

**WINFRIED HASSEMER**

*Professor de Direito Penal, Processo Penal, Teoria do Direito  
e Sociologia Jurídica na Universidade de Frankfurt a. M.  
Vice-presidente do Tribunal Constitucional Federal.*

**INTRODUÇÃO AOS  
FUNDAMENTOS  
DO DIREITO PENAL**

*(Einführung in die  
Grundlagen des Strafrechts)*

**Tradução (da 2ª edição alemã revista e ampliada)  
de Pablo Rodrigo Alflen da Silva**

**Sergio Antonio Fabris Editor**  
Porto Alegre/2005

primeiro caracteriza a ordenação da questão, o segundo a exposição da resposta. Disso se deduzem todas as particularidades.<sup>612</sup>

O *estilo do parecer* começa já no caso, pois surge quando a fase de produção termina e começa a fase de decisão. Ele leva ao caso uma hipótese normativa de caráter o mais geral possível, o conteúdo integral da descrição legal do delito (A retirou a carteira do bolso traseiro de B. Isto poderia ser a subtração de coisa alheia móvel com a intenção de apropriar-se). Após esta introdução, progredindo dedutivamente do geral ao concreto, elabora-se ponto a ponto a hipótese geral normativa (coisa alheia móvel – subtração – intenção de apropriar-se etc.) Esta elaboração ocorre em forma de questionário (A, por ter retirado a carteira do bolso cometeu uma subtração) e termina com a verificação de que A cometeu (ou não) um furto.

O *estilo da sentença* é em sua forma ideal o reflexo do estilo do parecer. Ele começa com o resultado da fase de decisão, isto é, que A cometeu um furto. Após esta introdução, progredindo dedutivamente do geral ao concreto, é apresentado e fundamentado, ponto a ponto, o resultado comprovado. A argumentação serve-se da afirmação (a subtração consiste no fato de que A pegou a carteira), ela não contém hipóteses e questões. O estilo da sentença em sua forma ideal, não permite ao juiz nenhuma expressão de dúvida quanto ao resultado e os passos fundamentados.

Como ao estilo do parecer a linguagem é a de busca pelo Direito, ao estilo de sentença a linguagem é de justificação, elas também estão – assim como estas duas fases – em uma *relação sistemática* (e temporal) recíproca. O estilo do parecer com o qual o estudante tradicionalmente tem se ocupado durante a formação universitária deve ser familiar ao juiz praticante, pois ele tem que utilizá-lo na fase de busca pelo Direito (por exemplo, na deliberação). Naturalmente estas são somente as estruturas ideais de ambos os estilos de linguagem, certamente a capacidade profissional de fala se mostra no domínio das rotinas da linguagem, que leva a que os dois estilos engrenem na prática (que, por exemplo, o evidente no estilo do parecer se encontra tam-

<sup>612</sup> Uma boa introdução ao estilo de parecer em Arzt, Strafrechtsklausur. Uma análise metódica exigente e pormenorizada sobre a técnica do parecer em Puppe, Methodenlehre.

bém no estilo da sentença,<sup>613</sup> a problemática na decisão é formulada algumas vezes em forma interrogativa). Mas isto não modifica nada no efeito assegurador do estilo da linguagem, mas somente o diferença e acentua.

Todavia, diante das atitudes daquele que fala e escreve quais os estilos de discurso os juristas expressam, deveria-se refletir sobre um remédio que valesse menos ao estilo do parecer que ao estilo da sentença. Certamente o estilo da sentença também tem a sua própria lógica; ele deve justificar, expor – mas não duvidar, perguntar. Questiona-se apenas se os afetados pelo Direito Penal percebem esta sutil determinação da função como a *impressão da arrogância* e a falta de capacidade de comunicação que às vezes vem acompanhada com o estilo da sentença, ao qual, porém, servem de base estruturas mais fundamentais que a boa vontade dos penalistas com capacidade de fala, que, principalmente na fundamentação oral da sentença, se deixam influenciar notoriamente pelo estilo do parecer e se tornam mais comunicativos. O modo e o grau no qual as fundamentações da sentença seguem o estilo da sentença, dependem, na verdade, de duas grandes variáveis: da posição do acusado como sujeito no Processo Penal e da relação dos juristas com a sociedade.

## § 27. O princípio da legalidade

### I. Fundamentos e desenvolvimento

Os instrumentos que asseguram a vinculação judicial até então mencionados encontram-se mais ou menos elaborados inclusive em outros âmbitos do Direito positivo. Eles são expressão geral do interesse legislativo de imposição da sua vontade na prática judicial e do

<sup>613</sup> A habilidade dos estudantes no domínio do estilo da linguagem jurídico-penal mostra-se sobretudo nos casos em que eles podem ligar de modo correto o estilo do parecer e o da sentença ao parecer: somente se discute como duvidoso na forma questionadora do estilo do parecer, mas se verifica claramente, sem condições, na forma lacônica do estilo da sentença; o leitor ou quem se detém com a questão sobre se um relógio de pulso é uma "coisa", ainda não pode falar juridicamente.

interesse da jurisprudência na consistência da sua atuação. No Direito Penal, ao contrário, estes instrumentos experimentam um reforço específico; este reforço está formulado no chamado “princípio da legalidade”, que nasce com o *Code pénal de 1810* e chegou ao RStGB de 1871 através do StGB prussiano de 1851. A Constituição de Weimar (WRV) conferiu ao princípio da legalidade categoria constitucional ao inseri-lo no art. 116, e hoje o Art. 103, II da GG formula com o mesmo teor do § 1 do StGB: “um ato somente pode ser punido, se a punibilidade estiver determinada legalmente antes que o ato seja cometido”. Quem, de qualquer modo, como jurista já não sabe de cor, deveria ler esta frase várias vezes; todas as suas palavras tem importância e não só a sua destacada localização no StGB indica que se trata aqui de um princípio fundamental do Direito Penal material – e uma diretriz principal do Direito Processual Penal.

O significado jurídico-político do princípio da legalidade pode ser avaliado pelo fato de que o legislador nacional-socialista já em 1935 opôs ao princípio liberal “não há crime sem lei; não há pena sem crime” (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine crimine; nulla poena sine lege*) o princípio autoritário “não há crime sem pena” e o § 2 do StGB tinha formulado deste modo: “será punido quem comete um ato que a lei declara como punível ou que merece pena de acordo com a idéia fundamental da lei penal e de acordo com o *são sentimento do povo*.” Hoje, o “*são sentimento do povo*”, entre os penalistas, é uma expressão ignominiosa. Foi a alavanca com a qual se afastou o princípio da legalidade do Direito Penal. Em 1945 e 1946 as forças de ocupação reformularam os fundamentos do StGB (elas mesmas infringiram estes fundamentos, na medida em que tinham introduzido a punibilidade retroativa da guerra de agressão (“*Angriffskriege*”) e dos “crimes contra a humanidade”).<sup>614</sup>

O princípio da legalidade remonta aos seus fundamentos, e pela observação das suas fontes pode-se compreender que deve ter um significado muito especial para o âmbito do Direito Penal. Ele é expressão da autoconsciência burguesa, que surgiu com o Iluminismo, face ao domínio estatal, em sua luz aparece a lei penal não só como uma *Magna Charta Libertatum* do delinquente, como compreende a época mais recente, mas em primeiro lugar como *Magna Charta Libertatum* do cidadão.

<sup>614</sup> Exposição aprofundada sobre o problema em *Kranzbühler, Nürnberg als Rechtsproblem*.

Com a teoria do conhecimento do idealismo alemão e a filosofia política do Iluminismo morreu a fé generalizada no Direito Natural como fonte e diretriz do Direito positivo. Mesmo quando as circunstâncias políticas não permitiam por muito tempo uma crítica eficaz ao Direito Penal, a teoria do contrato social tinha investido e preparado bem os fundamentos teóricos de tal crítica. Com a existência ou, em todo caso, o reconhecimento das normas jusnaturalistas – isto é, normas justas válidas em todos os tempos e todos os lugares – suprimia-se a possibilidade do legislador de manter reduzidas as exigências da sua justificação. Na época do *Direito Natural* o legislador tinha que se preocupar muito pouco em estabelecer com exatidão as suas leis: era a concordância com o Direito Natural, com o bom e velho Direito, que bastava como justificação do Direito positivo. Segundo o entendimento jusnaturalista, o legislador não tinha que fundamentar o Direito, mas deduzir. A posição do legislador como administrador do Direito Natural é forte – ela supõe na verdade que o legislador pode impor e transmitir a sua qualidade como administrador.

A época do Iluminismo enfraqueceu de modo decisivo a posição do legislador, elevou o grau de exigências de legitimação e modificou a sua qualidade. A crítica do conhecimento mostrou que os preceitos jusnaturalistas, em todo caso, não podiam ser trazidos do céu (no qual se encontravam) ao solo do ordenamento jurídico positivo sem algum prejuízo ou modificação. Este céu a partir de então permaneceu calado. Isto é, no futuro deveria-se procurar a justificação do Direito positivo, a legitimação do legislador na terra. A filosofia política do Iluminismo encontrou esta justificação na vontade do homem racional, na “*volonté générale*”. Ela sabia que o senão estava no critério da “racionalidade”, na diferença entre a “vontade geral” e a “vontade de todos” (inclusive na insensatez da “*volonté de tous*”); pois aí poderia estar escondido o gérmen de um novo Direito Natural, de um “Direito racional”, racionalístico, o qual também se desenvolveu depois e os novos administradores geraram, desta vez, a “razão”. Mas muito maior era a confiança no fato de que a “*volonté générale*” seria imposta – imaginada idealmente – em um contrato que todos que se encontram no Estado ajustariam entre si, o “contrato social”, o *contrato social* (*Sozialvertrag*).

