

# O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SUAS IMPLICAÇÕES NA HERMENÊUTICA PENAL

Bruna Martins Amorim Dutra\*

## RESUMO

O presente artigo objetiva encetar uma análise do princípio da legalidade penal, com especial enfoque em suas implicações no campo da hermenêutica. Para tanto, aborda-se o princípio da legalidade tanto sob o ponto de vista formal, quanto material, à vista dos influxos do pós-positivismo. Então, é investigada sua incidência especificamente na fase de aplicação da lei penal, de sorte a se estabelecerem as diretrizes da hermenêutica contemporânea.

## PALAVRAS-CHAVE

Princípio da legalidade penal; Pós-positivismo; Hermenêutica contemporânea

## ABSTRACT

This article aims to undertake an analysis of the principle of legality in criminal proceedings, with particular emphasis on its implications in the field of hermeneutics. It thus explores the principle of legality both from the formal and material point of view, the sight of the influences of post-positivism. Then, we investigated its effect specifically at the stage of the criminal law enforcement, so as to settle the guidelines of contemporary hermeneutics.

## KEYWORDS

Principle of legality in criminal proceedings; Post-positivism; Contemporary hermeneutics

---

\* Cursa Mestrado em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisadora pela Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ). Graduação em Direito pela UERJ.

## 1 INTRODUÇÃO

O princípio da legalidade penal é um postulado garantista de cunho liberal, destinado a proteger os cidadãos frente à arbitrariedade estatal na utilização do *jus puniendi*. Reconhecendo sua qualidade de garantia individual fundamental, diversos Estados já o têm expressamente consagrado em seus textos constitucionais atualmente.

É certo que o princípio em apreço produz implicações não apenas na seara legislativa, mas também na interpretação da lei penal, na execução penal e no devido processo legal, o que denota sua grande relevância para o Direito. No presente artigo, todavia, enfocaremos as consequências do princípio da legalidade na específica esfera da hermenêutica, à vista da exigência de que o julgador tenha sua atuação vinculada à lei penal.

Importante ressaltar que, nos dias atuais, não mais se vislumbra uma dimensão tão-somente formal do princípio da legalidade penal. Com a influência do pós-positivismo, que superou a compreensão do Direito como um sistema objetivo e autopoiético para promover sua reabertura aos valores e princípios, associando-o à Ética, é identificado um viés também substantivo da referida garantia, o que produz reflexos na orientação da hermenêutica contemporânea.

Portanto, no capítulo que se segue, abordaremos o princípio da legalidade penal, tanto sob o ponto de vista formal, quanto material. Serão desenvolvidos, assim, os seus fundamentos não apenas positivos, mas também jurídico-políticos, os clássicos postulados dele decorrentes, consubstanciados no aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta, scripta, praevia, certa*, bem como a necessidade de uma referibilidade axiológica surgida a partir da superação do formalismo jurídico.

Já no terceiro capítulo, trataremos das implicações do princípio da legalidade especialmente na interpretação da lei penal. Far-se-á, então, um panorâma evolutivo da hermenêutica penal desde a formalista Jurisprudência dos Conceitos até a emergência da Jurisprudência dos Valores no contexto pós-positivista.

Posteriormente, cuidaremos das contribuições trazidas pela filosofia da linguagem e pela idéia da pré-compreensão do intérprete para a percepção de que a atividade interpretativa é, a rigor, essencialmente criativa, e não meramente reveladora de um sentido pré-existente do enunciado normativo. Enfim, abordaremos os critérios da metodologia jurídica que têm como escopo atribuir maior objetividade à hermenêutica, de sorte a concretizar o princípio da legalidade penal naquela seara.

## 2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

### 2.1 Fundamentos positivos, políticos e jurídicos

O princípio da legalidade, em sua acepção genérica, encontra previsão no ordenamento jurídico brasileiro no art. 5º, II, do texto constitucional. Ele é corolário do esforço liberal em limitar a incursão do Estado sobre os direitos fundamentais dos indivíduos, de modo que, conforme explica Jane Pereira, “os direitos fundamentais só podem ser restringidos em caráter geral por meio de *lei em sentido formal*”<sup>1</sup>.

