

Recebimento do artigo: 21/01/2008

Aprovado em: 31/01/2008

Antonio Carlos de Campos Pedrosa

São Paulo, SP, Brasil

acarlospedroso@ig.com.br

Sumário

1 Introdução. A missão do Direito Penal. Os modelos normativos de tipificação de conduta e a necessidade de concretização judicial. 2 Princípios fundamentais de Direito Penal. Aspectos materiais e formais que delimitam a criação normativa. 3 O princípio da taxatividade. A predeterminação normativa dos tipos penais. A “lex certa”. 4 A linguagem jurídica. O conceitualismo e a descrição normativa dos tipos penais. 5 Hipóteses de configurações legais controvertidas e o princípio da taxatividade. 6 O princípio da “lex certa” e a necessidade de concretização judicial. 7 Enunciados finais. 8 Referências.

Resumo

O artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal diz que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. De acordo com este princípio constitucional, deve o legislador, de antemão, delimitar, com precisão, as notas características de cada modalidade de injusto penal. Contudo, há casos que, em virtude da própria natureza da matéria a ser regulada, não pode o legislador definir, de maneira integral, a conduta delituosa. São as hipóteses controvertidas dos tipos abertos, os quais precisam ser complementados na esfera judicial. O magistrado estabelece em definitivo os contornos do fato típico, continuando a obra do legislador. O presente estudo procura demonstrar os critérios e as condições da complementação judicial a fim de que o princípio constitucional seja respeitado.

Livre Docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos do UNIFIEO.

Abstract

The article 5º, paragraph XXXIX of Federal Constitution states says that “there is no crime before its definition, as well as no penalty without previous legal threat (commination)” [Nullum crimen nulla poena sine praevia lege]. According to this constitutional principle, the legislator should circumscribe, in advance and precisely, the characteristics (notifications) of each injury. Nevertheless, there are cases where the legislator could not entirely define the criminal behavior, because there could have been specificities of the subject to be regulated. The inconclusively hypothesis need to have a judicial complementation. In such cases, the magistrate establishes the boundaries of the injury, complementing the legislator act. This present study aims to demonstrate the criteria and the conditions of complementation by the judge in order to respect the constitutional principle.

Palavras-chave

Injusto penal. Limites do “jus puniendi”. Linguagem jurídica. Descrição normativa dos ilícitos penais. Concretização judicial.

Key words

Injury. Limits of punitive law. Juridical language. Legal description of punitive offenses. Judicial act of making concrete.

1 Introdução. A missão do Direito Penal. Os modelos normativos de tipificação de conduta e a necessidade de concretização judicial.

Constitui missão do Direito Penal descrever condutas que venham a atingir bens jurídicos constitucionalmente programados. Como corolário dos princípios do Estado de Direito, é certo que os valores constitucionais compõem a base para a configuração tipológica. Esta se verifica através da linguagem jurídica, que deve ser sustentáculo dos bens jurídicos. Por outras palavras: o conteúdo material do injusto punível deve ser objeto de especificação formal correta.

Da Constituição procedem os princípios fundamentais que delimitam o “jus puniendi”: limites materiais relativos ao conteúdo do Direito Penal, isto é, a determinação dos bens jurídicos a serem protegidos e limites formais concernentes aos pressupostos e condições do exercício do referido direito. Assim sendo, o conteúdo da tipicidade penal, demarcado nas normas constitucionais, é a base para a exata configuração dos tipos penais. Em conclusão: as lesões que ofendem a bens jurídicos, delimitados nos parâmetros constitucionais, devem ser taxativamente configuradas. Cabe ao legislador fixar, segundo as exigências decorrentes dos princípios fundamentais do Direito Penal, as lesões que devem ser objeto de proteção penal, definindo, com exatidão de linguagem, os elementos que devem integrar os tipos penais.

No presente estudo, pretendemos aprofundar o conceito de “lex certa”, isto é, aquela que, atendendo ao conteúdo dos bens jurídicos, decorrente dos limites materiais do “jus puniendi”, é capaz de estabelecer os termos exatos da ação a ser incriminada, de modo taxativo. É o problema da construção normativa dos tipos penais, a qual, como veremos, começa com o legislador e deve ser objeto de complementação por via judicial.

Nestas condições, a concretização judicial, decorrente da aplicação do preceito e criação da norma individualizada da sentença, é necessária para a obtenção do justo concreto, mas a mesma deve se conter nos limites da “lex certa”. As fórmulas utilizadas pelo legislador, ao descrever os tipos abstratos, são genéricas e abstratas, mas a sentença, que traduz a equidade, é ato de concretização normativa. Nesta ordem de idéias, a sentença constitui concretização das normas genéricas. A tipificação exige a concretização.

Contudo, torna-se problemática, nesta hipótese, a complementação dos tipos abertos, porque o legislador não descreve o tipo em sua integralidade, deixando a cargo do juiz, não apenas sua interpretação teleológica, mas a descrição de algumas categorias, o que se verifica pós a ocorrência do fato, já que a sentença é norma “a posteriori”¹.

A compatibilidade da sentença com o preceito legal merece especiais considerações. A sentença é um ato de concretização normativa que não pode exceder os limites da “lex certa”. Pode o juiz configurar, na sua decisão, elementos adicionais ao fato que o legislador proíbe quando essa mesma descrição é parcial, incompleta e carente de valoração? É a problemática que pretendemos enfrentar com o apoio, sempre, da melhor doutrina.

É importante relembrar, para a solução dessa controvérsia, alguns princípios que demarcam o “jus puniendi”, no seu conteúdo e na sua extensão. A construção legislativa e a construção judicial devem observar a valoração que procede dos princípios constitucionais.

2 Princípios fundamentais de Direito Penal. Aspectos materiais e formais que delimitam a criação normativa.

O legislador deve descrever os elementos objetivos, subjetivos e normativos que compõem o tipo penal, indicando, também, as sanções que decorrem da prática do fato típico. Tais elementos compõem a norma penal sancionadora. Ocorre que o momento preceptivo da norma está implícito na referida descrição. Por outras palavras, a norma penal contém um momento primário, relativo ao bem jurídico a ser tutelado e um momento secundário, concernente à transgressão e respectiva

¹Tipos abertos são aqueles que não contêm a descrição completa dos elementos que caracterizam a infração penal, faltando, em razão de circunstâncias que dependem de avaliação no contexto social do momento da realização do fato, um juízo axiológico necessário à configuração definitiva do tipo, o qual depende de avaliação judicial. Há sensível restrição ao princípio da taxatividade. É o que ensina Hans Welzel, in verbis: “uma considerável restrição sofre o princípio da determinabilidade legal nos tipos abertos, em especial nos delitos de omissão impróprios, já que nestes, só uma parte do tipo está legalmente descrita, enquanto que a outra deve ser construída pelo juiz mediante complementação do tipo”. WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Parte general. 11. ed. Tradução de Juan Bostos Ramírez e Ser Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 2. Ver ainda: JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Parte general. Tradução de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1978, v. 1, p. 335 e seguintes.

76 sanção². Desta forma, o bem jurídico constitui o núcleo da descrição tipológica. Diz Hans Welzel que o bem jurídico é “um bem vital da comunidade ou do indivíduo que por sua significação social é protegido juridicamente”³. Contudo, nem todo bem jurídico deve ser objeto de tutela penal. Na verdade, os bens jurídicos a serem selecionados pelo legislador para a tipificação são os que decorrem dos princípios fundamentais do Direito Penal

Isto posto, antes de enfrentar a problemática, são convenientes algumas considerações sobre referidos princípios, já que o injusto é, em última análise, um atentado ao sistema de valores decorrentes das normas constitucionais. A forma de configuração do injusto penal depende da compreensão prévia do conteúdo a ser descrito normativamente. Nesse sentido, vale a lição de Hans Heinrich Jescheck, segundo a qual

a lei penal, tanto em sua criação como em sua interpretação, não só deve satisfazer os princípios jurídicos formais, como também corresponder em seu conteúdo às exigências de justiça, que se contém no princípio material do Estado de Direito⁴.

