

A função de garantia da lei penal

Considerações acerca do princípio da legalidade

Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Sumário.

1. Introdução. 1.1. *Nullum crimen sine lex scripta*. 1.2. *Nullum crimen sine lex stricta*. 1.3. *Nullum crimen sine lex certa (Bestimmtheitgrundsatz)*. 1.4. *Nullum crimen sine lex praevia*. 2. Conclusão.

1. Introdução

Toda lei penal traduz uma decisão política (político-criminal), ou seja, esta dá origem àquela, apesar disso, o vínculo existente entre ambas é “quebrado” pelo princípio fundamental da legalidade, de máxima significação para a segurança jurídica. O princípio da legalidade (*Gesetzlichkeitsprinzip*) está descrito no art. 5º, inciso XXXIX, da CF/88, que expressa *in verbis*: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, e no Código Penal em seu art. 1º com igual teor (na República Federal da Alemanha, o princípio da legalidade está no Art. 103, II, GG, no § 1. StGB e § 3. OwiG¹).

Segundo esse princípio, uma ação somente pode ser punida quando a punibilidade estiver determinada antes da ação ser perpetrada. Ou seja, os pressupostos da punibilidade e as conseqüências jurídicas do ato precisam estar determinados já na época do fato por meio de lei. Assim, desde já, pode-se afirmar que implica a exigência de legalidade (*nullum crimen sine lege*) como também a ameaça de sanções penais (*nulla poena sine lege*), sendo que sua formulação

Pablo Rodrigo Alflen da Silva é advogado criminal em Porto Alegre.

latina foi elaborada por Paul Johann Anselm von Feuerbach² – apesar deste ter-lhe atribuído vinculação à teoria da pena como coação psicológica, i.e., a lei penal devia preceder à conduta delituosa para cumprir sua função preventiva. Sua relevância atual é indiscutível, bem como sua hierarquia constitucional, expressando-se pelo fato de que todas as questões relativas às leis penais e à sua limitação têm de ser resolvidas a partir do princípio da legalidade. Sobre tudo, determina que somente por uma lei formal, isto é, um ato de direito de um órgão do Poder Legislativo, previsto constitucionalmente, pode-se criar delitos e penas. Trata-se de uma típica expressão de garantia formal do *Rechtsstaatsprinzip*³, o qual, por sua vez, significa que o exercício do poder estatal somente é possível sobre o fundamento da Constituição e no limite das leis, com o objetivo de garantir a dignidade do homem, liberdade, justiça e segurança jurídica.

Na República Federal da Alemanha, o princípio da legalidade foi estendido aos ilícitos administrativos (§ 3. OWiG), autorizando, inclusive, “incriminação” por parte de fontes subprimárias das autoridades centrais e periféricas. Segundo Günther Jakobs⁴, a lei, no sentido do princípio da legalidade, é toda norma jurídica escrita, quer se trate de uma lei formal, um regulamento ou decreto; porém, deve-se ter em vista que o Art. 104, 1 GG estabelece que somente por lei formal se pode impor pena privativa de liberdade. Há que se observar, ainda, que a Lei fundamental da República Federal da Alemanha prevê a competência da Federação e dos *Länder*⁵ para legislar em matéria penal; trata-se da hipótese de técnica de *Konkurrierenden Gesetzgebung* (Art. 74, 1 GG), embora não se exclua a possibilidade de o Estado reservar-se a produção legislativa (Art. 77, 2 GG), o que possibilita o recurso a leis penais em branco nos casos de concorrência legislativa, pois o Art. 80, 1 GG estabelece que os *Länder* podem ser autorizados por meio de lei federal a emitir decretos, embora a lei deva

determinar o conteúdo, objetivo e extensão da autorização outorgada, sendo que as regras principais encontram-se na Lei de Introdução ao StGB (Art. 1-4 EGStGB)⁶. A generalização da formação da lei determina um risco para a segurança jurídica, porque pode ser produzida por meio da vinculação excessiva a *cláusulas gerais* objetivamente distintas, que anulam a função de garantia da lei penal⁷. Assim, pelo princípio da legalidade se realiza a *função de garantia* da lei penal⁸ como uma “*Magna Charta des Verbrechers*” (Liszt) e este hoje é reconhecido por quatro desdobramentos: a fundamentação da pena e o agravamento não podem realizar-se por meio do Direito consuetudinário (*nullum crimen sine lex scripta*), nem por meio de aplicação analógica da lei penal (*nullum crimen sine lex stricta*) e nem com força retroativa (*nullum crimen sine lex praevia*). Além disso, a lei penal deve ser precisa, ou seja, seu conteúdo e limites devem ser definidos pelo próprio texto de lei na medida do possível (*nullum crimen sine lex certa*)⁹. Como adverte Jescheck, os dois primeiros dirigem-se ao juiz e os últimos ao legislador, pois “*Der Grad der Bindung des Richters an das Gesetz wird bestimmt durch den Grad der Genauigkeit, mit dem der Gemeinwille im Gesetz zum Ausdruck gelangt ist*”¹⁰. E nesse sentido afirma Hassemer que “*der Richterspruch hat keine andere Aufgabe als die den Inhalt des Gesetzes auf den zu entscheidenden Fall hin zu konkretisieren. Die Bindung des Richters an das Gesetz ist zwingend*”¹¹, embora, com razão, entenda que o princípio da legalidade vincula o juiz tanto pela proibição da analogia, como também pela proibição da retroatividade¹².

