em branco remete às sucessivas – e, portanto, sempre futuras – atualizações de um determinado regulamento¹⁶².

Embora essa divisão conceitual possa ser observada com certa nitidez, não ocasionando, à primeira vista, maiores problemas, algumas de suas contingências têm sido objeto de divergências doutrinárias. Trata-se, com efeito, de um debate que se coloca em relação à qual tipo de remissão se mostra passível de legitimar a utilização das leis penais em branco em razão de seu fundamento, assim como em relação aos parâmetros constitucionais a lhes conferir limites de flexibilização.

Parte da doutrina assinala, a esse respeito, que somente as remissões estáticas é que se mostram constitucionalmente legítimas, observados os limites estabelecidos pelo princípio da legalidade a lhes servir de anteparo. Nesse sentido, Tiedemann¹⁶³ defende a ideia de que a primeira consideração acerca da constitucionalidade das leis penais em branco diz respeito justamente às remissões dinâmicas, abertas “de cara para o futuro”. Isso porque, segundo o autor, a matéria da proibição objeto de tutela tem de estar suficientemente determinada anteriormente pela lei penal em branco, a qual permanece vinculada ao regulamento *estaticamente* posto como referencial. Assim, nos casos em que o regulamento objeto da remissão é derogado em substituição a um outro de mesmo conteúdo, o legislador deve readequar a lei penal em branco, de modo a remetê-la expressamente a esse novo regulamento¹⁶⁴.

Ou seja, de acordo com o autor alemão, as leis penais em branco se mostram legítimas somente se forem estáticas, isto é, se se mantiverem sempre vinculadas ao

¹⁶² BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 169.

¹⁶³ TIEDEMANN, Klaus. “La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, jan.-mar., 2002, vol. 10, pp. 76-77.

¹⁶⁴ Com uma compreensão parecida, SCHÜNEMANN, Bernd. “Las reglas de la técnica em derecho penal”. *In Obras. Bernd Schünemann*. Tomo 1. Buenos Aires: Rubenzal, 2009, pp. 253-267.

regulamento complementar que por ela foi tomada como referencial ao tempo em que foi produzida.

Doval Pais¹⁶⁵, ao seu turno, ao sustentar uma ideia diametralmente oposta à apresentada por Tiedemann, afirma que as leis penais em branco devem ser *dinâmicas*, pois somente assim é que pode ser satisfeita a função e o fundamento que a caracteriza (flexibilização da lei penal). Segundo o autor, a remissão fechada a um conteúdo apresentado por uma norma extrapenal, cujo teor está, em um momento prévio, plenamente determinado, torna impossível a possibilidade de sua adaptação às novas situações que podem se apresentar.

Resta nítido, diante disso, que a divergência que ora se apresenta vincula-se essencialmente ao fundamento, isto é, àquilo que dá sentido à existência das leis penais em branco. E, assumindo que sua existência está permanentemente atrelada à necessidade de flexibilização da lei penal na tutela de determinados bens jurídicos, os quais, em razão de sua natureza, demandam uma maior maleabilidade do espectro de proibição a incidir o direito penal, não se mostra viável sustentar que as leis penais em branco devem sempre proceder a remissões estáticas.

Afinal, tornar a lei penal flexível é exatamente o sentido da existência das leis penais em branco, o que só pode ser alcançado se as remissões gozarem sempre de dinamicidade. Em outras palavras, na linha em que sustentam Bach e Guaragni¹⁶⁶, defender que as remissões devem ser estáticas significa afirmar que as leis penais em branco são desnecessárias.

3.3.2.2 Remissões interpretativas

As remissões *interpretativas* se colocam como a face distintiva das remissões *em bloco*. Assim, ao passo em que essas se constituem das hipóteses em que a lei penal delega

¹⁶⁵ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Tirant lo Blanch: Valencia, 1999, p. 121.

¹⁶⁶ BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 171. Há que se salientar que os autores, conquanto cheguem a mesma conclusão que ora se propõe, o faz não somente em razão da necessidade de flexibilização da lei penal, mas também pela necessidade de se permitir a sua complementação a quem possua conhecimento técnico sobre matérias complexas. Embora se compreenda de maneira diversa em relação a esse segundo ponto (ver tópico 3.2.3), a conclusão a que se chega é exatamente a mesma. Ademais, também nesse exato sentido, SILVA, Pablo Alflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 159; e CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Temis, 1988, p. 99.

integralmente o conteúdo da proibição à instância legislativa diversa¹⁶⁷, fazendo-se transformar a infração administrativa em um elemento típico¹⁶⁸, aquelas ocorrem nos casos em que a norma extrapenal se mostra necessária apenas para interpretar ou integrar um elemento típico¹⁶⁹.

Ou seja, as remissões interpretativas, diferentemente das remissões em bloco, não fazem com que o desvalor administrativo consubstancie-se automaticamente em desvalor penal. Assim, elas vislumbram na norma complementadora um *referencial*, cujo vínculo se coloca de modo intermitente e variável, na medida em que serve como um conteúdo a dar amparo à atividade interpretativa e integradora do tipo penal disposto na lei penal em branco.

O estabelecimento das remissões interpretativas enquanto uma modalidade realizável pela via da lei penal em branco é, no entanto, criticada por parte da doutrina penal. García Arán¹⁷⁰, nesse sentido, afirma que as remissões interpretativas praticamente se equivalem aos elementos normativos estabelecidos pelo legislador, o que além de tornar quase impossível sua distinção, faz com que ambos os conceitos gozem das mesmas características sistemáticas.

Doval Pais¹⁷¹, ao seu turno, ao estabelecer um debate em relação ao proposto por García Arán, afirma não ser possível sustentar que o dinamismo de determinadas matérias seja tutelável apenas pela via das remissões em bloco, de modo que as normas extrapenais podem, nesses casos, contribuir de outras formas, dentre elas pela via das remissões interpretativas. O autor ressalva, no entanto, que tal modalidade deve observar, ainda assim, desde o princípio da legalidade, os mesmo limites a que se atribuem às remissões em bloco.

Afora a divergência ora exposta, essa não é propriamente uma questão essencial para a problemática das leis penais em branco. Conquanto em plano dogmático concorde-se, em boa medida, com a ideia de que as remissões interpretativas se aproximam dos critérios afetos aos elementos normativos do tipo, fato é que tanto elas, quanto as

¹⁶⁷ GÓMEZ PAVÓN, Pilar. “Cuestiones actuales del derecho penal económico: el principio de legalidade y las remisiones normativas”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai.-jun., 2004, n° 48, pp. 148.

¹⁶⁸ GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela: USC, 1993, XVI, p. 71.

¹⁶⁹ GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela: USC, 1993, XVI, p. 72.

¹⁷⁰ GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela: USC, 1993, XVI, pp. 73-74.

¹⁷¹ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y limites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Tirant lo Blanch: Valencia, 1999, p. 122.

remissões em bloco, sujeitam-se – desde que legitimadas¹⁷² – aos limites impostos pelo princípio da legalidade.

3.3.2.3 Remissões explícitas e remissões implícitas

Conquanto o fundamento das leis penais em branco seja mais facilmente perfectibilizado pela via das remissões *explícitas*, nas quais o legislador assinala expressamente o direcionamento do reenvio, ele também pode ser alcançado por meio de remissões *implícitas*, na medida em que o legislador incorpore à lei penal um conceito jurídico cujo sentido dependa do que preveem normas extrapenais¹⁷³.

No entanto, embora, de fato, a abertura normativa proporcionada pelas remissões implícitas também possibilite a flexibilização da lei penal, das quais dependem determinadas matérias, a controvérsia que se coloca, a partir de tal modalidade de remissão, diz respeito à distinção entre lei penal em branco e os elementos normativos do tipo. Isso porque as remissões implícitas, ao amoldarem dentro do conteúdo do tipo penal conceitos jurídicos extrapenais, faz com que se passe a vislumbrar no regulamento complementador um referencial para fins de valoração do conteúdo implicitamente remido, o que realmente aproxima sobremaneira os conceitos de lei penal em branco e dos elementos normativos do tipo.

Precisamente em razão disso é que se costuma estabelecer o critério diferenciador entre ambas as categorias – leis penais em branco e elementos normativos do tipo – justamente a partir da existência de tais remissões (explícitas e implícitas): nos casos de remissão explícita se estaria sempre diante de uma lei penal em branco; na hipótese de remissão implícita, se está a tratar de elemento normativo do tipo¹⁷⁴.

Esse critério, no entanto, não possui a universalidade necessária para diferenciar tais categorias. Seja em razão da sua fragilidade material, haja vista possuir uma densidade puramente formal, ou pelo fato de que há na legislação penal diversos

¹⁷² Refira-se, a esse respeito, que a tendência, a partir do que se está a defender no âmbito do presente escrito, é que se perceba pela ilegitimidade das remissões em bloco. Isso porque, conquanto as remissões possam proceder ao reenvio de parte da proibição, os seus limites essenciais devem estar, ainda assim, previstos pelo tipo penal. É dizer: a remissão legítima deve ser sempre *parcial* e submetida, portanto, a critérios jurídico-penais, e não administrativos.

¹⁷³ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Tirant lo Blanch: Valencia, 1999, p. 123-124.

¹⁷⁴ Nesse sentido, ver GÓMEZ PAVÓN, Pilar. “Cuestiones actuales del derecho penal económico: el principio de legalidade y las remisiones normativas”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai.-jun., 2004, n° 48, pp. 108.

elementos normativos *explícitos*, mostra-se impossível sustentar uma divisão estabelecida a partir de tal critério¹⁷⁵. Assim, o critério mais adequado diz respeito, conforme já referido em relação à diferenciação entre as leis penais em branco e os tipos penais abertos, à instância à qual se dirige a remissão¹⁷⁶.

No entanto, para além de suas diferenças, as remissões implícitas, tais como as remissões explícitas, são realizáveis pela via da lei penal em branco. E, assim sendo, o que importa considerar é que elas devem se submeter em igual medida aos critérios formais que, à luz do princípio da legalidade, estabelecem os fundamentos e os limites dessa autônoma categoria de leis.

3.4 RESGATE DO OBJETO À LUZ DO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO: LEIS PENAIS EM BRANCO E DIREITO PENAL DO RISCO

As facetas da problemática até aqui exposta demonstram o caráter permanente das controvérsias que as vincula. Essa permanência, no entanto, conquanto em termos sistemáticos demande uma análise essencialmente de base, de ordem principiológica, deve se mostrar constantemente amoldável às também sempre permanentes mudanças da ciência penal.

Isso não quer dizer, em absoluto, que as bases do direito penal, assim estabelecidas a partir de seus princípios, devem estar *a serviço* das mudanças que passam a se colocar sobretudo na ciência penal contemporânea. Pelo contrário: tais bases, embora devam se abrir para a formulação de novas ressignificações, não podem deixar de manter – por ser isso que lhes dá sentido – um eminente caráter de limitação ao poder punitivo.

Isso não é, no entanto, algo que se dê de modo automático, como se as contemporâneas influências externas do direito penal não fossem capazes de submeter as suas bases a reiterados desafios a lhes colocar em teste. Com efeito, a globalização vem tratando de construir cada vez mais, e de diversas maneiras, novas e autônomas influências a pôr em xeque a centralidade das estruturas jurídicas do Estado moderno,

¹⁷⁵ García Arán, nesse exato sentido, afirma que “(...) la distinción no pasa por el carácter explícito o implícito de la remisión, puesto que, en definitiva, se trata de un criterio meramente formal: lo importante no es tanto que la norma penal mencione expresamente la necesidad de acudir a otra norma, como la función que esa norma extrapenal desempeña en la estructura de injusto descrito”. (GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela: USC, 1993, XVI, pp. 68-69).

¹⁷⁶ TIEDEMANN, Klaus. “La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, vol. 10, jan.-mar., 2002, p. 73-74.

assim constituído a partir dos princípios da soberania e do equilíbrio da divisão dos poderes, e na concepção do direito como um sistema lógico-formal de normas claras, precisas, genéricas e abstratas¹⁷⁷.

E é, pois, precisamente nesse ponto em que reside a atualização dos problemas vinculados à legalidade penal. O confronto entre as estruturas estatais tradicionais com os velozes movimentos de globalização produz, além de um profundo esvaziamento dessas mesmas estruturas, atividades legislativas – sobretudo penais – que ou (i) são ineficientes, posto que não são reconhecidos pelo núcleo social – também globalizado – a que se destina; ou (ii) formam, ao buscar tutelar tudo o que está ao seu alcance, um número elevadíssimo de regras cujas contingências são praticamente inapreensíveis¹⁷⁸.

Assim é que, embora os espaços aos quais se busca tutelar pela via do direito penal aumentem exponencialmente, as leis penais, fundamentais para a pretensa realização dessa tutela, se desenvolvem de uma maneira que se possa evoluir em um direito penal cada vez mais expandido¹⁷⁹. Consequência disso: pune-se mais (o indivíduo), protege-se menos (o bem jurídico).

Para além das críticas de outras ordens¹⁸⁰ passíveis de serem traçadas a esse respeito, interessa, no particular, perceber o modo como o princípio da legalidade exerce ou deixa de exercer suas funções e seus fundamentos à luz dos novos e cada vez mais amplos espaços jurídico-penais. Afinal, a leis penais em branco se mostram recorrentes justamente pela necessidade de se atribuir maior flexibilidade ao direito penal na tutela de matérias cujos objetos de proteção aumentam diante do fenômeno global (meio ambiente, ordem econômica, etc.).

¹⁷⁷ FARIA, José Eduardo. “O judiciário após a globalização”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez., 1996, ano 4, nº 26, p. 162. Do mesmo autor, ainda sobre a debilitação das estruturas estatais e jurídicas realizadas pela globalização, ver FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 218-280.

¹⁷⁸ AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade do risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 53.

¹⁷⁹ Chamando a atenção a esse respeito, Silva Sanchez afirma que esse fenômeno vem a ocasionar “una demolición del edificio conceptual del teoría del delito, así como del constituido por las garantías formales y materiales del derecho penal”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª Ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 82).

¹⁸⁰ O fenômeno da expansão do poder punitivo em face da globalização é, com efeito, também criticável sob uma perspectiva sociológica e antropológica. No particular, quanto à crítica jurídico-penal, observa-se, no âmbito da dogmática, aquela construída a partir do conceito de bem jurídico e de ofensividade (ver D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, especialmente pp. 57-127), e também aquela apontada sob uma perspectiva político-criminal (ver FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. “O papel do direito penal na proteção das gerações futuras”. *Boletim da Faculdade de Direito*, 2003, nº LXXXV, Coimbra: Coimbra Editora). Ainda, sob uma perspectiva criminológica, ver MORRISON, Wayne. *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*. Barcelona: Anthropos, 2012.

Em verdade, a dinâmica social contemporânea tem colocado a legalidade, ao ser confrontada com a política criminal atual, em uma situação de crise¹⁸¹. Crise, essa, que se projeta enquanto inescapável paradigma da sempre tensa relação entre a busca pela segurança e a proteção das garantias individuais: na medida em que o direito penal busca, à luz dos movimentos globais, exercer de maneira efetiva e cada vez mais ampla o papel que lhe é fundamental – a proteção de bens jurídicos –, menores tendem a se mostrar os espaços de liberdade.

E a maior recorrência às leis penais em branco é resultado disso. Naturalmente, o direito penal – e, portanto, as leis penais –, por não darem conta, em razão de sua inevitável fixidez, de tutelar determinadas matérias, acaba, conforme exposto, por estabelecer reconfigurações acerca dos limites taxativos – ou, conforme afirma Hassemer¹⁸², “dos mandatos de certeza” – das leis penais. Sublinhe-se: isso é natural e não é, em si, algo que necessariamente deva ter sua legitimidade questionada. Afinal, um direito penal que não busque ser efetivo na tutela de bens jurídicos é um direito penal que não serve aos seus próprios fundamentos.

O que surge disso, no entanto, e que, isso sim, deve ser objeto de questionamento, é a abertura da possibilidade de instrumentalização do princípio da legalidade para fins de se proceder à referida expansão do direito penal na tutela de determinadas matérias. Ou seja, embora se reconheça que tal expansão passe inescapavelmente pela (re)conformação do princípio da legalidade, disso não se conclui que tal princípio deve perder seu caráter principal de garantia.