Vejamos, assim, os princípios materiais que orientam a construção dos tipos a serem taxativamente configurados.

O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos assinala que só podem ser configurados pelo legislador, condutas socialmente nocivas, ou sejam, aquelas que

² Segundo Carlos Cossio, a estrutura lógica da norma jurídica revela a existência de proposições disjuntivas, O teor dessa estrutura é o seguinte: “Dado o fato jurídico deve ser a prestação jurídica”, mas, “Dado a transgressão jurídica deve ser a sanção jurídica”. Em termos lógicos: “Se A é, dever ser B”; ou “Se não B, dever ser C”. A primeira parte, denominada momento preceptivo ou primário, contém o preceito. É a descrição da conduta lícita. É denominada de endonorma. A segunda parte, denominada momento sancionador ou secundário, contém a transgressão. É a previsão da conduta ilícita. Cossio diz que ela é a perinorma. Em primeiro lugar, vem a descrição do lícito. Em segundo lugar, apresenta-se a descrição do ilícito. Tais proposições estão interligadas pelo conectivo lógico “ou”, denominado constante logística. Este conectivo une a endonorma à perinorma, representando a possibilidade de escolha dos membros da comunidade entre a conduta permitida (sinal verde do lícito) e a conduta proibida (sinal vermelho do ilícito). A conduta ou é lícita ou é ilícita. A norma jurídica é sempre prescritiva. No caso da norma penal, referida colocação revela, desde logo, que a tipificação tem como pressuposto lógico o bem jurídico, constante do momento primário, o qual provém, como já anotamos, dos parâmetros constitucionais. Conferir a respeito: COSSIO, Carlos. **A teoria egológica do direito**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964, p. 661. Ver, ainda: AFTALION, Enrique; GARCIA OLANO, Fernando; VILANOVA, José. **Introducción al derecho**. Buenos Aires: La Ley, 1967, p. 105 e seguintes. Ver, ainda: **Integração normativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 5 e seguintes.

³ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Parte general. 11. ed. Tradução de Juan Bostos Ramírez e Ser Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 5.

⁴ JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Parte general. Tradução de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1978, p. 171.

venham a atentar contra as condições de existência e desenvolvimento da sociedade. Nullum crimen sine injuria. Como diz Hans Welzel, o Direito Penal deve proteger determinados “bens vitais da comunidade”. Referido princípio delimita o exercício do “jus puniendi”. Como assinala Antonio Garcia Pablos: “a função genuína do Direito Penal consiste em proteger a sociedade mediante a tutela eficaz das condições fundamentais da vida em comum dos cidadãos”⁵. Portanto, o legislador, na construção dos tipos penais, deve adotar fórmulas taxativas, capazes de traduzir, com precisão, mencionados objetivos. Deve assegurar o normal desenvolvimento da vida comunitária. Esse é o conteúdo do tipo penal. O Direito Penal não deve abarcar todos os valores éticos, o mesmo acontecendo com as condutas socialmente inócuas. Seus preceitos devem se limitar ao comportamento desaprovado sob o ponto de vista ético-social. É o que demonstra o citado jurista espanhol com base no entendimento de Welzel, Mayer, Jescheck, Maurach e Cerezo Mir⁶.

O legislador deve estar atento, também, ao princípio da intervenção mínima, subsidiária e fragmentária do Direito Penal. Dos comportamentos desaprovados sob o ponto de vista ético-social, devem ser selecionados aqueles que não podem ser protegidos, de maneira eficaz, pelas diferentes disciplinas jurídicas. Além disso, a proteção penal deve abarcar tão somente valores vitais, absolutamente necessários para o convívio social ordenado. O Direito Penal, como dizem os doutrinadores, é a “ultima ratio” a que devem recorrer os órgãos encarregados da positivação e concretização dos tipos penais. Esta é a diretriz necessária para a eficiente configuração dos fatos puníveis.

Finalmente, o princípio da proporcionalidade, segundo o qual o legislador deve considerar, para a criação do tipo penal, a hierarquia de bens programados na Constituição. Luiz Regis Prado esclarece: “a noção de bem jurídico emerge dentro de certos parâmetros gerais de natureza constitucional, capazes de impor uma certa e necessária direção restritiva ao legislador ordinário, quando da criação do injusto penal”. Acrescenta, ainda, referido jurista que esses princípios operam como “marco de referência” para o legislador⁷. Além disso, é certo que deve haver uma ponderação relativamente aos fatos puníveis: as penas devem ser estabelecidas de conformidade

⁵ GARCIA PABLOS, Antonio. **Derecho penal**. Introduccion. Servicio de Publicaciones. Universidad Complutense, Madrid, 1995, p. 264; WEKZEL, *op. cit.*, p. 2.

⁶ GARCIA PABLOS, Antonio. **Derecho penal**. Introduccion. Servicio de Publicaciones. Universidad Complutense, Madrid, 1995, p. 264; WEKZEL, *op. cit.*, p. 43 e seguintes.

⁷ REGIS PRADO, Luiz. Bem jurídico-penal e Constituição. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 90.

78 com a gravidade dos fatos típicos. E não é só: na esfera judicial, os juízes devem atentar, também, à gravidade do fato praticado pelo sujeito ativo do delito.

Em conclusão: estes são os princípios fundamentais de Direito Penal que constituem orientações básicas para a construção da norma penal incriminadora. Servem de orientação para o legislador na tarefa de criação dos tipos penal, como esclarece Jescheck⁸. A forma deve traduzir a substância: a norma deve traduzir os valores que fundamentam o Direito Penal. A configuração deve retratar o direito justo.

3 O princípio da taxatividade. A predeterminação normativa dos tipos penais. A “lex certa”.

A norma penal incriminadora, para atender aos postulados do Estado Democrático de Direito, deve ser suficientemente precisa, não só no que se refere à descrição dos elementos do tipo, como no que diz respeito à sanção que corresponde à violação do preceito penal contido na norma.

É preciso que o legislador, utilizando-se de elementos objetivos, normativos e subjetivos do injusto, apresente, com exatidão, a descrição do tipo, para que os membros da comunidade possam conhecer, de antemão, os atos atentatórios à vida social⁹. A inobservância desse corolário do Estado Democrático de Direito que, às vezes, tem ocorrido (como no caso da utilização de cláusulas gerais), viola o princípio da garantia.

⁸ JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Parte general. Tradução de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1978, v. 1, p. 316.

⁹ A doutrina se refere a duas modalidades de tipos: os tipos normais e os tipos anormais. São considerados tipos normais aqueles que descrevem elementos objetivos do fato criminoso. É o que diz Aníbal Bruno, in verbis: “A maioria dos elementos que concorrer na composição do tipo são elementos objetivos, elementos que descrevem o aspeto externo do que deve ser o fato punível, a ação com seu objeto e as circunstâncias acessórias típicas que se realizam objetivamente e que podem ser percebidas pela simples capacidade de conhecer, sem se utilizar nenhum recurso de julgamento”. Tipos anormais são os que apresentam, além dos citados elementos objetivos, os de caráter subjetivo ou de caráter normativo. O legislador pode incluir, na configuração do crime, processos de ordem anímica ou, ainda, componentes que venham a exigir juízo de valor no próprio contexto da tipicidade. Assim se expressa o citado jurista: “Muitas vezes a fórmula do tipo se compõe não só das condições objetivas, mas de elementos subjetivos do agente. São casos em que a lei toma em consideração o fim visado pelo agente, a intenção, o intuito que o animou na prática do ato e com eles vai integrar a composição do tipo”. E adiante: “Aos elementos descritivos se juntam, em certas construções típicas, elementos normativos, elementos para entender os quais não basta o simples emprego da capacidade cognoscitiva, mas cujo sentido tem que ser apreendido através de particular apreciação por parte do juiz”. (BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 333 e seguintes). São elementos que exigem especial concretização por parte do magistrado.