Especificamente no âmbito do Direito Penal, o princípio da legalidade está disposto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Brasileira, com o escopo de limitar a ingerência do poder punitivo estatal sobre o direito fundamental dos indivíduos à liberdade. Assim, o princípio da legalidade penal, do ponto de vista formal, exige que a norma penal seja oriunda do Congresso Nacional, órgão de representação popular, observado o devido processo legislativo.

Nota-se que o princípio da legalidade penal, na condição de postulado essencial a um Estado Democrático de Direito, é, atualmente, reconhecido pelo ordenamento jurídico-constitucional de diversos países, além de encontrar guarida na ordem internacional em tratados e declarações de direitos<sup>2</sup>. Cumpre observar que tal princípio, ao estabelecer o primado da lei, só seria compatível, *a priori*, com os países de *Civil Law*. Zaffaroni, porém, evidencia que sua *ratio* é aplicável até mesmo nos países regidos pelo Direito Consuetudinário, apontando que, na Inglaterra, a Câmara dos Lordes, quando do julgamento de um caso em 1972, expressamente recusou a possibilidade de extensão ou criação analógica de crimes por parte dos tribunais ingleses<sup>3</sup>.

Conforme demonstrado, o princípio da legalidade penal possui a finalidade precípua de controlar o exercício do poder punitivo estatal. De acordo com o pensamento de Von Liszt, tal limitação se faria em prol do criminoso, já que concebia o Direito Penal como a “Carta

---

<sup>1</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 302.

<sup>2</sup> V. art. 15, I, do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos; art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos; art. 7º, II, do Pacto de São José da Costa Rica.

<sup>3</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Vol. 1. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 133-134.

Magna do delinqüente”<sup>4</sup>, a quem deveria ser assegurado o direito de ser punido somente quando observadas as prescrições legais. Modernamente, porém, prevalece o entendimento de que o sujeito protegido pelo Direito Penal e, em especial, pelo princípio da legalidade, é o próprio cidadão<sup>5</sup>.

Sob uma perspectiva histórica, verifica-se que o Estado, frequentemente, abusando de sua posição de superioridade, incursionou sobre os direitos fundamentais dos indivíduos de modo arbitrário. Diante disso, o princípio da legalidade, ao limitar o poder punitivo estatal, estaria assegurando os direitos fundamentais, notadamente à liberdade, dos indivíduos em geral, e não apenas dos criminosos. Vale lembrar que estes, como sujeitos de direitos que são, já estão albergados pela proteção conferida aos cidadãos.

Cumprе salientar que a positivação do princípio da legalidade penal, com sua função de garantia dos cidadãos em face do arbítrio estatal, no ordenamento interno de diversos países, bem como na ordem internacional, consubstancia um importante avanço na seara dos direitos humanos. Mostra-se relevante atentar, porém, também para seus fundamentos políticos e jurídicos.

A doutrina indica como fundamento político do referido princípio o liberalismo, o qual, insurgindo-se contra os poderes ilimitados que detinha o monarca no Estado Absolutista, propugna a submissão do Executivo e do Judiciário ao império da lei, emanada esta de um órgão de representação popular. Nesse contexto, é importante ressaltar a técnica de separação de Poderes, formulada por Montesquieu no desiderato de operacionalizar a desconcentração dos poderes na pessoa do déspota, e adotada pela doutrina liberal como forma de garantir as liberdades individuais.<sup>6</sup>

Outrossim, também se admitem, embora não de modo unívoco, diversos fundamentos jurídicos para o princípio da legalidade penal. É certo que Feuerbach, no começo do século XIX, foi o responsável pela condensação daquele princípio na conhecida fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Entende-se que sua teoria da coação psicológica, ao atribuir à lei penal uma função preventiva geral negativa, no sentido de motivar os cidadãos a não praticarem condutas criminosas às quais é cominada pena, constitui o primeiro fundamento jurídico do princípio da legalidade penal. Contudo, ressalva Claus Roxin que o caráter

---

<sup>4</sup> VON LISZT, Franz. *Strafrechtliche Vortrage unndufsätze*, 1905, t. 11, p. 80; *apud* BACIGALUPO, Enrique. *Principios Constitucionales de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi S.R.L., 1999, p. 45.

<sup>5</sup> V. BACIGALUPO, Enrique. Op. cit. p. 46; ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução e notas de Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 137.