E se isso assim se mostra, o mesmo se deve sustentar em relação às leis penais em branco. Conquanto se compreenda nelas um importante papel, inclusive de ordem político-criminal, na tutela de determinados bens jurídico-penais, compreende-se, ainda assim, que elas devem se sujeitar, ainda que eventualmente de maneira diversa, aos mesmos fundamentos a que se submetem as demais leis penais.

No entanto, lembra-se: a globalização impôs ao direito penal uma acentuação da crise entre a legalidade e a política criminal¹⁸³. E essa crise se coloca exatamente do modo como ora se expõe, afinal, ao mesmo tempo em que se exige da legalidade e, em vias de

¹⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 13.

¹⁸² HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, pp. 335-341.

¹⁸³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 13.

consequência, das leis penais em branco, uma maior efetividade do direito penal na tutela de determinados bens jurídicos, exige-se, por outro lado, que essa mesma legalidade contenha, à luz de seu fundamento de garantia, o poder punitivo do Estado.

Não por outro motivo, a propósito, é que a doutrina passou a vislumbrar no atual modelo social um importante marco para se discutir as bases e os rumos da ciência penal. A sociedade atual, globalizada e multidimensional – e por isso denominada “sociedade de risco¹⁸⁴” –, submeteu à ciência penal desafios jamais vistos.

Assim, de tempos para cá, o direito penal vem passando por um momento de muitíssimas peculiaridades. Talvez não se possa considerar tal constatação como um privilégio deste tempo, senão que somente mais uma etapa da ciência penal, cujo desenvolvimento é formado por muitos dissensos e poucos consensos. É, afinal – e assim sempre foi –, a partir de conflitos que o direito penal buscou se desenvolver, de modo a se (re)adaptar às mundividências de cada comunidade e de acordo com determinados momentos históricos.

Fato é, no entanto, que o denso e, sob alguma perspectiva, perigoso processo de globalização, vem submetendo a sociedade atual a uma cada vez maior sensação de insegurança ocasionada por cada vez mais novas formas de risco¹⁸⁵, os quais, na sua fluidez, no mais das vezes sequer são apreensíveis. É dizer, a insegurança generalizada não raras vezes se perfaz em razão de um sentimento cujo objeto de temor é o *desconhecido*: ainda que não se saiba o que temer, se teme. A categoria do *risco* assume, diante disso, o papel de protagonista.

E é diante desse específico cenário que o direito penal tem buscado se mover. E, ao mover-se, acaba por enfrentar paradigmas que influenciam sua própria estrutura e, sobretudo, sua forma de se situar diante da relação cada vez mais complexa entre o indivíduo e a coletividade¹⁸⁶.

A incorporação pelo direito *penal* da categoria do risco (“direito penal do risco”), a qual se vincula aos novos espaços de conflito a que se submetem as relações humanas, conquanto possa ser observado como a decorrência lógica do funcionamento do próprio direito – na medida em que pretende regular por meio de normas (regras e princípios) as

¹⁸⁴ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2ª Ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

¹⁸⁵ CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13.

¹⁸⁶ BOARO, Guilherme. *O direito penal na sociedade de risco*. Canal Ciências Criminais, 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/o-direito-penal-na-sociedade-de-risco/>. Acesso em 10 set. 2017.

relações sociais em geral – deve ser algo a se direcionar um olhar bastante sensível. E isso não só em razão daquilo que, à luz da concepção de crime como ofensa a bens jurídicos, tratou de definir os espaços legítimos de atuação jurídico-penal¹⁸⁷, mas também porque esse cenário busca a todo momento debilitar as garantias fundamentais, entre elas as decorrentes do princípio da legalidade¹⁸⁸.

E isso se dá, invariavelmente, em razão da limitada capacidade do direito penal clássico de ser efetivo diante dos fenômenos da macrocriminalidade. Consequência disso é que a tendência político-criminal atual se direciona na defesa da necessidade de se modificar, ao menos em certos casos, as “regras do jogo” estabelecidas sob uma perspectiva liberal¹⁸⁹.

Por força disso é que os rumos atuais dão conta de demonstrar o desenvolvimento de um direito penal menos garantista¹⁹⁰, mas pretensamente capaz, no entanto, de tutelar os novos espaços de criminalidade. E isso precisamente porque, ao passo em que modelo tradicional, pautado pelo ideal de contenção do poder de punir, possui uma estrutura plenamente vinculada à ideia de indivíduo (e, portanto, aos bens jurídicos individuais), o paradigma do direito penal atual, ao abranger os novos espaços apresentados pela sociedade de risco, orienta-se pelo referencial da macrocriminalidade¹⁹¹.

Tal orientação, com efeito, tem por necessidade redefinir as bases fundamentais do princípio da legalidade. Afinal, é de se concluir: a cada vez maior recorrência às leis penais em branco, ao assim se colocar diante das novas formas de criminalidade próprias da sociedade de risco, não seria possível se as bases iluministas liberais do princípio da legalidade permanecessem do mesmo modo em que outrora.

É preciso, pois, avançar. E, ao fazê-lo, impõe-se vislumbrar, enquanto horizonte indeclinável, que mesmo essas novas formas de atuação jurídico-penal devem se submeter, ainda que sob uma nova roupagem, às estruturas liberais do direito penal, assim delineadas de modo bastante substancial pelo princípio da legalidade.

¹⁸⁷ Refira-se, a esse respeito, novamente a obra de D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, especialmente pp. 57-127.

¹⁸⁸ SILVA, Pablo Alflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 85-131.

¹⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª Ed. Madrid: Civitas, 2001, pp. 72-73.

¹⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª Ed. Madrid: Civitas, 2001, pp. 81.

¹⁹¹ SILVA, Pablo Alflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 104.

Desse modo, assumindo que a maior recorrência às leis penais em branco surge no mesmo compasso em que o direito penal contemporâneo tem estabelecido um tensionamento ao princípio da legalidade, há que se proceder, no capítulo que segue, ao debate acerca de seus espaços legítimos.

4 FUNDAMENTOS E LIMITES DAS LEIS PENAIS EM BRANCO À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O caminho até aqui percorrido, delimitado de modo bastante linear pela construção dogmática do princípio da legalidade¹⁹² e da categoria das leis penais em branco, direciona o presente estudo para a análise do problema a que se propõe. Pensa-se, com efeito, que os subsídios teóricos já abordados, somados por aquilo que se buscará debater no âmbito do presente capítulo, deverão iluminar a busca pela estruturação, a partir do princípio da legalidade, de critérios gerais para a delimitação dos fundamentos e limites das leis penais em branco.

Para tanto, há que se sublinhar algumas premissas que, a partir do já exposto, podem ser facilmente estabelecidas, dando-se especial destaque a duas delas: (i) a pesquisa direciona seu espectro de aprofundamento às chamadas leis penais em branco em *sentido estrito* (ou *próprias*), isto é, quando o complemento normativo é realizado pela via da remissão a instâncias distintas. A uma, pois são somente elas, conforme referido, que, de acordo com a evolução da doutrina penal majoritária, se estabelecem como leis penais em branco “propriamente ditas”, e, a duas, pois a solução dos problemas referentes a elas abrange, do mesmo modo, a assim denominada lei penal em branco *sentido amplo* (ou *imprópria*); e (ii) embora não se desconheça o fato de que as questões envolvendo as leis penais em branco ressoam, de modo bastante significativo e problemático, a outros diversos institutos jurídico-penais (por exemplo, à doutrina do erro em direito penal¹⁹³, a determinadas questões envolvendo o princípio da igualdade¹⁹⁴, à vulneração do princípio da proporcionalidade¹⁹⁵ e ao modelo de crime como ofensa a

¹⁹² Refira-se, ainda, que para o necessário aprofundamento acerca das questões dogmáticas envolvendo o princípio da legalidade, primordial a leitura do denso estudo de Castanheira Neves a esse respeito: CASTANHEIRA NEVES, António. “O princípio da legalidade criminal: seu problema jurídico e o seu critério dogmático”. *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editoria, 1995, vol. 1, pp. 348-473.

¹⁹³ Sobre o assunto, ver HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016; BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *O regime legal do erro e as normas penais em branco (ubi lex distinguit...)*. Coimbra: Almedina, 2001; e CAPALOZZA, Enzo. “Le norma penali in bianco nella dottrina dell’errore”. *Revista Italiana di Diritto Penale*, 1936, ano VIII, nº XIV, pp. 260-268.

¹⁹⁴ Sobre o assunto, ver GOENAGA, Javier Camilo Sesano. “La protección penal del medio ambiente: peculiaridades de seu tratamiento jurídico”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2002, nº 04, disponível em http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04-11.pdf, acesso em 02 out 2017, pp. 10-13.

¹⁹⁵ Sobre o assunto, ver DELGADO, Esteban Mestre. “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, nº 02, pp. 521-523.

bens jurídicos, decorrente da aproximação entre direito penal e direito administrativo¹⁹⁶, etc.), optou-se, metodologicamente, por estabelecer o debate especificamente a partir do princípio da legalidade, de modo que é também a partir dele que se buscará a elaboração de algumas propostas referentes ao objeto da presente pesquisa. Isso porque, considera-se, se encontra nele os principais problemas envolvendo as leis penais em branco¹⁹⁷.

Ademais, conquanto as soluções eventualmente alcançadas não tenham a pretensão de serem exaustivas, totalizantes frente ao problema, se buscará, ainda assim, estabelecer alguma contribuição para a dogmática das leis penais em branco e sua adequação constitucional.

4.1 O *LOCUS* DO PROBLEMA

As estruturas dogmáticas do direito penal têm se confrontado com salientes conjecturas a lhes projetar densos e cada vez mais substanciais desafios. As incertezas da contemporaneidade e a formação de novos espaços de conflito, aliados a uma grande e ascendente sensação de medo, lançam, pois, ao direito penal, a necessidade de esticar cada vez mais seu manto de representação, como se incumbisse principalmente a ele a tarefa de reduzir a níveis aceitáveis os espaços de insegurança.

Essa expansão – que não é privilégio do direito *penal*, senão algo que diz respeito ao funcionamento do próprio direito, que está a sofrer uma indubitável inflação –, vem, no entanto, a estabelecer um paradigmático paradoxo: ao mesmo tempo em que se exige dele, direito penal, o árduo e doloroso ofício de “proteger” cada vez mais o indivíduo das novas formas de insegurança, exige-se, também dele, a debilitação de suas estruturas tão necessárias para a também proteção desse mesmo indivíduo. Ou seja: protege-se em demasia de um lado; debilita-se do outro, e vice-versa.

¹⁹⁶ Sobre o assunto, ver DELGADO, Esteban Mestre. “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, nº 02, pp. 523-527; e, de certo modo, D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 81-103.

¹⁹⁷ Nesse sentido, GRECO, Luis. “A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-fev., 2006, vol. 14, nº 58, p. 163. Disso não se extrai, no entanto, que os demais reflexos do problema ora proposto não atingem, ainda que de maneira contingencial, ao princípio da legalidade. Pelo contrário, o conjunto da dogmática penal torna impossível que se realize, com a devida coerência, uma análise compartimentada de seus institutos. Assim, o que se está a afirmar é tão somente que a busca por algumas respostas na presente pesquisa tem como *precursor* os fundamentos do princípio da legalidade, sem prejuízo da eventual análise de outros modos de se observar ao problema.

Está, pois, no equilíbrio dessa relação a possibilidade de conduzir o funcionamento do direito penal de um modo tal que não restem, da mesma forma, prejudicadas as suas estruturas, de bases liberais, assim como não fiquem desprotegidos os bens jurídicos realmente dignos da tutela jurídico-penal. É dizer: essa relação em que se tem, por um lado, a necessidade de conformação do direito penal a determinados espaços de tutela, e, de outro, a impreterível manutenção de seu caráter liberal, deve ser uma relação de interlocução, e não de ruptura.

E isso também no que diz respeito ao princípio da legalidade e suas formas de projeção em direito penal. Com efeito, e conforme já exposto, é certo que a conformação do direito penal a tais espaços de tutela demanda que a ideia iluminista de legalidade se proponha a uma também conformação. Certo, da mesma forma o é, no entanto, que tal conformação não deve representar um esvaziamento do princípio da legalidade, como se seu fundamento fosse outro que não o de conter o poder de punir¹⁹⁸.

É precisamente nesse estreito espaço em que se encontra o *locus* do problema referente aos fundamentos e limites das leis penais em branco. Diante delas, afinal, se colocam, de um lado, a necessidade de que se mantenha hígido o caráter liberal do princípio da legalidade, e, de outro, as expectativas que a elas se delegam de tornar o direito penal flexível em relação a determinados objetos de proteção¹⁹⁹. Somente adotando esse espaço como referencial, portanto, é que se tem como buscar definir os critérios fundamentais e limítrofes na utilização de tal categoria de leis, que é o que se passará a fazer.

Diante disso, cumpre realizar, inicialmente, um excursus referente à sua problemática constitucional, o que será feito pela análise desde as perspectivas mais radicais, restritivas à sua adequação constitucional, até as que se colocam de modo

¹⁹⁸ “É certo que os tempos mudaram. Mas se a contemporaneidade vem nos dando mostrar de que os dias atuais são de deslocamento de competências tradicionais de poder, de fragmentação de decisões políticas, então essa será a razão melhor para, notadamente em segmentos onde a liberdade individual assume a sua máxima expressão (falamos do direito penal), o rigor ser redobrado quanto à legitimidade do poder em limitar essa mesma liberdade individual”. (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico*: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 153).

¹⁹⁹ Em sentido muito próximo ao que se está a expressar, Doval Pais afirma que nesse espaço “se manifiesta la confrontación entre unos intereses que son de garantía y otros que son de prevención. Los primeros aluden a criterios limitativos de la intervención penal por razones de aseguramiento de la libertad de los ciudadanos, los segundos a directrices expansivas del ordenamiento punitivo”. Mas o autor ressalva, afirmando que estas últimas, consideradas “en el marco des Estado democrático de Derecho, deben estar suficientemente justificadas con razones de proporcionalidade”. (DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Tirant lo Blanch: Valencia, 1999, p. 139).

moderado, compreendendo pela sua legitimidade constitucional vinculada a determinados critérios.

4.1.1 Perspectiva restritiva: a inconstitucionalidade das leis penais em branco

Se é, conforme referido, no estreito espaço existente entre a necessidade de dar flexibilidade ao direito penal em específicos espaços de tutela e a impreterível manutenção do caráter liberal do princípio da legalidade em que transita a problemática das leis penais em branco, pode-se afirmar que esse primeiro posicionamento – qual seja, o de sua inconstitucionalidade – é, de certo modo, bastante radical na manutenção da gênese das estruturas iluministas a vincular o referido princípio.

Com efeito, a grande problemática a se colocar quanto à recorrência legislativa das leis penais em branco diz respeito, sobretudo, a duas grandes construções iluministas, quais sejam, o princípio da divisão dos poderes do Estado – que em direito penal exsurge pela via do *princípio da reserva legal absoluta*²⁰⁰ – e o princípio da segurança jurídica – o qual, em direito penal, vincula-se sobretudo à necessidade de *taxatividade da lei penal*²⁰¹. Observa-se, assim, que o espaço em branco da lei penal, por não definir de modo exaustivo a matéria da proibição, bem como por delegar a sua complementação às instâncias inferiores, não possuiria adequação constitucional, pois vulneraria o princípio da legalidade sob essas duas perspectivas (taxatividade e reserva absoluta).

Existe, de fato, certa coerência em tal modo de observar essa problemática. Afinal, considerados os horizontes fornecidos pela matriz iluminista de que a lei penal deve se submeter a fontes democraticamente legítimas para sua produção, e que, da mesma forma, deve ser clara a ponto de não suscitar qualquer interpretação contraditória acerca de sua proibição, a categoria das leis penais em branco passa realmente a se colocar em um cenário de duvidosa legitimidade.