A idéia do contrato social é evidente e, de acordo com os precedentes, conseqüente. Sem a força normativa do Direito Natural reconhecido, todo homem é inserido em si mesmo. Com a reunião dos homens em grupos, em sociedade, em um Estado, todos se colocam, ao mesmo tempo, uns diante dos outros, pois os limites da sua soberania e da sua liberdade resultam dos limites da liberdade dos demais. Isto é, eles devem se reunir contratualmente (*vertraglich*) e aí acordar os limites da sua liberdade, os limites até os quais eles renunciam à sua soberania. Estes limites devem ser traçados de modo preciso e rigorosamente vigiados. Pois com o decurso do tempo se decidirá sobre os *limites da liberdade* do indivíduo e pode resultar um poder ilegítimo, a submissão. Estes limites são traçados pelo Direito. Eles se assentam nas leis que, sob o aspecto ideal, se tem dado a todos e que, conseqüentemente, todos que aplicam estas leis estão vinculados a elas. Somente a *vinculação* garante que a convivência humana não conduza a violações ao Direito, pois até os limites da liberdade traçados legalmente, e somente até eles, todos têm renunciado à sua liberdade no interesse da sociedade civil, o qual é o seu próprio interesse.

As constituições revolucionárias, da Declaração da independência dos Estados americanos de 1776 até à Declaração dos Direitos do homem e do cidadão da Revolução francesa de 1789, concentraram o princípio da legalidade no Direito Penal,<sup>615</sup> e encontraram na teoria do Direito Penal a sua elaboração mais bem acabada.<sup>616</sup> Isto é compreensível. Os limites da liberdade que o Direito Penal traça, são não só os limites em face da liberdade dos demais, mas também os limites em face da intervenção estatal. Não só através do Direito Penal "político" (crime de traição à pátria e de alta traição) que a política interna pode se orientar violenta e lesivamente, mas também qualquer mandato jurídico-penal individual limita a liberdade frente ao poder punitivo do Estado. O Processo Penal está nas mãos do Estado, o sistema jurídico-penal dispõe dos instrumentos mais incisivos para a lesão e disciplina do indivíduo. A *burguesia ilustrada* tentou assentar a intervenção do Estado no Direito Penal de modo particularmente estrito com uma série de leis gerais. E isto, com razão, em princípio, não se modificou até os dias de hoje. O desenvolvimento da teoria do Direito Penal

<sup>615</sup> Art. 8 da Declaração dos Direitos do homem e do cidadão de 1789 diz: "Nul ne peut être puni, qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée."

<sup>616</sup> Quem quiser analisar os efeitos da filosofia iluminista kantiana na teoria do Direito Penal no começo do séc. XIX leia os §§ 18, 19 e 20 do Tratado de Feuerbach. Uma exposição pormenorizada sobre o contexto em Naucke, Kant.

desde o *começo do séc. XIX* é caracterizado pela tentativa de manter, de aperfeiçoar e assegurar o princípio da legalidade frente à ameaça do executivo e de revisar e reformular o seu "ethos" jurídico e sócio-político em face dos novos conhecimentos científicos e da nova linguagem científica.<sup>617</sup>

Em sua configuração atual o princípio da legalidade mantém ao todo quatro exigências tanto frente ao legislador como também frente ao juiz. Ele exige do legislador que formule do modo mais preciso possível as suas descrições do delito (*nullum crimen sine lege certa*) e que as leis não possuam efeito retroativo (*nullum crimen sine lege praevia*). Ele exige do juiz que fundamente as condenações somente na lei escrita e não no Direito consuetudinário (*nullum crimen sine lege scripta*) e que não amplie a lei escrita em prejuízo do acusado (*nullum crimen sine lege stricta*, a chamada "proibição da analogia").

## II. O mandato de certeza

O mandato de certeza é conseqüência obrigatória do fato de que um sistema jurídico se organiza sobre codificações, isto é, sobre leis escritas. A "*lex certa*", a lei efetivamente segura, é a esperança natural de qualquer legislador de que com o seu pronunciamento conseguirá impor determinados efeitos dentro de uma comunidade jurídica. A lei formulada de modo preciso constitui-se, portanto, em um interesse específico do legislador; assim não se deveria nem mesmo lhe impor a *lex certa*.

Em princípio isto está correto. Por um lado existem situações nas quais o legislador não quer a *lex certa*. Por outro lado, existem motivos para, em face das dificuldades que a precisão das leis traz consigo, persistir cada vez mais no aperfeiçoamento e para comprovar criticamente a linguagem da lei sob o ponto de vista da *lex certa*.

<sup>617</sup> Recomenda-se estudar de modo mais aprofundado os períodos particularmente mais críticos para o princípio da legalidade, as suas formas de realização no Direito do século XIX e as tentativas de sua abolição no período nacional-socialista; sobre o primeiro H.-L. Schreiber, *Gesetz und Richter*, p. 118-168, sobre o segundo Marxen, *Antiliberalismus*, p. 192-196. Com a crise atual do princípio da legalidade o texto se ocupará de modo mais detalhado em seguida.

Nós já nos ocupamos com o desejo do legislador de afirmar (em primeiro lugar) uma *lex incerta* (e de observar os efeitos dentro da jurisprudência criminal), por ocasião da análise dos §§ 153a do StPO, 47, 56, III, 59 e 60 do StGB<sup>618</sup>. Nestes dispositivos mostra-se que o *moderno legislador*, mesmo no Direito Penal, tem uma *tendência à experimentação*. E isto é inevitável quando – também – no sistema jurídico-penal o ponto de vista da orientação social, da intervenção política interna, se impõe ao clássico entendimento da determinação dos valores irrenunciáveis da vida comunitária. Quanto mais o legislador penal toma em consideração as consequências, preocupando-se com os efeitos empíricos da sua atuação (e justifica a sua atuação pela produção e pela falta de tais efeitos), tanto mais ameaça a *lex certa*. O postulado da *lex certa* é expressão clássica de um sistema jurídico orientado *input*, isto é de um sistema jurídico que abrange e controla a realidade sobre os limites conceptuais da sua linguagem. Uma conversão para uma *orientação output*, isto é, para a compreensão e o controle das consequências,<sup>619</sup> não pode vincular-se com a *lex certa*. Ela antes atrapalha, porque exige do legislador uma posição precisa e prematura, antes que possa verificar integralmente as consequências desta sua posição.

Mais uma vez<sup>620</sup> mostra-se aqui o conflito entre o desejo de modernidade e o dever de *persistência* no sistema jurídico-penal. Naturalmente o postulado de *lex certa* deve adaptar-se às mudanças sociais e culturais, e inclusive às mudanças científicas e político-científicas, mas somente de modo que o seu ethos seja reformulado de tal modo que não caia sob as rodas de uma política interna bem intencionada, mas

<sup>618</sup> *Supra* § 25, IV, bem como § 25, VI.

<sup>619</sup> Sobre tudo em outros âmbitos, cuja orientação e intervenção está mais próxima que ao Direito Penal (Direito econômico, Direito do Trabalho), hoje o discutido problema da conversão para uma orientação *output* encontra-se teoricamente e científico-socialmente discutido em Luhmann, *Rechtssystem*, p. 25 e ss., 58 e s. Compare-se outra vez o § 5 *supra*, quanto ao problema apresentado sobre a “orientação pelas consequências”.

<sup>620</sup> A moderna dogmática da culpabilidade orientada pelos fins da pena, que nós já mencionamos acima p. 234-238, conduz aos mesmos problemas que uma legislação penal orientada pelas consequências face à *lex certa*: o interesse político criminal na intervenção e na modificação depara-se com a determinação liberal de deixar fracassar o experimento e a intervenção nos direitos daqueles com os quais deve ser experimentado.

intervencionista e experimentada a custos alheios. Hoje isto significa concretamente que as limitações do princípio da certeza só se podem fazer em favor do acusado e que o legislador tem que perseguir com exatidão e com métodos científicos os desenvolvimentos que uma *lex certa* admite na jurisprudência e corrigi-los em cada caso; ali a suposição de que o silêncio do legislador significa que está de acordo com o desenvolvimento da jurisprudência, que é um silêncio persuasivo, deve estar realmente correta.

De resto, o conflito entre a modernidade e o conservadorismo no Direito Penal atual é inevitável e muito difícil de ser solucionado. Ambos os pólos tem sua justificação. Uma política criminal racional consiste em perseguir o conflito em suas ramificações juridicamente positivas, elaborar um equilíbrio entre a modernidade e o conservadorismo – que nas instituições juridicamente positivas provavelmente terão aspectos diferentes – e deixar aberta a solução da discussão geral e da correção.

O segundo motivo pelo qual o legislador pode não “querer” uma *lex certa* consiste no fato de que em diversas situações, em regra, não existe “a” vontade “do” legislador. As leis são compromissos, principalmente as leis penais, cujo conteúdo afeta as camadas mais profundas da personalidade, em seus preceitos situam-se compromissos em uma posição intermediária, enquanto as opiniões dos participantes envolvidos, de modo algum, acham-se ali, mas à margem. Tal lei, por trás da qual conceptualmente, na verdade, não há ninguém, mas é adotada tão somente como intermediação das representações alternativas, corre o perigo de ser formulada de modo pouco claro e com isso as questões não resolvidas claramente pelo legislador continuam entregues ao desenvolvimento judicial.