<sup>6</sup> V. BACIGALUPO, Enrique. Op. cit. p. 47; ROXIN, Claus. Op. cit. p. 144-145; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2001, p. 140-145.

intimidatório da construção de Feuerbach só pode subsistir atualmente como alicerce se complementado pela teoria da prevenção geral positiva, que traz a idéia da pena como conservação da confiança jurídica.<sup>7</sup>

Outro fundamento jurídico da legalidade a que a doutrina faz alusão é o princípio da culpabilidade, que exige o conhecimento, ou, ao menos, a possibilidade de conhecimento prévio da norma penal incriminadora.<sup>8</sup> Há quem mencione, ainda, a proteção à confiança, de modo que a lei penal possibilite ao cidadão o cálculo das consequências de seus atos<sup>9</sup>, e a garantia da objetividade, devendo a norma incriminadora ser anterior ao fato<sup>10</sup>.

Com efeito, entendemos que os fundamentos político-jurídicos apontados não são excludentes, mas sim complementares, dando arrimo ao princípio da legalidade penal sob diferentes enfoques. Nesse sentido, cumpre registrar as lições de Bacigalupo:

la reducción del principio de legalidad a un único fundamento es prácticamente imposible, sobre todo porque este principio tiene funciones de diverso orden. Por un lado determina las *condiciones de legitimidad constitucional* de la pena, garantizando un origen democrático del derecho penal, así como la objetividad de su contenido. [...] Por otro lado, estas exigencias resultan necesarias para el establecimiento de un derecho penal de culpabilidad que, al menos, condicione la responsabilidad penal al posible conocimiento de las prohibiciones y mandatos legales y de sus consecuencias.<sup>11</sup>

Destarte, além do importante processo de consagração positiva do princípio da legalidade penal na ordem interna e internacional, mostra-se também de grande relevância a consideração dos seus fundamentos políticos e jurídicos, pois eles conferem maior densidade à significação do princípio. Então, uma vez analisados os fundamentos positivos, políticos e jurídicos da legalidade penal, cabe apreciar os postulados dela decorrentes.

## 2.2 Postulados decorrentes do princípio da legalidade penal

Consoante exposto acima, Feuerbach, no início do século XIX, cunhou o princípio da legalidade penal sob o conhecido brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*, segundo o qual não há crime, nem pena sem lei. A partir daí, a doutrina identificou quatro

<sup>7</sup> V. ROXIN, Claus. Op. cit. p. 145-146; MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit. p. 145-146.

<sup>8</sup> V. BACIGALUPO, Enrique. Op. cit. p. 46-47; ROXIN, Claus. Op. cit. p. 146-147; MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit. p. 146.

<sup>9</sup> BACIGALUPO, Enrique. Op. cit. p. 47-48.

<sup>10</sup> Ibid. p. 48.

<sup>11</sup> Ibid. p. 49.

postulados decorrentes da legalidade, que correspondem à exigência de que a lei penal, além de emanar do órgão de representação popular em conformidade com o devido processo legislativo, seja estrita, escrita, prévia e certa (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta, scripta, praevia, certa*). Tais postulados clássicos implicam, em geral, na proibição da analogia, dos costumes, da retroatividade e da indeterminação nas normas penais, respectivamente.

De acordo com Roxin, as duas primeiras determinações oriundas do princípio da legalidade penal - *lex stricta* e *scripta* - são destinadas ao juiz, quando da interpretação e aplicação da norma, ao passo que as duas últimas - *lex praevia* e *certa* - se direcionam ao legislador, quando da criação legislativa.<sup>12</sup> Já para Bacigalupo, a exigência de *lex praevia* se dirigiria ao juiz e ao legislador, e a de *lex certa* seria destinada ao legislador e, subsidiariamente, ao juiz<sup>13</sup>. De todo modo, é certo que o princípio em questão constitui uma garantia que orienta tanto o processo legislativo, quanto a atividade hermenêutica.

A doutrina, entretanto, também reconhece a aplicabilidade do princípio da legalidade à seara da execução penal. Dessa forma, além da necessidade de tipificação criminal, cominação penal e aplicação da norma em consonância com os postulados indicados acima, entende-se que a execução da sanção imposta ao condenado deve respeitar o axioma *nullum crimen, nulla poena sine lege*, de modo a se limitar a arbitrariedade estatal também na incriminação secundária.<sup>14</sup> No ordenamento jurídico brasileiro, tal orientação foi consagrada expressamente no art. 3º da Lei de Execuções Penais.