Essa perspectiva, no entanto, embora não deva ser desconsiderada, haja vista permanecer realizando um papel de “parâmetro crítico” para a produção das leis penais, não deve ser tomada em sua integralidade, como se toda lei penal a conter espaços vagos

²⁰⁰ BRANDARÍZ GARCÍA, José Ángel. “La problemática de las normas penales em blanco”. In FARALDO CABANA, Patricia (Dir.); PUENTE ABA, Luz María (Coord.). *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el código penal y la legislación especial*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2011, p. 107.

²⁰¹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Taxatividade, reserva de ley y cláusulas de lesividad en las normas penales em blanco: Consideraciones al hilo de la STC 101/2012, de 8 de mayo”. *Diário La Ley*, 2012, ano XXXIII, nº 7922, pp. 02-03.

ou contraditórios, ou, ainda, a utilizar de técnicas de remissão, padecesse de vício de inconstitucionalidade. Isso pois, conquanto se concorde com o fato de que o legislador deve, na medida do razoável, estabelecer do modo mais claro e exaustivo possível a natureza e a matéria da proibição objeto da lei penal, isso nem sempre é realizável, seja em razão de a própria linguagem ser, em si, algo mutável e polissêmico²⁰², seja pelo fato de que eventuais características a conformar o bem jurídico tutelado tornam impossível, à lei penal, o exaurimento de possibilidades interpretativas e a fixação imutável dos preceitos proibitivos.

Em verdade, situações muito mais próximas da margem da inconstitucionalidade se mostram nos casos em que se recorre a elementares normativas de valoração da conduta proibida, tão recorrentes em nosso Código Penal (por exemplo, “motivo torpe”, “grave ameaça”, “ato obsceno”, etc.)²⁰³. Assim, a restrição de constitucionalidade que ora se coloca às leis penais em branco, em referência aos referidos preceitos iluministas, estaria, em última análise, a submeter a uma grande parte dos tipos penais – não só em branco, portanto – um juízo de inconstitucionalidade.

E isso assim se mostra de modo ainda mais saliente se se adotar uma visão totalmente *normativista* da tipicidade penal. Com efeito, a considerar que os tipos penais seriam formados estritamente por elementos normativos²⁰⁴ – inexistindo, portanto, elementos meramente descritivos –, restariam, afinal, poucos espaços com a precisão semântica suficiente para conformar os tipos penais às exigências da legalidade.

Assim, embora os princípios basilares traçados pelo período iluminista, a confluir nas construções jurídicas modernas, devam ser vigiados como um referencial crítico, tem-se neles, da mesma forma, a precariedade para solucionar de maneira satisfatória o problema da (i)legitimidade das leis penais em branco. Mostra-se necessário, diante disso, proceder à sua atualização, sem prescindir, no entanto, do paradigma do Estado liberal

²⁰² FARIA COSTA, José de. “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?” *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra: 2002, ano 134, nº 3933, pp. 358-359.

²⁰³ SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. *O crime de evasão de divisas: a tutela penal do Sistema Financeiro Nacional na perspectiva da política cambial brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 153. Também nesse sentido, Collao, que afirma que “muchas veces los ataques al principio de la legalidad no provienen tanto de la actividad integradora de una ley penal en blanco, sino de leyes formalmente completas que, sin embargo, no cumplen las exigencias constitucionales”. (COLLAO, Luis Rodríguez. “Constitucionalidad de las leyes penales en blanco”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 1984, nº 08, p. 245).

²⁰⁴ CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1968, pp. 280-285 (ver nota de rodapé nº 119, p. 47, desse escrito).

inaugurado pelo iluminismo, mas conformando-os às novas possibilidades de criminalização.

Assim, importa analisar, nesse momento, as formulações moderadas, porém críticas, das leis penais em branco em relação ao princípio da legalidade. Pretende-se, com isso, traçar o cenário necessário para a posterior definição que se coloca como a mais adequada para o estabelecimento dos critérios fundamentais para a delimitação dos espaços legítimos de tal categoria de leis.

4.1.2 Perspectiva moderada: a adequação constitucional condicionada das leis penais em branco ao princípio da legalidade

A necessidade de conformação do direito penal a específicos espaços de tutela tem feito com que se realizem construções dogmáticas em busca da adequação constitucional das leis penais em branco à luz do princípio da legalidade. Com efeito, embora haja posicionamentos que, conforme referido, se colocam a defender que seu uso é inconstitucional, sobressai, na doutrina penal, a ideia de que a recorrência às leis penais em branco, para que seja legítima, deve estar vinculada a determinados critérios de adequação. Vislumbra-se, pois, uma possibilidade de *constitucionalidade condicionada* das leis penais em branco.

Essa adequação, conquanto venha sendo objeto, já há algum tempo, de permanente construção doutrinária, foi realizada de modo bastante paradigmático pelo Tribunal Constitucional Espanhol, o qual definiu, segundo Tocildo²⁰⁵, que a reserva absoluta da lei penal não se opõe de modo algum à recorrência às leis penais em branco. Em verdade, no entanto, o que aquela Corte buscou realizar foi uma delimitação de seu espaço constitucional para fins da sua admissão *condicionada* a específicos e determinados critérios²⁰⁶.

No que diz respeito ao princípio da legalidade, os critérios estabelecidos pelo Tribunal Constitucional Espanhol podem ser assim definidos: as leis penais em branco que utilizam da remissão, para fins de integração do tipo penal, a normas de instâncias

²⁰⁵ TOCILDO, Susana Huerta. “El derecho fundamental a la legalidad”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. set.-dez., 1993, ano 13, n° 39, p. 96.

²⁰⁶ BRANDARÍZ GARCÍA, José Ángel. “La problemática de las normas penales en blanco”. In FARALDO CABANA, Patricia (Dir.); PUENTE ABA, Luz María (Coord.). *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el código penal y la legislación especial*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2011, p. 109.

inferiores, são constitucionalmente admissíveis desde que (i) a remissão seja necessária, e não meramente conveniente, por razão da matéria tutelada; (ii) não seja ilimitada, isto é, que se realize de forma *expressa*, definindo os limites da utilização da norma complementadora, e que mantenha no âmbito da lei penal a delimitação do núcleo essencial do injusto, em expressão de um juízo de desvalor autônomo da própria lei penal; e (iii) satisfaça, ao vincular-se à norma complementadora, às exigências referentes ao princípio da taxatividade da lei penal²⁰⁷. Disso se projetam, por conseguinte, algumas importantes consequências para a delimitação de legitimidade das leis penais em branco.

A *primeira* delas é que sua recorrência, enquanto técnica legislativa, não deve ser a regra, devendo, pois, ser plenamente justificada em razão da matéria à qual se vincula o bem jurídico tutelado a necessitar de uma maior flexibilização da lei penal. Esse critério ampara-se, pode se dizer, em uma ideia de que, embora a utilização da técnica da lei penal em branco não trate, em si, de vulnerar plenamente as garantias vinculadas ao princípio da legalidade, essas estarão sempre melhor resguardadas se a legislação penal der prevalectimento a tipos penais completos, que não necessitem, portanto, de complementos remissivos.

Ademais, uma *segunda* projeção, que, observa-se, ressoa do modo bastante significativo às próprias consequências dogmáticas do conceito material de crime, diz respeito ao fato de que, mesmo nas leis penais em branco, o núcleo essencial do injusto deve estar contido na lei penal e, portanto, deve obedecer às balizas por ela própria impostas. É dizer: a remissão da qual se utiliza a lei penal em branco deve ser sempre parcial, devendo manter na própria lei o núcleo essencial da proibição.

Disso decorre, pois, uma importante consequência: o tipo penal, mesmo quando estiver vinculado a uma lei penal em branco, deve ser construído sobre uma ilicitude

²⁰⁷ Veja-se, a esse respeito, excerto de precedente daquele Tribunal Constitucional Espanhol: “(...) los postulados contenidos en el derecho a la legalidad penal son conciliables con la utilización por el legislador de dicha técnica legislativa, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos: ‘que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición’, así como, con especial relevancia en lo que atañe a nuestro análisis, ‘que sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada STC 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”. (Tribunal Constitucional de España. Sentencia nº 283/2006, disponível em <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5885>, acesso em 29/09/2017). Acerca da jurisprudência da Corte Espanhola, BRANDARÍZ GARCÍA, José Ángel. “La problemática de las normas penales en blanco”. In FARALDO CABANA, Patricia (Dir.); PUENTE ABA, Luz María (Coord.). *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el código penal y la legislación especial*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2011, pp. 109-113.

material propriamente *penal*, devendo incorporar em si elementos de desvalor da ação e do resultado a partir de critérios de tipificação *criminales*. Desse modo, a infração ao regulamento complementar à lei penal deve ser incorporada como uma informação que trata de condicionar a antinormatividade do fato, preordenada à tutela do bem jurídico²⁰⁸. Em outras palavras: o conteúdo da proibição, embora seja integrado parcialmente por uma norma de natureza infralegal, deve ser balizado por critérios criminales – e não administrativos – em todas as suas dimensões, quais sejam, as imposições dogmáticas que decorrem do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, a necessidade de desvalor da ação e desvalor do resultado vinculados à categoria do injusto *penal*, além de todos os outros princípios a conformar um direito penal de natureza propriamente liberal.

Vinculando-se, ainda, a essa segunda projeção que ora se estabelece, tem-se, de acordo com os critérios propostos pelo Tribunal Constitucional Espanhol, a necessidade de que a remissão a que se refere a lei penal em branco deve ser *expresa*, excluindo-se, pois, as chamadas remissões implícitas. Essa exigência busca dar resguardo ao princípio da reserva absoluta, pois trata de impor à lei penal em branco a delimitação, anterior ao complemento normativo, dos precisos espaços que devem ser preenchidos pela norma regulamentadora²⁰⁹.

Mas não só. É possível, ainda, estabelecer uma *terceira* importante projeção referente à delimitação dos espaços de legitimidade das leis penais em branco, a qual diz respeito ao cumprimento da exigência de taxatividade da lei penal. Essa projeção, ao se colocar como decorrência das garantias materiais vinculadas ao princípio da legalidade penal, se estabelece, em relação à categoria das leis penais em branco, no sentido de que mesmo elas devem conter uma predeterminação normativa das condutas puníveis, a fim

²⁰⁸ BRANDARÍZ GARCÍA, José Ángel. “La problemática de las normas penales en blanco”. In FARALDO CABANA, Patricia (Dir.); PUENTE ABA, Luz María (Coord.). *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el código penal y la legislación especial*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2011, p. 113. Com uma posição semelhante, mas ainda mais criteriosa, Zúñiga Morales. Segundo a autora, para que a lei penal em branco não vulnere o princípio da legalidade, mostra-se necessário “una precisión más aguda del comportamiento prohibido, la existencia de razones técnicas precisas y la mención en el texto de la ley de la puesta en peligro ou lesión de un determinado bien jurídico, para evitar la tutela de una mera desobediencia del orden administrativo, salvaguardando también en lo posible el principio de legalidad y seguridad jurídica”. (ZÚÑIGA MORALES, Sandra Eugenia. “Cuando las normas penales en blanco vulneram el principio de legalidade”. *Revista de Derecho*, 2004, nº 08, pp. 166-167).

²⁰⁹ A esse respeito, Delgado: “(...) La ley ha de fijar los límites del reglamento, que ha de estar subordinado a aquélla. Como garantía añadida para el respeto del ámbito de la reserva de Ley, el Tribunal Constitucional viene exigiendo al legislador que, en las materias sujetas a esa reserva, la remisión al reglamento no permita una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley. Esta subordinación se exterioriza en el hecho de que el reglamento se desarrolle 'dentro dos límites fijados por el legislador', reduciéndose a un 'cumplimiento indispensable' de la Ley (...)”. (DELGADO, Esteban Mestre. “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 02, 1988, p. 515).

de que, em nome da segurança jurídica, reste suficientemente precisada a matéria da proibição²¹⁰.

Tem-se, pois, a esse respeito, uma exigência que se vincula a uma concepção de que a construção da lei penal, à luz da exigência da taxatividade, deve ser conduzida de modo a buscar ao máximo se vincular ao indivíduo, fazendo com que esse possa sempre conhecer do conteúdo da proibição. Ou seja, assim dizendo, a lei penal (em branco) se mostra suficientemente taxativa – e portanto, resguarda, ao menos sob esse aspecto, as garantias materiais do princípio da legalidade – sempre que for capaz de comunicar aos indivíduos os espaços do lícito e do ilícito e a sanção correspondente.

Todos esses critérios, assim como as projeções deles decorrentes, não se colocam, no entanto, como “passos dados” na formulação dos espaços legítimos das leis penais em branco. Pelo contrário, não são poucas as controvérsias que a partir disso exsurtem, e sua observância deve ser considerada para a construção de um aprimoramento desses criteriosos espaços limítrofes e fundamentais das leis penais em branco à luz do princípio da legalidade (penal).

4.1.3 Perspectiva crítica: cenário de novas possibilidades para a construção dos espaços de adequação constitucional das leis penais em branco

O horizonte que ora se apresenta é constituído, pode-se perceber, por posicionamentos radicalmente contrários ou moderadamente favoráveis à adequação constitucional das leis penais em branco. Afora a perspectiva acerca de sua inconstitucionalidade *in totum*, cumpre, por ora, estabelecer novas diretrizes a orientar, a partir de um juízo crítico acerca dos critérios abordados supra, novos modos de construir o espaço de legitimidade das leis penais em branco. Isso pois, afinal, tais critérios dão conta de delimitar, concreta e suficientemente, os espaços de legitimidade constitucional de tal categoria de leis? Se não, seria, de fato, possível, tal delimitação? A partir de qual perspectiva? A formulação das respostas para essas perguntas passa, primeiramente, por uma análise que deve ser melhor desenvolvida.

Com efeito, os critérios comumente utilizados para a adequação constitucional das leis penais em branco, referidos no tópico anterior, são, de todo modo, criticáveis sob

²¹⁰ GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela: USC, 1993, XVI, pp. 82-84.

algumas diversas perspectivas (embora devam, ainda assim, ser em alguma medida considerados). Em específico, considera-se que tais critérios, objetos, conforme mencionado, de construção jurisprudencial e ratificados por grande parte da doutrina penal, não são suficientemente capazes de estabelecer limites legítimos das leis penais em branco²¹¹.

Greco²¹², a esse respeito, ao tratar da problemática da acessoriedade administrativa no âmbito do direito penal ambiental, sustenta que a utilização das técnicas de remissão (elemento constitutivo da categoria das leis penais em branco), não se mostra problemática ao princípio da legalidade somente nos casos em que o complemento de que depende a lei penal seja oriundo do direito administrativo *legislado federal*. Em todas as outras hipóteses, defende o autor, a remissão legal se mostra, a priori, com vício de inconstitucionalidade, sobretudo por violação ao princípio da separação dos poderes (reserva absoluta da lei penal).

Para sustentar essa posição, o autor estabelece uma importante crítica aos critérios desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão ao definir a adequação constitucional das leis penais em branco (critérios, esses, bastante semelhantes aos que assinalados pelo Tribunal Constitucional Espanhol, já referidos²¹³). E tal crítica se coloca a partir do apontamento de dois grandes defeitos da mencionada compreensão jurisprudencial: o *primeiro* se dá pela indeterminação do que seriam os “pressupostos de punibilidade”²¹⁴ que devem, segundo tal entendimento, ser cognoscíveis já a partir da própria lei; e, o *segundo*, de natureza substancial, resta configurado na medida em que, ao se dar resguardo constitucional às leis penais em branco com base em um juízo

²¹¹ Nesse sentido, Delgado: “Desde la perspectiva que ofrecen las consideraciones expuestas, no resulta difícil cuestionar la constitucionalidad de los tipos penales en blanco *strictu sensu*, en los que ningún límite material se impone a la norma reglamentaria para la determinación del ilícito penal” (DELGADO, Esteban Mestre. “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, n° 02, p. 523).

²¹² GRECO, Luis. “A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-fev., 2006, vol. 14, n° 58, pp. 163-164.

²¹³ O principal deles, objeto da crítica formulada por Greco, é o de que “o núcleo fundamental da proibição seja fixado pelo legislador”. Refere o autor que, nas palavras do Tribunal Constitucional Alemão, tal critério foi assim definido: “Os pressupostos da punibilidade e a espécie da pena devem ser previsíveis para o cidadão já com base na lei, e não apenas com base no decreto dela decorrente”. (GRECO, Luis. “A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-fev., 2006, vol. 14, n° 58, pp. 165).