O princípio da legalidade exige que a lei, além de ser formulada previamente à ocorrência do fato delituoso e configurada de forma escrita, seja certa, contendo razoável grau de precisão. É o princípio do “*nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia, scripta et stricta*”.

A linguagem legal deve ser apreciada sob o ponto de vista do princípio da “lex certa”, já que, como assevera Winfried Hassemer, o legislador, muitas vezes, prefere uma “lex incerta”. O jurista alemão assim se refere ao mandato de certeza:

A lei certa, a lei de efeitos seguros, é a natural esperança de qualquer legislador que com sua promulgação queira impor determinados efeitos na comunidade jurídica. A lei formulada com precisão constitui, portanto, um interesse primário para o legislador; nem haveria, portanto, que recomendá-la”. Diz mais que, levando-se em conta as dificuldades de configuração de semelhantes normas, deve ser, não só estimulado seu aperfeiçoamento, como, ainda, analisada criticamente sua linguagem¹⁰.

Tais são as razões que justificam a análise que tentamos empreender no presente estudo.

Na verdade, a “lex certa”, como acima indicada, só pode ser elaborada com as características da abstração e da generalidade, já que seu objetivo é o de disciplinar a convivência social. Genéricas são as prescrições dirigidas a um número indeterminado de pessoas, as que se dirigem a toda a classe de pessoas que se encontram na situação prevista na hipótese normativa. Abstratas são as que regulam classes de ações prescritas ou ações-tipos. A generalidade se refere aos destinatários; a abstração, à ação prescrita, já que a ordem jurídica se interessa pelo típico, inexistindo ciência do singular. Mas o objetivo último do Direito é o caso individual e sua decisão, como demonstra Helmut Coing¹¹.

No entendimento de Norberto Bobbio, são genéricas e abstratas as normas que se dirigem a um número indeterminado de pessoas, a todos os que se enquadram na classe designada pela hipótese normativa, e regulam ações tipo, isto é, as que são universais relativamente à ação¹².

A predeterminação normativa dos tipos penais apresenta-se, portanto, como as características inerentes a toda a norma jurídica. Assim sendo, as expressões verbais

¹⁰ Conferir: HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde e Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984, p. 314.

¹¹ Conferir: COING, Helmut. **Fundamentos de filosofia del derecho**. Tradução de Juan Manuel Mauri. Barcelona: Ariel, 1976, p.267.

¹² Conferir: BOBBIO, Norberto. **Norma jurídica in Novissimo Digesto Italiano**. Turim: Torinese, 1958, p. 227-236.

80 que compõem a idéia dos tipos são suscetíveis de interpretação de acordo com os diferentes métodos hermenêuticos. Como assinala Aníbal Bruno, quanto mais vagas as significações dos tipos, menor será a precisão da fórmula. Nesta ordem de considerações, convém lembrar, a título de conclusão, o pensamento do citado penalista, in verbis:

É ao legislador que cabe fixar, segundo as exigências político-sociais do momento, quais as ações que, pela sua singular reprovabilidade, devem ser elevadas à categoria da proteção penal, e **defini-las com exatidão e rigor de linguagem**, formando, com cada uma delas, um tipo penal. Para o fim a que se destina, o tipo deve formular-se em **termos claros e precisos**, traçando um limite firme em redor da figura típica (grifos nossos)¹³.

Exatidão, rigor, clareza e precisão devem ser as características do tipo. Tais requisitos permitirão compreender os limites que separam a conduta lícita da ilícita.

Contudo, existem dificuldades a serem enfrentadas decorrentes da conformação lingüística, porque o critério a ser utilizado na descrição das características conceituais do tipo é o da generalização. Não pode o legislador, a pretexto de descrever com minúcias a conformação do tipo, cair no casuísmo. Como assinala Heinrich Henkel, cabe ao legislador o tratamento generalizador de casos jurídicos, mediante o instrumento da formação jurídica de tipos. É o que o jurista alemão denomina de contemplação generalizadora, a que deve se seguir à contemplação individualizadora, já que o tipo e a individualidade estão sempre em situação de tensão¹⁴.

Face ao exposto, a questão da linguagem jurídica, necessária à taxatividade legal e à concretização judicial, merece algumas considerações. É o que pretendemos enfrentar no parágrafo subsequente.

4 A linguagem jurídica. O conceitualismo e a descrição normativa dos tipos penais.

A descrição normativa dos tipos deve atender aos princípios fundamentais, os quais constituem o substrato da ordem jurídica. Como assinala Heinrich Henkel, a linguagem é o sustentáculo dos conteúdos jurídicos de sentido. Estes devem ser traduzidos, de forma correta, na estrutura normativa. Nesse sentido, diz Hans

¹³ BRUNO, Aníbal. Sobre o tipo no direito penal. In: **Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria**. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 61.

¹⁴ Conferir: HENKEL, Heinrich. **Introducción a la filosofía del derecho**. Tradução de Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid: Taurus Ediciones, 1968, p. 571 e seguintes.

Welzel que “o tipo é uma figura conceitual que descreve, mediante conceitos, formas possíveis de conduta humana”. Tipo é “descrição concreta da conduta proibida”, sendo, assim, “uma figura puramente conceitual”¹⁵

Contudo, a questão é complexa, porque se apresentam problemas de conformação lingüística, decorrentes dos termos de que o legislador se utiliza.

Nestas condições, vejamos, em rápida síntese, os diferentes modos de expressão legislativa que, segundo Karl English, “podem afrouxar a vinculação legal”. O jurista se refere às seguintes hipóteses: conceitos determinados e indeterminados, conceitos normativos, conceitos discricionários, cláusulas gerais e conceitos carentes de preenchimento valorativo¹⁶. Examinemos, de per si, cada um deles, de acordo com a lição de Karl English, constante do cap. VI de sua obra *Introdução ao Pensamento Jurídico*.

Conceitos determinados são os que se referem a valores numéricos e medidas; são conceitos matemáticos. Exemplos: muitas normas, de conteúdo técnico, contidas no Código de Obras; normas relativas a prazos processuais; limites de velocidade. Conceitos indeterminados, na explicação de Karl English, são aqueles cujo conteúdo e extensão se apresentam, em larga medida, incertos. Exigem do magistrado uma complementação normativa para a configuração do tipo. Tais conceitos podem ser naturalísticos e propriamente jurídicos. A primeira espécie se refere a realidades apreciadas segundo as leis da natureza, como saúde, perigo, escuridão, ruído. A segunda espécie (propriamente jurídicos) diz respeito a definições legais, como propriedade, acidente do trabalho, moléstia profissional, empregado, empregador. São conceituações contidas no texto da lei¹⁷.

¹⁵ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Parte general. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 58-59. No mesmo sentido, a lição de Francisco Muñoz Conde, in verbis: “A imagem conceitual que é o tipo se formula em expressões lingüísticas que, com maior ou menor acerto, intentam descrever, com as devidas notas da abstração e generalidade, a conduta proibida”. (MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1991, p. 51 e seguintes.

¹⁶ ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, cap. VI.

¹⁷ Segundo Pierre Pescatore, “a utilização de conceitos (legais) decorre da necessidade da definição, isto é, da necessidade de delimitar as noções e de determinar seu conteúdo exato. Com efeito, a definição é a expressão, por uma fórmula breve e sintética, do conteúdo essencial de uma noção [...] O próprio legislador se preocupa, muitas vezes, em definir os termos que emprega; é o procedimento das definições legais”. O jurista belga explica que elas servem para simplificar a linguagem jurídica, esclarecer as noções utilizadas pelo legislador e circunscrever o campo de aplicação das leis (tradução nossa). Conferir: PESCATORE, Pierre. **Introduction a la Science du Droit**. Luxembourg: Presses Universitaires, 1978, p. 213-214.

Além dos conceitos determinados e indeterminados, temos os conceitos normativos. Estes operam com relação a valores. São conceitos que se referem a uma valoração genérica, exigindo, do juiz, uma valoração complementar. Eles se subdividem em dois: os relativamente determinados e os carentes de preenchimento normativo, na terminologia de English. Os conceitos normativos, relativamente determinados, dependem apenas da referida complementação na esfera judicial; mas, os carentes de preenchimento valorativo são os que devem ser preenchidos, caso a caso, pela estimativa judicial, inexistindo uma orientação normativa.

