

## **LEGALIDADE E TAXATIVIDADE: A NECESSIDADE DE DEFINIÇÕES E OS TIPOS ABERTOS**

*LEGALITY AND TAXATIVIDADE: THE NEED FOR DEFINITIONS AND TYPES OPEN*

**Louise Trigo da Silva<sup>1</sup>**

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Legalidade e Legitimidade à Luz da Política Jurídica: Conceitos que não se confundem; 2. Legalidade: Regra ou Princípio?; 3. Legalidade e Taxatividade: A Necessidade de Definições e os Tipos Penais Abertos; Considerações Finais; Referências da Fontes Citadas.

### **RESUMO**

O objetivo do presente trabalho é diferenciar os conceitos de legalidade e legitimidade à luz da Política Jurídica, definir se a legalidade é considerada uma regra ou um princípio para, ao final, após analisar pormenorizadamente a legalidade, verificar a necessidade de definições e os tipos abertos.

**PALAVRA-CHAVE:** Legalidade; legitimidade; política jurídica; regra ou princípio; taxatividade.

### **ABSTRACT**

The objective of this study is to differentiate the concepts of legality and legitimacy in the light of legal policy, define if the legality is considered a rule or a principle for in the end, after analyze in detail the legality, verify the need of definitions and open types.

**KEY WORD:** Legality; legitimacy; legal policy; rule or principle; taxatividade.

---

<sup>1</sup> Técnica Judiciária Auxiliar do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, atualmente exercendo a função de Assessora de Gabinete no aludido Tribunal. Discente do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, tendo como programa e linha de pesquisa o constitucionalismo e a produção do direito. Email: louisasilva6@hotmail.com.

## **INTRODUÇÃO**

O presente estudo tem como fim analisar detalhadamente a legalidade para verificar a necessidade de definições dos tipos penais, garantindo-se a observância da determinação taxativa, desdobramento da legalidade e, portanto, requisito essencial de um Estado Democrático de Direito.

Para tanto, examinar-se-á no primeiro capítulo os conceitos de legalidade e legitimidade na visão da Política Jurídica, com o objetivo de demonstrar que legalidade e legitimidade são conceitos que não se confundem.

Logo após, no capítulo seguinte, explicar-se-á as distinções feitas por Alexy e Dworkin entre regras e princípios, para averiguar se a legalidade se encaixa em um ou em outro conceito.

Finalmente, no terceiro capítulo, a legalidade será analisada pormenorizadamente, dando-se ênfase à taxatividade, um dos desdobramentos da legalidade, sobre a qual incidirá a apreciação da necessidade de definições e a existência dos tipos abertos.

Por derradeiro, ressalta-se que o presente trabalho será realizado seguindo o método indutivo, pois o assunto abordado não exige lógica investigatória de maior complexidade. Portanto, identificar-se-á e localizar-se-á as categorias nucleares da legalidade, buscando-se, em seguida, os conceitos operacionais na doutrina para tais categorias e reunindo-os para, logo após, analisá-los no relato da pesquisa, de forma preponderantemente descritiva, fazendo algumas apreciações prescritivas.

### **1. LEGALIDADE E LEGITIMIDADE À LUZ DA POLÍTICA JURÍDICA: CONCEITOS QUE NÃO SE CONFUNDEM**

Antes de analisarmos a legalidade e a legitimidade à luz da Política Jurídica, faz-se necessário entender o que esta última representa. Para tanto, adota-se o conceito de Política Jurídica de Osvaldo Ferreira de Melo. De acordo com o autor, Política jurídica (ou Política do Direito) “é a disciplina que tem como objeto o Direito *que*

*deve ser e como deva ser*, em oposição funcional à Dogmática Jurídica, que trata da interpretação e da aplicação do Direito que é, ou seja, do Direito vigente.”<sup>2</sup>

Assim, verifica-se que a Política Jurídica preocupa-se não com o direito vigente, mas com o direito desejado, ou seja, uma norma jurídica será eficaz tanto quanto atenda as necessidades sociais de um determinado momento, bem como será válida, desde que obedeça aos aspectos formais e leve em consideração, também, a legitimidade ética de seus conteúdos e de seus fins.