Por fim, registre-se que o princípio da legalidade também produz reflexos no âmbito do Direito Processual Penal, sob a fórmula latina *nulla poena sine iudicio*, consoante a qual não há pena sem a observância do devido processo legal. Ramírez e Malarée, tratando do referido princípio como uma garantia jurisdiccional e procesual, explicam que “se trata que la actividad judicial no exceda de lo que estrictamente establece la ley y de excluir toda posibilidad de arbitrariedad en el proceso”<sup>15</sup>.

Até o presente momento, o princípio da legalidade penal foi apreciado sob o aspecto unicamente formal, com enfoque nos seus fundamentos e consequências. A seguir, por seu turno, ele será analisado sob um viés material, construído notadamente sob os influxos da filosofia pós-positivista.

---

<sup>12</sup> ROXIN, Claus. Op. cit. p. 140.

<sup>13</sup> BACIGALUPO, Enrique. Op. cit. p. 45.

<sup>14</sup> V. MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit. p. 147; RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Lecciones de Derecho Penal*. Vol. 1. Madrid: Trotta, 1997, p. 89.

<sup>15</sup> RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormazábal. Op. cit. p. 87.

### 2.3 O princípio da legalidade em sentido material

Em especial a partir do advento do pós-positivismo na segunda metade do século XX, tem-se reconhecido, paralelamente ao enfoque puramente formal, um sentido também substantivo ao princípio da legalidade, correspondente às idéias de legitimidade e justiça. Sob esse viés, o referido princípio impõe que o conteúdo da norma se coadune materialmente com os direitos fundamentais e os valores e princípios constitucionais, inerentes a um Estado Democrático de Direito<sup>16</sup>.

Conforme é sabido, o positivismo jurídico, que, durante o movimento de codificação do século XIX, desempenhava uma função consagradora do Direito Natural, perdeu sua justificação axiológica externa com a consolidação do Estado Liberal, o que ensejou a supressão da racionalidade no processo legislativo. Todavia, após as atrocidades cometidas na Alemanha nazista sob o véu da legalidade formal, os valores readquiriram importância, despontando a relevância da Ética para o Direito e abandonando-se a pretensão positivista de uma ciência jurídica neutra, objetiva e autopoiética. É conferida, então, primazia ao princípio da dignidade da pessoa humana, de maneira a ser reconhecida sua força normativa para orientar e conceder unidade axiológica a todo o ordenamento jurídico<sup>17</sup>.

Note-se, contudo, que essa mudança de paradigma pós-positivista não importa na supressão total de importância do viés formalista do Direito, sob pena de se operar um retorno ao jusnaturalismo. Consoante as lições de Barroso, “o pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política”<sup>18</sup>.

Desse modo, é possível concluir que não mais se mostra suficiente a acepção unicamente formal do princípio da legalidade penal, sendo preciso atentar também para o seu viés substantivo a fim de que a norma penal seja considerada legítima. Nesse sentido,

---

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 424-425.

<sup>17</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28-29.

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 248.

Ripollés<sup>19</sup>, com base no modelo legislativo racional de Atienza, ensina que a elaboração da lei penal deve ser observada sob um plano operacional, referente ao funcionamento do processo legislativo, e um prescritivo, concernente aos conteúdos de racionalidade legislativa que devem ser respeitados e consubstanciados nas racionalidades linguística, jurídico-formal, pragmática, teleológica e ética. O autor erige como princípios de racionalidade ética para a criação legislativa penal a lesividade, fragmentariedade, interesse público, correspondência com a realidade, segurança jurídica, responsabilidade pelo fato, imputação, culpabilidade, jurisdição, humanidade das penas, fins da pena, proporcionalidade e monopólio punitivo estatal.