Refere-se Karl English aos conceitos discricionários e às cláusulas gerais. Discricionários são os conceitos que deixam larga margem de livre apreciação por parte do administrador ou do juiz. No primeiro caso, pode o administrador agir ou deixar de agir de conformidade com a conveniência de uma medida necessária ao bem comum, como é a hipótese de uma desapropriação; no segundo caso, cabe ao magistrado julgar segundo a equidade, sopesando todos os elementos que venham a conduzir a uma decisão justa, como é o caso da fixação dos danos morais.

Cláusulas gerais consistem, no entendimento de Karl English, na formulação de hipóteses legais, revestidas de generalidade excessiva, tendo, sob seu alcance, inumeráveis casos. Nestas condições, dificultam a exata compreensão dos elementos constitutivos do tipo. Por falta de adequada determinação, vulneram o mandato de certeza.

Por fim, o jurista alemão se refere aos conceitos “carentes de preenchimento valorativo”, os quais precisam ser preenchidos “caso a caso”, pelo juiz. Inexistindo diretivas éticas por parte do legislador, a incriminação legal atenta contra o princípio da taxatividade.

As descrições normativas dos tipos penais são, conforme salientamos acima, revestidas da generalidade e da abstração, decorrentes do conceitualismo a que se submetem todas as normas jurídicas, menos as individualizadas. Por isso, torna-se necessário, ao analisar a exigência de taxatividade, levar em consideração as dificuldades acima referidas, pelos reflexos que ocasionam possíveis violações dos princípios fundamentais de Direito Penal.

Pierre Pescatore, ao estudar as normas jurídicas segundo o grau de precisão, distingue duas espécies: as normas de direito estrito e as normas que contêm diretrizes. A primeira espécie é “explícita, nítida, precisa e rígida” (as designações são do mencionado professor); a segunda não contém estas características, já que o legislador se limita a delinear diretrizes mais ou menos flexíveis. A elaboração normativa está sujeita a tais contingências de ordem lingüística. Assim sendo, o jurista conclui seu estudo da tipologia das normas jurídicas, afirmando que

mais uma vez, tal situação confirma que o direito é feito não somente de prescrições positivas e precisas, mas que estas regras devem ser compreendidas e aplicadas à luz de um conjunto de orientações fundamentais¹⁸ (tradução nossa).

A norma jurídica, direcionada a disciplinar um grupo indeterminado de casos, não pode prescindir da linguagem generalizadora, mas não é correta uma técnica legislativa que venha a descrever tipos legais de forma imprecisa, com acentuada generalização, dando margem a dificuldades para a equitativa concretização na esfera judicial¹⁹.

Heinrich Henkel salienta que o direito adquire forma mediante a linguagem. O fim imediato da expressão lingüística, diz o citado jurista, “está dirigido a estabelecer um comportamento devido para as relações sociais a regular”²⁰.

Nesta ordem de considerações, é de suma importância a análise de algumas hipóteses de configurações legais controvertidas, as quais, contendo conceitos mais ou menos genéricos ou demarcações de considerável amplitude, podem menosprezar o princípio da taxatividade.

5 Hipóteses de configurações legais controvertidas e o princípio da taxatividade

O professor Antonio Garcia-Pablos, da Universidade Complutense, aponta as seguintes hipóteses controvertidas: as cláusulas gerais, os conceitos jurídicos indeterminados, os tipos abertos, a comissão por omissão, os elementos normativos do tipo e as técnicas de complementação legal (técnicas de “reenvio”)²¹. Podem estas técnicas afetar a extensão dos marcos penais, desconsiderando a “lex certa” e

¹⁸ PESCATORE, Pierre. **Introduction a la Science du Droit**. Luxembourg: Presses Universitaires de Luxembourg, 1978, p. 197-198.

¹⁹ Arthur Kaufmann aprofundou esta questão da linguagem jurídica. salientando ser “o processo de abstração, generalização e conceituação imprescindível para a configuração jurídica”, acrescentando que “ele deixa um espaço que oferece a possibilidade de cumprir as exigências do caso particular, subsistindo, porém, o perigo de arbitrariedade e insegurança jurídica”. KAUFMANN, Arthur. **Filosofia del Derecho**. Tradução de Luis Villar Borda e Ana Maria Montoya. Colombia: Universidad Externato de Colombia, 1997.

²⁰ HENKEL, Heinrich. **Introducción a la filosofía del derecho**. Fundamentos del derecho. Tradução de Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid: Taurus Ediciones, 1968, p. 101.

²¹ GARCIA-PABLOS, Antonio. **Derecho penal**. Introducción. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1994, p. 251.

84 afetando os direitos fundamentais da pessoa. É o que demonstra Rodríguez Mourullo²².

O sistema de cláusulas gerais, diz o citado jurista, é “incompatível com o Estado de Direito, constituindo grave atentado contra os princípios da legalidade e divisão dos poderes”²³. Parece que elas, deixando de descrever, de forma exaustiva, os elementos componentes da ilicitude, exigem complementação autônoma da esfera judicial. Mas, como veremos, elas são indispensáveis para que o legislador não venha a enveredar pelo casuísmo. Para evitar semelhante ofensa ao princípio da taxatividade, deve o legislador estabelecer uma diretriz material para a complementação do tipo, como assevera Hans Welzel²⁴. A tipificação das condutas tem por objetivo proteger os bens jurídicos indispensáveis à convivência social, garantindo, ao mesmo tempo, o direito de liberdade dos cidadãos. É a lição de Giuseppe Bettiol²⁵.

As cláusulas gerais impedem a compreensão exata dos limites da conduta delituosa. Contudo, o legislador não pode deixar de lado os conceitos valorativos que as cláusulas gerais expressam. Esse procedimento técnico decorre da necessidade de construção formal e conceitual do direito, cujo objetivo é o de traduzir, em linguagem jurídica, os ideais de justiça. Compete ao direito configurar a vida social. Como ensinam Carlos Mouchet e Ricardo Zorraquim Becu, o formalismo é um procedimento técnico, necessário à construção jurídica, mas tem limites que decorrem de sua própria natureza e finalidade. Asseveram os juristas argentinos que “o tecnicismo jurídico se justifica pela necessidade de construir formal e conceitualmente o direito, transformando, assim, os objetos ideais da ciência e da política jurídica em normas suscetíveis de ser aplicadas”. Mas, observam que

a técnica não é senão um instrumento de que se vale o direito para alcançar seus propósitos; e como meio destinado a levar à prática objetivos superiores deve permanecer submetido a estes e procurar exclusivamente sua realização²⁶.

²² RODRÍGUEZ MOUROLLO, G. El principio de legalidad. In: **Nueva enciclopedia jurídica**. Barcelona, 1971, p. 888, tomo XVI. Do mesmo jurista: **Derecho penal**. Parte general. Madrid: Civitas, 1978, p. 49.

²³ GARCIA-PABLOS, Antonio. **Derecho penal**. Introcucción. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1994, p. 251.

²⁴ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Parte general. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 98

²⁵ BETTIOL, Giuseppe. **Istituzioni de diritto e procedura penale**. Corso di lezioni per gli studenti de Scienze Politiche. Pádua: Cedam Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1966, p. 71 e seguintes.

²⁶ MOUCHET, Carlos; Zorraquim Becu, Ricardo. **Introducción al derecho**. 12 ed. atual. Buenos Aires: Perrot, 1997, p. 171-172.