²¹⁴ Conquanto os defeitos apontados por Greco sejam direcionados primordialmente ao entendimento adotado pelo Tribunal Constitucional Alemão, o qual se refere em específico acerca dos “pressupostos de punibilidade”, eles se mostram igualmente compatíveis com aquilo que menciona o Tribunal Constitucional Espanhol, que, por sua vez, se refere à necessidade de conter na lei a “predeterminação normativa das condutas puníveis”.

“utilidade” – pois estas restariam justificadas face a necessidade de se atribuir flexibilidade à lei penal –, desconsidera-se a “barreira deontológica” que representa o princípio da legalidade, transformando-o em algo ponderável²¹⁵.

Ambos os defeitos apontados devem ser considerados. Com efeito, embora se possa concordar com a necessidade de que a lei penal não deve realizar a remissão da totalidade da proibição, devendo conter “o seu núcleo essencial” e os “pressupostos de punibilidade”, longe disso está de ser suficiente para delimitar concretamente o *modus* constitucional de se proceder à recorrência às leis penais em branco. E isso por um motivo bastante simples: essas definições não esclarecem o que, afinal, deve necessariamente conter no âmbito da lei penal e o que pode ser objeto de remissão²¹⁶.

Ademais, de fato, o princípio da legalidade não deve orientar-se a partir de um juízo de “utilidade”, assumindo casuisticamente maior ou menor incidência na formulação dos tipos penais. A necessidade de flexibilização da lei penal é, assim mesmo, o fundamento – e também a função – da lei penal em branco, o que não significa que, em razão disso, o princípio da legalidade pode ser mais ou menos vulnerado de acordo com a dimensão da necessidade de tal flexibilização. E isso essencialmente porque não há um “limite aceitável” de vulneração da barreira da legalidade. O desafio, a propósito, está justamente nisto: afinal, como submeter a categoria das leis penais em branco à *integridade* do princípio da legalidade?

Pensa-se, ainda na linha em que propõe Greco²¹⁷, que a solução para tal problema passa pela necessidade de uma “precisão apriorística do conteúdo do princípio da

²¹⁵ Há, ainda, um *terceiro* critério desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Alemão também criticado por Greco, qual seja, de que quanto maior for a pena cominada, tão mais preciso deve ser o legislador. Segundo o autor, “essas considerações quantitativas se referem apenas àquilo que poderíamos chamar de a periferia do princípio”. Isso pois, “ainda que se comine pena levíssima, só o fato de se estar cominando uma pena, só o fato de se tratar da punição estatal, já impõe que se atenda ao núcleo do princípio da legalidade, núcleo esse que não pode ser fixado através de considerações quantitativas ou de ponderação”. (GRECO, Luis. “A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-fev., 2006, vol. 14, nº 58, p. 166).

²¹⁶ Segundo Greco: “O Tribunal não menciona qualquer critério para distinguir quais pressupostos de punibilidade necessitam de fixação legislativa, quais não – com o que, na verdade, deixa de resolver o problema”. (GRECO, Luis. “A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-fev., 2006, vol. 14, nº 58, p. 166).

²¹⁷ GRECO, Luis. “A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-fev., 2006, vol. 14, nº 58, p. 167. Em sentido diverso, Delgado, que, ao compreender pela impossibilidade de se realizar tal compatibilização, propõe duas outras formas, complementares entre si, de se tutelar legitimamente bens jurídicos objetos de leis penais em branco: a primeira, pela via “interna” dos próprios tipos penais, passa pela necessidade de concreção, em cada um desses tipos, dos elementos que constituem a essência do ilícito punível; a segunda, por sua vez, passa pela

legalidade”. Esse intento, no entanto, deve ser necessariamente perspectivado para o fim de delimitar o espaço de adequação constitucional das leis penais em branco.

O próprio autor, a propósito, trata de indicar um caminho – e não mais que isso²¹⁸ – para a sua realização. E o faz assumindo uma concepção de tipicidade adequada aos fundamentos propostos pela teoria da imputação objetiva, para a qual a prática de uma conduta proibida só resta assim configurada se vinculada à criação de um risco não permitido²¹⁹.

Assim considerando, a remissão legal a instâncias inferiores (administrativas) pode ser vislumbrada como um importante mecanismo para a “fixação do risco desaprovado na medida em que ele sirva de parâmetro de conduta para as pessoas prudentes²²⁰”. Logo, em decorrência disso, propõe Greco²²¹ que, nos casos em que a lei penal faz referência *expressa* a instâncias inferiores, exigindo, para a configuração do ilícito, a anterior contrariedade administrativa, a norma inferior é que será, ela mesma, o critério definitivo para fixação do alcance da proibição – assim definido pela criação de um risco não permitido.

Ou seja: nesses casos, o parâmetro para a definição de se o risco criado é permitido, ou não, deverá ser necessariamente aquele estabelecido pela norma complementar (inferior). Somente assim compreendendo é que, aduz Greco²²², se

superação da natureza subsidiária do direito penal. Ambas as propostas, no entanto, se mostram questionáveis sob dois principais aspectos: a *um*, pois o estabelecimento de maior concreção do ilícito punível no âmbito dos tipos penais retiraria aquilo que é justamente o imprescindível na tutela de determinados bens jurídicos, a saber, a maleabilidade do direito penal frente à constante modificação do objeto de tutela; e, a *dois*, porque a superação da natureza subsidiária do direito penal implicaria em diversas problemáticas referentes à sua base liberal, o que acarretaria igualmente em um problema de legitimidade. (ver DELGADO, Esteban Mestre. “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, nº 02, pp. 526-527).

²¹⁸ Sublinhe-se, pois, que Greco assume, com a devida responsabilidade acadêmica, não pretender exaurir o debate acerca da “validade definitiva” das leis penais em branco. O que o autor confessadamente realiza é, por não dispor “dos fundamentos últimos dos argumentos” que propõe, a tentativa de resolver “problemas reais e urgentes” que se colocam a partir da relação entre as leis penais em branco e o princípio da legalidade, o que, considera-se, é suficiente para indicar um caminho possível para a solução do problema. (ver GRECO, Luis. “A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-fev., 2006, vol. 14, nº 58, p. 167).

²¹⁹ GRECO, Luis. “A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-fev., 2006, vol. 14, nº 58, p. 168).

²²⁰ GRECO, Luis. “A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-fev., 2006, vol. 14, nº 58, p.168).

²²¹ GRECO, Luis. “A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-fev., 2006, vol. 14, nº 58, p.169).

²²² É bem verdade, no entanto, que o autor deixa em aberto a possibilidade de haver outras formas de se observar a legitimidade de tais formas de remissão. Com efeito, refere Greco que “serão legítimas pelo

vislumbra, *prima facie*, a existência de legitimidade constitucional nas remissões a instâncias inferiores a caracterizar, refira-se, as leis penais em branco próprias ou em sentido estrito.

O que se percebe, portanto, é que tal modo de ver as coisas possui um contorno bastante claro no que diz respeito às projeções do princípio da legalidade, a saber, de que é possível o estabelecimento de parâmetros para a condução da conduta humana a partir de algumas diretrizes vinculadas à figura do “homem prudente” (afinal, é de seu referencial comportamental que deve partir a definição do risco permitido e do risco proibido). E, conquanto boa parte da lógica de funcionamento do direito penal esteja, em maior ou menor medida, estruturada a partir de tal perspectiva, seus problemas permanecem com significativa expressividade.

Dar-se-á, no particular, especial enfoque ao que se considera como sendo o principal deles: mostra-se adequado definir, aprioristicamente, que a técnica legislativa deve ser desenvolvida a partir de uma ideia de que a conduta humana pode ser conduzida a partir de parâmetros legais ou infralegais? É, pois, com base nesse problema e em seus respectivos desdobramentos que se buscará aprofundar a discussão no tópico que segue.

4.2 O DESAFIO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E AS LEIS PENAIS EM BRANCO

A pedra angular para a delimitação dos fundamentos e limites das leis penais em branco está, nos termos em que ora se propõe, na definição do conteúdo do princípio da legalidade²²³. Assim, a concepção acerca da maior ou menor adequação constitucional dessa categoria legal, ou até mesmo de sua total inadequação, é, fundamentalmente, resultado do modo como se observa ao referido princípio, em sua estrutura, seus efeitos e, principalmente, em seus modos de vinculação em direito penal²²⁴.

menos aquelas remissões que se limitem a concretizar o que é risco permitido face a determinado tipo penal, sendo necessário refletir melhor a respeito da existência ou não de outras hipóteses de remissões legítimas”. (GRECO, Luis. “A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-fev., 2006, vol. 14, nº 58, p. 171).

²²³ Até esse ponto, portanto, assume-se a proposta de Greco, já referida. (ver GRECO, Luis. “A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-fev., 2006, vol. 14, nº 58, p. 167).

²²⁴ Não seria possível, nesse escrito, estabelecer, com a devida responsabilidade, todas as vicissitudes a conformar o conteúdo do princípio da legalidade. Por este motivo, o que se pretende realizar é uma abordagem que dê conta de vislumbrar, estritamente, os desafios que se projetam do referido princípio a

Dessa maneira, naturalmente, na medida em que se observe na lei penal o fundamento primordial de orientação da conduta humana, há que se decorrer, por questões lógicas, que ela será sempre ilegítima – por ausência, por exemplo, de taxatividade – sempre que não der conta de comunicar aos indivíduos o conteúdo do ilícito e da sanção correspondente. Ou seja, assim considerando, um dos principais parâmetros para a definição acerca da constitucionalidade da lei penal será – observadas as demais exigências decorrentes dos princípios da legalidade *scripta e praevia* –, o seu grau de comunicabilidade aos indivíduos, que se mostram como principais destinatários da norma que se projeta da lei penal.

Tal forma de se observar as coisas faz, no entanto, com que se tenha que retomar, desta feita do modo mais detido, os problemas suscitados no tópico 1.3 desse escrito, qual seja: afinal, qual é o desafio da legalidade? Suas projeções devem vincular predominantemente os indivíduos ou o Estado? E a esses questionamentos, complementa-se: uma vez que se considere que “a face” do princípio da legalidade está direcionada principalmente aos indivíduos, seria possível definir, ainda que em abstrato, que a lei penal exerce de maneira efetiva o papel de parâmetro a orientar a conduta humana?

Há que se começar, pois, necessariamente pelo final. E se o fará fixando uma primeira premissa, em relação à qual se sucederá a devida justificação: fundamentalmente, as leis penais não são capazes de orientar, de maneira efetiva, os indivíduos na condução de suas ações dentro da margem da licitude. Disso se extraem, com efeito, algumas problemáticas que deverão ser pormenorizadas.

A *primeira* delas é a de que essa premissa não exclui, por óbvio, o fato de que, em muitos casos, a lei penal pode exercer satisfatoriamente esse papel, qual seja, o de servir como um referencial para as condutas da vida humana; o que não significa que esse seja o seu fundamento. Nesse caso, *função e fundamento* não são, portanto, coisas que se confundem, embora possam possuir intersecções: a lei penal pode exercer e, em muitos casos, efetivamente exerce a função orientadora das ações individuais; por outro lado, não se mostra adequado afirmar que tal função deve ser o fundamento a servir como diretriz na realização da técnica legislativa.

E isso substancialmente por um motivo, já vinculado à *segunda* problemática referente à premissa ora fixada: para que esse fosse o fundamento da lei penal, decorrente do conteúdo do princípio da legalidade, teria que se partir de alguns pressupostos, quais

servir de “elo de ligação” com a categoria das leis penais em branco. Isso, pois, conforme se está a sustentar, reside precisamente aí o seu espaço de legitimidade.

sejam, (i) o de que é possível ao indivíduo ter conhecimento de todas as leis penais, inclusive em suas exegeses; (ii) da mesma forma, o de que é possível conhecer de todas as proibições, a partir da margem do lícito e do ilícito, que exurgem das respectivas leis penais; e (iii) o de que todas as leis dão conta de estabelecer uma relação comunicacional com a totalidade dos indivíduos, que devem se perceber abrangidos pela norma. Todos esses pressupostos se mostram, no entanto, logicamente irrealizáveis.

Com efeito, pouco importaria, no particular, que fosse viável aos indivíduos conhecer as exegeses da totalidade das leis penais. Seria muito pouco possível, ainda assim, apreender, de modo efetivo, as normas (sobretudo proibitivas) que delas se projetam, a delimitar as margens da ilicitude. Ademais, mesmo que assim o fosse, dificilmente as leis penais dariam conta de orientar a totalidade dos indivíduos em suas diferentes mundividências, frutos de relações sociais cada vez mais heterogêneas.

Em verdade, portanto, tal modo de se observar o fundamento da lei penal é, ainda de modo bastante enraizado – embora às vezes “inconsciente” – resultado de uma percepção que mantém a gênese das contribuições iluministas. Vislumbra-se, com base nisso, a possibilidade de se estabelecer, em relação à lei penal, o critério de que o princípio da legalidade, para manter hígido o seu caráter liberal, deve se projetar às leis penais no sentido de que elas devem obedecer a um grau de *determinação* praticamente absoluto. Afinal, somente assim elas poderiam ser plenamente cognoscíveis pelo cidadão²²⁵.

No entanto, conforme assinala Madrid Conesa²²⁶, todos os tipos penais são, em maior ou menor medida, indeterminados, de modo que para se observar a esse problema, não se pode mais utilizar de um critério absoluto, mas de um critério que assuma, como elementar, a existência de um certo grau de indeterminação. Exatamente por este motivo, a propósito, é que, invertendo-se esse panorama, afirma o autor que o grande problema teórico acerca da exigência da determinação da lei penal, à luz do princípio da

²²⁵ A esse respeito, Schmidt, fazendo referência à lição de Bentham acerca da razão iluminista: “Se a finalidade da lei, dizia Bentham, é dirigir a conduta dos cidadãos, duas coisas serão necessárias para tanto: primeiro, que a lei seja clara, isto é, que faça nascer na mente do indivíduo a representação exata da vontade do legislador; e, segundo, que a lei seja concisa, de modo a se fixar facilmente na memória. Clareza e brevidade seriam, pois, as qualidades essenciais de toda lei”. (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico*: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 150).

²²⁶ E o autor complementa afirmando, nesse sentido, que mesmo “la ‘ley penal determinada’, en el sentido de su conformidad con el principio constitucional de determinación, arroja también un certo grado de indeterminación”. (MADRID CONESA, Fulgencio. *La legalidad del delito*. Valencia: Universidad de Valencia, 1983, pp. 157-158).

taxatividade, se dá justamente pelo intento de nela se fundamentar a necessidade de que o cidadão deve poder extrair diretamente da lei uma pauta para a sua ação²²⁷.

E se isso assim se aplica às leis penais, da mesma forma se o faz em relação aos complementos normativos às leis penais em branco. Com efeito, a já referida proposta traçada, por exemplo, por Greco, para quem o caminho para a delimitação da legitimidade das remissões extrapenais a instâncias inferiores se dá, à luz da teoria da imputação objetiva, pela via de que tais complementos deverão exercer a função de informar ao "homem prudente" as margens dos riscos permitidos e proibidos, se mostra, por assim dizer, pouco eficaz (embora, repita-se, o próprio autor admita o caráter "pragmático" e não exauriente do que propõe²²⁸).

Observa-se que o autor, ao justificar sua fundamentação, utiliza-se de uma "argumentação analógica" à luz de alguns tipos penais que, mesmo respeitando integralmente ao princípio da legalidade, necessitam de uma delimitação, acerca dos riscos proibidos e permitidos, de origem extrapenal. É o caso, por exemplo, refere ele, da "existência de uma placa fixando os limites de velocidade numa determinada rua" ou, da mesma forma, "de uma placa que concede a quem vem de determinada pista a preferência no cruzamento". Em ambas as situações, afirma o autor, "são atos administrativos que geram, em princípio, o risco permitido em favor daquele que os respeitar²²⁹". Assim, da mesma forma que em tais casos, o princípio da legalidade permanecerá hígido nas situações em que as remissões extrapenais se limitarem "a concretizar o que é o risco juridicamente desaprovado²³⁰".