Doravante, a formulação atual de tal princípio requer uma análise mais precisa a partir da justificação dos seus quatro desdobramentos já mencionados, pois, sendo todas as questões relativas às leis penais e sua limitação resolvidas a partir do princípio da legalidade, é de fundamental relevância para a análise das leis penais em geral.

1.1. Nullum crimen sine lex scripta

Como pressuposto fundamental do princípio da legalidade, é indispensável uma lei absoluta, por meio da qual uma conduta deve ser declarada punível, ou seja, todas as normas escritas admitidas como fontes jurídicas regulares e dotadas de força obrigatória. Da exigência de uma *lex scripta* (*nullum crimen sine lex scripta*), portanto, resulta a inevitável exclusão do Direito consuetudinário, no sentido de que, costumeiramente, não se constitui nenhum tipo penal e nem se possibilita o agravamento da pena¹³. Nesse aspecto, a fundamentação da pena de um tipo de delito da Parte Especial está totalmente descartada.

O Direito consuetudinário não se forma por meio de ato jurídico formal e, como adverte Jescheck, “*Der Grund für den Ausschluss des Gewohnheitsrechts liegt in der Forderung, dass Strafnormen nur durch die Volksvertretung als höchstem Repräsentanten des Volkswillens in dem für die Gesetzgebung vorgesehen Verfahren erlassen werden dürfen*”¹⁴. Trata-se de fundamentação essencialmente representativa-democrática do princípio da legalidade, embora seja um grave equívoco concluir que o direito costumeiro esteja afastado por completo do âmbito do Direito Penal.

Por esse postulado, é igualmente exigida a imposição de penas privativas de liberdade por meio de uma lei formal, entendendo-se como lei formal o ato de vontade do poder legislativo em conformidade com o procedimento constitucionalmente previsto e proclamado regularmente¹⁵. Não obstante, disso não se exclui que a especificação precisa de tipos penais – como ocorre com as leis penais em branco – delegue-se do legislador à administração¹⁶. Contudo, a situação é distinta – e quanto a isso a literatura jurídico-penal é uniforme – quando se trata de aplicação do Direito consuetudinário nas hipóteses de benefício ao autor do fato punível, de maneira que, tanto para o caso de eliminação (causa supralegal de exclusão da ilicitude), como atenuação da

pena, é possível reconhecer a eliminação da lei penal por meio do Direito consuetudinário¹⁷, ou seja, sempre que o costume beneficie o cidadão, considera-se como fonte do Direito Penal.

Não obstante, como tem decidido o STJ, para revogar por *desuetudo* a norma penal, são exigidos o reconhecimento geral e a vontade geral de que a norma atue como Direito vigente, de modo que a mera tolerância ou omissão das autoridades na repreensão de certos delitos ou contravenções não implica a perda da eficácia da norma penal¹⁸. Jescheck já tem-se manifestado acerca desses pressupostos afirmando, com razão, que “*Im Strafrecht entsteht Gewohnheitsrecht vor allem durch den Gerichtsgebrauch, doch muß auch hier zur ständigen Übung die Anerkennung als Rechtsanwendung durch die Gemeinschaft hinzutreten*”¹⁹. Ou seja, o Direito consuetudinário, no âmbito do Direito Penal, obtém força e validade gerando uma convicção jurídica geral, por meio da aplicabilidade nas decisões judiciais e o reconhecimento social como Direito aplicado, pois, nesse caso, não se trata de interpretar um texto dado (texto de norma), mas de “formular lingüisticamente” a norma a partir da conduta.