A ameaça mais séria do mandato de certeza, porém, não deriva da vontade do legislador, mas da sua capacidade de tornar as leis precisas.<sup>621</sup> A representação profana de que não seja colocado ao juiz nenhum limite ou somente extensos limites, como nós já vimos,<sup>622</sup> é falsa. Aristóteles já tinha verificado o que nós caracterizamos como um equilíbrio sutil entre precisão e flexibilidade, com a observação de que, em face da abundância, multiformidade e desconhecimento dos

<sup>621</sup> Quem quiser analisar sistematicamente e de modo mais aprofundado os problemas da linguagem da lei, veja Noll, *Gesetzgebungslehre*, p. 244-282, ou – mais atual e abrangente – Voß, *Symbolische Gesetzgebung*, Cap. 4, p. 139 e ss. Uma exposição crítica das possibilidades de auxílio científico à legislação penal encontra-se em Amelung, *Strafrechtswissenschaft*.

<sup>622</sup> *Supra* §§ 19-21.

casos, uma lei não poderia ser exata. Qualquer um pode ver que o legislador penal tem que resolver ao mesmo tempo duas tarefas distintas, que estão em oposição uma à outra: ele deve manter suas normas abertas de modo que elas também se adaptem aos casos futuros, ainda desconhecidos, mas “pensado para o caso do seu conhecimento” e ele deve formulá-las definitivamente de modo que sejam impenetráveis aos casos não imaginados. Qualquer decisão na escala entre a flexibilidade e a precisão é problemática. Quanto à isso se relaciona o fato de que a decisão pela *flexibilização* logicamente sempre alcança o seu fim: uma norma formulada de modo vago amplia as margens de decisão e desenvolvimento das normas. A decisão pela *precisão*, ao contrário, pode ser um estorvo: ela pode ser “excessivamente precisa” e por isso pode excluir casos que certamente não deveria excluir, por exemplo, tornar a subtração de uma máquina fotográfica de dentro do automóvel em um furto qualificado, mas a subtração do automóvel junto com a máquina fotográfica em um furto simples.<sup>623</sup>

Estas reflexões desde já mostram que o legislador não pode garantir a certeza dos tipos. Ele depende da *lealdade da jurisprudência*. A jurisprudência pode – e isso de qualquer modo é evidente – desenvolver uma norma formulada de modo flexível em uma direção completamente diferente da que o legislador queria lhe dar; este certamente é o risco que o legislador corre com tais formulações. Mas a jurisprudência também pode se fazer de tola diante de uma norma formulada de modo preciso e se recusar a corrigir os erros notórios, na medida em que persiste em que o teor literal, ao qual ela deveria se ater, foi formulado de modo determinado.

O leitor, assim espero, observará que a chave encontra-se no conceito de “erro”. Não há de modo algum um consenso, quando o “teor literal” de uma norma não está de acordo com o “sentido” ou com o “contexto sistemático” no qual ele se encontra ou com as “finalidades de regulamentação do legislador” ou até mesmo com os “limites da constituição”, o teor deve ser corrigido a favor do sentido ou da vontade do legislador, ou ao contrário. A direção na qual ele deve ser corrigido depende de quais teorias da interpretação se gostaria de dar preferência: a gramatical, a objetivo-

<sup>623</sup> Maurach analisou ironicamente este absurdo do § 243 do StGB (antiga edição) em uma pequena contribuição que vale a pena ler (*Besorgter Brief*). O texto voltará ainda à tentativa do legislador de escapar deste perigo no § 243 do StGB.

teleológica, a sistemática, a histórica – mas a interpretação conforme a constituição, ao contrário, está sempre em vigor.<sup>624</sup> O fato do juiz criminal “se fazer de tolo” pode ser expressão de uma vontade inteiramente responsável de vinculação ao teor da lei, e não de obstinação.

Uma relação leal e livre de transtornos entre o legislador e a jurisprudência criminal, que resulte do mandato de certeza, é uma representação ideal. Na praxis ela se encontra sob as limitações e a alteração histórica. Esta alteração é natural, pois ela é um fenômeno extenso e fundamental, difícil de marcar. Com todas as reservas pode-se dizer sobre a *situação atual do mandato de certeza*, o seguinte: a confiança do legislador no juiz, no que diz respeito aos pressupostos da punibilidade, ao caso de punibilidade, já há um longo tempo parece reduzir. Neste âmbito é evidente o esforço do legislador em oferecer ao juiz regras escritas cada vez mais extensas e precisas.<sup>625</sup> No que diz respeito ao plano das consequências jurídicas, aparentemente nós já verificamos o contrário. Preceitos como os §§ 59 e 60 do StGB abrem ao juiz uma ampla margem de liberdade. Mas seria errado deduzir disso uma confiança do legislador a respeito das consequências jurídico-penais. É mais exato supor que o legislador orientado output, em relação a toda desconfiança existente, deixa a jurisprudência procurar por novos desenvolvimentos. Pois, inclusive neste âmbito as novas disposições são extensas e complexas, na medida em que situam as regulamentações além dos trilhos experimentais.<sup>626</sup>

<sup>624</sup> Quem quiser se atualizar sobre este contexto: *supra* § 18, I bem como § 21. A interpretação conforme a Constituição está sempre em vigor porque naturalmente a Constituição determina e delimita não só o Direito positivo, como também a sua interpretação. Mas para a vinculação do juiz à lei penal isto possui um significado prático muito reduzido: também a Constituição deve ser interpretada e “compreendida”, e a interpretação também está sob o domínio das teorias da interpretação e sujeita-se às condições do processo de compreensão; ela não é uma lei permanente.

<sup>625</sup> Compare-se, sob este ponto de vista, o § 185 com o relativamente recente § 264 do StGB. Em geral se vê muito bem o desenvolvimento caracterizado no texto quando se examina no contexto os tipos, cuja cifra é complementada com pequenas letras (o que indica uma sintonização ulterior com a lei) e os compara com os tipos penais “clássicos”. O StPO mostra este mesmo desenvolvimento.

<sup>626</sup> Observe por exemplo as disposições sobre fiscalização de condutas, §§ 68-68g do StGB.

O legislador encontrou uma saída inteligente entre a flexibilidade e a precisão, que na verdade não conduz em todos os casos à liberdade,<sup>627</sup> mas que, no entanto, muitas vezes garante as vantagens de ambas as finalidades da formulação e ao mesmo tempo reduz os prejuízos: o “*método exemplificativo*”, a técnica de exemplos regulares, como é utilizada, por exemplo, no § 243, I do StGB em sua nova edição. Este método evita a precisão excessiva, como a caracterizava o antigo § 243 do StGB, porque ele “vincula” o juiz aos pressupostos da norma descritos de forma precisa, mas de maneira diversa; são para ele apenas exemplos, dos quais nem sempre, mas só “regularmente”, ele pode deduzir um caso particularmente grave de furto. Ele evita os erros – estabelecidos somente com significado exemplificativo dos elementos – de flexibilidade porque formula os elementos mesmos de modo preciso e os vincula com conseqüências jurídicas descritas igualmente de modo preciso.

Este método de redação da lei está à altura dos conhecimentos jurídico-teóricos sobre as possibilidades de uma vinculação do juiz: pois se pode assegurar e controlar a vinculação do juiz somente no âmbito da apresentação dos resultados da decisão, enquanto no âmbito da produção só se pode esperar o efeito da lei;<sup>628</sup> o legislador deve se preocupar com o mandato de certeza, sobretudo em relação ao *âmbito da apresentação*. Isto significa que o juiz deve conservar uma argumentação diferenciada na apresentação dos motivos da decisão. Uma lei pode ser formulada de modo extremamente preciso: quando o juiz não tem que se comportar argumentativamente em relação aos elementos particulares da lei é impossível controlar uma vinculação entre a lei e a decisão.

O método exemplificador – na medida do possível – atinge exatamente isto: o juiz deve argumentar de modo diferenciado. Por um lado ele deve explicar se e porque (não) se cumpre um exemplo regular. Ele deve explicar se e porque (não) este exemplo também é realmente um exemplo imaginado pela norma, se é, portanto, “exemplar”. O segundo passo da argumentação, que a técnica de exemplo regular exige

<sup>627</sup> Discussão abrangente e críticas em *Arzt, Diebstahlbestimmungen; Wessels, Regelbeispiele*.

<sup>628</sup> Sobre este contexto: *supra* § 18, I.

do juiz, é novo. Até então o juiz tinha somado os elementos legais e quando todos eles estavam juntos ele podia extrair a soma e aplicar a norma. Entretanto, daqui em diante ele deve referir a norma como um todo aos elementos particulares quando verifica o caráter exemplar do elemento desde o plano da norma. Deve esperar que a técnica dos exemplos regulares legais ajude a realizar o mandato de certeza nas modernas leis penais com maior ênfase, se a jurisprudência criminal se adapta aos “*pressupostos mais elevados da argumentação*” e se esta técnica ainda é aperfeiçoada com o auxílio da ciência. Deve-se esperar também que se possa diferenciar a dogmática da determinação da pena – apesar da “necessidade de imprecisão” e de outras exigências neste âmbito<sup>629</sup> – e se permita manejar com a sua complexidade, de modo que o mandato de certeza, que naturalmente vale também para estes âmbitos, tenha maiores possibilidades práticas.