Conquanto não se entrará, por razões óbvias, nos meandros das categorias próprias da teoria da imputação objetiva, é certo afirmar, na linha em que propõe Greco, que a delimitação das proibições penais é, em muitos casos, realizada de modo complementar. Isso está, pois, em plena consonância ao que se acabou de referir acerca da existência de um certo grau de indeterminação inerente aos tipos penais. A questão, no entanto, é que ainda assim a argumentação analógica realizada por Greco se mostra incompatível,

²²⁷ MADRID CONESA, Fulgencio. *La legalidad del delito*. Valencia: Universidad de Valencia, 1983, p. 157.

²²⁸ GRECO, Luis. "A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-fev., 2006, vol. 14, n° 58, p. 167.

²²⁹ GRECO, Luis. "A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-fev., 2006, vol. 14, n° 58, p. 168.

²³⁰ GRECO, Luis. "A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-fev., 2006, vol. 14, n° 58, p. 193.

observadas as premissas por ele utilizadas, com a categoria das leis penais em branco. E isso por uma razão bastante objetiva: a natureza dos objetos tutelados pela via das leis penais em branco é, em regra, completamente diversa da dos exemplos citados pelo autor, de modo que o critério proposto se mostra muito pouco contributivo e, a princípio, não universalizável. Explica-se.

Assumidamente, o principal critério utilizado por Greco é o de que as leis penais e as normas complementares devem dar conta de orientar os indivíduos em relação às margens dos riscos proibidos e permitidos. E os exemplos por ele citados dão, a priori, efetivamente conta de realizar tal intento, afinal, as placas de trânsito servem justamente para isso.

Ocorre que os objetos de tutela vinculados às leis penais em branco possuem, em relação aos exemplos citados pelo autor, margens diferentes, em termos de dimensão e flexibilidade, a incidir o espectro de proteção penal. Em verdade, na maior parte dos casos será praticamente impossível delimitar, com a necessária vinculação ao indivíduo, as margens dos riscos proibidos e permitidos. Pensa-se, por exemplo, nos diversos crimes contra a flora previstos na legislação dos crimes ambientais (Lei nº 9.605/1998), em relação aos quais aumenta-se a pena em um sexto a um terço se o crime for cometido “contra espécies raras ou ameaçadas de extinção, ainda que a ameaça ocorra somente no local da infração” (artigo 53, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 9.605/1998). Nesse caso, é deveras alta a probabilidade de que o indivíduo não tenha como saber, *prima facie*, se uma eventual espécie vegetal abatida é, ou não é, rara ou ameaçada de extinção. Ou seja, de todo modo, a norma inferior complementadora – nesse caso oriunda de ato administrativo do IBAMA –, não dá conta de fixar aos cidadãos, concretamente, as margens da proibição (ou, na linha em que propõe Greco, dos riscos proibidos e permitidos).

E isso assim se sucede porque é da natureza dos bens jurídicos tutelados pelas leis penais em branco possuir um grau de variabilidade tal que, em regra, torna a proibição altamente flexível. Afinal, conforme já exposto, percebe-se como sendo justamente esse o fundamento da existência de tal categoria de leis: tornar a lei penal flexível em relação às proibições a incidir sobre os objetos de proteção. Em outras palavras: assumindo-se as diretrizes apontadas por Greco, reduzir-se-á, em verdade, praticamente a zero as possibilidades de legitimação das leis penais em branco, de modo que, embora tais diretrizes não sejam, *in totum*, inadequadas, ainda assim muito pouco contribuem para a delimitação de seus espaços legítimos.

Para tanto, é necessário, enfim, proceder à uma análise diferenciada do conteúdo liberal do princípio da legalidade, assumindo-se, desta feita, que sua face está predominantemente voltada ao Estado. E isso substancialmente a partir de dois princípios fundamentais: o da taxatividade da lei penal e o da separação dos poderes do Estado. Seus desafios, diante desse horizonte, passam a se vincular essencialmente ao problema da construção e da interpretação dos tipos penais, a partir do que deve ser traçado o caminho a iluminar a delimitação dos espaços legítimos das leis penais em branco.

4.2.1 Construção e interpretação dos tipos penais à luz do princípio da legalidade

Uma tal forma de se compreender o conteúdo e os desafios do princípio da legalidade demanda, por ser essa a sua projeção precípua, uma observação atenta das estruturas a darem sustentação à construção e à interpretação dos *tipos penais*²³¹. Afinal, a considerar que é ela, a legalidade, que compõe o núcleo fundante da dogmática penal liberal²³², sua relação com a formulação dos tipos penais – e, por conseguinte, de sua interpretação²³³ – se mostra especialmente estreita.

Assim considerando, a pergunta que deve ser colocada, a partir da premissa que se buscou fixar – de que a face do princípio da legalidade está predominantemente voltada ao Estado –, é precisamente esta: afinal, de que forma o conteúdo de sentido do princípio da legalidade deve se projetar à construção e à interpretação dos tipos penais? Impõe-se, em relação a isso, estabelecer, de modo ainda mais preciso, o horizonte compreensivo ora

²³¹ Observa-se, porém, que essa problemática ressoa, com singular importância, ao conceito de *tipo legal de crime*, e não somente ao conceito de tipo penal e de tipicidade. Sobre o assunto, ver, fundamentalmente, D'AVILA, Fabio Roberto. “Tipo, ilícito e valor: notas conceituais e sistemáticas”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, jul. 2016, nº 121, v. 24, pp. 99-126. Ainda, CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1968, pp. 273-276; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*. Parte geral. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 185-187; e FARIA COSTA, José de. “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?” *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra: 2002, ano 134, nº 3933, p. 354.

²³² BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 194.

²³³ Considera-se, pois, na linha em que propõe Faria Costa, que a construção e a interpretação dos tipos penais são duas faces de um mesmo problema, ambos vinculados ao conteúdo do princípio da legalidade: “A construção (‘fabricação’) e a interpretação, em tantos e tantos aspectos, sobretudo nos fundamentais, não são duas questões diversas mas antes convergem em um só problema. O que ora se quer salientar liga-se, essencialmente, à ideia de que o momento da feitura da lei penal incriminadora e o momento da interpretação – enquanto interpretação que visa a solução de um determinado caso concreto e é, por isso, por ele suscitada – correspondem a um mesmo conjunto de preocupações metódicas”. (FARIA COSTA, José de. “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?” *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra: 2002, ano 134, nº 3933, pp. 354-355).

adotado. E se o fará clarificando dois pressupostos, ambos já referidos, que justificam o porquê de o princípio da legalidade possuir uma vinculação predominantemente estatal.

O *primeiro* deles é o de que é inerente aos tipos penais possuir um certo grau de indeterminação; e o *segundo*, vinculado ao primeiro, se coloca no sentido de que as leis penais não possuem, como fundamento, a tarefa de servir como parâmetro para a orientação das condutas individuais. Assim é que, pois, considerados esses dois pressupostos, construção e interpretação de leis em direito penal passam a assumir um colorido diverso daquele vinculado à gênese do princípio da legalidade.

A verdade, a esse respeito, é que tal horizonte é, e não poderia ser diferente, fruto das mudanças paradigmáticas do tempo que se está a viver. Se, com efeito, ao tempo do período iluminista e do surgimento da ideia de legalidade, o parâmetro para a definição de seu conteúdo e de suas projeções vinculava-se a uma concepção bastante clara acerca da divisão dos poderes do Estado, assim como dos valores tutelados pela via jurídico-penal, isso não mais assim se mostra. A era atual, em que se faz predominar a existência de incertezas²³⁴, impôs ao princípio da legalidade o fato de que ele não mais dá conta de responder, de modo satisfatório, às funções que se lhe outrora atribuíam.

Seus subseqüentes paradigmas, diante disso, a se projetar ao direito penal pela via do *tipo*, estabelecem, portanto, atuais formas de visar à manutenção de seu cariz liberal, o que atinge em definitivo as concepções acerca da construção e da interpretação dos tipos penais. Assume-se, a esse respeito, o mesmo ponto de partida a que adotado por Faria Costa²³⁵: a construção dos tipos penais, conduzida pelo princípio da legalidade, possui, em seu seio, um ato interpretativo (legislativo) de valoração, qual seja, de que sua proteção diz respeito à ofensa a um bem jurídico-penal. Toda construção legislativa (penal) é, portanto, resultado de um ato interpretativo precedente, do qual se arrojam, à luz do bem jurídico tutelado, as possibilidades interpretativas posteriores. O elo de ligação (ou, segundo o autor, a “linha melódica”) a delimitar esse processo é “nem mais nem menos” do que o princípio da legalidade.

Assim, as exigências da legalidade, necessárias para a legitimação desse processo, se vinculam aos tipos penais de uma tal forma que seus elementos constitutivos (a grosso

²³⁴ FARIA COSTA, José de. “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?” *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra: 2002, ano 134, n° 3933, p. 357.

²³⁵ FARIA COSTA, José de. “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?” *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra: 2002, ano 134, n° 3933, p. 357.

modo, descritivos, normativos, etc.) devem representar uma intencionalidade normativa cujo referencial é, fundamentalmente, o bem jurídico tutelado²³⁶. Gera-se, em torno disso, pois, segundo Faria Costa²³⁷, uma “espiral hermenêutica a que a norma jamais poderá fugir”.

Há que se sublinhar, no entanto, que um tal modo de se observar as coisas impõe, por óbvio, substanciais consequências. Refira-se, de modo proeminente e em sentido de retomada ao que já sustentado supra, a inexistência de elementos típicos unívocos, que não demandem nenhum tipo de interpretação²³⁸. Com efeito, o *telos* da lei penal, em sua assunção ao caráter de bem jurídico-penal tutelado pela norma, somente assume esse *status* – ao menos em sua dimensão dogmática – na medida em que passa a ser expressado em *linguagem*. Esse simples fato, para muito além da mera, embora importante, divisão sistemática e conceitual de elementos descritivos, normativos, etc., é o bastante para afirmar que as significações típicas são, ainda que em maior ou menor medida, sempre indeterminadas²³⁹ e normativamente polissêmicas²⁴⁰. Precisamente em razão disso é que não há, portanto, outro caminho senão o de assim assumir, em definitivo: se mesmo a construção de tipos penais *determinados* sempre carregará consigo um certo grau de indeterminação, isso também assim se o fará no momento da atividade interpretativa²⁴¹, sem que se viole, ao menos em um juízo preliminar, o princípio da legalidade (desde que

²³⁶ FARIA COSTA, José de. “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?” *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra: 2002, ano 134, n° 3933, pp. 357-358.

²³⁷ FARIA COSTA, José de. “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?” *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra: 2002, ano 134, n° 3933, p. 357.

²³⁸ FARIA COSTA, José de. “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?” *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra: 2002, ano 134, n° 3933, p. 359.

²³⁹ MADRID CONESA, Fulgencio. *La legalidad del delito*. Valencia: Universidad de Valencia, 1983, pp. 155-156.

²⁴⁰ FARIA COSTA, José de. “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?” *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra: 2002, ano 134, n° 3933, p. 359.

²⁴¹ Disso não se extrai, no entanto, que tal indeterminação, a sujeitar tanto a construção quanto a interpretação dos tipos penais, seja ilimitada, como se a literalidade do texto legal nada comunicasse ao intérprete. Conquanto isso será em seguida melhor aprofundado, cumpre, de imediato, salientar que a relação entre o texto e a atividade interpretativa é uma relação de interlocução e de interdependência no âmbito da qual o conteúdo do princípio da legalidade exerce seu mister. De modo bastante elucidativo, ainda que não diretamente vinculado à discussão que ora se propõe, é a lição de Grau: “O conjunto de disposições (*textos, enunciados*) é apenas um *ordenamento em potência*, um *conjunto de possibilidades de interpretação*, um *conjunto de normas potenciais*. O *significado* (isto é, a *norma*) é o resultado da tarefa interpretativa. *Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete*”. (GRAU, Eros. Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 80). Assim, por óbvio, as terminologias e os elementos utilizados pelo legislador no momento da construção dos tipos penais se mostram fundamentais para o direcionamento da atividade interpretativa, que deverá fazer projetar a norma em relação ao bem jurídico tutelado, com vistas a protegê-lo.

tal processo se dê a partir da intencionalidade normativa referente ao bem jurídico tutelado).

É claro, no entanto, que, ainda assim, à construção e à interpretação da lei penal sempre se imporão, a partir do conteúdo do princípio da legalidade, limites dogmáticos a iluminar uma aplicação não-arbitrária do direito penal. O fato de que essa espécie de “ciclo interpretativo”, que abrange desde a gênese dos tipos penais até a criação da norma, pela via hermenêutica, deve permanecer já e desde sempre delimitado em sua ressonância ao bem jurídico a que se busca tutelar, não retira a necessidade de que o princípio da legalidade submeta o direito penal aos critérios “tradicionais” de limitação do poder de punir.

Não se está, pois, a abrir mão dos critérios iluministas, que se vinculam ao princípio da legalidade pela via da exigência de *lege stricta, praevia, scripta* e *certa*, mas se está, isso sim, a lhes propor uma vinculação predominantemente estatal, e não individual. Pensa-se, assim, que o caráter liberal do princípio da legalidade será melhor satisfeito não se exercer, em seu fundamento, o papel que tradicionalmente se lhe é atribuído de servir de diretriz à conduta humana, mas se buscar vincular-se ao Estado, sobretudo a partir das exigências dos princípios da *lege certa* e *stricta*, com vistas a limitar, à luz dos pressupostos liberais, a atividade interpretativa das leis penais.

É que poder-se-ia afirmar, em relação ao que se acabou de referir, que basta a existência de uma certa intencionalidade normativa nos tipos penais, orientada pelo referencial do bem jurídico tutelado, para que a lei penal satisfaça o princípio da legalidade. Definitivamente, não é isso que se está a defender. Com efeito, às leis penais devem permanecer a se impor as necessidades de anterioridade (*lege praevia*), reserva absoluta (*lege stricta*), formalidade (*lege scripta*) e taxatividade (*lege certa*). Tais necessidades, no entanto – e é precisamente nessa direção a que se convergem os argumentos ora traçados –, devem possuir uma vinculação predominantemente estatal, com vistas a orientar a construção e a interpretação dos tipos penais exatamente nesse sentido.

É com base, pois, justamente nisso que se propõe atribuir ao princípio da legalidade o desafio de *contenção da arbitrariedade judicial*²⁴²: a técnica legislativa e a produção interpretativa do direito penal deve ser orientada pelo princípio da legalidade,

²⁴² MADRID CONESA, Fulgencio. *La legalidad del delito*. Valencia: Universidad de Valencia, 1983, p. 159.

sobretudo pela via da *lege certa e stricta*, com vistas não a direcionar a conduta humana, mas a conter o arbítrio no momento de sua aplicação nas instâncias judiciárias²⁴³.

Compreendendo, pois, que é desse modo que o conteúdo liberal-iluminista do princípio da legalidade deve se colocar no âmbito do direito penal, não resta dúvidas de que os critérios para a delimitação dos espaços de legitimidade das leis penais – inclusive em branco – terão necessariamente que ser colocados de outra forma. Para tanto, cumpre-se proceder, dessa forma, a uma análise justificada do horizonte ora adotado, qual seja, o de que o princípio da legalidade deve buscar servir à contenção da arbitrariedade judicial, assim como sua projeção à problemática das leis penais em branco.

4.2.2 O princípio da legalidade e a contenção da arbitrariedade judicial: o cenário para definição dos fundamentos e limites das leis penais em branco

Considerando o até aqui exposto, e assumindo, em perspectiva, que o princípio da legalidade realiza o seu mister liberal na delimitação do processo construtivo e interpretativo das leis penais – e, portanto, não essencialmente na orientação das condutas individuais –, pode-se afirmar, conforme já adiantado, que o seu conteúdo se projeta, diante disso, na necessidade de conter a arbitrariedade judicial²⁴⁴. Para tanto, considera-se que, ao se projetarem as exigências do princípio da legalidade, vinculantes à etapa legislativa de criação dos tipos penais, ao momento de realização da atividade interpretativa, passa-se a impor às leis penais a tarefa de servir, nas palavras de Madrid Conesa²⁴⁵, de “fundamento firme e seguro para a jurisprudência”.