1.2. Nullum crimen sine lex stricta

O segundo postulado do princípio da legalidade conduz, enfim, tanto à proibição da analogia, como à interpretação da lei penal. Em princípio, por analogia compreende-se a aplicação de uma regra legal (para um ou mais tipos semelhantes existentes simultaneamente) a um caso isolado não regulado legalmente²⁰. Como afirmam Schönke/Schröder/Eser²¹, “*Es handelt sich daher um eine Methode richterlicher Rechtsfortbildung zur Auffindung und Ausfüllung (planwidriger) Regelungslücken. Die Lückenfüllung kann sowohl durch Gesetzanalogie wie auch durch Rechtsanalogie erfolgen*”. Ambas distinguem-se pelo fato de que, de um caso regulado a um não regulado, transcreve-se o pensamento jurídico concluindo-se, no primeiro caso, pela norma legal individual

e, no segundo, por muitos tipos (*Tatbestände*), resultando, dessa maneira, o pensamento jurídico geral. Assim, em face da função de garantia da lei penal por meio da exigência de uma *lex praevia e scripta*, é proibido, no âmbito do Direito Penal, o emprego da analogia como meio de criação e ampliação da disposição penal, bem como do agravamento de penas para garantir a punição, pois, tratando-se de forma de supressão de lacunas, supõe a inexistência de texto de lei específico, aplicável ao caso. Trata-se de hipótese de analogia *in malam partem*.

De modo notável, expressa Jescheck²² que “*Der Begriff des Analogieverbots, wie er im wissenschaftlichen Sprachgebrauch allgemein verwendet wird, bedeutet den Ausschluß einer Rechtsanwendung, die über den durch Auslegung zu ermittelnden Sinngehalt einer Strafnorm hinausgeht*”, ou seja, o âmbito de aplicação da proibição da analogia estende-se, fundamentalmente, sobre todos os pressupostos do tipo penal, como também sobre as conseqüências da ação²³. Em relação aos pressupostos da punibilidade, a proibição da analogia abrange, antes de tudo, os elementos fundamentais do injusto, como também da culpabilidade, e isso vale, indubitavelmente, em qualquer caso para os tipos penais da Parte Especial, como às ameaças de pena também quando se encontram excepcionalmente na Parte Geral²⁴. Igualmente, sobre os pressupostos do injusto e da culpabilidade, a proibição da analogia abrange, também, eventuais circunstâncias que elevam ou respectivamente fundamentam a pena, bem como, acerca das conseqüências da ação, é inadmissível o agravamento da pena ou a imposição de penas acessórias não previstas. Ademais, Roxin tem ressaltado que a proibição da analogia também estende-se sobre as hipóteses de leis penais em branco:

“Es ist ferner auch für Blankettstrafgesetz gültig. Das sind (vor allem im Nebenstrafrecht vorfindbare) Strafdrohungen, die hinsichtlich der Strafbarkeitsvoraussetzungen auf andere Vorschriften

*verweisen. Bei ihnen gilt das Analogieverbot auch für die ausfüllende Regelung, die den eigentlichen Tatbestand darstellt”*²⁵.

Em vista disso, o intérprete-aplicador da lei, acerca da generalização com que a lei formula certos elementos positivos do delito, deve ser o mais específico possível, estreitando o âmbito de aplicação, isto é, nunca aumentando o nível de generalização ampliando seu âmbito de aplicação em face da proibição da analogia. Ao contrário, tem-se admitido a aplicação da analogia *in bonam partem*, sendo que, no âmbito da Parte Geral do Código Penal, pode haver quanto às atenuantes e causas de exclusão da pena e, na Parte Especial, até onde as disposições levem à limitação das penas e respectivamente da punibilidade²⁶. Porém, com razão, Roxin tem ressaltado que é proibida a ampliação de causas exculpantes ou excludentes da pena quando excedem os limites estritos do texto da lei; em vista disso, possibilita-se ao juiz o emprego de integração analógica.

Acerca da segunda hipótese decorrente do *nullum crimen sine lex stricta*, tem-se que interpretação, em sentido estrito, significa, na ciência jurídica, compreender e fazer compreensível o sentido jurídico de um texto, sendo que a partir daí se deduz que não há interpretação sem compreensão nem esta sem aquela. E isso possui estrita vinculação com a questão hermenêutica, pois, como adverte Hans-Georg Gadamer²⁷, “*Die Klassische Disziplin, die es mit der Kunst des Verstehens von Texten zu tun hat, ist die Hermeneutik*”. De modo que toda norma jurídica precisa ser interpretada e isso vale também quanto a “textos claros”²⁸, ou seja, há um total rechaço à aplicação da máxima romana *in claris cessat interpretatio*. Não obstante, os juristas do Direito Penal carecem de princípios elaborados para orientar suas escolhas metodológicas, de maneira que o Direito Penal vigente tem-se restringido aos métodos desenvolvidos por Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) em seu “*System des heu-*

tigen römischen Rechts", partindo da orientação da hermenêutica clássica²⁹, levando em consideração os métodos lógico-gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Por meio do denominado método gramatical, procura-se verificar o significado das palavras de acordo com a linguagem legal ou natural; acerca disso a literatura penal tem tradicionalmente considerado essencial a terminologia jurídica.