### III. A proibição da retroatividade

A segunda exigência que o princípio da legalidade impõe ao legislador penal, é a proibição de promulgar leis com força retroativa (*nullum crimen sine lege praevia*). Também a “proibição da retroatividade” é evidente em sua orientação finalística ético-jurídica e democrática; os problemas se localizam na extensão do seu significado e em sua aplicação prática.

Uma lei que procura ter validade para um caso que é mais antigo do que ela mesma, é um fantasma do Estado de polícia. Mais inofensiva ainda é a objeção de que tal lei não pode satisfazer a sua função como *norma de determinação*<sup>630</sup>, porque a lesão, cuja omissão requer a comunidade jurídica, ocorreu já antes da sua promulgação; as leis, em geral, podem “determinar” somente o comportamento futuro. O núcleo da proibição da retroatividade é muito mais a *proteção da confiança* de todos de que os limites da liberdade estão marcados de modo vinculante e possíveis de serem lidos em qualquer momento nas leis. A vinculação

<sup>629</sup> *Supra* § 17, II, 2. Comparar sobre a técnica de exemplos regulares o § 46, II, 2 do StGB (especialmente).

<sup>630</sup> Caso seja necessário observe novamente o contexto da discussão sobre a norma de determinação e a norma de valoração, *supra* § 25, I.

e a possibilidade de serem lidos seriam destruídas se o legislador, através de uma reação rápida a uma conduta, pudesse criminalizar *post festum*. A proibição da retroatividade procura fazer com que a persecução e a punição da conduta desviante seja um processo cauteloso, que seja anunciado previamente sob quais pressupostos uma conduta será considerada como desviante e o que se deve esperar disso.

Com isso não se deve equiparar a “proteção da confiança” com a representação ideológica, de que o autor de um delito econômico, com a lupa dos seus advogados, examina a lei, por cujas lacunas ele pode escapar e de que a proibição da retroatividade interrompe a “justiça”. Certamente isto existe e o sistema jurídico-penal pode viver com isto, e quer viver com isto. Enfim, as leis, por boas razões, são leis “gerais” e existem pessoas que se informam do conteúdo dos §§ 218 até o 218b do StGB, do § 129a ou dos §§ 113, 114 do StGB. A proibição da retroatividade interessa menos a confiança de alguém determinado à uma lesão que a confiança da comunidade jurídica em que a justiça criminal não introduz e não impõe ardilmente os interesses de ordem, dos quais não falava a lei. Esta confiança, a qual as mais recentes teorias dos fins da pena, como nós ainda mostraremos,<sup>631</sup> dirigem a sua atenção, é o substrato social que mantém de pé o Direito Penal de um Estado de Direito.<sup>632</sup>

Destes princípios resulta uma particularidade evidente: a proibição da retroatividade vale somente *in malam partem*, isto é, somente enquanto a força retroativa da lei prejudicar o acusado. As leis favoráveis a ele (redução da pena, descriminalização) com aplicação retroativa, talvez perturbem o sentido da ordem, a necessidade de retribuição ou a busca pela vingança, mas não a confiança geral na justiça penal como uma instituição de controle social, que criminaliza ponderadamente e não criminaliza ardilmente.<sup>633</sup>

Por estes princípios não se pode decidir livre de qualquer dúvida, mas neles pode-se discutir o problema do alcance da proibição da retroatividade. Esta questão, sob o ponto de vista do legislador, é de especial significação para dois pontos: nas medidas de segurança e tratamento e nos pressupostos processuais da punibilidade.

<sup>631</sup> *Infra* § 30, III. Trata-se da moderna compreensão da prevenção geral.

<sup>632</sup> Também o *BVerfG* parte no Direito Penal – diferentemente dos outros âmbitos do Direito nos quais se admite constitucionalmente determinadas limitações à proibição da retroatividade – de uma proibição absoluta da retroatividade: *BVerfG* 18, 429 e ss. (439).

<sup>633</sup> Leia-se o § 2, I-V do StGB.

O § 2, VI do StGB, em princípio,<sup>634</sup> excetua as *medidas* da proibição da retroatividade e ordena a aplicação da lei vigente à época da decisão, a qual apoia-se na reflexão sensata, à primeira vista, de que as medidas não são uma resposta para o passado (retribuição do injusto perpetrado), mas uma segurança para o futuro (defesa de perigos futuros). Consequentemente, no centro da escolha das medidas não está a visão para o passado, mas para o futuro: o *prognóstico*. Os prognósticos são juízos precários; eles tem uma boa chance de estarem errados e por isso necessitam de uma verificação contínua,<sup>635</sup> pois elas rapidamente se tornam obsoletas. A este fato se deve adaptar inclusive as condições legais: apenas a lei mais recente é o melhor fundamento da decisão. Entretanto, o princípio do § 2, VI do StGB não se ajusta ao mais novo desenvolvimento no sistema de penas e medidas. A antiga concepção de que as medidas são um *minus* face às penas, porque a elas não está vinculada uma reprovação da culpabilidade, mostra-se em uma análise pommenorizada,<sup>636</sup> como vazia de conteúdo. O que conta para os afetados – e sua confiança na justiça penal – não é a roupagem teórica com a qual se reveste a consequência jurídico-penal, mas é o peso real que ela leva consigo. Este peso, pelo menos nas medidas que são vinculadas com a privação da liberdade, não é menos reduzido que nas penas – ele será em muitos casos até mesmo mais elevado, porque o afetado pelas medidas, em nosso sistema de dupla via, é “psiquiatrizado”. Nem todo mundo considera como os penalistas: que a “doença” (*Krankheit*) seja menos que a “culpabilidade”.<sup>637</sup> O legislador penal tinha, portanto, motivos para

<sup>634</sup> As exceções legais, às quais alude o § 2, VI do StGB, são realmente importantes. Assim encontram-se na EStGB, por exemplo, disposições especiais sobre a fiscalização de condutas (Art. 303) e a proibição do exercício profissional (Art. 305).

<sup>635</sup> Leia-se em relação a este contexto o § 67e do StGB. Uma análise abrangente – tanto metodológica como dogmática – das decisões prognósticas no Direito Penal oferece *Frisch*, *Prognoseentscheidungen*.

<sup>636</sup> *Supra* § 25, IV, *excursus* 2.

<sup>637</sup> *Christian Geißler* inicia assim em seu livro “Anfrage” (Claassen-Verlag Hamburg): ao longo do processo não se apresentaram pontos altos e nem sensações. A negação e a posterior confissão do acusado, na verdade, deram à imprensa a oportunidade desejada de produzir algum suspense nas notícias a respeito do processo, porém para a conclusão do processo somente tiveram relevância as palavras finais do acusado. O Ministério Público e a defesa fizeram a sua parte. O juiz presidente perguntou ao acusado se ele gostaria de falar mais alguma coisa antes que o tribunal se retirasse para



manejar igualmente de modo cauteloso a imposição retroativa de medidas como a imposição retroativa de penas.

Ademais, não só a teoria, mas também a praxis da imposição da pena se abriu ao prognóstico.<sup>638</sup> Em todo caso, de acordo com o entendimento atual as penas são um instrumento para assegurar o futuro. O princípio *vicariante*<sup>639</sup>, de sua parte, tanto na teoria como na praxis, aproximou as penas e as medidas, espera-se que no futuro o § 2, VI do StGB seja suprimido ou seja limitado a outras exceções legais.

O fato de que os *pressupostos processuais da punibilidade*, em princípio, não estejam abarcados pela proibição da retroatividade, é algo evidente.<sup>640</sup> O legislador pode, por exemplo, modificar o curso da audiência principal (§ 243 do StPO), sem que através da nova orientação retroativa do cenário ocorra um prejuízo ao acusado. Entretanto, nós observamos várias transferências entre o Direito Penal material e o Direito Processual Penal. Do mesmo modo que o Direito Penal material elabora e oferece ao Direito Processual Penal as instruções de busca, o Direito Processual Penal estabelece pressupostos de persecução e julgamento que tem efeitos materiais – e na verdade decisivos,

a deliberação da decisão. O acusado inclinou a cabeça, levantou-se e permaneceu calado. Só que ele encontrou o rosto do seu filho que assistia com as demais pessoas na sala, e ele disse: “Eu sou culpado. Pego ao Tribunal para rejeitar a petição da defesa pelo reconhecimento do § 51 (agora § 20, W.H.). Naquele momento eu era plenamente capaz, e hoje ainda sou. Eu sou culpado.” “Quer nos explicar quais os motivos deste pedido?” O acusado inclinou a cabeça novamente, permaneceu calado, olhou para o seu filho e então disse: “Eu tenho um filho. É melhor para um filho que ele tenha um pai culpado, que reconhece a sua culpa, do que ter um pai incapaz. Não se faz nenhum favor a um homem, ao lhe negar a possibilidade de se declarar culpado. Pode parecer uma bondade e uma indulgência, mas ele está sendo humilhado. Priva-se-lhe da justiça e portanto priva-se-lhe também do perdão. Retira-se-lhe a dignidade de ser humano. É importante para um filho saber que seu pai era um ser humano. Se ele perder isso, então dirão: teu pai era um idiota. – Eu peço ao Tribunal que rejeite a petição da defesa pelo reconhecimento do § 51”. Compare-se também o relatório crítico de *Stumme, Einkerkerungen*. – Um sistema jurídico-penal que renuncia à reprovação da culpabilidade, mas que valora a participação interna do autor no seu ato (*supra* § 25, IV, *excursus* 2be) pode lançar uma ponte sobre o abismo entre a “doença” e a “culpabilidade”.