Forçoso é convir, nesta ordem de considerações, que as cláusulas gerais possibilitam ao magistrado melhor delinear os contornos normativos do ilícito, atendendo, assim, às exigências do caso concreto. É a concretização judicial a que, adiante, iremos considerar. A norma jurídica, no entendimento de Miguel Reale, é um modelo operacional de comportamentos possíveis a ser aplicado a uma realidade superveniente. Importa sua aplicação a uma atualização de caráter axiológico. O jurista assim preleciona:

a norma jurídica... é um modelo operacional de uma classe ou tipo de organização ou de comportamentos possíveis; esse modelo deve ser interpretado no conjunto do ordenamento jurídico; implicando a apreciação dos fatos e valores que, originariamente, o constituíram; assim como em função dos fatos e valores supervenientes.²⁷

Admite-se, assim, um juízo valorativo, proveniente do juiz, para a complementação do ilícito. Mas, não deve o legislador descrever tipos com uma determinação mínima e consistente. O tipo não pode ser indeterminado, sob pena de vulnerar o princípio da taxatividade e, em consequência, os direitos fundamentais da pessoa.

O professor Cezar Roberto Bitencourt apresenta, a respeito, uma colocação que, por estar revestida de prudência, merece ser citada para nossa consideração. Diz o jurista:

Não se desconhece que o legislador não pode abandonar por completo os **conceitos valorativos**, expostos como **cláusulas gerais**, os quais permitem, de certa forma, uma melhor adequação da norma de proibição com o comportamento efetivado. Na verdade, o problema são os extremos, quais sejam, ou a proibição total de conceitos normativos gerais ou o exagerado uso dessas cláusulas gerais valorativas, que não descrevem com precisão as condutas proibidas.

Em conclusão, explica o citado jurista que somente a indeterminação revela-se inconstitucional (destaques do autor)²⁸.

Efetivamente, esta situação de ausência de razoável determinação dos limites da ilicitude não permite ao destinatário da norma saber o que constitui a conduta ilícita e não possibilita, ao magistrado, proferir a sentença justa. A aplicação da lei é sempre um ato de criação normativa, um ato de concretização do preceito genérico

²⁷ REALE Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 295.

²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de derecho penal**. Parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p.15.

86 e abstrato. Por isso, os destinatários da norma devem sempre contar com um razoável grau de determinação normativa.

A segunda hipótese controvertida é a dos conceitos indeterminados. Estes conceitos são imprecisos e comprometem a compreensão do tipo exigida pelo princípio da taxatividade. Conceitos de conteúdo e extensão, em larga margem incertos, necessitam de preenchimento valorativo dependente, totalmente, da esfera judicial. Atentam contra o princípio da legalidade, pois a definição legal é tarefa a ser previamente fixada pelo legislador; atentam, ainda, contra o corolário da taxatividade, pois os contornos da ilicitude não podem depender da sentença, que é norma concreta e “a posteriori”. Se a lei não proporciona ao magistrado pontos de apoio para a complementação normativa, ela é inadequada para os fins a que se destina. Nesta hipótese, a lei é inconstitucional. Segundo Hans Welzel, representa “verdadeiro perigo que ameaça o princípio *nulla poena sine lege*”.

Outro caso controvertido é a dos tipos abertos. Esta hipótese merece especiais considerações. Na técnica de composição dos tipos, temos duas hipóteses: a dos tipos fechados e a dos tipos abertos. Como ensina Rodriguez Mourullo, os tipos são considerados fechados, “quando a conduta aparece determinada em todas as suas características mediante uma descrição completa de todos os aspetos fáticos-reais”. O jurista salienta que, muitas vezes, a própria natureza das coisas não permite que se determine taxativamente todas as características do ilícito penal. O legislador se vale, então, de descrições parciais, deixando a complementação dos elementos valorativos ao cargo de ponderações judiciais. Assim sendo, conclui o mesmo jurista que “abertos ou necessitado de complementação são aqueles que a lei só descreve parte das características da conduta proibida, reenviando ao juiz a tarefa de complementar as restantes”²⁹.

Nos tipos abertos, deve o juiz completar os elementos do injusto, estabelecendo o tipo abstrato, do qual será extraído o tipo concreto, ou melhor, a concretização

²⁹ RODRIGUEZ MOURULLO, Gonçalo. **Derecho penal**. Parte general. Madrid. Universidad Autónoma de Madrid, 1987, p. 286 e seguintes. Do mesmo autor, conferir: El principio de legalidad. In: **Nueva enciclopedia jurídica**. Barcelona, 1971, tomo XVI, p. 888. Ver, ainda: BRUNO, Aníbal, Sobre o tipo em direito penal. In: **Estudios de derecho e processo penal em homenagem a Nelson Hungria**. Rio de Janeiro, 1962, p. 47 e seguintes; REGIS PRADO, Luiz. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 1 p. 342; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p.14 e seguintes. A respeito da taxatividade, ver, ainda: HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984, p. 314 e seguintes.

judicial. A valoração fica na dependência de elementos ético-sociais a serem apreciados no momento da realização do delito. Nestes casos, ocorrem sérias limitações ao princípio da taxatividade, tendo este, em consequência, caráter relativo³⁰.

Na presente exposição, devem ser consideradas, relativamente aos tipos abertos, a problemática dos crimes culposos e a dos crimes omissivos impróprios, também denominados comissivos por omissão. São ambos tipos necessitados de complementação³¹. Vejamos, de per si, cada um deles.

O tipo de injusto culposo está descrito no art. 18, par. 2º do Código Penal. Considera-se culposo o crime, “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”. Não diz o texto legal em que consistem referidas modalidades de culpa. Não há uma conceituação legal dos elementos capazes de caracterizar a inobservância do dever de cuidado, inerente ao injusto culposo. Diz Magalhães Noronha que a fórmula do Código poderia ser mais completa. Assevera o jurista que o legislador não definiu a culpa, preferindo referir-se às suas modalidades³².

Contudo, para melhor atender ao princípio da taxatividade, parece que a conceituação seria imprescindível. Como veremos, o dever de cuidado é o elemento fundamental para a caracterização da culpa em suas diferentes modalidades. É a lição de Giuseppe Bettiol, segundo a qual “na raiz de todo delito culposo se encontra um defeito de atenção não escusável”³³.

Atentemos à doutrina. Edmund Mezger afirma que “atua culposamente aquele a quem se reprova por ter desatendido a um dever de cuidado que lhe incumbia pessoalmente e que, por esta razão, não evitou o fato e as suas conseqüências”. Da mesma forma, Giuseppe Maggiore salienta que a “culpa é uma conduta voluntária (ação ou omissão) que ocasiona um evento antijurídico não querido, mas previsível e excepcionalmente previsto, e que poderia, com a devida atenção, ser evitado”³⁴.

³⁰ Consultar: MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1991, p. 51 e seguintes.

³¹ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Parte general. 11. ed. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 18; 28; 153; 246.

³² MAGALHÃES NORONHA, E. **Direito penal, lo volume**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 164. Conferir, também, do mesmo autor: **Do crime culposo**. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 106.

³³ BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale**. Parte generale. 7. ed. Pádua: Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1969, p. 413.

³⁴ MEZGER, Edmund. **Derecho penal**. Parte general. Libro de estudio. Tradução da 6ª edição por Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958, p. 256. MAGGIORE, Giuseppe. **Principi di diritto penale**. Parte generale. Bolonha: Nicola Zanichelli Editore, 1937, v. I, p. 389.

No entendimento da doutrina, o delito culposo exige, para a sua configuração, a presença dos elementos supra referidos. Para os efeitos do presente trabalho, merece nossa atenção o requisito constante do denominado “dever de cuidado”, que deve compor a tipicidade do delito de injusto culposo e que vem indicado por normas extra penais, como as de ordem administrativa ou disciplinares. Por isso, o tipo se encontra em aberto, a ação não está totalmente definida. Mister se faz a complementação judicial. O crime é sempre fruto de uma valoração, como preleciona Giuseppe Bettiol³⁵. Daí a importância decisiva da consideração do dever de cuidado, o qual não deixa valoração de ser um elemento normativo abrangendo uma valoração ético-social.