Tal método encontra sua complementação no sistemático, pelo qual se pretende deduzir o sentido da lei pela posição na relação completa de uma lei, no contexto do sistema. Pelo método histórico, pretende-se extrair o sentido da lei de acordo com o contexto histórico geral em que ela se encontra e a partir daí explicar a matéria específica da lei. O método teleológico conduz a trabalhar o *τελος* (fim) e o valor da lei, para que, de modo imediato, possa reconhecer-se o sentido imanente de uma disposição. Este último, os juristas do Direito Penal têm reconhecido como princípio geral³⁰ e Jeschek³¹ tem ressaltado que "*Dabei ist es wichtig, nicht nur nach den Rechtsgütern, deren Schutz der Gesetzgeber im Auge gehabt hat, sondern auch die sozialethischen Handlungswerte zu berücksichtigen, die bei der Aufstellung der Strafschrift entscheidend mitgesprochen haben*", embora seja discutível, principalmente, quanto à consideração ao valor ético-social da ação, tendo em vista as diversas orientações a esse respeito, tanto de Welzel como às críticas elaboradas a este por Roxin, mas, certamente, por meio da contínua representação dos bens jurídicos protegidos, permanece garantida a interpretação diante do declínio ao formalismo.

Na perspectiva da hermenêutica contemporânea, baseada em Heidegger, "a interpretação é o processo, em que a compreensão dedica-se a compreender o ser"³². A interpretação é a elaboração da própria compreensão. A partir daí, Gadamer – consubstanciado na idéia de Dilthey, de que a compreensão está vinculada ao contexto da vida, e de Heidegger, de que a compreensão

é existencial – considera que compreender somente é possível quando já se parte com uma pré-compreensão no texto. De maneira que compreender é sempre uma atividade produtiva, não reprodutiva. O intérprete precisa saber que a compreensão do texto é sempre também uma aplicação³³. Portanto, Gadamer não se limita à unificação da compreensão e da interpretação, pois insere nisso, também, a aplicação. Gadamer renuncia aos pré-juízos (*Vorurteil*), tendo em vista que somente abstraindo esses é possível elaborar uma consciência histórica que permita transpor a visão de método do positivismo jurídico.

Mutatis mutandis, Enrique Bacigalupo³⁴, aderindo à orientação hermenêutica contemporânea com base em M. Heidegger e H. G. Gadamer, tem-se manifestado, em oposição aos métodos de orientação da hermenêutica clássica, afirmando que não se tratam apenas de métodos de estrutura distintos, senão que conduzem a soluções diversas referentes ao texto, bem como que as razões que determinam a aplicação de um ou outro meio são totalmente obscuras e que *não há método algum para decidir entre os distintos métodos*. Isso coaduna perfeitamente com a expressiva colocação de Gadamer de que "*Was Geisteswissenschaften zu Wissenschaften macht, läßt sich eher aus der Tradition des Bildungsbegriffes verstehen als aus der Methodennidee der modernen Wissenschaft*"³⁵.

A dogmática penal clássica, como os demais ramos jurídicos, está vinculada à clássica concepção de interpretação que parte do dogma da *mens legis* desenvolvida pela teoria objetiva, da qual o próprio Karl Binding (*Die Normen und ihre Übertretung*) foi um partidário. A partir da experiência hermenêutica, esse esquema já não é válido em face da superação do esquema sujeito/objeto (da teoria tradicional do conhecimento) que somente Heidegger consegue transpor situando-se além da problemática da subjetividade. Com isso, há uma transformação considerável na questão da interpretação dos textos de Direito Penal, eliminan-

do-se a falsa concepção do interpretar como “decifrar” o que está na lei (por meio da *mens legis* ou *mens legislatoris* cuja distinção atualmente é obsoleta, visto que ambas reportam-se a uma vontade), pois, em princípio, interpretação não só é privilégio do jurista-intérprete, como também do destinatário da norma.

1.3. Nullum crimen sine lex certa (Bestimmtheitsgrundsatz)

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

Assim, esse princípio refere-se aos pressupostos jurídicos, i.e., às características que se referem à punibilidade da conduta. As leis penais devem distinguir claramente as proibições das autorizações, bem como os elementos do tipo devem identificar em concreto o alcance e o âmbito de aplicação do tipo penal³⁶. Por esse princípio se pressupõe que o indivíduo não deve apenas poder saber o que lhe é proibido penalmente, senão também com que pena lhe ameaça para o caso de infringência àquela proibição. Daí afirmar que se trata de princípio do *rechtstaatlichen*, que radica na proteção constitucional da dignidade e responsabilidade do homem que o legislador deve observar e respeitar quanto à formação do Direito Penal, pois a partir daí é possível constatar que, para aplicar determinada sanção, está justificada a intervenção do Estado na esfera dos direitos do cidadão. E como brilhantemente tem ressaltado Klaus Stern

“Im Grunde handelt es sich bei der Klarheit und Bestimmtheit um einen Aufschluss der Rechtssicherheit, um eine Anforderung, die aus dem Wesen des Rechts abzuleiten ist. Rechtsnormen, die unklar,

unverständlich, sprachlich unzulänglich und unbestimmt formuliert sind, verletzen ihr Ziel”³⁷.