Desta forma, à luz da Política Jurídica, pode-se dizer que a legalidade (ordem escrita) se sobrepõe a todos os padrões de legitimidade e justiça: o justo e o legítimo são valores que a lei transcreve e prescreve, e aquilo que a lei não alcança não é Direito.<sup>3</sup>

A esse propósito, Osvaldo Ferreira de Melo explica que o Direito, visto como ordenamento, abrange um conjunto de normas de conduta e procedimentos judiciais, tendo como fim estabelecer regras coativas de convivência e sobrevivência social, posta em vigência pelo Estado, segundo uma rígida organização.<sup>4</sup>

Portanto, a legitimidade pressupõe sempre a existência da legalidade, ou seja, da existência de normas de conduta e procedimentos judiciais. Destarte, pode-se dizer que a legitimidade é uma característica da lei, a qual será legítima, para a Política Jurídica, tanto quanto atenda às crenças sociais, assegurando valores, estejam estes contidos ou não no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Osvaldo Ferreira de Melo explica: “Trata-se de legitimação extra-sistema, arbitrada pela consciência Jurídica, entendida essa categoria num sentido

---

<sup>2</sup> MELO, Osvaldo Ferreira. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB-SC editora, 2000. p. 77.

<sup>3</sup> BASTOS, Aurélio Wander. **Introdução à Teoria do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 11.

<sup>4</sup> MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994. p. 81.

amplo, ou seja, abrangendo não só o senso teórico do jurista, mas também o senso jurídico popular.”<sup>5</sup>

Logo, “se buscarmos a legitimidade da lei na sua capacidade de resposta às crenças sociais, o conceito de ‘legítimo’ tende a afastar-se do conceito ‘legal’ para aproximar-se do de ‘justiça social’”<sup>6</sup>. Todavia, Melo assevera que: “por mais que o legítimo se aproxime do justo, deste não será mais que condição favorável de realização.”<sup>7</sup>

Em vista disso, conclui-se que todos os padrões de conduta transcritos e prescritos na lei são considerados legais, podendo ser legítimos, conforme atendam as crenças e aos desejos de certa sociedade em determinada época, ou ilegítimos, se não estiverem de acordo com os anseios sociais.

Feita a necessária distinção entre legalidade e legitimidade no contexto da Política Jurídica, buscar-se-á, no próximo capítulo, examinar se a legalidade deve ser considerada um princípio, como habitualmente conhecida, ou uma regra, para tanto, utilizar-se-á as distinções feitas por Alexy e Dworkin entre regras e princípios.

## 2. LEGALIDADE: REGRA OU PRINCÍPIO?

Ao analisar a distinção feita por Alexy e Dworkin entre regras e princípios surge, diante de uma norma concreta, a dúvida se esta norma trata-se de uma regra ou de um princípio?

Para Alexy, tanto as regras como os princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Assim, a distinção entre regras e princípios é uma distinção feita entre dois tipos de normas. Segundo ele, há diversos critérios para a distinção entre regras e princípios, sendo o da generalidade o mais utilizado. De acordo com este critério, os princípios são normas com um grau de generalidade relativamente alto, enquanto as regras são normas com um nível relativamente baixo de generalidade.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 85.

<sup>6</sup> MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 83.

<sup>7</sup> MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 83.

<sup>8</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 82.

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas, de acordo com Dworkin, é de natureza lógica e pode ser definida pela distinção quanto à natureza da obrigação que oferecem. E explica: “As regras são aplicáveis a maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”<sup>9</sup>. Assim, sendo a regra válida, sua aplicação deve ser imediata.