<sup>638</sup> Leia-se outra vez o § 46, I, 2 do StGB.

<sup>639</sup> Leia-se outra vez o § 67 do StGB.

<sup>640</sup> Aprofundamento e orientação mais detalhada em *Schreiber, Verjährungsfristen*.

Assim é, por exemplo, a persecução de um ato já prescrito<sup>641</sup>, a persecução de um inocente (§ 344 do StGB).

Consequentemente coloca-se a questão sobre a ampliação excepcional da proibição da retroatividade sobre os pressupostos processuais da punibilidade quando estes pressupostos são equivalentes em seus efeitos e em sua função jurídico-estatal aos pressupostos jurídico-materiais. Esta questão foi intensamente discutida em relação à *prorrogação dos prazos prescricionais dos graves delitos cometidos pelos nazistas*. O legislador a decidiu, mas teoricamente ela continua em aberto.<sup>642</sup> Quem compreende a proibição da retroatividade desde o ponto de vista da proteção da confiança e da rejeição de uma surpreendente criminalização fática, deverá considerar a prorrogação retroativa das disposições sobre a prescrição como uma violação aos princípios democráticos, como uma dominação do Direito Penal pela política.

A proibição da retroatividade não se dirige apenas ao legislador, mas também ao juiz. Pode-se elaborar leis com força retroativa, e pode-se *aplicar retroativamente* a um fato leis que somente foram colocadas em vigência após o cometimento do fato. Nesse sentido valem para o juiz os mesmos limites que para o legislador.

Porém, ao juiz inclui-se ainda uma outra complicação. A sua atividade consiste, dito de um modo exagerado, em decidir o caso que lhe foi apresentado com base em uma opinião jurídica, que ainda não vigorava quando o fato ocorreu. Em todo caso a jurisprudência dos Tribunais superiores tem a tarefa de *desenvolver o Direito*, e ela a cumpre também, quando, por exemplo, observava como uma “ferramenta perigosa” no sentido do § 223a, I do StGB no início apenas as de efeito mecânico (serra), mais tarde também incluiu as de efeito químico (pistola de gás) e finalmente incluiu também a lesão corporal grave por animais (cães açoitados) – mas sempre insistindo que uma ferramenta perigosa é uma “ferramenta” que deve ser manejada, guiada pelo causador da lesão (de modo que a chapa quente do fogão, na qual a vítima venha a se sentar, não

<sup>641</sup> Leia-se outra vez o § 78 do StGB.

<sup>642</sup> Também o *BVerfGE* confirmou a admissibilidade de uma prorrogação dos prazos prescricionais: *BVerfGE* 25, 269 e ss., especialmente 289 e ss. Leia-se, comparativamente, os §§ 78 e ss. do StGB e os §§ 79 e ss. do StGB, concentre-se respectivamente na alínea 2 nos §§ 78, 79 para chegar a uma opinião sobre a distinção entre a prescrição da persecução e a da execução.

preencheria os pressupostos tipificados no § 223a, I do StGB).<sup>643</sup> Para os afetados estes desenvolvimentos da jurisprudência eram de um significado decisivo do mesmo modo que uma modificação do teor do § 223a, I, e eles naturalmente eram retroativos, porque eles só foram fundamentados por ocasião do respectivo caso.

Vê-se em seguida que uma ampliação fática da proibição da retroatividade à jurisprudência causaria imediatamente a sua estagnação. Como nós já vimos várias vezes, a jurisprudência vive de uma contínua recriação da lei, ela não tem alternativas frente às margens de liberdade semântica e à necessidade de regras de aplicação, frente à mudança social que também reflete na linguagem. Se se quisesse estender a proibição da retroatividade também à jurisprudência, a consequência claramente previsível disso seria a falsa exclusão da proibição, pois exigiria o impossível. No julgamento desta questão deve-se levar em conta que se pode proporcionar uma maior facilidade ao acusado no caso concreto para que se conceda a ele um *erro de proibição* (inevitável) (§ 17 do StGB). Isto é natural: quando os juristas ainda não sabem o que está correto no caso concreto (e, por exemplo, respondem de modo diferente questões jurídicas relevantes nas mais diversas instâncias), pode-se conceder ao acusado um erro normativo (*normativen Irrtum*) – em uma extensão maior que aquela admitida até o momento pela jurisprudência!

Em princípio isto tudo está correto. Mas com frequência os princípios produzem nos casos concretos isolados o oposto do que eles queriam alcançar para a maioria das situações. Assim ocorre também em relação à proibição da retroatividade no âmbito da jurisprudência. Se se observar com acuidade, se perceberão situações nas quais a *comunidade jurídica* tem um conhecimento mais intenso do conteúdo da jurisprudência criminal do que do conteúdo da lei penal e *coloca-se* também *plena confiança na posição da jurisprudência*. Este caso ocorre quando a jurisprudência constrói rigorosamente as diretrizes gerais de uma lei e quando estes contornos são transmitidos com precisão aos afetados. Exemplos disso se encontram no Direito fiscal (o que se pode deduzir?)

<sup>643</sup> Os esforços para uma precisão do § 223a do StGB podem ser analisados em Lampe, Körperverletzung, p. 186 e ss.

no Direito de imprensa (onde estão os limites entre os direitos de personalidade do acusado e o direito à informação?) e no Direito do trânsito.

No último âmbito jurídico mencionado se produz um conflito que reflete a própria problemática da proibição da retroatividade no âmbito da jurisprudência. No que diz respeito aos *limites da aptidão para dirigir*, o StGB oferece uma fórmula de conteúdo geral,<sup>644</sup> a qual foi concretizada pela jurisprudência do BGH com os instrumentos mais precisos que a nossa linguagem possui: com os dados numéricos (nível percentual de concentração de álcool no sangue). A partir de um determinado limite (atualmente de 1,1 por mil para cima)<sup>645</sup> se considera o motorista como “absolutamente incapaz para dirigir” – isto é, sem qualquer consideração a outros indícios pró ou contra a incapacidade para dirigir e a exclusão de provas contrárias. Antes se considerava com o mesmo caráter absoluto o limite de 1,5% e logo depois o de 1,3%.

Os meios de comunicação em geral e a imprensa especializada transmitiam estes valores ao público, e muitos motoristas tinham uma idéia de quanto álcool eles podiam tolerar e beber para estar dentro do limite traçado pela jurisprudência: um exemplo acadêmico de observância ao Direito com base em cálculos racionais, um momento decisivo de prevenção geral. Entretanto a jurisprudência tem se negado a estender a proibição da retroatividade penal no agravamento dos limites da incapacidade para dirigir de 1,5% para 1,3%.<sup>646</sup> Quem compreende a proibição da retroatividade sob o ponto de vista da proteção da confiança, não poderá estender a tais casos, nos quais a concretização da lei é transmitida aos afetados com precisão através da jurisprudência, a proibição da retroatividade excepcionalmente na jurisprudência.<sup>647</sup>

<sup>644</sup> Leia-se o § 316 do StGB.

<sup>645</sup> Leia-se na ocasião a BGHSt 21, 157 e ss. (sobre a regra de 1,3% vigente anteriormente) e a crítica incisiva de Haffke, Promille-Grenze.

<sup>646</sup> Pode-se recorrer aqui, comparativamente, à decisão do OLG Celle, NdsRpfl 1968, 90 e ss. entretanto ela não diz nada sobre a problemática da proibição da retroatividade, e nem porque se afasta desta problemática. Mas quanto a isso ela é muito mais interessante como uma prova de “argumentação jurídica por omissão”: por passar por cima do problema (veja sobre isso *supra* o § 21, II).

<sup>647</sup> Para uma leitura comparada recomenda-se: Schreiber, Rückwirkungsverbot.

#### IV. A proibição do direito consuetudinário

A terceira consequência do princípio da legalidade dirige-se somente ao juiz: a proibição de fundamentar uma condenação ou o agravamento de uma pena no direito consuetudinário (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*). Sob o ponto de vista do “ethos” jurídico-estatal este princípio é claro e evidente; mas quanto à sua extensão concreta, como também quanto aos seus fundamentos conceptuais, não é tão claro. Na verdade não se sabe corretamente o que é o direito consuetudinário – especialmente no Direito Penal.

A teoria do contrato social rechaçava rigorosamente o direito consuetudinário. Era o tipo normal de fonte jurídica na época, o qual a filosofia política do Iluminismo pretendia superar. Ela devia ser escrita e possibilitar a todos verificar de onde decorrem os limites à liberdade civil; o Direito consuetudinário, contrariamente, estava disponível, era um instrumento exemplar – e extremamente eficaz – nas mãos dos poderosos. A *forma escrita das fontes do Direito*, a possibilidade da sua leitura por qualquer um, é um pressuposto necessário para o discurso em geral sobre os limites à liberdade (ainda que não seja um pressuposto suficiente). Para nós este “ethos” ainda é também evidente e importante: o recurso a fundamentos consuetudinários do Direito, no Direito Penal, seria como colocar a mão em uma “black box”, em uma caixa mágica, a qual ninguém, exceto o mágico, sabe exatamente o que ela contém.