Desse modo, afirmam ainda Schönke/Schröder/Eser que “*Das Strafgesetz kann seine Aufgabe, maßgebliche Grundlage der Strafbarkeit zu sein, nur dann erfüllen, wenn es sowohl die poenalisierte Tat wie auch deren Folgen mit hinreichender Bestimmtheit umschreibt*”³⁸, já que somente quando a lei penal estiver suficientemente determinada poderá o destinatário da norma, com auxílio no respectivo texto e a partir da interpretação desse, prever que conduta está proibida penalmente e que pena lhe é aplicada no caso de eventual violação³⁹. Nesse sentido, ressalta Jescheck que “*Auch in diesem Punkte die Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips an das Strafrecht strenger als auf anderen Gebieten*”⁴⁰.

Sendo assim, a determinação dos pressupostos jurídicos de um fato punível falta se referente a ele não existe uma lei que descreva exatamente o injusto, pois, naturalmente, uma lei em virtude da qual se declare punível, por exemplo, a lesão de “bens personalíssimos” seria inconstitucional, visto que tais bens são plenamente possíveis de ser elencados (vida, integridade física, liberdade, etc.). Entretanto, segundo Schönke/Schröder/Eser, tal exigência não necessita ser extrema nem mesmo quanto às conseqüências do delito, tendo em vista que até alguns elementos puramente descritivos, sem valoração alguma, não são absolutamente determinados (são relativamente indeterminados, por exemplo, “obstáculo à subtração de coisa” no art. 155, § 4º, I, do CP)⁴¹, sendo que, nesse caso, autênticos elementos normativos (por exemplo, “alheio” nos crimes contra o patrimônio, “mulher honesta” nos crimes contra os costumes, a “condição análoga à de escravo” disposta no art. 149, CP) distinguem-se deles somente devido a seu maior grau de necessidade de valoração. E com razão afirmam os conspícuos autores que “*Übertriebene Bestimmtheitsforderungen bzw. ein völliger Verzicht auf normative Begriffsmerkmale*

und Generalklauseln müßten dazu führen, daß die Gesetze zu starr und kasuistisch würden"⁴², não satisfazendo mais, assim, a multiformidade da vida, a mudança das relações e mesmo as peculiaridades de cada caso isolado, porque eles são indispensáveis, ou ainda, inevitáveis na elaboração dos tipos (*Tatbestände*) em face da adequação do Direito Penal às exigências contemporâneas, sendo, em certo aspecto, necessária essa "flexibilização". Porém, há que se observar, ainda, nesse aspecto, que tanto o emprego de características normativas com excessiva despreocupação ou excessos de características do tipo, como a elaboração de tipos completamente indeterminados e de conteúdo vago colocarão a critério do juiz a tarefa da determinação exata, atribuindo-lhe arbítrio excessivo⁴³. Naturalmente, resulta entre a rigorosa exigência de determinação e a necessidade de "flexibilização" uma determinação legal suficiente, o que significa que a utilização de conceitos que necessitam de complemento de valoração e de cláusulas gerais será inconstitucional quando essa técnica legislativa for evitável⁴⁴. Em todo caso, permanece a exigência de que o legislador utilize tanto quanto possível conceitos determinados, pois, onde ao legislador se impõe, afasta-se ao juiz a decisão de um juízo positivo ou negativo seguro, apesar de lhe ser possível uma outra concretização.

Também quanto à ameaça de sanção, é exigida a observância do princípio da determinação (em decorrência do *nulla poena sine lege*), porém, nesse caso, é pouco rigorosa quanto à medida da pena aplicável, pois não é necessária a determinação absoluta da pena, embora não deva ficar a critério do juiz a escolha completa da espécie e medida de pena, de maneira que são estabelecidos limites. Desse modo, mensurado na idéia de justiça, precisam ser regulados o tipo e a consequência jurídica ajustada ao caso, tendo em vista que a ameaça de pena também é de significação decisiva para a caracterização, valorização e interpretação do tipo penal⁴⁵. Assim, o princípio da legalidade exi-

ge uma determinação ao menos também legal e não só interpretativa.