Tais regras de cuidado são, em última análise, abstratas e genéricas, como ocorre com todas as enunciações normativas. Esta é a lição de Francisco Muñoz Conde, *in verbis*:

estas regras de cuidado não são sempre fáceis de precisar e é necessário recorrer a **critérios abstratos**, como ‘bom condutor’, ‘condutor experimentado’, ‘homem de inteligência média’ etc. Em algumas ocasiões, as regras de cuidado, que devem observar-se, vêm descritas em preceitos de normas administrativas... Outras vezes, deve-se recorrer a regras da experiência no exercício de determinadas profissões... De todas as formas, todas as regras e princípios da experiência são **abstrações e generalizações** que devem ser aplicadas a um caso concreto para valorar se houve ou não imprudência³⁶ (grifos nossos).

Portanto, a aplicação do preceito do citado artigo 18, par. 2º do Código Penal deve ser muito criteriosa. Como salientamos em outro trabalho, a sentença é um ato de criação prudencial; é um elo entre o direito legislado, de caráter abstrato, e o direito judicial, de caráter concreto; é um meio para a obtenção da solução justa, revestida de equidade. A construção prudencial é, nesta ordem de considerações, a determinação do direito aplicável em harmonia com os preceitos normativos, mas sem descuidar dos fatores contingentes da situação convivencial³⁷. A atuação do juiz é, na linguagem dos romanos, uma atuação “*adjuvandi causa*”. Isto acontece, com mais razão, na hipótese controvertida do injusto culposo, porque os contornos do fato típico, decorrentes da norma penal, são parciais, cabendo, ao magistrado,

³⁵ BETTIOL, Giuseppe. **O problema penal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas; São Paulo, 2003, p. 127.

³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria general del delito**. 2. ed. Valença: Tirant lo Blanch, 1991, p. 75-76.

³⁷ Dissertação de Mestrado, de nossa autoria, intitulada *A sentença como ato de construção prudencial*, apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

complementar o tipo e construir a norma concreta. A concretização, exigida pela própria taxatividade, é, em última análise, uma concretização de valores.

Em conclusão, entendemos que nos tipos abertos de injustos culposos, a formulação é incompleta, porque esta situação decorre da própria “natureza das coisas”. A lei, descrevendo fatos convivenciais que se realizarão posteriormente, não pode prescindir da linguagem que generaliza, porque não consegue abranger, através de fórmula universal, situações contingentes. Por isso, na hipótese em estudo, a descrição completa do tipo, depende de apreciação valorativa a ser realizada no contexto social em que ocorre o fato delituoso. É imprescindível, no entendimento de Günther Jacobs, uma interpretação socialmente contextualizada. Isto significa que a valoração dos elementos legalmente descritos deve ser realizada no contexto social em que esses mesmos elementos são realizados³⁸.

Convém salientar que a decisão judicial se firma em pontos de referência, legalmente configurados, não vulnerando, assim, o princípio da legalidade e o corolário da taxatividade (*lex certa*). Esta conclusão, que adotamos para conciliar o princípio da taxatividade com a concretização judicial, encontra apoio no pensamento de Hans Welzel. Como afirma o jurista alemão, a construção definitiva do tipo decorre do “quadro orientador” prefixado na norma legal, não advindo de um juízo autônomo do magistrado³⁹.

Ficam, assim, preservados os parâmetros constitucionais relativos ao “*jus puniendi*”.

Outra hipótese controvertida é a que se refere aos crimes comissivos por omissão, ou omissivos impróprios. Nestes o tipo é de formação legal e judicial. Por outras palavras: são crimes cujos elementos constitutivos são complementados pela atuação do magistrado.

De início, vamos analisar a conceituação doutrinária. Hans Heinrich Jescheck ensina que “o delito de omissão imprópria consiste em não impedir a produção de um resultado típico, apesar da existência de um dever por parte do garante”⁴⁰. Trata-se de delito especial porque exige, para a sua configuração, um dever que se funda em preceito jurídico preexistente. Há um dever de agir para evitar o evento danoso,

³⁸ JACOBS, Gunther *et al.* **Derecho penal**. Parte general. 2.ed. corrig. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 196-197.

³⁹ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Parte general. Tradução de Juan Bustos Ramirez e Sérgio Yánêz Pérez. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 28.

⁴⁰ JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Parte general. Tradução de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1978, p. 359.

90 sendo que o sujeito ativo do delito se omite, não impedindo a ocorrência do evento lesivo. Alguns exemplos, sempre citados pela doutrina e que podem ilustrar o conceito, são os seguintes: o do alpinista que não toma as providências que lhe competem; o do salva-vida das praias, que se exime dos cuidados devidos para proteção dos banhistas; o dos guias turísticos que deixam de prevenir os excursionistas de eventuais perigos.

Esse dever de impedir a produção de um resultado antijurídico é, segundo Edmund Mezger, um dever de atuar que decorre da lei, de especial aceitação (contrato), de agir precedente mediante o qual se requer ulterior intervenção e de outras relações concretas da vida. Decorre, diretamente, da lei quando o dever de atuar consta de mandamento expresso, como nas obrigações do Direito de Família; do contrato, quando o dever de atuar resulta de vínculo através do qual o autor do delito havia se obrigado a impedir o resultado, como ocorre nas previsões do Direito das Obrigações e nas que dizem respeito aos deveres inerentes às atividades profissionais; do dever decorrente de ação precedente que deu causa ao perigo iminente, exigindo a necessária intervenção; e de outras relações concretas da vida convivencial⁴¹.

Tendo em vista a conceituação doutrinária, bem como as espécies de crimes comissivos por omissão, ou omissivos impróprios, é lícito inferir que, também, para os mesmos são aplicáveis as conclusões acima alinhadas relativamente aos crimes culposos: a necessidade de complementação judicial nos termos das diretrizes traçadas pelos contornos legislativos.

Segundo entendimento de Antonio Garcia-Pablos,

a omissão imprópria ou comissão por omissão suscita sérios receios, como técnica legislativa, já que implica numa equiparação ou homologação por via legislativa. Diferentemente dos delitos próprios de omissão, tipificados de forma inequívoca na lei, os de comissão por omissão procedem dos correlativos tipos omissivos, sendo o juiz quem, caso a caso, decide quando não impedir ativamente a ocorrência de um resultado (omissivo) equivale a causá-lo, a produzi-lo (comissão); ou, o que é o mesmo, quando 'devia' o omitente ter evitado o resultado por se encontrar na situação jurídica de garantidor (tradução nossa)⁴².

Do exposto, justifica-se a seguinte conclusão: a tipicidade dos crimes comissivos por omissão tem seus contornos finais estabelecidos por via judicial, quando se faz

⁴¹ MEZGER, Edmund. **Derecho penal**. Libro de estudio. Parte general. Tradução de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1985, p. 122-123.

⁴² GARCIA PABLOS-Antonio. **Derecho penal**. Introducción. Madrid: Universidad Complutense, Servicio Publicaciones Facultad Derecho, 1995, p. 254.

a análise da “posição do garantidor”. Não há ofensa ao princípio da taxatividade porque a apreciação judicial se realiza na linha de continuidade da descrição legislativa. Esta delimita, através de um “quadro diretivo”, a atuação do magistrado. Sua construção deve ser prudencial, já que a norma da decisão deve concretizar a norma legal. Assim sendo, é certo que, tanto na hipótese dos crimes culposos (acima estudados), como na dos crimes comissivos por omissão, existe uma atividade valorativa, de ordem judicial que não pode ser dispensada.

A técnica da elaboração de tipos abertos constitui meio adequado para o resguardo dos valores jurídicos considerados vitais para a vida comunitária, já que o legislador, em virtude da própria “natureza da coisa” não pode descrever o tipo na sua integralidade e nem pode operar através do casuísmo. Como adverte Hans Heinrich Jescheck, a formação de tipos deve ser objeto de normas redigidas com certo grau de abstração, vinculando, assim, a concretização judicial dentro dos parâmetros legais⁴³.

Em suma: toda e qualquer concretização constitui fruto de uma atividade valorativa. O método teleológico constitui a etapa final do processo hermenêutico que deve orientar o intérprete na avaliação dos bens jurídicos penalmente protegidos. Nesse contexto, pode o juiz estabelecer a complementação do tipo como exigência do princípio de proteção de valores indispensáveis à vida em sociedade.