Sendo as coisas dessa forma, a legalidade, para realizar-se em seu fundamento, demanda, inegociavelmente, a satisfação das exigências liberais-iluministas impostas

²⁴³ Utiliza-se, a esse respeito, o clássico exemplo do artigo 2º do Código Penal Nazista, que referia a possibilidade de se punir tudo aquilo que ferisse o “são sentimento do povo alemão”. Esse dispositivo, arbitrário sob tantos e tantos aspectos, se mostra especialmente problemático, em relação ao princípio da legalidade, não tanto pelo fato de não dar conta de comunicar aos indivíduos acerca das proibições, mas por não estabelecer absolutamente nenhum parâmetro, material ou formal, para a realização da atividade interpretativa. É dizer: *tudo* poderia ser punido, ou *nada* poderia ser punido, a depender exclusivamente da vontade do intérprete.

²⁴⁴ A esse respeito, Madrid Conesa: “El principal error de las distintas teorías de la exigencia de determinación ha sido, precisamente, el olvidar que el principio de legalidad intenta luchar también directamente contra la arbitrariedad del juzgador, éste es el sentido último de la exigencia de determinación”. (MADRID CONESA, Fulgencio. *La legalidad del delito*. Valencia: Universidad de Valencia, 1983, pp. 158-159).

²⁴⁵ MADRID CONESA, Fulgencio. *La legalidad del delito*. Valencia: Universidad de Valencia, 1983, p. 158.

sobretudo – embora não só²⁴⁶ – pelos princípios da taxatividade da lei penal e da separação dos poderes do Estado, assim observados, em sua vinculação predominantemente estatal, como duas faces de uma só problemática. Com efeito, uma lei não-taxativa ou indeterminada sempre demandará às instâncias judiciais o ilegítimo preenchimento dos espaços legislativos, o que ocasiona, sob ambas as perspectivas, a violação do fundamento do princípio da legalidade do modo como ora se propõe. Ou seja: a considerar que a legalidade deve buscar, em seu conteúdo, conter a arbitrariedade judicial, a violação do princípio da taxatividade sempre ocasionará, da mesma forma, a violação do princípio da separação dos poderes do Estado, pois à lei penal (indeterminada) se deverá atribuir, através da instância judiciária, uma espécie de (ilegítima) complementação legislativa.

Assim, ao que parece, se é verdade que, à luz do fundamento que ora se propõe, às leis penais cumpre exercer a tarefa de se colocar, conforme referido, como parâmetro firme e seguro para a realização da jurisprudência, essa exigência passa, predominantemente, pela devida observância do princípio da taxatividade da lei penal. Mas de que modo isso deve ser realizado? Quando uma lei penal estará, de fato, respeitando as exigências da taxatividade? Ou, pelo contrário, quando uma lei penal será indeterminada a ponto de violar o princípio da taxatividade?

Manrique e Navarro²⁴⁷, a esse respeito, ao adotarem uma linha argumentativa próxima a que ora se apresenta – de que o princípio da legalidade serve à contenção da arbitrariedade judicial –, sustentam que o princípio da taxatividade deve, em seu fundamento, se projetar às produções legislativas de modo a limitar a discricionariedade judicial²⁴⁸. Por essa lógica, afirmam os autores que uma formulação legal somente se mostra constitucionalmente admissível se, a partir das exigências da taxatividade, for

²⁴⁶ Refira-se, novamente, que não se está a prescindir do fato de que a lei penal deve, além do mais, ser previa (*lege praevia*) e formal (*lege scripta*). Observa-se, no entanto, tão-somente que o fundamento do princípio da legalidade fica melhor exposto se analisado da maneira como ora se propõe, isto é, a partir das exigências da taxatividade (*lege certa*) e da separação dos poderes do Estado (vinculado, sublinhe-se, ao princípio da *lege stricta*), sobretudo pelo fato de que são desses pontos que se projetam, conforme se está a vislumbrar, as principais questões acerca dos problemas fundamentais referentes às leis penais em branco.

²⁴⁷ MANRIQUE, Laura; NAVARRO, Pablo E. “El desafío de la taxatividad”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madri: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones); Boletín Oficial del Estado, set.-dic., 2005, tomo LVIII, fasc. III, p. 528.

²⁴⁸ Aprofundando da maneira devida o problema da discricionariedade em direito penal, BRICOLA, Franco. “Il principio di legalità e la discrizionalità penale in materia di sanzioni criminali: pene e misure di sicurezza”. *Scritti di Diritto Penale: opere monografiche*. Dott. A. Giuffrè Editore: Milão, 2000, pp. 845-944.

capaz de impor uma seleção ao conjunto de decisões passíveis de serem adotadas pelos juízes.

Com base nisso, o princípio da taxatividade acaba por ser vislumbrado sob uma nova perspectiva, não mais a partir de uma ideia de certeza, realizável sempre que a lei penal der conta de estabelecer uma relação comunicacional com os indivíduos, mas vinculado à “revisabilidade” das decisões judiciais: o respeito ao princípio da taxatividade restará configurado mesmo em situações em que não haja *qualquer* comunicação entre a lei penal e os cidadãos, desde que seja capaz de conferir a maior determinação possível às decisões judiciais²⁴⁹.

Distancia-se, portanto, de uma perspectiva de que o princípio da taxatividade será tanto mais respeitado quanto maior for a precisão da lei penal. Em verdade, pouco interessa, a essa forma de observar as coisas, as exigências de precisão²⁵⁰. Isso, pois, o que passa a importar é que os espaços possíveis para a realização da decisão judicial sejam suficientemente delimitados, com vistas a conter a arbitrariedade, possuindo menor relevância, portanto, se a lei penal é precisa ou não é precisa.

Assim considerando, a propósito, há situações em que a lei penal será, por assim dizer, “mais taxativa” – ou, em outras palavras, conterà de modo mais eficaz a arbitrariedade judicial – justamente por carecer de precisão. São os casos, por exemplo, segundo Manrique e Navarro²⁵¹, em que a lei penal é redigida de uma maneira tal que se mostra necessária a “intermediação de especialistas” para a atribuição de sentido ao seu texto (o que, refira-se, se mostra bastante proeminente nas leis penais em branco). Nesses casos, com efeito, essa necessidade de especialização da informação normativa não é, segundo os autores, percebida como um defeito da lei penal, mas como uma *garantia* de

²⁴⁹ MANRIQUE, Laura; NAVARRO, Pablo E. “El desafío de la taxatividad”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madri: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones); Boletín Oficial del Estado, set.-dic., 2005, tomo LVIII, fasc. III, p. 528-529. Também nesse sentido, SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, pp. 156-157.

²⁵⁰ A não ser, por óbvio, que se admita, na linha em que se está a sustentar, que a ideia de precisão não deve ser vinculada à possibilidade de *exatidão* da lei penal. Nesse sentido, Manrique e Navarro: “ (...) sólo una vez se admite que la noción de precisión es diferente al ideal de exactitud es posible comprender al desafío de la taxatividad con la búsqueda de un equilibrio entre la exigencia de precisión de nuestros conceptos y el reconocimiento del inevitable margen de indeterminación de nuestro lenguaje”. (MANRIQUE, Laura; NAVARRO, Pablo E. “El desafío de la taxatividad”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madri: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones); Boletín Oficial del Estado, set.-dic., 2005, tomo LVIII, fasc. III, pp. 813-814).

²⁵¹ MANRIQUE, Laura; NAVARRO, Pablo E. “El desafío de la taxatividad”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madri: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones); Boletín Oficial del Estado, set.-dic., 2005, tomo LVIII, fasc. III, p. 829.

objetividade e imparcialidade, já que se assume que unicamente através dela é que é possível limitar a arbitrariedade dos órgãos de aplicação das normas.

Diante disso, no entanto, uma nova nuance passa a ser merecedora de enfoque, qual seja: quando, afinal, consideradas as delimitações fundamentais já apontadas, uma decisão será não-arbitrária? Ou, ainda, em quais situações a decisão se mostrará *carregada* de legalidade? Com efeito, considerando que construção e interpretação de leis penais são duas projeções de uma raiz comum, perpassada permanentemente pelo fundamento do princípio da legalidade, assim como que a taxatividade da lei penal estará sempre satisfeita quando der conta de limitar a arbitrariedade judicial, resta, inescapavelmente, projetar o modo como deve se realizar a atividade interpretativa das leis penais.

A esse respeito, uma primeira hipótese, referem Manrique e Navarro²⁵², a partir da lição de Dworkin, se coloca no sentido de que a contenção da arbitrariedade judicial somente se mostra satisfeita se as formulações legais sempre oferecerem uma única resposta correta ao caso concreto²⁵³. Considera-se, nesse sentido, que a tarefa interpretativa deve produzir, a partir do respeito à integridade, à coerência e à autonomia do direito, uma *única* solução possível²⁵⁴.

Conquanto se possa assumir, em alguma medida, essa compreensão como um referencial, mostra-se, a priori, mais adequado, ao menos em direito penal, compatibilizá-la a uma ideia de que as leis penais devem servir como um marco intransponível à atividade interpretativa, em relação à qual, nesse espaço delimitado pelas leis penais, devem se impor ainda outros critérios para a contenção da arbitrariedade judicial²⁵⁵. Com

²⁵² MANRIQUE, Laura; NAVARRO, Pablo E. “El desafío de la taxatividad”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madri: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones); Boletín Oficial del Estado, set.-di., 2005, tomo LVIII, fasc. III, p. 829.

²⁵³ Não se irá, por razões metodológicas, aprofundar o presente escrito na análise da teoria da única resposta correta desenvolvida por Dworkin. Refira-se, com efeito, que tal teoria possui complexidades que não poderiam ser devidamente desenvolvidas nessa pesquisa, que possui outro enfoque. Sugere-se, para o necessário aprofundamento sobre o tema, a leitura de DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 119-145.

²⁵⁴ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 620.

²⁵⁵ Nesse exato sentido, Madrid Conesa, ao tratar dos limites interpretativos impostos pelas leis penais: “(...) este criterio, si bien encarna un importante logro metodológico no se muestra como suficiente para lograr un ligamen del juez a la ley penal que responda a las altas exigencias que el principio de legalidad plantea. El resultado de las tareas interpretativas no puede ser solamente la fijación de un límite más allá del cual el juez no puede decidir libremente. Dentro del espacio enmarcado por este límite, el juez tampoco puede disponer de un arbitrio para imponer su decisión. Es necesario, pues, que exista la posibilidad de ligar el juez a la ley también de un modo material, de forma que la ley no quede reducida a un puro marco sin contenido vinculante. Ha de existir, junto al límite formal un límite material que impida que, dentro del marco de la ley, el juez actúe como legislador frente al caso concreto”. (MADRID CONESA, Fulgencio. *La legalidad del delito*. Valencia: Universidad de Valencia, 1983, p. 178).

isso, o que se busca, quer parecer, não é sustentar a hipótese de que há sempre somente uma *única* resposta correta para a solução dos casos concretos, mas a existência de respostas *adequadas à Constituição*²⁵⁶ (que se projeta em direito penal, dentro dos paradigmas ora traçados, pela via do princípio da legalidade).

Dessa forma, a interpretação correta e não arbitrária da lei penal – adequada, portanto, à Constituição – é aquela que exsurge de espaços interpretativos delimitados e que estão, a partir de determinados critérios, preenchidos de legalidade. Mas quais seriam, afinal, esses critérios? Segue-se, também nesse ponto, o horizonte adotado por Faria Costa²⁵⁷, para quem a “linha metodológica interpretativa” das leis penais deve (i) levar em conta a compreensão intrassistemática do valor significante, considerado o referente constitucional; (ii) estar adequada ao seu sentido histórico; e (iii) possuir enquadramento em uma solução justa.

Em relação ao *primeiro* desses critérios, considerando que, em direito penal, o intérprete deve orientar-se pela via do horizonte teleológico (cujo *telos* é definido pela defesa do bem jurídico que a norma penal incriminadora se propõe a proteger²⁵⁸), impõe-se à atividade interpretativa a contextualização normativa do tipo penal interpretado. Assim, o significado da norma penal incriminadora, que exsurge da atividade interpretativa do texto da lei penal, só se clarifica se cotejado de modo intrassistemático com outras normas penais incriminadoras. É, pois, da espiral hermenêutica que assim se constrói, que passa a ser possível definir seus respectivos âmbitos de proteção (ou, nas palavras do autor português, o respectivo “recorte normativo-incriminador²⁵⁹”).

²⁵⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 621. Frisa-se, no entanto, que embora se esteja a adotar a perspectiva hermenêutica proposta por Streck (“respostas jurídicas adequadas à Constituição”), tem-se, em alguma medida, que tal conceito poderia ser colocado de outra forma, qual seja, a partir do reconhecimento da existência de respostas jurídicas *não incompatíveis* com a Constituição, e não propriamente *adequadas*.

²⁵⁷ FARIA COSTA, José de. “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?” *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra: 2002, ano 134, nº 3933, pp. 361-365.

²⁵⁸ A esse respeito, Faria Costa: “Percorrendo a doutrina mais importante do actual pensamento penal, em breve nos damos conta, para lá das sempre possíveis e saudáveis posições divergentes, que a pedra de toque da interpretação em direito penal está ancorada no pensamento teleológico. Isto é: se o direito penal é um direito de protecção de bens jurídicos, então a interpretação tem que ter como *telos*, justamente, a defesa daquele preciso e concreto bem jurídico que a norma penal incriminadora quer proteger”. (FARIA COSTA, José de. “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?” *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra: 2002, ano 134, nº 3933, p. 361).

²⁵⁹ Acerca do critério ora traçado, Faria Costa apresenta, à luz da legislação portuguesa, um exemplo bastante elucidativo: “(...) os arts. 134º [Homicídio a pedido da vítima] e 135º [Incitamento ou ajuda ao suicídio] só se podem interpretar, de forma cabal e consistente, se os cotejarmos entre si. Desde logo, o âmbito de protecção de um não pode, é evidente, sobrepor-se ao âmbito de protecção do outro. Ora, esse pequeno pressuposto, que parece nada valer, é de enorme importância para traçar o recorte normativo incriminador de cada um daqueles tipos legais de crime”. (FARIA COSTA, José de. “Construção e

E, sendo as coisas dessa forma, não se pode deixar de observar, em caráter imprescindível, o referencial estabelecido pela Constituição Federal para a delimitação legítima dos espaços de proteção das leis penais, sobretudo a partir de uma primordial vinculação: a de servir como limite material intransponível de qualquer norma penal incriminadora. É dizer: o horizonte constitucional deve se colocar, portanto, como um dado (inarredável) da compreensão intrassistemática a que deve se submeter a atividade interpretativa em direito penal²⁶⁰.

Ademais, no que diz respeito ao *segundo* dos critérios propostos, o sentido histórico que ressoa à interpretação das leis penais deve, da mesma forma, ser vislumbrado em sua submissão ao *telos* da norma penal incriminadora (definido, conforme referido, pela defesa do bem jurídico a que se propõe tutelar). Considera-se, assim, que, conquanto a interpretação deva, em alguma medida, vincular-se às projeções definidas pelo legislador histórico, isso não deve significar que a atividade interpretativa tem como objetivo descortinar “a vontade do legislador”. Pelo contrário, o intérprete deve inserir-se no processo hermenêutico de modo a considerar a valoração do legislador expressa em *linguagem*²⁶¹ que, por assim o ser, demanda uma atribuição historicamente determinada de sentido.

Dessa forma, embora o sentido histórico da lei penal se coloque a demonstrar uma certa *intencionalidade* daquilo que se quer realizar na solução dos casos concretos, a interpretação deve considerar, à luz do bem jurídico tutelado, a fluidez temporal das valorações legislativas expressas na linguagem. É dessa forma, pois, que a legalidade se realiza – ao menos no sentido que se está ora a expressar – na intertemporalidade do direito (penal): “a redução teleologicamente determinada pelo sentido histórico é ainda uma homenagem à própria legalidade, porquanto a legalidade só se manifesta como um ponto axial da nossa comunidade jurídica se for também percebida como princípio historicamente determinado²⁶²”.

interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?” *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra: 2002, ano 134, n° 3933, p. 361).