1.4. Nullum crimen sine lex praevia

O pressuposto do *nullum crimen sine lex praevia* não apresenta maiores dificuldades. Como decorrência do art. 5º, inciso XXXIX, juntamente com o inciso XL da CF/88 (e art. 1º, CP), consiste na quarta consequência do princípio da legalidade, segundo a qual resulta proibida a retroatividade da lei penal. Por meio de uma *lex praevia* proíbe-se tanto a fundamentação da pena como também o agravamento desta como resultado de Direito ulterior⁴⁶. A proibição da retroatividade das leis penais significa que uma conduta que à época do seu cometimento não era punível não poderá ser declarada, posteriormente, como punível, estendendo-se, além disso, a proibição a outros agravamentos posteriores da situação jurídica do indivíduo⁴⁷. Nesse sentido, trata-se de uma garantia ao cidadão que lhe assegura, ademais, que só será punido quando a lei estabelecer *previamente* que o fato cometido constitui crime e, por isso, é ameaçado com pena, garantindo, desse modo, que ninguém será surpreendido por sanções imprevisíveis⁴⁸.

Essa proibição da retroatividade não pode fundamentar-se *somente* pelo *Rechtsstaatsprinzip* e a preservação da dignidade humana ligada ao princípio da culpabilidade, senão por uma função político-criminal, pois as normas penais pressupõem a determinação dos indivíduos para certos comportamentos sociais já tipificados. Desse modo, esse postulado encontra fundamento ainda nos fins da pena tanto numa perspectiva monista como unificadora dialética. O primeiro aspecto a se analisar nesse sentido refere-se à pena retributiva que, mesmo sendo analisada sob a perspectiva kantiana, só se justifica em razão de o indivíduo ter infringido culpavelmente o ordenamento jurídico, exigindo que a culpabilidade seja compensada com um mal penal. Embora Jescheck tenha manifestado que o "*Anknüpfungspunkt des Schuldvorwurfs ist*

nicht das Gesetz, sondern der materielle Unrechtsgehalt der Tat, der auch dann gegeben sein kann, wenn die Tat nicht mit Strafe bedroht ist"⁴⁹, a lei deve preexistir ao fato para que se afirme a potencial consciência da ilicitude, bem como se observe o livre arbítrio consubstanciado no poder-agir-de-outro-modo, em face da conduta exigida⁵⁰. Sob o aspecto da prevenção geral, a exigência do *nullum crimen sine lex praevia* é inerente à função motivadora da norma punitiva a partir dos seus efeitos intimidatórios sobre a generalidade das pessoas. É indispensável que a lei estabeleça previamente o fato delitivo para que o cidadão se sinta efetivamente motivado a não praticá-lo. Segundo Antón Oneca⁵¹, esse postulado possui ainda dois fundamentos, um de ordem prática e outro teórica. O primeiro consiste em que, se tivesse efeito retroativo, cada nova lei traria ao mundo uma revolução caótica das relações jurídicas ao remover todo o passado. E o segundo se refere aos direitos adquiridos pelo delinqüente que pode ser punido por uma lei que não pôde violar por não estar vigente na época da comissão do fato. Dessa forma, a lei penal deve ser entendida como aplicável apenas aos fatos cometidos após a sua entrada em vigência, excluindo-se as denominadas leis *ex post facto*. Não obstante, o art. 5º, inciso XL, CF/88 (e art. 2º, parágrafo único, CP, que igualmente estabelece a hipótese de *lex mitior*), reconhece uma exceção à irretroatividade da lei penal, para o caso de lei penal mais benigna; ou seja, se a lei vigente no momento do fato não é a mesma lei vigente no momento da sentença, há que se aplicar a lei mais favorável. Isso porque, no caso de agravamento posterior, que abarque a antiga hipótese, falta a plena identidade quantitativa com a lei vigente no momento do fato. Conquanto, a determinação de qual é a lei mais benigna, devido à sua complexidade, não é possível fazer abstratamente, senão apenas em face do caso concreto. Assim, deve-se resolver o caso de maneira hipotética, de acordo com uma e outra lei, comparando em seguida as solu-

ções para, enfim, determinar qual é a lei menos gravosa para o autor. De modo que se um crime é excluído por uma lei posterior, ocorre *abolitio criminis*, que implica a retroatividade da lei nova, fazendo cessar, por conseguinte, tanto a execução da pena, como o desaparecimento dos efeitos penais. Deve-se observar ainda a existência das chamadas leis intermediárias (*zwischen gesetz*), ou seja, é aplicada também a lei mais favorável que entre a prática e o julgamento do ato tem vigência⁵².