Além dessas hipóteses controvertidas acima estudadas, a doutrina tem apontado a que se refere aos elementos normativos que compõem o tipo penal. Edmund Mezger considera o tipo como “recurso altamente engenhoso para destacar e delimitar mais exatamente um campo especial do injusto ao qual (o Direito Penal) conecta a pena”⁴⁴. Por tais razões, impõe-se, antes de mais nada, algumas considerações iniciais a respeito dos elementos que compõem a estrutura dos tipos penais.

Ensinam os doutrinadores que há duas modalidades básicas de tipo: aqueles que contêm elementos descritivos e aqueles que contêm normativos ou valorativos. Em outras palavras: o legislador, no processo de construção conceitual das hipóteses normativas, se utiliza de elementos descritivos e de elementos normativos.

Elementos descritivos do tipo são os que retratam objetos do mundo real perceptíveis pelos sentidos ou objetos de natureza psicológica, sendo, em todo o

⁴³ JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Parte general. Tradução de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1978, p. 173 e seguintes.

⁴⁴ MEZGER, Edmund. **Derecho penal**. Parte general. Libro de estudio. Tradução de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Editorial Argentina, 1958, p. 133.

caso, suscetíveis de constatação no mundo da natureza. Exemplos: matar, ofender, incendiar... Tais elementos, como anota Jescheck, apesar de descritivos, dependem, “para a sua exata compreensão, de referência a uma norma e manifestam, assim, um certo grau de conteúdo jurídico”⁴⁵. Elementos normativos do tipo são os que se referem a valores, decorrentes do mundo da cultura, exigindo, assim, do magistrado, conhecimentos relativos à experiência e juízos valorativos para a exata compreensão do seu sentido normativo. Exemplos: pequeno valor do furto mínimo, dignidade, decoro, injúria etc. São carentes de preenchimento valorativo.

Entretanto, a distinção entre ambos é sutil. Como salienta Jürgen Baumann, “a característica normativa contém uma certa descrição, enquanto que a característica descritiva não é simplesmente descritiva”⁴⁶. Isto significa que a fixação definitiva das características do tipo ocorre na via judicial, isto é, por norma “a posteriori”. É resultado da interpretação teleológica.

Segundo o princípio da taxatividade, os termos exatos da ação incriminada devem ser definidos “a priori”, através de norma legal. Contudo, não se pode prescindir, na definição das modalidades de delito, das condições da linguagem conceitual. O legislador, pela própria natureza de suas funções, procura configurar as notas essenciais de que se reveste o concreto em construções típicas. Tais notas revelam a estrutura do tipo. A descrição dos elementos componentes do desvalor do injusto punível é, assim, por sua própria natureza, de caráter abstrato.

Nesse sentido é o pensamento de Santiago Mir Puig: “se as proposições legislativas expressam imperativos do dever ser, isto é, valorativos, para descobrir seu sentido, deve impor-se a penetração dos juízos de valor sustentados por elas”⁴⁷. A valoração é necessária para efetiva concretização judicial dos preceitos penais. Contudo, existem critérios legais prefixados para a avaliação prudencial do magistrado. Como observa Jescheck, a complementação judicial deve refletir as

⁴⁵ JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Parte general. Tradução de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1978, p. 365.

⁴⁶ Conferir: BAUMANN, Jürgen. **Derecho penal**. Conceptos fundamentales y sistema. Tradução de Conrado A Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1973, p. 78-79. O jurista assim se expressa: “Acaracterísticas do tipo que a lei emprega tem natureza extraordinariamente diferente. Existem, de um lado, características simplesmente descritivas, as chamadas características descritivas do tipo e, por outro lado, características que exigem do interprete uma valoração: são as características normativas do tipo. O **deslinde entre características descritivas e normativas é fluido**. A característica normativa contém uma certa descrição e a característica descritiva não é simplesmente descritiva. Neste sentido pode-se dizer que todas as características são mais ou menos normativas” (tradução e grifos nossos).

⁴⁷ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1976, p. 311.

valorações morais existentes na comunidade. Em conclusão: a pesquisa do sentido de valor que anima as normas jurídicas não resulta em agravo ao princípio da taxatividade, uma vez que o sentido axiológico é imanente à descrição normativa dos tipos penais.

Finalmente, devemos analisar a hipótese, também controvertida, das normas penais em branco. As normas penais devem ser completas, contendo a descrição normativa todas as características essenciais do tipo. Exemplos: arts. 121 e 129 do Código Penal, que tipificam o homicídio e a lesão corporal, respectivamente. Mas há normas consideradas incompletas. Diz Jescheck que

normas penais em branco são aquelas leis que somente contém uma cominação penal e que, relativamente ao conteúdo proibitivo, remetem a outras leis, regulamentos ou inclusive atos administrativos promulgados de forma autônoma em outro tempo e lugar⁴⁸. (tradução nossa).

A complementação pode emanar de fontes de ordem diversa, conforme referências do jurista alemão.

A simples definição acima referida revela que os mencionados tipos dependem de complementação posterior. Por razões de ordem técnica, o legislador deixa de indicar as notas características da transgressão, relegando sua definição a outras fontes normativas. Tal situação, no entendimento da doutrina, pode vulnerar o princípio da legalidade, que inclui o corolário da taxatividade (*lex certa*), dificultando o conteúdo da proibição e, em consequência, levando o membro da comunidade à incerteza e à insegurança jurídicas.

Estes são os inconvenientes das normas penais em branco, as quais podem ser admitidas excepcionalmente e com redobradas cautelas. Quando as normas penais em branco remetem a outras leis “juridicamente adequadas” (a expressão é de Jescheck), elas são admissíveis. Se as demais normas, decorrentes da delegação normativa, não contiverem a definição precisa dos elementos do tipo, ocorrerá manifesta ofensa ao princípio da taxatividade.

A análise acima realizada evidenciou os reflexos que as hipóteses controvertidas podem ocasionar relativamente ao princípio da “*lex certa*”. Diz o princípio da legalidade que não há crime sem lei anterior que o defina. Ora, a definição é, segundo Johannes Hessen, “a exata determinação do conteúdo mediante a enumeração de suas notas”. No caso em estudo, essa enumeração das notas deve

⁴⁸ JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal. Parte general**. Tradução de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1978, p. 150.

94 provir da lei. Mas há hipóteses em que ela depende de complementação na esfera judicial. A definição se completa por via judicial. Assim sendo, é importante apreciar, em rápida síntese, a exigência de concretização por parte do magistrado para que os contornos da tipicidade sejam efetivamente delimitados. Esta é a matéria do parágrafo subsequente.

6 O princípio da “lex certa” e a necessidade de concretização judicial

As hipóteses controvertidas revelam, na expressão de Hans Welzel, “considerável restrição ao princípio da taxatividade”. A norma jurídica é insuficiente para a configuração exata das hipóteses normativas. Como demonstramos acima, há casos que exigem, pela própria natureza da matéria regulada, uma complementação de ordem judicial.

A tipificação é o processo utilizado pelo legislador para a configuração dos comportamentos ilícitos nas normas jurídicas. Mas a tipificação, como processo de elaboração das normas jurídicas, exige, necessariamente, a concretização. A fortiori, quando o legislador se vale de tipos abertos, capazes de gerar as situações controvertidas acima estudadas. Como esclarece o jusfilósofo Artur F. Utz, “os conceitos jurídicos de caráter valorativo reclamam uma **concreção** que depende de **nova decisão quanto a valores**, o mesmo acontecendo quando a decisão é deixada à livre apreciação do juiz”⁴⁹ (tradução e grifos nossos). É a interpretação “socialmente contextualizada”, a interpretação realizada em função de valores supervenientes, a que se refere Günther Jacobs, acima citado. É o que também ensina Jean Louis Bergel, ao cuidar da metodologia jurídica. Salienta o jurista francês que “certos conceitos jurídicos são intencionalmente vagos porque a indeterminação intrínseca de seu conteúdo é um fato de adaptação do direito”. Explica, ainda, que “indeterminado não significa indeterminável”. E conclui referindo-se à apreciação do juiz cujos critérios “não podem estar dissociados do contexto social”⁵⁰.