Por sua vez, os princípios, mesmo aqueles que mais se assemelham as regras, não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas, ou seja, não possuem aplicação imediata.<sup>10</sup>

Outra diferença apontada por Dworkin entre regras e princípios é que os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Destarte, o conflito entre princípios é resolvido pelo peso ou pela importância que eles representam, sem que nenhum deles seja retirado do ordenamento. Já o conflito entre regras é resolvido pela utilização de critérios clássicos como (hierárquico, especial e temporal), sendo que, se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida e, conseqüentemente, será retirada do sistema.<sup>11</sup>

Ainda acerca da distinção entre regras e princípios, Alexy assevera que o ponto decisivo é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Logo, os princípios são mandamentos de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. Por outro lado, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então devemos fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

<sup>10</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. p. 40.

<sup>11</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. p. 42-43.

<sup>12</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. p. 86-87.

Além disso, os princípios não contêm mandamentos definitivos, mas tão somente *prima facie*, porquanto, conforme o acima exposto, apenas determinam que algo seja feito na maior medida possível, levando em conta as possibilidades jurídicas e fáticas. O fato de que um princípio seja válido para determinado caso, não significa que as exigências deste princípio para este caso sejam consideradas como um resultado definitivo. Por conta disso, dizemos que os princípios não possuem conteúdo de determinação, ou seja, as razões de aplicação de um princípio são determinadas pelas circunstâncias do caso concreto, podendo ser substituídas por razões opostas, a critério do julgador.<sup>13</sup>

Totalmente diferente é o caso das regras. Estas contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas, pois devem ser cumpridas exatamente da forma como são prescritas. A determinação das regras pode fracassar por impossibilidades jurídicas e fáticas, o que pode conduzir a sua invalidez, mas se isso não acontecer, considera-se válido exatamente o que a regra dispõe.<sup>14</sup>

Não obstante, Alexy assevera que não se pode pensar que todos os princípios têm um mesmo caráter *prima facie* e que todas as regras têm um mesmo caráter definitivo. No caso das regras, a introdução de cláusulas de exceção, ou seja, de cláusulas que digam que a regra é inaplicável em determinados hipóteses<sup>15</sup>, fazem com que esta perca seu caráter definitivo, mas o caráter *prima facie* que adquirem é diferente do dos princípios. O caráter *prima facie* das regras se apoia em disposições tomadas autoritariamente e transmitidas, sendo por isso diferente e essencialmente mais forte do que o caráter *prima facie* dos princípios. Da mesma forma, o caráter *prima facie* dos princípios pode ser reforçado com a introdução de uma carga de argumentação em favor destes, mas também nesse caso, o caráter *prima facie* adquirido não será igual aos das regras.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. p. 99.

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. p. 99.

<sup>15</sup> Como exemplo, cita-se as exceções à regra da impenhorabilidade do bem de família, previstas nos incisos do art. 3º, da Lei n. 8009/90.

<sup>16</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. p. 99-101.

Assim, mesmo com a introdução de uma forte carga de argumentação em favor de um determinado princípio, a sua aplicação sempre estará condicionada à análise da argumentação apresentada e da prevalência deste princípio sobre outro, ou seja, de um juízo de valor do órgão julgador, que, utilizando-se da ponderação, verificará qual princípio tem mais peso no caso concreto.

Pois bem, feitas as necessárias diferenciações entre regras e princípios, analisar-se-á a seguir se a norma da legalidade é uma regra ou um princípio.

Prevê o art. 5º, XXXIX e XL, da Constituição Federal que: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”; e “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Analisando-se as disposições acima transcritas, constata-se facilmente que estamos falando de uma regra e não de um princípio. Pois, neste caso, ou há lei anterior definindo o crime, ou não há crime. Ou há prévia cominação legal ou não há pena. Da mesma forma, a lei penal não retroagirá, com a cláusula de exceção de que só retroagirá para beneficiar o réu. Aplica-se aqui, facilmente, a regra do tudo-ou-nada de Dworkin, uma vez que tais preceitos devem ser cumpridos exatamente da forma como são prescritos, não admitindo exceções, salvo as já previstas junto com a norma.