Tradicionalmente se define o Direito consuetudinário como o uso baseado na convicção jurídica geral. No âmbito do Direito comercial ou do Direito do trabalho esta é uma determinação conceptual evidentemente razoável. Nela se expressa que os participantes de um conflito jurídico (por exemplo, os comerciantes ou as partes no contrato de trabalho) há um longo tempo colocaram em vigência normativamente determinados modos de atuação: eles observam entre si determinados *costumes em circulação*; eles também consideram isto como correto e de comum acordo observam uma violação contra eles como uma *infringência ao Direito* (embora esta infringência ao Direito não esteja legalmente definida); e também é correto que no caso de conflito se atenham ao seu uso comum e que cada uma das partes conflitantes recuse insidiosamente o apelo a estes costumes em circulação, porque como não estão legalmente descritos, seriam nulos e fúteis. Mas como se pode transferir um modelo des-

te para o Direito Penal, no qual, recorrendo à lei, se procura justamente combater certos tipos de conduta como, por exemplo, o furto de estabelecimento comercial, que em certos grupos de jovens não é considerado uma infringência ao Direito, mas um esporte? É possível se imaginar um Direito consuetudinário no âmbito do Direito Penal?

Existe uma prova de que o sistema jurídico-penal também conhece o Direito consuetudinário. As *descriminalizações*, isto é, a revogação (parcial) de uma proibição ou a redução da pena cominada, não raras vezes são confirmadas por uma argumentação baseada no Direito consuetudinário e impostas politicamente. Pode-se observar isto nos últimos tempos nas cominações penais contra a homossexualidade e a interrupção de gravidez. Ali os afetados, os homossexuais e as mulheres, atuam politicamente: eles confessam abertamente a conduta punível e afirmam que esta conduta – contrária a lei – é lícita. Como um forte indício da legitimidade “consuetudinária” desta conduta vale o apelo à alta “*cifra negra*” nestes âmbitos, isto é, o fato de que a maioria das violações à norma escrita permanecem desconhecidas ou não punidas. Com isso se mostra não só que as oportunidades de criminalização nos atos homossexuais e no aborto são desiguais (e é injusto escolher somente uns poucos), senão, sobretudo, que a população, como os funcionários da justiça, “vê passar pelos seus dedos” tais tipos de conduta, porque ela mesma não está mais convencida “consuetudinariamente” do seu caráter delitivo.<sup>648</sup>

Somente a custo de um conceito amplo e deturpado de Direito consuetudinário pode-se manter estas estruturas e desenvolvimentos como um Direito consuetudinário. Elas são formas de discussão pública acerca da Política criminal neste Estado, que se apresentam como *argumentos de justiça*; um destes argumentos é a prova de que a lei não é (mais) considerada como justa por uma parte relevante dos afetados. Porém, isto não é um apelo ao “Direito consuetudinário”, mas ao fato de que cada vez mais pessoas, além dos diretamente afetados, consideram a norma legal como injusta e político-criminalmente errônea e que esta norma deve ser modificada ou eliminada.

<sup>648</sup> Leia-se neste contexto a decisão do LG Frankenthal, NJW 1968, 1685 e s. que, em uma situação semelhante (punibilidade do adultério de acordo com o § 172 do StGB em sua antiga edição), impôs uma pena manifestamente baixa para mostrar que considerava a cominação legal da pena (consuetudinariamente?) obsoleta, ou ultrapassada.

A diferença entre a discussão político criminal e o Direito consuetudinário mostra-se muito mais clara se se considera o papel do argumento da cifra negra em outros contextos.<sup>649</sup> Este argumento aparece também, por exemplo, na discussão político-criminal acerca dos crimes contra a economia ou contra o ambiente – todavia, aqui, com uma orientação contrária: o Direito Penal econômico e o Direito Penal ambiental devem ser ampliados, e tornarem-se mais efetivos para poderem perseguir ou para apreenderem juridico-penalmente melhor os crimes até o momento desconhecidos ou não punidos. O papel ambivalente do argumento da cifra negra mostra que sua função se cumpre exclusivamente no contexto político-criminal. É orientado e determinado em seu papel concreto por um interesse político-criminal, o qual, por um lado, está completamente satisfeito com a amplitude do campo obscuro (e vê de maneira agradável o deslocamento do âmbito integral dos delitos para o campo obscuro do Direito Penal), por outro lado, considera o campo obscuro um escândalo (e vê de maneira agradável o aumento e o reforço do foco de incriminação juridico-penal e a persecução neste âmbito).

Além disso, se se observa o caráter das normas juridico-penais, então se percebe, em toda a sua extensão, a relação entre o Direito legal e o possível Direito consuetudinário no Direito Penal. A teoria científico-social das normas caracteriza as normas jurídicas como expectativas “contra-fáticas”.<sup>650</sup> Se isto vale com a mesma intensidade para todos os âmbitos jurídicos, deixaremos aqui de lado; todavia, a existência de fontes consuetudinárias do Direito indica a objeção de que o exercício fático (certamente com o revestimento da convicção jurídica) modifica faticamente as normas legais e pode até mesmo colocá-las fora de vigência: isto é, que elas de modo algum são “contra-fáticas”. Em todo caso, para o Direito Penal esta caracterização é oportuna. Ela expressa que as normas juridico-penais se distinguem, por exemplo, das normas técnicas

<sup>649</sup> Análise mais abrangente e aprofundada desta discussão extraordinariamente importante para a Política criminal e para a argumentação político-criminal em Lüderssen, Dunkelziffer. O problema da cifra negra, sob o ponto de vista criminológico, já foi exposto antes no § 10, I.

<sup>650</sup> Referindo-se expressamente e com outras indicações Luhmann, Rechtssoziologie, p. 40 e ss. (43).

(normas DIN<sup>NT6</sup>) ou das normas empíricas (leis casuísticas), de modo que a infringência a elas não se apresenta como refutável ou carente de correção – tipicamente o contrário: as normas juridico-penais precisam do desvio; a conduta desviante e o controle do desvio com o auxílio da norma confirmam esta necessidade e a sua força; elas são “contra-fáticas”. Enquanto uma pedra suspensa no ar seria uma séria ameaça às leis casuísticas, o § 11 da BtMG experimenta uma relevância e uma atenção cada vez maior em face do problema crescente das drogas.<sup>651</sup>

O caráter contra-fático das normas juridico-penais exclui a hipótese de um Direito consuetudinário no Direito Penal no sentido tradicional. Ainda que a habitualidade fática, na convicção jurídica, possa ser um argumento sustentador de um determinado interesse político-criminal, ela não se converte em um fenômeno que o juiz pode alegar contra a lei escrita. A proibição de uma condenação ou agravamento da pena com fundamento no Direito consuetudinário – tomando por base um conceito estrito de Direito consuetudinário – não significa portanto nada mais do que o evidente, que o juiz criminal só pode apoiar a condenação e a consequência juridico-penal em uma *lex scripta*.

No entanto, em um sentido menos estrito, o fenômeno do Direito consuetudinário pode ser de plena significação para a determinação dos limites da punibilidade. Principalmente em relação ao direito do professor de castigar se tem admitido que o exercício fático no convencimento da autorização jurídica co-determina os limites do tipo penal de lesão corporal. O castigo corporal “mensurado” de uma criança na

<sup>NT6</sup> DIN originariamente é a abreviatura de *Deutsche Industrie-Norm* (norma das indústrias alemãs), atualmente utiliza-se ainda como abreviatura de *Deutsches Institut für Normung* (Instituto alemão de normalização).

<sup>651</sup> Talvez se possa ver o caráter contra-fático das normas juridico-penais com mais exatidão se se compreender o gracejo que se situa em uma norma juridico-penal que não acredita no seu próprio caráter contra-fático:

“§ X: Homicídio de membros do governo:

I. Quem mata o ministro da cultura, será punido com pena privativa de liberdade de um ano.

II. Quem mata o ministro da defesa será punido com pena privativa de liberdade de dez anos.

III. O homicídio do Primeiro ministro está proibido.”

A Sociologia também se ocupou com a relação positiva entre a conduta desviante, a punição e o poder de validade da norma; leia-se sobre isso em Durkheim, Regeln, p. 155-164.

escola é aprovado pelo Direito consuetudinário e na verdade pode ser, consequentemente, uma lesão corporal típica, mas não um injusto jurídico-penal; com o desmoronamento do exercício consuetudinário desmorona também a justificação penal e estendem-se, portanto, os limites da lesão corporal punível.<sup>652</sup>

Isto só se pode admitir em relação a uma generosa aplicação do conceito de “Direito consuetudinário” – uma aplicação que não se dê conta do papel do juiz criminal, o qual tem que aprovar este “Direito consuetudinário”, antes que o utilizem como justificação para uma lesão corporal. O que entre os comerciantes, que comercializam uns com os outros, pode fundamentar o Direito – isto é o exercício real na convivência do que é lícito – não pode entre professores e alunos que lesionam uns aos outros: o Direito Penal, diferentemente do Direito comercial, deve se reservar a verificação se na convivência jurídica o tipo de conduta praticada lesiona ou não bens jurídicos penalmente protegidos, como, por exemplo, a saúde. O que as pessoas fazem umas com as outras e umas contra as outras, não está subtraído do juízo do juiz, porque ele o faz com a convivência do que é lícito – ou porque não pode chegar aos ouvidos do vencido que a lesão que lhe é infligida não tem aprovação jurídica.