Desse entendimento, participa, também, Karl English. Diz o jurista alemão:

o órgão aplicador do Direito, através do Direito equitativo, do ‘jus aequum’, que se prende aos conceitos indeterminados e normativos, com as cláusulas gerais e as cláusulas discricionárias, é chamado a descobrir o direito do caso concreto, não simplesmente através de interpretação e

⁴⁹ UTZ, Artur F. **Éthique sociale: philosophie du droit**. Tradução de Vincent Kleiber. Suisse: Ed Universitaires de Fribourg, 1963, p. 109 e seguintes.

⁵⁰ BERGEL, Jean Louis. **Méthodologie juridique**. Paris: Presses Universitaires de France. 2001, p. 115 e seguintes.

subsunção, mas também através de **valorações e decisões de vontade**⁵¹ (grifos nossos).

Há uma atualização de valores fundada, sempre, nos esquemas de valores que a ordenação sistemática traduz.

Do exposto, segue-se que as hipóteses controvertidas exigem, para seu deslinde, concretização, incluindo uma nova decisão quanto a valores para a fixação exata dos contornos do tipo e a individualização do preceito. Mas as descrições normativas oferecem, sempre, marcos oportunos e pontos de apoio que não podem ser menosprezados. O direito normativo deve sempre orientar a efetiva concretização da norma através da jurisprudência. A complementação deve ser efetivada no marco da teleologia do sistema.

O desenvolvimento e a realização do direito dependem da jurisprudência. Eles se realizam através da atuação “*adjuvandi causa*”, a que se referiam os romanos. No caso em estudo, o juiz complementa a descrição tipológica, estabelecendo os contornos da ilicitude. Tem o magistrado, portanto, um certo poder criador e normativo, necessário às valorações capazes de explicitar o direito do caso concreto.

Pensamos que a concretização judicial, nos termos acima referidos, se concilia com o princípio da taxatividade, já que a norma de decisão decorre de poderes constitucionais conferidos ao juiz. Além disso, ela é construída prudencialmente com base nos modelos normativos elaborados pelo próprio legislador. Em suma: a concretização é fruto da equidade, que deve presidir a todo julgamento.

7 Enunciados finais

O entendimento desenvolvido no decorrer do presente trabalho pode ser resumido nos enunciados que se seguem.

As lesões que ofendem a bens jurídicos, delimitados nos parâmetros constitucionais, devem ser taxativamente configuradas.

Compete ao legislador fixar, segundo exigências decorrentes dos princípios fundamentais de Direito Penal, as lesões que, por serem consideradas reprováveis em determinado momento histórico, devem ser objeto de proteção penal, definindo, com exatidão de linguagem, os elementos descritivos e normativos que devem integrar os tipos penais.

⁵¹ ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Batista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1964, p. 170-171.

“Lex certa” é aquela que, atendendo ao conteúdo dos bens jurídicos, na forma acima descrita, é capaz de estabelecer, de modo taxativo, os termos exatos da ação a ser incriminada.

Os princípios constitucionais exigem a exata determinação do conteúdo de cada modalidade de tipo mediante a enumeração de suas notas.

Nos tipos abertos, torna-se problemática referida configuração. Em virtude da própria natureza da matéria regulada, o legislador não descreve integralmente o tipo, deixando, a cargo do juiz, não apenas a interpretação teleológica, mas a descrição de alguma de suas características, o que se verifica após a ocorrência do fato, já que a sentença judicial é norma individualizada e, portanto, formulada “a posteriori”.

Assim sendo, deve o juiz configurar, na sua decisão, elementos adicionais ao fato que o legislador descreve quando a configuração legal é parcial, incompleta e carente de valoração.

Semelhante atuação judicial deverá, sempre, observar os princípios axiológicos consignados nos tipos normativos. A atualização de valores depende da prudência do magistrado, envolvendo complementação dos tipos abertos nos marcos da teleologia do sistema.

8 Referências

AFTALION, Enrique; GARCIA OLANO, Fernando; VILANOVA, José. **Introducción al derecho**. Buenos Aires: La Ley, 1967.

ANTOLISEI, Francesco. **Manuale de diritto penale. Parte generale**. 4 ed. Milão, Dott.^a Giuffrè Editore, 1997.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal. Parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Jose Luis Depalma Editor, 1999.

_____. **Principios de derecho penal. Parte general**. 2. ed. Madrid: Ediciones Akal, 1990.

BAUMANN, Jürgen. **Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema**. Tradução de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Edidiones Depalma, 1973.

BERGEL, Jean-Louis. **Methodologie juridique**. Paris.: Presses Universitaires de France, 2001.

BETTIOL, Giuseppe. **Istituzioni di diritto e procedura penale. Corso di lezioni per gli studenti de scienza politiche**. Pádua: Cedem Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1966;

BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale. Parte generale.** 7. ed. Pádua: Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1969

_____. **O problema penal.** Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. Parte geral.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

BOBBIO, Norberto. Norma jurídica. In: **Novissimo Digesto italiano.** Turim: Torinese, 1958.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal.** Parte Geral. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1956.

_____. Sobre o tipo no direito penal. In: **Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria.** Rio de Janeiro: Forense, 1962.

COING, Helmut. **Fundamentos de filosofia del derecho.** Tradução de Juan Manuel Mauri. Barcelona: Ariel, 1976.

CÓSSIO, Carlos. **La teoría egologica del derecho.** 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perot, 1964.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** Tradução de J. Baptista Machado: Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

GARCIA-PABLOS, Antonio. **Derecho penal.** Introducción. Madrid: Servicio de Publicaciones, Universidad Complutense, 1995.

GRAF ZU DOHNA, Alexander. **La estructura de la teoría del delito.** Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal.** Tradução de Francisco Muñoz Conde e Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

HENKEL, Heinrich. **Introducción a la filosofía del derecho.** Tradução de Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid: Taurus Ediciones, 1968.

JACOBS, Gunther; CONTRERAS, Joaquim Cuello; MURILLO, Jose Luis Serrano Gonzalez de. **Derecho penal.** Parte general. 2. ed. corrig. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal. Parte general.** Tradução de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1978.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia del derecho.** Tradução de Luis Villar Borda e Ana Maria Montoya. Colombia: Universidad Externato de Colombia, 1997.

MAGALHÃES NORONHA, Edgar. **Direito penal.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965

_____. **Do crime culposos.** São Paulo: Saraiva, 1957. v. 1.

- 98 MAGGIORE, Giuseppe. **Principi di diritto penale**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1934.
- MARQUES, José Frederico. **Curso de direito penal: da infração penal**. São Paulo: Saraiva, 1956.
- MEZGER, Edmund. **Derecho penal**. Parte general. Libro de estudio. Tradução de Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Peréz. Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997.
- MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1976.
- MOUCHET, Carlos; ZORRAQUIN BECU, Ricardo. **Introducción al derecho**. 12. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1991.
- PESCATORE, Pierre. **Introduction a la Science du Droit**. Luxembourg: Presses Universitaires, 1978.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RECASENS SICHES. **Tratado general de Filosofía del derecho**. 11. ed. México: Porrúa, 1995.
- REGIS PRADO, Luiz. **Bem jurídico penal e constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- RODRIGUEZ MOURULLO, G. El principio de legalidad. In: **Nueva Enciclopedia Juridica**. Barcelona, 1971. tomo XVI.
- _____. **Derecho penal**. Parte general. Madrid: Civitas, 1978.
- UTZ, Artur F. **Éthique sociale**. Philosophie du Droit. Tradução de Vicent Kleiber. Suisse: Ed. Universitaires de Fribourg, 1963.
- WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Parte general. Tradução de Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Peréz. Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997.
- WESSELS, Johannes. **Derecho penal**. Parte geral. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976.