Logo, conclui-se que a norma da legalidade é uma regra e não um princípio como comumente conhecida.

Por derradeiro, antes de adentrarmos no último capítulo, cumpre ressaltar que a regra da legalidade possui quatro desdobramentos, conforme se verá a seguir, todos decorrentes das disposições do art. 5º, XXXIX e XL, da Constituição Federal, portanto, também são considerados regras segundo as distinções de Dworkin e Alexy.

### 3. LEGALIDADE E TAXATIVIDADE: A NECESSIDADE DE DEFINIÇÕES E OS TIPOS ABERTOS

A regra da legalidade, por vezes chamada como princípio da reserva legal e conhecida – na esfera penal – pela fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege*, surge no contexto da revolução burguesa e exprime o estágio mais importante dos movimentos ocorridos na direção da positividade jurídica e da publicização da reação penal.<sup>17</sup>

Segundo Nilo Batista, a fórmula *nulla crimen, nulla poena sine lege* foi construída por Feuerbach, no começo do século XIX, e significa que nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena pode ser aplicada, sem que antes desse fato tenha sido criado por lei o tipo delitivo, bem como a pena respectiva.<sup>18</sup>

Atualmente, tal prescrição desdobra-se em quatro outras – conforme Francisco de Assis Toledo<sup>19</sup>, o qual faz uso da classificação de MAURACH – objetivando cumprir uma função de garantia, ou seja, limitação ao poder de punir do Estado. São elas: a) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* (proibição da retroatividade da lei penal que fundamente ou agrave a punibilidade); b) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* (proibição da utilização dos costumes para fundamentação ou agravamento da punibilidade); c) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* (proibição de se utiliza da analogia para fundamentação ou agravamento da punibilidade); d) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* (proibição de leis penais ambíguas, vagas e indeterminadas).<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 65.

<sup>18</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. p. 66.

<sup>19</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 22.

<sup>20</sup> Já para Luiz Luisi, utilizando-se dos postulados de MONTAVANI, o princípio da legalidade desdobra-se em 3 outros princípios: "Um quanto as fontes das normas penais incriminadoras. Outro concernente a enunciação dessas normas. E um terceiro relativo a validade das disposições penais no tempo. O primeiro postulado é o da reserva legal. O segundo é o da determinação taxativa. E o último é o da irretroatividade." (LUIZI, Luiz. **Os princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. p. 17-18).



A regra da legalidade, como ressaltado acima, constitui uma limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais, razão pela qual foi incluída na Constituição entre os direitos e garantias fundamentais, no art. 5º, XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”; e Art. 5º XL: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.<sup>21</sup>

Para Nilo Batista, estas prescrições constituem a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo, segundo o autor, além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, a legalidade garante que o cidadão não será submetido à coerção penal distinta daquela predisposta na lei.<sup>22</sup>

Os quatro axiomas citados acima, contidos, por implicitude, na regra da legalidade, devem ser aplicados concomitantemente, a fim de se construir a denominada função da garantia da lei penal.<sup>23</sup>

De acordo com Antonio Coelho Soares Júnior, o postulado *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* proíbe a retroatividade da lei penal, ou seja, a lei que instituir o crime e a pena deve ser anterior ao fato que se quer punir.<sup>24</sup> No mesmo sentido, Francisco de Assis Toledo ressalta que só a lei em sentido estrito pode criar crimes e penas criminais.<sup>25</sup>

Sobre o tema, continua Antonio Coelho Soares Júnior:

O direito penal, efetivamente, resume-se à letra da lei, sendo esta a fonte imediata e soberana de crimes e penas. Sem lei anterior criadora do tipo penal, devidamente promulgada e publicada, a conduta praticada, mesmo tendo uma conotação imoral, anti-social

---

<sup>21</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**. p. 21.

<sup>22</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. p. 67.

<sup>23</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**. p. 22.

<sup>24</sup> SOARES JÚNIOR, Antonio Coelho. **O Princípio da Legalidade Penal**: o que se fala e o que se cala. São Luís: Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão, 2005. p. 87.