Uma exceção à retroatividade da lei penal mais benéfica há no caso de a lei anterior ser uma lei temporária⁵³ ou excepcional, segundo o art. 3º do CP. Por lei temporária entende-se aquelas leis que devem valer por um período determinado ou por um acontecimento futuro delimitado no tempo (lei temporária em sentido estrito) ou de acordo com seu conteúdo, reconhecida apenas como regra provisória para circunstâncias temporárias especiais (lei temporária em sentido lato)⁵⁴, e leis excepcionais são aquelas que limitam sua vigência a um tempo determinado, mas incerto, que se caracteriza pela existência de uma circunstância excepcional. Nesses casos, não vigora a retroatividade penal mais benéfica estabelecida no art. 2º do CP, contudo, apresentam nesse aspecto um caráter constitucional duvidoso em face da regra da irretroatividade disposta no art. 5º, inciso XL, da CF/88, que estabelece como exceção a retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu.

2. Conclusão

A partir do princípio da legalidade torna-se possível limitar o abuso para fins de regulamentações ilegítimas. É indubitável, portanto, que o princípio da legalidade, enquanto expressão do *Rechtsstaatsprinzip* no Direito Penal, por meio do qual se realiza a função de garantia da lei penal, é fundamental para o desenvolvimento do Direito Penal. E, justamente por isso, seus postulados, que já desde a sua formulação a partir

do pensamento liberal-democrático de Feuerbach, têm sofrido alterações. Contudo, é preciso observar que não há mais retorno ao Positivismo do séc. XIX e, portanto, deve-se partir de uma visão pluralista da ciência e da filosofia (o que tem sido desenvolvido pelo notável jusfilósofo alemão Arthur Kaufmann), de maneira que, em Direito Penal, as teorias jurídico-formais estejam vinculadas à compreensão do significado do Direito, a hermenêutica, a qual, a partir de sua fundamentação contemporânea, insere modificações na base do princípio da legalidade, particularmente, em relação à questão da interpretação da lei penal (*lex stricta*). Outro aspecto que deve ser observado com acuidade é o referente ao postulado de *lex certa*, pois a multiformidade da vida reclama uma maior “flexibilização” das leis penais, possibilitando, aliás, a utilização de cláusulas gerais, quando o emprego de tal técnica legislativa for inevitável, tendo em vista que a própria exigência rigorosa de determinação tornaria as leis penais rígidas e casuísticas.

Notas

¹ Dispõe o Art. 103, II, GG: “Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde”, com idêntico teor o § 1. StGB. E o § 3. OWiG dispõe: “Eine Handlung kann als ordnungswidrigkeit nur geahndet werden, wenn die Möglichkeit der Ahndung gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde”.

²Sobre isso, ver RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. § 1, I, 1; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar*. § 1, I, 1; KAUFMANN. Feuerbach, P. J. A. in: *Staats Lexikon*. S. 565-567.

³RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. § 1, I, 1; no mesmo sentido, JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht*. § 15.

⁴JAKOBS. *Derecho Penal*. p. 88.

⁵Os *Länder* são considerados como parte própria dos Estados Federados, não derivados da federação, senão reconhecidos a partir dela; acerca disso, comparar VOGEL, Hans-Joachim. Die bun-

desstaatliche Ordnung des Grundgesetzes. in: MAIHOFER, et al. *Handbuch des Verfassungsrechts. Teil Zwei*. S. 1054 ff.

⁶Sobre isso, com detalhes, BLEI, Hermann. *Strafrecht. Allg. Teil*. 12. Aufl., S. 1 ff.

⁷Comparar JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht*. § 15, I, 3.

⁸Sobre isso, BVerfGE 25, 269 (272) vom 26. Februar 1969; JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht*. § 15; comparar, ainda, SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar*. § 1, I, 3.

⁹Porém, como ressaltam RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. § 1, I, 3, esses preceitos, no Direito Penal vigente, somente são concretizados em parte.

¹⁰ JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht*. § 15, I.

¹¹ HASSEMER. *Rechtssystem und Kodifikation. Die Bindung des Richters an das Gesetz*. in: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. S. 194. No entanto, de modo oposto manifestava-se RADBRUCH. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. S. 167, ao afirmar que “Eine an den Wortlaut des Gesetzes gebundene, durch diesen Wortlaut begrenze und deshalb diesen Wortlaut voll gegen den Täter ausnutzende Auslegungsmethode würde den Geist des modernen Strafrechts in sein Gegenteil verkehren und eine rechtspolitische Gefahr hohen Grades bedeuten”.

¹² HASSEMER. *Rechtssystem und Kodifikation. Die Bindung des Richters an das Gesetz*. S. 203.

¹³ SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar*. § 1, II, 2; JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht*. § 15, III, 1; RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. § 1, IV, 1; RADBRUCH. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. S. 165.

¹⁴ JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht*. § 15, III, 1.

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

¹⁶ Nesse sentido, SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar*. § 1, II, 1.