Na esteira dessa visão substantiva, Ferrajoli distingue a legitimação do Direito Penal sob os pontos de vista interno e externo. Assim, a justificação interna do Direito Penal corresponderia à observância das normas positivas do ordenamento jurídico, conferindo-lhe validade. Já sua legitimação externa remeteria a critérios éticos não positivados de justiça<sup>20</sup>. Nesse ínterim, é válido destacar trecho em que Ferrajoli, partindo do pressuposto de que o modelo penal garantista está vinculado à doutrina iluminista da separação entre direito e moral<sup>21</sup>, trata da questão:

o significado teórico da doutrina da separação diz respeito às condições formais da legitimação interna, identificada pela mesma com a satisfação do princípio da legalidade, o qual, em sentido lato, comporta o fato de que constitui delito somente aquilo que é proibido, e não aquilo que é apenas reprovável, e, em sentido estrito, exige, ainda, que as proibições legais sejam formuladas, não apenas incorporando critérios genéricos de avaliação ou reprovação externa, mas, sim, individuando, taxativamente, os comportamentos proibidos; por seu turno, o significado axiológico desta doutrina refere-se às condições *substanciais* da legitimação externa, que a mesma exclui possam ser satisfeitas mediante critérios meramente jurídicos ou internos, requerendo, para os custos produzidos pelas proibições, pelos processos e pelas penas, o ônus de específicas justificações de caráter ético-político ou externo.<sup>22</sup>

Ainda a respeito da temática da legitimação interna e externa do Direito Penal, é importante salientar a constatação de Ferrajoli de que parcela dos critérios de justificação externa foi incorporada já pelos textos constitucionais modernos. Desse modo, tais critérios

<sup>19</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>20</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hasan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 199.

<sup>21</sup> Convém explanar que Ferrajoli invoca a doutrina da separação entre direito e moral no sentido de atribuir ao Estado a finalidade de proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos, e não no sentido, decorrente da consolidação do Estado Liberal, da desvinculação entre o Direito e uma justificação axiológica externa. Nesse sentido, ver FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hasan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 204.

<sup>22</sup> *Ibid.* p. 216.

éticos de justiça tornaram-se, também, parâmetros de legitimação interna, subordinando a validade das normas<sup>23</sup>.

Todavia, a confusão entre direito e moral operada pelo positivismo jurídico, em que ganhou destaque o formalismo em detrimento do conteúdo das normas, conduziu a um legalismo acrítico, sendo a Constituição concebida apenas como uma estrutura formal localizada no topo do sistema jurídico. Diante disso, Ferrajoli<sup>24</sup> propugna um juspositivismo crítico, efetuando-se a crítica do direito positivo vigente não apenas à luz dos critérios políticos de legitimação externa, mas também internamente com base nos valores incorporados pelas Constituições, as quais, segundo as lições de Barroso<sup>25</sup>, passam a ser dotadas de supremacia axiológica e de força normativa.

Nesse ínterim, vale salientar o aludido movimento pós-positivista de constitucionalização do direito, com especial enfoque para a abertura aos valores e princípios. Conforme explica Barroso, “o Direito contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, onde desfruta não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica”<sup>26</sup>. Destarte, verifica-se que as referências axiológicas externas ao Direito foram, em grande parte, constitucionalizadas, integrando o ordenamento jurídico-positivo com imperatividade, de modo que toda a ordem infraconstitucional deve se submeter à filtragem constitucional.

Nesse sentido, Flávia Piovesan nota que as Constituições européias, após a 2ª Guerra Mundial, são marcadas pela consagração de valores e princípios, assim como os textos constitucionais da América Latina durante o curso do processo de redemocratização<sup>27</sup>. A título exemplificativo, Bacigalupo ensina que, com a promulgação da Carta Magna espanhola em 1978, o Direito Penal passou a estar limitado materialmente pelos direitos fundamentais e princípios constitucionais<sup>28</sup>. O mesmo se verifica no ordenamento pátrio, à vista da Constituição Federal de 1988, a qual previu princípios fundamentais e conferiu destaque aos direitos humanos.

Em consonância com esse processo de retorno aos valores, Ferrajoli indica como fundamentais ao sistema penal de legalidade estrita alguns princípios axiológicos, correspondentes à retributividade, legalidade, necessidade, lesividade, materialidade, culpabilidade, jurisdicionabilidade, acusatório, ônus da prova e contraditório, os quais, em

---

<sup>23</sup> Ibid. p. 217.

<sup>24</sup> Ibid. p. 804.

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 86-87.

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 86-87.

<sup>27</sup> PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 28-29.

<sup>28</sup> BACIGALUPO, Enrique. Op. cit. p. 43-44.

grande parte, já teriam sido positivados pelos ordenamentos jurídico-constitucionais desenvolvidos<sup>29</sup>. É notório que esse modelo garantista evidencia o viés também material, ora em comento, do princípio da legalidade penal. Nas palavras de Ferrajoli, “enquanto o axioma de *mera legalidade* se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), o princípio da *legalidade estrita* exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal”<sup>30</sup>.