<sup>25</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**. p. 23.

ou mesmo ilícita, não poderá ser considerada crime e nem o agente punido com uma sanção de natureza criminal.<sup>26</sup>

Por outro lado, surge um questionamento elucidado por Luigi Ferrajoli, o qual cita Giuseppe Maggiore e Francesco Carnelutti:

Quando se produz um fato novo, que seja substancialmente<sup>27</sup>, mas não formalmente<sup>28</sup> delito, porquanto não esteja incriminado por nenhuma disposição legal, o que fará o Estado? O Estado liberal, frente a uma eventualidade semelhante, permanecerá inerte, paralisado pelo ordenamento jurídico que lhe ordena *nec plus ultra*, e, ainda, lastimando a impossibilidade de agir, tolera que impere a completa impunidade; O Estado totalitário, ao contrário, ordenará a seus juízes que punam, criando eles a norma que falta. Não existe nenhuma razão pela qual um ato socialmente prejudicial apesar de não expressamente encontrar-se previsto em lei penal não possa ser punido.<sup>29</sup>

Contudo, a regra *lex praevia* é aplicada no ordenamento jurídico brasileiro somente em relação à lei mais severa, não havendo qualquer restrição a retroatividade da lei mais benéfica. Nesse sentido, Luiz Luisi assevera: “A atual legislação brasileira merece encômios por ter disposto de forma clara a retroatividade quando beneficia ao réu. Isto importa que sempre a lei penal retroage quando em favor do réu, ainda quando haja sentença com trânsito em julgado.”<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> SOARES JÚNIOR, Antonio Coelho. **O Princípio da Legalidade Penal**: o que se fala e o que se cala. p. 87.

<sup>27</sup> As teses jurídico-substancialistas (ou moralistas) afirmam que os delitos são tais pelas suas características intrínsecas, sendo reflexo ou produto da moralidade média, do sentimento do povo, da natural anormalidade da desviação castigada, de exigências objetivas de defesa social etc. Para esta corrente, os delitos estão *prohibita quia peccata*. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 344).

<sup>28</sup> As teses ético-formalistas (ou legalista) afirmam que os comportamentos imorais, naturalmente anormais ou socialmente prejudiciais são tais (só) porque estão castigados pela lei como delitos. Para esta corrente, os delitos devem considerar-se *peccata quia prohibita*. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 344).

<sup>29</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 345.

<sup>30</sup> LUISI, Luiz. **Os princípios Constitucionais Penais**. p. 29.

O segundo postulado proíbe a criação de crimes e penas pelo costume (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*), assim, só a lei escrita, elaborada de acordo com o processo legislativo previsto na Constituição, pode criar crimes e penas, não o costume.

Importante ressaltar que de acordo com Francisco de Assis Toledo, somente a lei em sentido estrito pode criar crimes e penas. O autor exclui a legitimação do decreto-lei e da medida provisória para criação de crimes e o agravamento de penas.<sup>31</sup>

No mesmo sentido Nilo Batista dispõe: "Fonte direta de conhecimento (ou formal) de normas que definem crimes e cominam ou agravam penas é apenas e tão-somente a lei".<sup>32</sup> Sendo a legitimação para criar crimes e agravar penas tão-somente da lei, verifica-se uma proibição a utilização dos costumes para tal finalidade. Não obstante, Francisco de Assis Toledo adverte que:

Não se deve, entretanto, cometer o equívoco de supor que o direito costumeiro esteja totalmente abolido do âmbito penal. Tem ele grande importância para elucidação do conteúdo dos tipos. Além disso, quando opera como causa de exclusão de ilicitude (causa supralegal), de atenuação da pena ou da culpa, constitui verdadeira fonte do direito penal. Nessas hipóteses, como é óbvio, não se fere o princípio da legalidade por não se estar piorando, antes melhorando, a situação do agente do fato.<sup>33</sup>

No mesmo sentido, Maurício Antonio Ribeiro Lopes menciona:

A proibição dos costumes jamais quis representar sua não participação nos processos de interpretação e integração das normas penais, mas tão somente sua não incidência como fonte incriminadora e sancionatória.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**. p. 23-24.