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

¹⁸ Nesse sentido, STJ, REsp. 54716-PR, DJ 28.11.1994, p. 32634; REsp. 11604-SP, DJ 2.9.1991, p. 11819; REsp. 2202-SP, DJ 2.4.1990, p. 2461.

¹⁹ JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht.* § 12, IV, 1.

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

²¹ SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar.* § 1, IV, 1.

²² JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht.* § 15, III, 2 a.

²³ JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht.* § 15, III, 2; no mesmo sentido, comparar, SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar.* § 1, IV, 2.

²⁴ Acerca disso, ver ROXIN. *Strafrecht. Allg. Teil.* Bd. I, § 5, V, 2 a; que toma como exemplo o § 30, I StGB, ressaltando que é evidentemente inadmissível a imposição de pena contra a tentativa de instigação (*Anstiftung*) ao crime (§ 30, I) pela não-aplicação analógica de pena à tentativa de assistência (*Beihilfe*) ao crime.

²⁵ ROXIN. *Strafrecht. Allg. Teil.* Bd. I, § 5, V, 2 a.

²⁶ JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht.* § 15, III, 2 d; RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch.* § 1, IV, 1; comparar, ainda, SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar.* § 1, IV, 3.

²⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik.* Tübingen: J. C. B. Mohr, 1990. S. 169.

²⁸ Nesse sentido, JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht.* § 17, III, 1; RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch.* § 1, IV, 1.

²⁹ Sobre o método clássico-hermenêutico, comparar BÖCKENFÖRDE. *Die Methoden der Verfassungsinterpretation.* in: NJW, 46, 16. Nov. 1976, S. 2089 ff.

³⁰ Nesse sentido, JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht.* § 17, IV, 1b; RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch.* § 1, IV, 1. SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar.* § 1, IV, 5c.

³¹ JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht.* § 17, IV, 1b.

³² SCHROTH. *Philosophische und juristische Hermeneutik.* in: KAUFMANN, Arthur. *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart.* S. 278.

³³ SCHROTH. *Philosophische und juristische Hermeneutik.* S. 279.

³⁴ BACIGALUPO. *Principios de Derecho Penal.* p. 35 e seguintes. Como tem ressaltado o autor, poucos trabalhos no âmbito do Direito Penal têm-se preocupado com a questão da hermenêutica, entre os quais cita os nomes de Cobo del Rosal e Vives Antón.

³⁵ GADAMER. *Wahrheit und Methode.* Bd. I, S. 23.

³⁶ BVerfGE 25, 269 (285); BVerfGE 47, 109 (120) vom 17. Januar 1978.

³⁷ STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland.* Bd. I, S. 829.

³⁸ SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar.* § 1, III.

³⁹ BVerfGE 47, 109; com detalhes, SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar.* § 1, III. E ainda no mesmo sentido RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch.* § 1, III, 1, afirmam que ela é suficiente quando a significação dos elementos do tipo é verificada por meio de interpretação segura.

⁴⁰ JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht.* § 15, III, 3.

⁴¹ SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar.* § 1, III.

⁴² SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar.* § 1, III, 1.

⁴³ A respeito da vinculação dos juízes à lei, ver a já mencionada tese de HASSEMER. *Die Bindung des Richters. passim.* Também ROXIN *Problemas fundamentais de direito penal.* p. 59, ressalta o fato de que disposições esvaziadas de conteúdo são pura e simplesmente inadequadas para proteger bens jurídicos. p. 59.

⁴⁴ SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar.* § 1, III, 1.

⁴⁵ BVerfGE 25, 269 (286). Nesse sentido, comparar também HEYDE, Wolfgang. *Rechtsprechung.* In: MAIHOFER, et al. *Handbuch des Verfassungsrechts.* S. 1612.

⁴⁶ Comparar SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar.* § 2, I; RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch.* § 1, II, 1.

⁴⁷ JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht.* § 15, IV, 1.

⁴⁸ Nesse sentido JAKOBS. *Derecho penal.* p. 111.

⁴⁹ JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht.* § 15, IV, 1.

⁵⁰ Sobre culpabilidade e uma concepção baseada no poder-agir-de-outro-modo, ver HASSEMER. *Schuld (III).* In: *Staats Lexikon.* 1995; ademais, CEREZO MIR, José. *Derecho penal. Parte General.* p. 13-35.

⁵¹ ANTÓN ONECA, José. *Derecho penal.* p. 17.

⁵² JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht.* § 15, IV, 5; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar.* § 2, IV, 1.

⁵³ Acerca disso, ver JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht.* § 15, IV, 6; RUDOLPHI/HORN/SAM-

SON/SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. § 2, V; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar*. § 2, IV, 2.

⁵⁴ RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. § 2, V.