As inseguranças sobre o que se pode considerar no Direito Penal como “Direito consuetudinário”, levaram inclusive à diluição do conceito estrito de Direito consuetudinário no sistema jurídico. Assim se compreende como “Direito consuetudinário” no Direito Penal (também) o chamado “Direito judicial”, isto é, o conjunto de interpretações judiciais que concretizam a lei. Por proibição do Direito consuetudinário se compreende a exigência de que o juiz, em sua interpretação, não pode abandonar o quadro traçado pela lei em prejuízo do acusado; se ele o abandona, então frustra a *lex scripta* por meio de um Direito não escrito e assim viola o princípio da legalidade.<sup>653</sup>

Esta modificação do conceito de “Direito consuetudinário” é uma saída evidente. Com isso se leva em conta justamente o fato já mostrado de que o “costume”, no Direito Penal, não pode em hipótese alguma ser o costume fático violador da lei dos indivíduos subordinados ao Direito – e ocorre inclusive com a convivência jurídica; portanto, quando cai o uso comum subsiste apenas o *uso judicial*. E em relação a este último é evidente que ele pode ser uma ameaça ao princípio da legalidade: quem fundamenta uma condenação ou o agravamento de

uma pena em sua opinião jurídica em vez de na lei, infringe o Art. 103, II da GG e o § 1 do StGB. Tal determinação do conceito de “Direito consuetudinário” tem apenas um defeito – mas com certeza decisivo: ela anula os limites da quarta e última exigência que o princípio da legalidade apresenta, a “proibição da analogia”.

## V. A proibição da analogia

A proibição de ampliar a lei penal por analogia em prejuízo do acusado – seja quanto aos pressupostos da punibilidade ou quanto à determinação da pena – é a indicação central do princípio da legalidade ao juiz penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*). Esta proibição abrange o que uma generosa determinação do conceito de Direito consuetudinário acrescenta erroneamente à proibição do Direito consuetudinário: um direito judicial que ultrapassa os marcos legais em prejuízo do acusado. Também a proibição da analogia, em sua orientação democrática, é clara e evidente;<sup>654</sup> mas atualmente não está totalmente claro se e como é possível realizá-la.

Se se quer compreender e valorar esta proibição é preciso saber o que se quer dizer com “analogia”. Um exemplo clássico de aplicação analógica do Direito oferece a proibição de levar consigo quadrúpedes (“*quadrupes*”) em determinados lugares – levando em conta que os grandes animais cheiram mal e podem ser inconvenientes. Ao espartilhão que tem a idéia de levar consigo um avestruz, que na verdade tem apenas duas patas, mas que, ao contrário, cheira mal e pode gerar os mesmos inconvenientes que os quadrúpedes, se diria com o argumento da aplicação analógica do Direito que: na verdade, nós reconhecemos, o teu pássaro tem apenas duas patas. Nossa proibição não é imediatamente aplicável a ele. Mas veja o sentido da norma. O pássaro preenche todas as medidas. Portanto, aplicamos analogamente ao teu bípede a proibição ao quadrúpede.

Este discurso expressa a estrutura da aplicação analógica do Direito. Dois casos, duas situações são discutidas aqui. Um caso (o do

<sup>652</sup> Tal modelo e os seus pressupostos são discutidos intensamente em Jung, *Züchtigungsrecht*, p. 40-47.

<sup>653</sup> Sobre uma relação em geral entre o Direito consuetudinário e o Direito judicial no Direito Penal: *Bringewat*, *Gewohnheitsrecht*.

<sup>654</sup> Um resumo bastante breve e digno de nota sobre a história da proibição da analogia em *Maurach/Zipf*, AT, p. 124 e s.

quadrúpede) está claro: um candidato positivo da norma. O outro caso é um candidato negativo, a este candidato faltam duas patas. No entanto, uma questão ainda permanece aberta: se em um plano mais elevado que o da comparação direta, por exemplo, entre um suíno e um pássaro grande, não existem semelhanças entre ambos. E com efeito: se se formula a "*tertium comparationis*", isto é, o terceiro que serve de base aos dois candidatos tão diferentes, então os dois se mostram como semelhantes, como comparáveis; sob o ponto de vista dos inconvenientes, a ave e o suíno são iguais. Mas este ponto de vista é o que está por trás da norma de proibição de que os quadrúpedes devem ser mantidos afastados. A norma foi formulada de modo grosseiro, porque exclui (pelo menos) um não-quadrúpede que na verdade, pelo seu sentido, ela deveria trazer consigo. Isto é, a norma contra os quadrúpedes pode ser aplicada por analogia aos bípedes, porque, sob o ponto de vista da finalidade da norma, da *tertium comparationis*, ambos são comparáveis um ao outro.<sup>655</sup>

O princípio da legalidade proíbe no Direito Penal tal ampliação da norma (em si "racional") aos casos que não estão formulados nela, mas são imaginados. No conflito entre o teor (que alcança tão pouco) e o sentido (que incorreta ou incompletamente é representado pelo teor) a proibição da analogia vota estritamente pelo teor. Aceita-se quanto a isso que o fim que é perseguido com uma norma jurídico-penal, continua impossível de se alcançar quando este fim não se encontra materializado na linguagem da norma. A possibilidade de um desvio através de uma *tertium comparationis* até um candidato negativo é vedada ao juiz. Se ele não chega a um resultado tão só com o teor, deve se dar por satisfeito com a negatividade dos candidatos. Entende-se que o Direito Penal aceita a impossibilidade de alcançar a finalidade da norma somente no ponto em que sobrecarregar o acusado com a punibilidade ou a consequência jurídico-penal: *in malam partem*. Quando for para favorecê-lo o juiz pode referir-se à *tertium comparationis*. A proibição da analogia é uma aquisição do Estado de Direito do mais alto grau; com ela o Direito Penal renuncia

<sup>655</sup> Quem quiser se informar sistematicamente e expressamente sobre a analogia como meio de correção das regras legais incompletas ou mesmo deficientes, veja Engisch, Einführung, p. 142-156, ou Larenz, Methodenlehre, p. 365-375.

em favor do acusado não só à realização do fim da norma, como também à possibilidade do seu desenvolvimento judicial sobre o teor da lei para além da orientação da vontade da lei. Vejamos como a *jurisprudência* aplica a proibição da analogia.

O BGH teve que decidir um caso em que alguém, com o auxílio de um automóvel, tinha subtraído o produto do furto de uma floresta.<sup>656</sup> A norma jurídico-penal prescrevia que se deveria considerar um furto qualificado de floresta quando o autor utilizava para a subtração dos troncos, de um animal de carga, um barco ou carroça. O BGH confirmou a condenação como furto qualificado. O Tribunal argumentou que a lei queria impedir três coisas: os danos às árvores mais jovens; a rápida evasão; a possibilidade de transportar grandes quantidades de troncos. Isto tudo vale também em relação ao automóvel. Portanto, o automóvel é comparado à "carroça no sentido da lei".

Esta estrutura de argumentação perpassa em todas as partes a jurisprudência criminal – ainda que nem sempre com tal nitidez. Para explicar a possibilidade de analogia no Direito Penal, não é necessário recorrer a uma idéia audaciosa de que um juiz aplica o § 175 do StGB por analogia a atos de lesbianismo. Basta observar quanto a isso, a fundamentação da jurisprudência, a qual procura comprovar que a fixação de cartazes em uma caixa de distribuição do correio é um crime de dano a esta caixa (§ 303, I do StGB) – embora o cartaz (ainda que com algum esforço) possa ser retirado; embora a utilidade técnica da caixa não seja prejudicada; embora sob o ponto de vista estético, com um cartaz mesmo daquela qualidade, ela possa se tornar mais bela.<sup>657</sup>

Qualquer um pode ver imediatamente que o Tribunal forneceu um exemplo clássico de analogia, cuja qualidade didática se iguala a do quadrúpede. Infelizmente o Tribunal deixou de lado o problema sobre se aqui não se teria exercido, talvez, a analogia proibida *in malam partem* – um outro exemplo de exercício jurídico-teórico de uma *argumentação por omissão*.<sup>658</sup> Se o Tribunal tivesse levantado a ques-

<sup>656</sup> Leia-se a decisão do BGHSt 10, 375 e s. minuciosamente (ela é breve) e analise a sequência dos argumentos. Pode-se localizar nesta decisão inclusive a aplicação das teorias da interpretação (gramatical, sistemática, histórica, teleológica).

<sup>657</sup> Leia-se, sob o ponto de vista de que se um candidato negativo (coloca cartazes), através de uma *tertium comparationis*, pode se converter em um candidato positivo ("dano"), a decisão do BGHSt 29, 129.

<sup>658</sup> Veja *supra* § 21 e neste §.

tão, certamente responderia: nós não transmitimos por analogia o elemento “carroça” (proibido) ao veículo, mas nós apenas *interpretamos extensivamente* o elemento “carroça” (o que naturalmente está autorizado), abrangendo também o automóvel. O limite crítico do princípio da legalidade está na diferença entre a interpretação extensiva autorizada e a analogia proibida. Estes limites fluem.<sup>659</sup>

Pode-se dizer com uma certa precisão que trata-se sempre de analogia quando o caso que deve ser decidido (o avestruz, o automóvel, a colocação de placas) é um candidato negativo da norma, enquanto se deveria falar de interpretação extensiva quando o candidato é apenas neutro. Com esta distinção seguramente correta se expressa que a analogia é a transferência da norma a um outro âmbito, enquanto a interpretação (extensiva) é somente a “ampliação” da norma até o final do seu próprio âmbito. Mas: onde estão os limites entre a “transferência” e a “ampliação”, entre a negatividade e a neutralidade de um candidato? Quem conhece o âmbito da norma?