<sup>32</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. p. 72.

<sup>33</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**. p. 25.

<sup>34</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Legalidade: projeções contemporâneas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 110.

Desta forma, observa-se a importância dos costumes para o sistema político penal, todavia, sua utilização restringe-se a aplicação subsidiária das causas excludentes e como elemento fundamental para a interpretação das normas, não podendo, como dito alhures, criar crimes e agravar penas.

O terceiro desdobramento da regra da legalidade é estabelecido pela fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, ou seja, proíbe a utilização da analogia<sup>35</sup> para a criação de crimes e o agravamento de penas.

No direito penal, temos duas espécies de analogia, são elas: analogia *in malam partem* e analogia *in bonam partem*. A primeira estabelece a aplicação ou o agravamento da pena em situações não previstas em lei, mas que, contudo, são semelhantes às previstas. A segunda estabelece a não aplicação ou a diminuição da pena no mesmo caso. Verifica-se que a primeira agrava a situação do acusado, enquanto que a segunda atenua.<sup>36</sup>

E continua o referido autor:

A exigência da lei prévia e estrita impede a aplicação, no direito penal, da analogia *in malam partem*, mas não obsta, obviamente, a aplicação da analogia *in bonam partem*, que encontra justificativa em um princípio de equidade. É preciso notar, porém, que a analogia pressupõe falha, omissão da lei, não tendo aplicação quando estiver claro no texto legal que a *mens legis* quer excluir de certa regulamentação determinados casos semelhantes.<sup>37</sup>

Sobre o mesmo assunto, comenta Luigi Ferrajoli:

---

<sup>35</sup> A analogia, por ser uma forma de suprirem-se as lacunas da lei, supõe, para sua aplicação, a inexistência de norma legal específica. Baseia-se na semelhança. (TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**. p. 26). Chama-se analogia o procedimento lógico pelo qual o espírito passa de uma enunciação singular a outra enunciação singular (tendo, pois, caráter de uma indução imperfeita ou parcial), inferindo a segunda em virtude de sua semelhança com a primeira. (LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Legalidade: projeções contemporâneas**. p. 119).

<sup>36</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**. p. 27.

<sup>37</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**. p. 27.

Também em relação à proibição de analogia há que se distinguir dentre as leis penais aquelas que são favoráveis ou desfavoráveis ao réu. A analogia encontra-se excluída se é *in malam partem*, enquanto é admitido caso seja *in bonam partem*, ao estar sua proibição dirigida, conforme o critério geral do *favor rei*, a impedir não a restrição, mas somente a extensão por obra da discricionariedade judicial no âmbito legal da punibilidade.<sup>38</sup>

Assim, da mesma forma que os costumes, a analogia só poderá ser utilizada quando em favor do acusado, ou seja, exclusão do crime ou da culpabilidade, atenuação da penas, extinção da punibilidade, entre outros, a fim de se evitar um aumento da punibilidade pela discricionariedade judicial.

Por fim, analisar-se-á o quarto desdobramento da legalidade, conhecido por taxatividade<sup>39</sup>, determinação ou determinação taxativa, que proíbe a criação de incriminações vagas e indeterminadas e é estabelecido pela fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.

Maurício Antonio Ribeiro Lopes adverte que a função da prescrição da legalidade de proteger as garantias individuais, estaria seriamente comprometida se as normas que conceituam os crimes, não tivessem a clareza denotativa necessárias ao estabelecer o significado de seus elementos, capaz de ser entendida por qualquer cidadão.<sup>40</sup>

Na mesma esteira, Nilo Batista explica:

Formular tipos penais “genéricos ou vazios”, valendo-se de “cláusulas gerais” ou “conceitos indeterminados” ou “ambíguos”, equivale teoricamente a nada formular, mas é praticamente e politicamente muito mais nefasto e perigoso. Não por acaso, em

---

<sup>38</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** teoria do garantismo penal. p. 351.