²⁶⁰ FARIA COSTA, José de. “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?” *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra: 2002, ano 134, n° 3933, p. 362.

²⁶¹ MADRID CONESA, Fulgencio. *La legalidad del delito*. Valencia: Universidad de Valencia, 1983, p. 182. E o autor complementa, afirmando que “la ley, de esta forma, dada la evolución de las valoraciones que están a la base del mismo, no va a quedar anquilosada en el tiempo ni reducida a la pura voluntad de legislador histórico”.

²⁶² FARIA COSTA, José de. “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?” *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra: 2002, ano 134, n° 3933, p. 364.

Ainda, o *terceiro* critério proposto determina que a atividade interpretativa deve proceder ao ajustamento da norma penal a uma solução justa do caso concreto. Assim, a definição do âmbito de proteção do bem jurídico, além de ser historicamente determinada a partir da atividade interpretativa, deve amoldar-se à concreta – e justa – aplicação do direito (penal)²⁶³.

É dessa forma, essencialmente, que o princípio da legalidade, em seu fundamento liberal de contenção da arbitrariedade judicial, torna possível a existência, em direito penal, de respostas aos casos concretos *adequadas à Constituição*. Com efeito, um tal modo de se compreender o conteúdo da legalidade (penal), a se projetar aos espaços construtivos e interpretativos das leis penais, além de se estabelecer como uma recusa inarredável de pretensos modelos justicialistas²⁶⁴ (em estrito respeito à separação dos poderes do Estado, exigência vinculada ao princípio da *lege stricta*), conduz o direito penal a uma maior valorização e densificação da atividade interpretativa. Em outras palavras: considerados os fundamentos ora delimitados, “quanto mais interpretação, mais legalidade²⁶⁵”.

Assim considerando, impõe-se estabelecer a pergunta derradeira: qual o espaço de legitimidade das leis penais em branco? Com efeito, a condução dos argumentos até aqui propostos se colocam – creia-se, com alguma consistência – como base para a projeção de certas linhas gerais referentes às suas margens fundamentais e limítrofes. Afora isso, conforme já alertado, o que se pretende não é determinar, à exaustão, a partir das especificidades de cada uma de suas modalidades e variações, as formas de (i) legitimidade das leis penais em branco.

²⁶³ Nas palavras de Faria Costa: “(...) Podemos então considerar, positivamente, que a interpretação que nos convoca nasce da interpelação de um caso concreto que necessita de solução. É, por consequência, uma interpretação que é também aplicação e, por isso, interpretação que tem de visar uma solução justa”. (FARIA COSTA, José de. “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?” *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra: 2002, ano 134, n° 3933, p. 365).

²⁶⁴ Necessariamente, uma vez mais, adere-se à compreensão exarada por Faria Costa: “O modelo de interpretação que propomos continua a ter como parâmetro essencial o princípio da legalidade, nas suas diferentes refrações no campo do direito penal. Se o juiz está – e bem, acrescente-se – longe de ser considerado um mero autómato na aplicação da lei, longe de ser um intérprete com um grau de variação igual a zero, longe de ser aquele que não pode aplicar, autónoma e imparcialmente, a lei em nome do povo, também não pode ser árbitro, o decisor ou o criador, fora do âmbito de protecção da norma, daquilo que se entenda deva proteger penalmente, mesmo que seja o mais nobre dos valores”. (FARIA COSTA, José de. “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?” *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra: 2002, ano 134, n° 3933, pp. 365).

²⁶⁵ FARIA COSTA, José de. “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?” *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra: 2002, ano 134, n° 3933, pp. 366.

O que se busca, isso sim, é estabelecer, como forma de contributo dogmático, uma proposição geral decorrente do conteúdo do princípio da legalidade que seja capaz de orientar sua legítima recorrência na tutela de determinados bens jurídico-penais. E quer parecer que, ao fazê-lo, seja possível afirmar, à luz do já exposto, que tal categoria de leis não pode ser liminarmente definida como ilegítima²⁶⁶. De modo diverso, em verdade, mostra-se viável propor que seu espaço de legitimidade deve se edificar a partir de uma premissa antecedente: *assim como qualquer outra lei penal, a lei penal em branco será sempre legítima – em consonância ao princípio da legalidade, portanto – quando der conta de estabelecer a necessária contenção da arbitrariedade judicial.*

Há que se referir, a partir desse cenário, que a utilização da lei penal em branco deve estar vinculada à necessidade do bem jurídico tutelado de que o direito penal permaneça flexível em relação ao espectro de incidência da proibição. Logo, nem toda criminalização deve se dar pela via da lei penal em branco, mas somente aquelas que assim necessitam, sob pena de o bem jurídico restar insuficientemente ou totalmente desprotegido. E isso, sublinha-se, também porque, nesses casos, a contenção da arbitrariedade judicial será realizada de modo mais eficaz precisamente porque o conteúdo complementar à lei penal em branco passa a exercer justamente o papel de restringir os espaços interpretativos possíveis. Ou seja: nos casos em que o bem jurídico tutelado realmente demanda uma flexibilização do direito penal, o princípio da legalidade será mais respeitado justamente na recorrência à lei penal em branco, e não o inverso.

E isso porque não caberá, nessas hipóteses, ao intérprete definir, a partir de um juízo discricionário, o conteúdo, a forma e o objeto de incidência da proibição, que já restarão predefinidos pela lei penal em branco e seu complemento. É dizer: a atividade interpretativa, em assim sendo, deve considerar, a um só tempo, os limites impostos tanto pela lei penal (em branco), quanto por seu conteúdo complementar, devendo expulsar do processo hermenêutico quaisquer definições arbitrárias do intérprete.

Nota-se, a esse respeito, que os outros dois modos de se “resolver” esse problema – inadequados, considera-se – seriam ou (i) pela definição *legal* da totalidade das variações possíveis em relação à proibição a incidir sobre o bem jurídico; ou (ii) conferir ao intérprete (em regra, o juiz) a tarefa de fazê-lo. Em relação à *primeira* hipótese, embora possa satisfazer a quem considere que a lei penal tem como fundamento servir de diretriz

²⁶⁶ FARIA COSTA, José de. “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?” *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra: 2002, ano 134, n° 3933, pp. 358.

às condutas individuais, tem-se que absolutamente irrealizável. Aliás, ainda que realizável fosse, muito dificilmente – na linha em que já defendido supra – as proibições dariam conta de estabelecer uma comunicação efetiva com os indivíduos. Ademais, no que diz respeito à *segunda* hipótese, sequer se mostra necessário maiores argumentações para demonstrar sua ilegitimidade. Com efeito, deixar a cargo do intérprete a tarefa de estabelecer, de modo discricionário, a flexibilização da lei penal para a melhor proteção do bem jurídico, colocaria o direito penal diante de uma frontal violação ao princípio da legalidade, além de estabelecer uma absoluta situação de insegurança jurídica. Assim, quer parecer, diante da linha argumentativa ora proposta, que, nas situações em que o bem jurídico tutelado demanda uma flexibilização da lei penal, melhor alternativa não há: *deve-se recorrer à lei penal em branco; e o intérprete deve ficar limitado aos espaços interpretativos definidos pela lei penal e seu complemento*. Somente assim é possível, nesses casos, estabelecer uma realização efetiva e não arbitrária do direito penal.

Assim considerando, não é possível definir, ao menos em uma análise apriorística, se uma ou outra modalidade de remissão é ilegítima. Em verdade, essa definição sempre dependerá de que se vislumbre se, em específico, a lei penal e o complemento normativo estão a estabelecer, ainda que em abstrato, um efetivo controle da arbitrariedade judicial. Em última análise, talvez seja possível recomendar que a técnica legislativa deve buscar sempre realizar a remissão pela via *explícita*, pois dessa forma a vinculação judicial acaba por restar mais fortemente definida. De todo modo, não é possível, ainda assim, afirmar que as remissões implícitas são, *em regra*, ilegítimas ou inconstitucionais, mas no máximo que elas devem ser evitadas em predileção às remissões explícitas.

Considerando, no entanto, como *standard* de legitimidade, que a matéria da proibição não poderá ser *definida* pelo complemento normativo²⁶⁷, tem-se que as exigências da taxatividade deverão ser tão maiores quanto mais impreciso for o enunciado legal²⁶⁸. Ou seja: quanto maior for o nível de imprecisão do elemento normativo da lei penal a proceder à remissão, mais se devem criar mecanismos de controle da atividade interpretativa, a fim de conter efetivamente a arbitrariedade judicial.

A partir dessa forma de compreender as coisas, tem-se que eventuais critérios para a definição dos espaços de legitimidade das leis penais em branco não devem se projetar

²⁶⁷ SILVA, Pablo Alflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 137.

²⁶⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 168.

da análise de se é possível ao cidadão tomar conhecimento da proibição, mas de se os espaços interpretativos se encontram suficientemente delimitados, tanto pela lei penal, quanto por seu complemento. Sempre que assim se estiver, a lei penal em branco poderá erigir-se dentro de um espaço de legitimidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entre abordagens, revisões teóricas e algumas projeções, o escrito ora apresentado, embora longe de ter procedido à elaboração *definitiva* de critérios acerca da problemática das leis penais em branco, buscou – espera-se, com algum êxito – estabelecer alguns traços importantes para a definição de seus fundamentos e limites. Desse modo, ao chegar-se a esse momento de arremate, importa elucidar que a presente pesquisa não deve ser observada como ponto de chegada, mas de partida, isto é, suas considerações, ainda que não conclusivas, espera-se que possam servir de “mola propulsora” para o estabelecimento dos critérios fundamentais e limítrofes das leis penais em branco.

Assim é que, vislumbrando a presente pesquisa como uma espécie de contributo, mostra-se possível, a partir de todo o abordado, traçar as seguintes considerações tópicas:

(i) A fundação do Estado Constitucional, resultado do período iluminista e dos movimentos constitucionalistas dos séculos XVII e XVIII, foi definitivo para o resgate do indivíduo em face do Estado e, por consequência, para o desenvolvimento de verdadeiros ideais humanistas calcados, essencialmente, pela primazia pelas liberdades individuais e pela necessidade de contenção de poder do Estado;

(ii) O desenvolvimento do princípio da legalidade é consequência desse tempo. Assim, conquanto haja certo dilema acerca de sua real origem, não há maiores dúvidas de que foi no período iluminista em que se lhe atribuiu verdadeiro conteúdo liberal, sobretudo com Locke (1632-1704), Montesquieu (1689-1755) e Rousseau (1712-1778). Definiu-se, com efeito, nesse período, que a derrocada do Estado Absolutista, para o estabelecimento do Estado Liberal, deveria erigir-se a partir de alguns traços fundamentais para a limitação do poder do Estado, dentre eles: o desenvolvimento da ideia de Estado civil (Locke), a separação dos poderes do Estado (Montesquieu) e o componente da vontade geral e o respeito à lei como legitimantes do Estado soberano (Rousseau);

(iii) A necessidade de contenção do poder do Estado veio, ainda no período iluminista, a se estabelecer de modo substancial e definitivo no âmbito penal. Assim, no

momento conhecido como iluminismo *penal* se desenvolveu, principalmente a partir das ideias de Beccaria, além de paradigmas fundamentais para a humanização das penas, uma concepção do princípio da legalidade (penal) voltada à contenção do poder de punir. Feuerbach, posteriormente, ao desenvolver as compreensões inauguradas por Beccaria, além de ter vinculado à ideia de legalidade uma função de “coação psicológica”, tratou de traçar suas primeiras versões latinas, que depois vieram a confluir na até hoje conhecida expressão *nullum crimen nulla poena sine lege*;

(iv) O princípio da legalidade passou, a partir disso, a se consolidar, em seu conteúdo liberal, nas declarações internacionais vinculadas aos direitos do homem e do cidadão. No Brasil, tal princípio foi estabelecido em todas as suas Constituições. Na Constituição Federal de 1988, confluência da transição democrática pós-ditadura, o princípio da legalidade veio a ser positivado no artigo 5º, inciso XXXIV (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”), atribuindo-lhe, portanto, *status* Constitucional. No âmbito do direito penal, com efeito, ele se projeta pelas exigências de *lege praevia* (anterioridade da lei penal), *lege stricta* (lei formal), *lege scripta* (lei escrita) e *lege certa* (taxatividade da lei penal);

(v) O problema de legitimação das leis penais em branco se coloca sobretudo a partir das exigências de *lege stricta* e de *lege certa*. Isso pois, argumenta-se, tal categoria de leis, além do fato de que não possuiria a necessária taxatividade (*lege certa*), violaria também a separação dos poderes do Estado. A definição, no entanto, acerca de sua legitimidade, passa por uma análise do conteúdo do princípio da legalidade, principalmente de se ele possui uma vinculação predominantemente Estatal – assumindo, desse modo, o desafio de conter a arbitrariedade judicial – ou individual – no sentido de que as leis penais serviriam à orientação das condutas humanas;

(vi) A delimitação dogmática das leis penais em branco teve, como ponto de partida, o estudo desenvolvido por Karl Binding em relação às chamadas *lex imperfectas* (denominadas pelo próprio autor alemão como “leis penais em branco”). Para ele, com efeito, se enquadrava em tal categoria legal toda a lei que, embora impusesse uma sanção, não trazia o seu preceito, o qual deveria ser definido por um regulamento, por uma ordem de autoridade ou, ainda, por uma lei especial. Esse conceito foi posteriormente redefinido por Edmund Mezger, que, ao proceder a uma alteração do conteúdo da tipicidade,

estabeleceu a divisão entre leis penais em branco em sentido *amplo* (cujo complemento normativo é definido por outro dispositivo legal) e em sentido *estrito* (cujo complemento normativo é definido por norma de outra hierarquia). Somente essas – em sentido estrito – é que são denominadas como leis penais em branco “propriamente ditas”;

(vii) As leis penais em branco não se confundem com os tipos penais abertos. Assim, conquanto ambas sejam designadas *lex imperfectas*, os tipos penais abertos não se inserem na categoria dogmática autônoma das leis penais em branco. O critério que as diferencia está vinculado principalmente à instância à qual a lei penal realiza a remissão normativa: se feita à instância hierarquicamente diversa, o caso é de lei penal em branco; se feita à instância de igual hierarquia, o caso é de tipo penal aberto;

(viii) O fundamento das leis penais em branco é o de viabilizar a flexibilização da lei penal. Considera-se, assim, que os demais fundamentos comumente apontados pela doutrina (submissão, à lei penal, a infração à regulação jurídica de matéria complexa, razões técnicas, expansão do direito penal na tutela de bem jurídicos supraindividuais e a necessidade de conhecimento específico e aprofundando do qual o legislador é carecedor) não devem ser observados como *razões fundamentais*, mas como características proeminentes das matérias tuteladas pela via das leis penais em branco;

(ix) Além do fato de que as leis penais em branco são caracterizadas pela realização de remissões a instâncias hierarquicamente diversas, é possível traçá-las ainda outras duas características essenciais. A *primeira*, bastante simples, é que só podem ser consideradas leis penais em branco aquelas que tratam de tipificar delitos. A *segunda*, observada também como um parâmetro delimitador de legitimidade, configura-se pelo fato de que as leis penais em branco devem proceder à remissão somente questões atinentes à *matéria de proibição* abrangida pela lei penal, não podendo fazê-lo nem em relação à totalidade do preceito proibitivo, e nem em relação à sanção imposta;

(x) Em regra, as remissões realizadas pela lei penal em branco podem ser (i) estáticas ou dinâmicas; (ii) interpretativas; e (iii) explícitas ou implícitas. No que diz respeito às remissões estáticas e dinâmicas, conquanto alguns autores defendam que somente as estáticas seriam legítimas, sustentar que as remissões não podem ser dinâmicas significa ir de encontro ao próprio fundamento das leis penais em branco. Isso,

pois, em não se admitindo a dinamicidade das remissões, a lei penal (em branco) deixa de ser flexível, esvaziando o próprio sentido de sua existência. A par disso, e considerando que nenhuma das modalidades de remissão é, a priori, ilegítima, impõe-se a todas elas, ainda assim, os limites que se projetam do princípio da legalidade;