O âmbito da norma, nesse sentido, é a sua margem semântica, a qual, pelo que nós vimos,<sup>660</sup> não “existe”. Somente com a aplicação concreta da norma, mesmo que se comprove se o caso que se deve decidir é ou não um caso desta norma. Só o emprego de regras de

<sup>659</sup> Sobretudo na jurisprudência do *RG*, menos na do *BGH*, encontram-se também decisões nas quais o Tribunal marca os limites para a interpretação proibida e rechaça a ultrapassagem destes limites. Compare, por exemplo, a famosa decisão do *RG* sobre a questão de que se a subtração fraudulenta de energia elétrica é “subtração” de uma “coisa” no sentido do § 242, I do StGB: *RGS* 32, 165 e ss. (especialmente 185-188). Já com a existência do atual § 248c do StGB pode-se verificar que o *RG* decidiu negativamente esta questão. Mas hoje é duvidoso se o *BGH* se manteria igualmente de modo metódico pelo teor da lei; como consequência da sua política de interpretação de se basear de modo “mais próximo à vida” e “racional”, encontra-se o fato de que o legislador do StGB, seguramente, teria cominado com pena a subtração de energia elétrica, quando lhe ocorresse tal caso. Pode-se estudar esta atitude na decisão do *BGH* de 5.8.1980 (NJW 1980, 2535=JuS 1981, 299, n. 10) sobre a emissão de títulos falsos, onde o Tribunal manifestou-se contra uma decisão proferida pelo *OLG Stuttgart* (NJW 1980, 2089=JuS 1981, 64, n. 10) que tinha discutido sobre a analogia e a interpretação extensiva. Em um período mais recente o *BGH* parece ter se preocupado mais energicamente com a proibição da analogia; veja-se o *BGHSt* 34, 171 e 35, 390 (395).

<sup>660</sup> *Supra* §§ 20, 21. O fenômeno dos candidatos positivos, negativos e neutros é explicado *supra* § 21, I.

aplicação concretiza a norma. Se a fixação de cartazes é um “dano” às caixas de distribuição do correio no sentido do § 303, I do StGB, só se sabe (e não de modo definitivo e livre de qualquer dúvida) quando se aplica o § 303, I do StGB a tal caso: a margem semântica de uma norma se concretiza somente no ato de compreensão da norma, no ato de aplicação do Direito.

Surge mais uma complicação. Se se pergunta de onde o juiz extrai realmente as informações com as quais ele concretiza conceitos como “carroça” ou “dano” para aplicá-los ao caso, só se pode dar uma resposta: do sentido da norma, da sua origem histórica, da sua situação sistemática na lei. A interpretação gramatical, portanto, depende de outros métodos de interpretação, e não só está em contradição, mas em relação com eles. Se – como ocorre via de regra – nem a vontade do legislador pode ser transmitida livre de qualquer dúvida e nem a posição sistemática da norma diz algo relevante, então só fica o “sentido” da norma, para desenvolver nele o significado concreto da palavra. O “sentido” está sempre presente (os métodos de interpretação objetivo-teleológico de acordo com os quais se questiona, levam sempre a um objetivo – mas qual!), não porque ele precisa ser “transmitido”, como, por exemplo, a vontade do legislador, mas porque ele pode estar acompanhado da norma. As indagações podem fracassar (o legislador se cala ou fala contraditoriamente), a atribuição de sentido não fracassa jamais (e por isso continua sempre problemática, sempre em suspenso). Ainda que o juiz nada saiba ou nada descubra sobre a vontade do legislador histórico, ainda que ele não diga nada sobre a situação sistemática da norma – ele sempre tem uma representação do sentido objetivo da norma ou pode formá-la (mas talvez ela seja “falsa”): do sentido, da finalidade da norma se extrai geralmente a direção na qual o teor da norma deve se concretizar.

#### *A aplicação do Direito é portanto um procedimento analógico.*<sup>661</sup>

Uma norma jurídica de modo algum pode ser compreendida sem levar em consideração o seu sentido, a *tertium comparationis*, que une e torna comparáveis os casos uns aos outros, que são os “casos desta norma”. Quem se pergunta se o “furto de coisa achada” é uma hipótese do § 246, I do StGB, embora não se dê a retenção do objeto da apropriação<sup>662</sup> ou quem se coloque qualquer questão jurídica que não seja trivial (o fato de que a carteira é uma “coisa” no sentido do § 242 ou do § 246 do StGB,

<sup>661</sup> Aprofundamento e especificações sobre este problema na teoria geral da obtenção do Direito em *Arthur Kaufmann*, *Analogie*, p. 302-319, e em *B. Schünemann*, *Nulla poena*.

<sup>662</sup> Aprofundamento sobre a discussão acerca da punibilidade do furto de coisa achada em *Tenckhoff*, *Unterschlagung*, 777 (Fall 5).

não interessa aos penalistas), não poderá responder sem recorrer ao sentido da norma. Por estas razões se tem dito que a aplicação do Direito é um processo *circular* entre a lei e o caso, que é comparável a um *espiral* que se eleva, corrige e aperfeiçoa em um processo mútuo de compreensão entre a norma e a situação fática. É aí que se situa a cruz da proibição da analogia. Nós tínhamos dito justamente que no conflito entre o teor e o sentido da norma a proibição da analogia vota estritamente pelo teor. Mas agora vemos que o teor mesmo não é suficiente sem o sentido. Pois toda aplicação do Direito é analogia, porque a compreensão da norma, ainda que seja não-trivial, não pode renunciar à *tertium comparationis*, não existe um limite claro entre a interpretação permitida e a analogia proibida. O argumento de que o automóvel através da simples interpretação torna-se uma “carroça” não é refutável.

O que quer dizer então a proibição da analogia? Parece como se ela fosse um medicamento sem efeito para a tranquilização das críticas do Estado de Direito a uma jurisprudência amplamente afastada da lei.

Com a proibição da analogia se procede como com todo princípio normativo e toda norma jurídica: pode ser tratada sem que o tratamento possa ser indicado de modo preciso e visto por todos. Não existe um procedimento probatório para a sua violação. Nós aceitamos facilmente este fato com outras normas e princípios jurídicos. Na proibição da analogia, em relação à qual não se procede de modo diferente, este fato é visto como um estorvo e um aborrecimento, porque a proibição da analogia deve limitar justamente a interpretação da lei. O fato de não poder fazê-lo rigorosamente é visto com uma violação ao princípio da legalidade. Todas as tentativas de salvar os limites do teor pela proibição da analogia, tentativas que vão de encontro ao sólido muro de ligação entre o teor e o sentido, são expressão do mal-estar e do desengano face a um instrumento que deve limitar a interpretação judicial da lei, mas não pode cumprir esta tarefa. Se se pergunta outra vez se a proibição da analogia mesma é subtraída à interpretação judicial: seguramente não. Se ela mesma está submetida à interpretação judicial: como – de fora – se vai limitar a atividade interpretativa!

Apesar de tudo, a proibição da analogia é um pilar fundamental do *Direito Penal do Estado de Direito*, e sua substituição pelo “sadio sentimento do povo” no Direito do nacional-socialismo não implicou na eliminação de uma fórmula vazia, mas na eliminação de um instrumento

política e também simbolicamente eficaz.<sup>663</sup> A proibição da analogia não é uma medida exata, mas é um forte argumento. A reprovação por ter aplicado a lei em prejuízo ao acusado, é rigorosa e deve ser mais rigorosa ainda em nossa cultura jurídica. Fora do debate público e jurídico acerca da exatidão da interpretação das leis não há nenhum critério correto de interpretação. Na luta pela interpretação correta, a proibição da analogia reforça os motivos daqueles que defendem uma relação estrita do pronunciamento judicial com o teor da lei e dos cépticos em face da atribuição teleológica-objetiva do sentido. Nem mais, mas também nem menos.

## CAPÍTULO 4

### Ameaças à vinculação: os bens jurídicos universais e os “grandes transtornos”

A vinculação do juiz à lei – uma exigência fundamental do Direito Penal do Estado de Direito<sup>664</sup> – não pode, como sempre se tem aduzido, ser integral: a experiência e a linguagem, a abertura dos princípios jurídico-linguísticos para o mundo e para o futuro abrem também os processos de aplicação e de compreensão das normas jurídico-penais.<sup>665</sup> Mas se faz um esforço. O sistema jurídico-penal tenta assegurar, através de muitos caminhos principiológicos e pragmáticos, que os casos jurídico-penais sejam decididos de acordo com a lei comum e não de acordo com a vontade particular do juiz criminal.<sup>666</sup>

No período mais recente aparecem sinais de uma redução dos esforços em assegurar a aplicação da lei penal. O sistema jurídico-penal se “moderniza” na praxis e na teoria e consideram-se os princípios tradicionais do Direito Penal material progressivamente como antiqua-

<sup>663</sup> A eficácia jurídico-política da proibição da analogia confirma-se também em face das investigações jurídico-materiais sobre a jurisprudência do Senado Criminal do RG e do BGH. Compare-se *Priester, Analogieverbot*.

<sup>664</sup> Capítulo 1 do Quarto Livro.

<sup>665</sup> Capítulo 2 do Quarto Livro.

<sup>666</sup> Capítulo 3 do Quarto Livro.