<sup>39</sup> [...] diz respeito à técnica de elaboração da lei penal, que deve ser suficientemente clara e precisa na formulação do conteúdo do tipo legal e no estabelecimento da sanção para que exista real segurança jurídica. Tal assertiva constitui postulado indeclinável do Estado de Direito material – democrático e social. [...] O princípio da taxatividade significa que o legislador deve redigir a disposição legal de modo suficientemente *determinado* para uma mais perfeita descrição do fato típico (*lex certa*). (PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro:** parte geral – arts. 1º a 120 v. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 133).

<sup>40</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Legalidade:** projeções contemporâneas. p. 127.

épocas e países diversos, legislações penais voltadas à repressão e controle de dissidentes políticos escolheram precisamente esse caminho para a perseguição judicial de opositores do governo.<sup>41</sup>

Verifica-se que referido postulado exige que as leis penais incriminadoras sejam extremamente claras, certas e determinadas. Esta regra é dirigida sobretudo ao legislador, proibindo ao mesmo, na elaboração das leis, a utilização de tipos penais com expressões ambíguas, indeterminadas e vagas, capazes de ensejar diferentes entendimentos.

Luiz Luisi, ao comentar o princípio da determinação taxativa, estabelece que tal postulado é dirigido à formulação da lei penal, na medida em que exige do legislador qualificação, competência e utilização de técnica correta e de linguagem rigorosa e uniforme. E continua:

Sem esse corolário o princípio da legalidade não alcançaria seu objetivo, pois de nada vale a anterioridade da lei. Se esta não estiver dotada da clareza e da certeza necessárias, e indispensáveis para evitar formas diferenciadas, e, pois, arbitrárias na sua aplicação, ou seja, para reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei. [...] A exigência de normas penais de teor preciso e unívoco decorre do propósito de proteger o cidadão do arbítrio judiciário, posto que fixado com a certeza necessária a esfera do ilícito penal, fica restrita a discricionariedade do aplicador da lei.<sup>42</sup>

Entretanto, Luigi Ferrajoli ressalta:

[...] as doutrinas substancialistas que se proliferaram com a reação antiiluminista do século passado [...] têm inspirado [...] modelos penais de legalidade atenuada, quer dizer, caracterizados por figuras delituosas elásticas e indeterminadas, por espaços de fato, quando não de direito, abertos à analogia *in malam partem*, pelo caráter central atribuído às investigações acerca da pessoa do réu assim como ao juízo sobre a sua “periculosidade” e às correspondentes medidas preventivas. E têm aberto o caminho [...] às mais nefastas doutrinas abertamente antiformalistas que têm constituído a base teórica dos ordenamentos penais totalitários.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. p. 78.

<sup>42</sup> LUISI, Luiz. **Os princípios Constitucionais Penais**. p. 24-25.

<sup>43</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. p. 346.

Assim, observa-se que a doutrina substancialista entra em conflito com a legalidade, pois busca a criação de tipos penais abertos, indeterminados, para que o delito seja capitado além do que prevê a lei, pelo simples fato de ser um mal moralmente reprovável pela sociedade, sendo, por isso, totalmente compatível com um sistema autoritário de direito penal máximo.

Para que tal preceito atinja seus fins, ou seja, prevenir crimes e reprimir as condutas criminosas com a necessária legitimidade jurídica, é indispensável que a lei assuma a função de observar uma linguagem apropriada para ser entendida pela população em geral.<sup>44</sup>

Acerca da matéria, Francisco de Assis Toledo se manifesta:

Para que a lei penal possa desempenhar função pedagógica e motivar o comportamento humano, necessita ser facilmente acessível a todos, não só aos juristas. Infelizmente, no estágio atual de nossa legislação, o ideal de que todos possam conhecer as leis penais parece cada vez mais longínquo, transformando-se, por imposição na própria lei, no dogma do conhecimento presumido, que outra coisa não é senão pura ficção jurídica.<sup>45</sup>