(xi) As problemáticas envolvendo as leis penais em branco, em sua confrontação ao princípio da legalidade, embora sejam objetos de discussões perenes no âmbito da ciência jurídico-penal, têm se submetido a um particular tensionamento no direito penal contemporâneo. A atual sociedade de risco, ao fazer surgir novos espaços de tutela (penal), sobretudo de caráter supraindividual, tem colocado o princípio da legalidade em um estado de *crise* a se projetar também na maior recorrência às leis penais em branco. Assim, a maneira adequada de discutir tal problemática se dá, considerando o horizonte da contemporaneidade, a partir dos fundamentos do princípio da legalidade, os quais, embora conformáveis às novas dinâmicas sociais, não devem deixar de atender ao primordial papel de garantia;

(xii) A considerar, à luz da contemporaneidade, a existência de novos espaços dignos de tutela penal, tem-se que *locus* do problema a abranger as leis penais em branco (ao menos em sua dimensão vinculada às exigências da legalidade) é definido pela necessidade de que se proceda a novas conformações das bases iluministas do princípio da legalidade, sem que se lhe esvazie seu papel de limitação do poder de punir. Assim considerando, esse espaço tem produzido diferentes concepções doutrinárias acerca da legitimidade das leis penais em branco, desde as mais *restritivas*, que as consideram inconstitucionais, até algumas *moderadas*, que consideram que sua adequação constitucional deve estar condicionada a uma base formada por determinados critérios;

(xiii) Os argumentos traçados pela perspectiva restritiva à recorrência às leis penais em branco – vinculados, sobretudo, à violação às exigências da separação dos poderes do estado e da taxatividade da lei penal –, conquanto devam ser observados como “parâmetros críticos” para a produção das leis penais, são insuficientes para a resolução de sua problemática. Isso, pois, em verdade, tais argumentos se colocam a restringir não só a categoria das leis penais em branco, mas inúmeras outras formas de configuração dos tipos penais, sobretudo ao se considerar, na linha em que tem defendido parte da doutrina, que *todos* os elementos do tipo seriam normativos. Ademais, as restrições

impostas às leis penais em branco se mostram ainda mais agudas nos casos em se recorre a elementares normativas de valoração da conduta proibida, tão comuns em nosso Código Penal (por exemplo, “motivo torpe”, “grave ameaça”, “ato obsceno”, etc.);

(xiv) A perspectiva moderada quanto à recorrência às leis penais em branco sustenta-se, a partir de construções jurisprudenciais e doutrinárias, na ideia de que elas devem estar condicionadas a alguns critérios, sendo eles: (i) a remissão deve ser necessária, e não meramente conveniente, por razão da matéria tutelada; (ii) a remissão não deve ser ilimitada, de modo que deve se realizar sempre forma expressa, definindo os limites da utilização da norma complementadora, e mantendo no âmbito da lei penal a delimitação do núcleo essencial do injusto, em expressão de um juízo de desvalor autônomo da própria lei penal; e (iii) satisfaça, ao vincular-se à norma complementadora, às exigências referentes ao princípio da taxatividade da lei penal. Tais critérios, assim como suas projeções para a delimitação da lei penal em branco, têm como pano de fundo a compreensão de que a lei penal deve buscar ao máximo estabelecer uma comunicação com o indivíduo. Logo, a partir desse ponto de vista, os princípios decorrentes do conteúdo da legalidade possuem uma vinculação proeminentemente individual: o “ponto de corte”, para a delimitação da legitimidade da lei penal em branco é o grau de comunicabilidade que pode ser estabelecido com o indivíduo;

(xv) De pronto, duas substanciais críticas podem ser apontadas aos critérios estabelecidos pela perspectiva moderada. A *primeira* delas é a de que eles não estabelecem, com a necessária clareza, o que imprescindivelmente deve estar contido no âmbito da lei penal e o que pode ser objeto de remissão. A *segunda*, por sua vez, se coloca no sentido de que, ao se dar resguardo constitucional às leis penais em branco com base em um juízo “utilidade” – pois estas restariam justificadas face a necessidade de se atribuir flexibilidade à lei penal –, desconsidera-se a “barreira deontológica” que representa o princípio da legalidade, transformando-o em algo ponderável, como se existisse um “limite aceitável” para sua violação;

(xvi) A definição dos espaços de legitimidade das leis penais em branco passa pela fundamental precisão apriorística do conteúdo do princípio da legalidade. Crê-se, no entanto, que tal precisão não deve se dar, conforme defende parte da doutrina, a partir do caminho traçado pelas categorias desenvolvidas pela teoria da imputação objetiva (em

específico, as categorias do “risco proibido” e do “risco permitido”). Isso, pois, tais categorias, ao também buscarem se estabelecer sob uma ideia de que as leis penais (em branco), assim como os seus respectivos complementos normativos, devem servir como diretrizes comportamentais de orientação individual, se mostram inadequadas quando subsumidas às matérias tuteladas pela via das leis penais em branco;

(xvii) Deve-se assumir, para a definição dos espaços de legitimidade das leis penais em branco, que o princípio da legalidade exerce uma vinculação predominantemente estatal, e não fundamentalmente individual. Desse modo, sua projeção à construção e à interpretação dos tipos penais deve desvincular-se da ideia de que seu fundamento seria estabelecer uma orientação às condutas humanas. É dessa desvinculação, pois, que passa a exsurgir os espaços legítimos das leis penais em branco;

(xviii) Além de se considerar que as leis penais são, em regra, incapazes de estabelecer uma orientação às condutas humanas, o princípio da legalidade, ao se projetar aos momentos construtivos e interpretativos dos tipos penais, deve levar em conta o fato de que lhes são inerentes possuir um certo grau de indeterminação (em outras palavras: mesmo os tipos penais *determinados* possuem, em maior ou menor medida, um certo espaço de indeterminação). Desse modo, a “espiral hermenêutica” a abranger a construção e a interpretação dos tipos penais se constrói, à luz do princípio da legalidade, não a partir do *grau de precisão da lei penal*, mas pela intencionalidade normativa que deve possuir o tipo penal em relação ao bem jurídico a que se propõe tutelar;

(xix) O princípio da legalidade, assim perspectivado em sua vinculação predominantemente estatal – a abranger as atividades construtivas e interpretativas dos tipos penais –, deve buscar, em seu conteúdo e desafio, estabelecer a *contenção da arbitrariedade judicial*. Desse modo, o seu conteúdo liberal se projeta no sentido de que as leis penais devem servir como parâmetros firmes e seguros para a realização da jurisprudência. Assim, elas devem ser capazes de, a partir da intencionalidade normativa indicada pelo bem jurídico tutelado, fornecer subsídios para que a linha metodológica interpretativa possa (i) levar em conta a compreensão intrassistemática do valor significativo, considerado o referente constitucional; (ii) estar adequada ao seu sentido histórico; e (iii) possuir enquadramento em uma solução justa. Dessa forma, pois, é que

a interpretação das leis penais permite a produção, a partir de casos concretos, de respostas constitucionalmente adequadas;

(xx) As leis penais em branco encontram o seu espaço de legitimidade na medida em que elas sejam capazes de corresponder à contenção da arbitrariedade judicial, assim observada como exigência precípua a se projetar do princípio da legalidade. Tem-se, ademais, que, nos casos em que a tutela do bem jurídico realmente demanda a flexibilização da lei penal, a arbitrariedade judicial será inclusive melhor contida justamente pela recorrência à lei penal em branco, pois se deixará ao encargo do complemento normativo (e não do intérprete, que estará limitado pela lei penal e seu complemento) estabelecer o modo de realização de tal flexibilização. É dizer: nessas hipóteses, recomenda-se, para a maior realização do princípio da legalidade, a utilização das leis penais em branco.

REFERÊNCIAS

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. “El principio de certeza en las leyes penales en blanco”. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 1999, fascículo 9, pp. 13-34.
- ABEL SOUTO, Miguel. “Las leyes penales en blanco”. *Nuevo Foro Penal*, jul.-dec., 2005, n° 68, pp. 13-30.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Taxatividad, reserva de ley y cláusulas de lesividad en las normas penales en blanco: Consideraciones al hilo de la STC 101/2012, de 8 de mayo”. *Diário La Ley*, 2012, ano XXXIII, n° 7922, pp. 01-06.
- AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade do risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.
- BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal*. Parte general. 2ª Ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *O regime legal do erro e as normas penais em branco (ubi lex distinguit...)*. Coimbra: Almedina, 2001.
- BINDING, Karl. *Die normen und ihre Übertretung*. Bd. I, p. 158 *apud* SILVA, Pablo Alfen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- BOARO, Guilherme. *O direito penal na sociedade de risco*. Canal Ciências Criminais, 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/o-direito-penal-na-sociedade-de-risco/>. Acesso em 10 set. 2017.
- BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2014.
- BRANDARÍZ GARCÍA, José Ángel. “La problemática de las normas penales en blanco”. In FARALDO CABANA, Patricia (Dir.); PUENTE ABA, Luz María (Coord.).

Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el código penal y la legislación especial. Tirant lo Blanch: Valencia, 2011, pp. 106-119.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Parte geral. Tomo 1. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BRICOLA, Franco. “Il principio di legalità e la discrezionalità penale in materia di sanzioni criminali: pene e misure di sicurezza”. *Scritti di Diritto Penale*: opere monografiche. Dott. A. Giuffrè Editore: Milão, 2000, pp. 845-944.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal*. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan José; MALARÉE, Hernan Hormazábal. *Lecciones de derecho penal*. Vol. 1. Madrid: Trotta, 1997.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CAPALOZZA, Enzo. “Le norma penali in bianco nella dottrina dell’errore”. *Revista Italiana di Diritto Penale*, 1936, ano VIII, n. XIV, pp. 260-268.

CASTANHEIRA NEVES, António. “O princípio da legalidade criminal: seu problema jurídico e o seu critério dogmático”. *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editoria, 1995, vol. 1, pp. 348-473

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTON, Tomás Salvador. *Derecho penal*. Parte general. 4ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

COLLAO, Luis Rodríguez. “Constitucionalidad de las leyes penales en blanco”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 1984, nº 08, pp. 231-245.

CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1968.

CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Temis, 1988.

D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

D’AVILA, Fabio Roberto. “Tipo, ilícito e valor: notas conceituais e sistemáticas”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, jul. 2016, nº 121, v. 24, pp. 99-126

DELGADO, Esteban Mestre. “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, nº 02, pp. 503-528.

DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Tirant lo Blanch: Valencia, 1999.

- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ESPANHA. Tribunal Constitucional de España. Sentencia nº 283/2006, disponível em <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5885>, acesso em 29 set 2017.
- FARIA COSTA, José de. “Ler Beccaria hoje”. Prólogo do livro *Dos delitos e das penas* (BECCARIA, Cesare. Trad. José de Faria Costa). Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1998.
- FARIA COSTA, José de. “O fenômeno da globalização e o direito penal econômico”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, abr.-jun., 2001, vol. 34, pp. 09-25.
- FARIA COSTA, José de. “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?”. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Coimbra: 2002, ano 134, nº 3933, pp. 354-366.
- FARIA COSTA, José de. *Direito penal econômico*. Coimbra: Quarteto, 2003.
- FARIA COSTA, José de. “Um olhar doloroso sobre o direito penal (ou o encontro inescapável do homo dolens enquanto corpo próprio, com o direito penal)”. *Linhas de Direito Penal e Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.
- FARIA, José Eduardo. “O judiciário após a globalização”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez., 1996, nº 16, v. 04, pp. 162-168.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a Constituição penal*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FEUERBACH, Johannes Paul Anselm von. *Tratado de derecho penal*. Trad. Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemaiier. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. “O papel do direito penal na proteção das gerações futuras”. *Boletim da Faculdade de Direito*, 2003, nº LXXV, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 45-58.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. “Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal econômico e social português”. In D'Avila, Fabio; Sporleder de Souza, Paulo Vinícius. (coords.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista do Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 13-69.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*. Parte geral. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”. *Estudios Penales y Criminológicos*. Santiago de Compostela: USC, 1993, XVI, pp. 64-103.

GAUER, Ruth Maria Chittó. *A fundação da norma: para além da racionalidade histórica*. Porto Alegre: Edipucrs, 2011.

GÓMEZ PAVÓN, Pilar. “Cuestiones actuales del derecho penal económico: el principio de legalidade y las remisiones normativas”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai.-jun., 2004, nº 48, pp. 108-163.

GRAU, Eros. Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRECO, Luis. “A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-fev., 2006, v. 14, n. 58, pp. 152-194.

HABERMAS, Jürgen. *Sobre a constituição da Europa*. Trad. Denilson Luiz Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Martin Claret, 2011.

HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Princípios del derecho penal: la ley y el delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. In Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LARENZ, Karl. *Metodologia de la ciencia del derecho*. Trad. Marcelino Rodriguez Molinero. Barcelona: Ariel, 2001.

LIMA, Bruna Aspar. *A reparação do dano como protagonista no direito penal ambiental: o caráter de ultima ratio, subsidiariedade e fragmentariedade*. São Leopoldo: UNISINOS, 2014, 133f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014.

LOCKE, John. *Dois tratados de governo civil*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

- MADRID CONESA, Fulgencio. *La legalidad del delito*. Valencia: Universidad de Valencia, 1983.
- MANRIQUE, Laura; NAVARRO, Pablo E. “El desafío de la taxatividad”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones); Boletín Oficial del Estado, set.-dez., 2005, tomo LVIII, fasc. III, pp. 807-836.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Parte generale. 3ª Ed. Padova: Cedam, 2002.
- MANTOVANI, Ferrando. *Principi di diritto penale*. Padova: Cedam, 2002.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Vol. I. 4ª Ed. Torino: UTET, 1961.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1964.
- MEROLLI, Guilherme. *Fundamentos críticos de direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.
- MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2ª Ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2003.
- MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Derecho penal*. Introducción. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.
- MORRISON, Wayne. *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*. Barcelona: Anthropos, 2012.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte general. 2ª Ed. Valência: Tirant lo Blanch, 1996, p. 103.
- RIPOLLÉS, José Luis Díes. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. In Coleção Os Pensadores. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2ª Ed. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016;

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. *O crime de evasão de divisas: a tutela penal do Sistema Financeiro Nacional na perspectiva da política cambial brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHÜNEMANN, Bernd. “Las reglas de la técnica em derecho penal”. In *Obras. Bernd Schünemann*. Tomo I. Buenos Aires: Rubenzal, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 13.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. “Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las ‘leyes en blanco’”. *Estudios Penales y Criminológicos*. Santiago de Compostella: USC, 1993, XVI, pp. 423-461.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª Ed. Madrid: Civitas, 2001.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SILVA, Pablo Alflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. 4ª Ed. 11ª Reimp. Buenos Aires: TEA, 1999.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. “Breves reflexões sobre os elementos normativos negativos do tipo”. *Revista Jurídica*, jan., 2006, ano 54, nº 339, pp. 73-82.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

TIEDEMANN, Klaus. “La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, jan.-mar. 2002, vol. 10, pp. 73-97.

TOCILDO, Susana Huerta. “El derecho fundamental a la legalidad”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, set.-dez., 1993, ano 13, nº 39, pp. 81-113.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

VEGA, Dulce Maria Santana. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad hoc, 2000.

VELÁSQUEZ, Fernando Velásquez. “Globalización y derecho penal”, disponível em https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_34.pdf, acesso em 25 set. 2017.

WEBER, Max. *O político e o cientista*. 3ª Ed. Lisboa: Presença Ltda., 1979.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de derecho penal*. Parte general. Tomo I. 6ª Ed. Buenos Aires: Ediar, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. “La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal”. *Direito e Cidadania*, Cabo Verde: Publicaciones Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional Universidad de Castilla la Mancha, 1999-2000, ano III, nº 8, pp. 71-96.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*. Parte general. 2ª Ed. Buenos Aires: Ediar, 2006.

ZÚÑIGA MORALES, Sandra Eugenia. “Cuando las normas penales en blanco vulneram el principio de legalidade”. *Revista de Derecho*, 2004, nº 08, pp. 161-182.