Sobre o mesmo assunto, Mariângela Gama de Magalhães Gomes fazendo uso das palavras de Claus Roxin, explica:

A proibição de tipos e penas indeterminados justifica-se nos fins do princípio da legalidade: uma lei indeterminada ou imprecisa não protege o cidadão contra a arbitrariedade, porque implica uma falta de limitação ao *ius puniendi* estatal. Além disso, é contrário ao princípio da divisão dos poderes, pois permitiria ao juiz fazer a interpretação que quisesse e, com isso, invadir o terreno legislativo; não produziria eficácia preventivo-geral, já que o indivíduo estaria impedido de reconhecer na norma o que se quer proibir e, devido a isso, a existência de lei indeterminada não proporcionaria a base para um juízo de reprovabilidade.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. p. 93.

<sup>45</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**. p. 29.

<sup>46</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 33.

Da análise de todo o acima exposto, extraí-se que para que o crime e a pena a ele cominada possam ser aplicados, é indispensável, além da anterioridade da lei e da impossibilidade de aplicação a casos assemelhados, que a norma, a qual estabelece o tipo penal, indique com clareza as peculiaridades da conduta humana, tornando impossível confundi-la com outra, e fazendo com que a população em geral comporte-se de forma diversa, posto entender exatamente o significado da lei.

Ademais, é incompatível com o Estado de direito a técnica legislativa de elaborar tipos utilizando-se de cláusulas gerais. A regra da legalidade implica que o fato constitutivo do delito seja descrito de forma diferenciada, a fim de que não fiquem ao arbítrio da decisão judicial os limites entre o lícito e o ilícito.<sup>47</sup>

Muito embora grande parte da doutrina ao falar da determinação taxativa se refira aos tipos penais, entende-se que referido postulado deve ser aplicado a toda norma penal (processual penal) que gere restrição ao *jus libertatis*. Posto que os requisitos autorizadores para a violação de uma garantia fundamental inerente ao indivíduo, deveriam ser determinados taxativamente na norma penal ou processual penal, não dando margem a indeterminações e, assim, evitando a discricionariedade do juiz, o qual ficará adstrito à norma.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o desenvolvimento do presente artigo foi possível verificar, à luz da Política Jurídica, que a legitimidade é uma característica da legalidade, sendo esta pressuposto daquela. Assim, todos os padrões de conduta transcritos e prescritos na lei são considerados legais, podendo ser legítimos, conforme atendam as crenças e aos desejos de certa sociedade em determinada época, ou ilegítimos, se não estiverem de acordo com os anseios sociais.

---

<sup>47</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Legalidade:** projeções contemporâneas. p. 129.



Da mesma forma, percebeu-se que a legalidade, embora seja comumente denominada de princípio por grande parte da doutrina, é considerada, segundo as distinções feitas por Alexy e Dworkin entre regras e princípios, uma regra.

Ainda, analisou-se pormenorizadamente a regra da legalidade, com todos os seus desdobramentos, dando ênfase à determinação taxativa para, ao final, concluir que os tipos penais abertos são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, sendo necessário que o fato constitutivo do delito seja descrito de forma diferenciada, para que não fique ao critério do Poder Judiciário decidir entre os limites do lícito e do ilícito, tendo em vista que leis indeterminadas e imprecisas não protegem o cidadão contra o *ius puniendi* estatal.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BASTOS, Aurélio Wander. **Introdução à Teoria do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Legalidade: projeções contemporâneas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LUISI, Luiz. **Os princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.

SILVA, Louise Trigo da. Legalidade e taxatividade: a necessidade de definições e os tipos abertos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

\_\_\_\_\_. **Temas Atuais de Política do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB-SC editora, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral – arts. 1º a 120 v. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SOARES JÚNIOR, Antonio Coelho. **O Princípio da Legalidade Penal**: o que se fala e o que se cala. São Luís: Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão, 2005.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.