Também compartilham dessa visão contemporânea do princípio da legalidade penal os doutrinadores Ramírez e Malarée, ao lecionarem que o poder punitivo estatal encontra-se limitado não apenas formalmente, mas também materialmente pelos princípios garantistas constitucionais<sup>31</sup>. Além disso, os doutrinadores asseveram que essa vinculação substantiva, assim como ocorre com a legalidade formal<sup>32</sup>, deve orientar tanto a criação e a aplicação da norma, quanto a execução penal e o devido processo legal<sup>33</sup>.

Diante de todo o exposto, conclui-se que, atualmente, em especial em função dos influxos da filosofia pós-positivista, o princípio da legalidade penal não mais pode ser compreendido unicamente sob uma perspectiva formal, no sentido de que a norma penal seja oriunda do Congresso Nacional com a observância do devido processo legislativo. Além disso, faz-se imprescindível enxergar o princípio em questão também sob um viés substantivo, de modo que o conteúdo da norma penal deva se coadunar materialmente com os direitos fundamentais e os valores e princípios constitucionais, inerentes a um Estado Democrático de Direito, para que lhe seja reconhecida legitimidade.

### 3 A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PENAL

Conforme exposto, o princípio da legalidade penal em sentido formal e material, com os postulados dele decorrentes, tem aplicabilidade em diferentes momentos, a saber, quando do processo legislativo, da interpretação da lei penal, da execução penal e do devido processo legal. Tendo em vista a grande extensão do tema, o presente artigo enfocará suas implicações na seara da hermenêutica penal.

<sup>29</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 91.

<sup>30</sup> Ibid. p. 93.

<sup>31</sup> RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormazábal. Op. cit. p. 64.

<sup>32</sup> V. tópico 2.2 do presente artigo.

<sup>33</sup> Ibid. p. 64, 87 e 89.

É certo que a atividade de interpretação e aplicação judicial do Direito ganhou destaque no século XX, paralelamente à progressiva perda de racionalidade do processo de criação legislativa. Tal fato se deu em função de, com a consolidação do Estado Liberal, o positivismo jurídico abandonar sua justificação axiológica externa e pretender uma ciência jurídica neutra, passando o processo legislativo a ser compreendido como uma questão meramente política, sem grande importância para o Direito.

Essa conjuntura histórica, todavia, ensejou, especificamente no âmbito do Direito Penal, o desenvolvimento de uma legislação oportunista promotora de uma expansão indevida do poder punitivo e da restrição de garantias individuais fundamentais. De acordo com Silva Sánchez, esse caminho expansionista trilhado pelo Direito Penal se estribou, em síntese, na demanda social por segurança da sociedade de riscos e na atribuição ao Direito Penal da tarefa de produzir uma referência valorativa, como se fora um código moral, ante a perda de uma ética mínima pela sociedade<sup>34</sup>. Cabe salientar que tais fatores, porém, foram potencializados pela já aludida redução da importância conferida à atividade legislativa, o que permitiu a instauração de uma legislação penal oportunista.

Diante disso, Ripollés defende ser necessário que o Direito busque critérios de racionalidade não apenas para a atividade interpretativa, mas também para a elaboração da norma penal, sujeitando-se as decisões legislativas a um controle judicial de legitimidade. Conforme explica o doutrinador, “a manutenção do princípio – que ninguém nunca questiona abertamente – da vinculação do juiz à lei, faz que a racionalidade jurisdicional tenha como pressuposto um nível considerável de racionalidade legislativa”<sup>35</sup>.

Nesse contexto, cumpre registrar que entendemos que o referido esforço por uma racionalidade legislativa não corresponde, necessariamente, ao anseio da Escola de Frankfurt por um retorno ao “velho e bom Direito Penal Liberal”. Ao revés, considerando a contínua modificação operada na realidade social até os dias atuais, não se vislumbra possa o Direito Penal Clássico atender completa e satisfatoriamente ao contemporâneo Estado Social e Democrático de Direito.

Consoante reconhece Silva Sánchez<sup>36</sup>, existe um espaço legítimo de expansão do Direito Penal, seja em virtude do aparecimento de novos bens jurídicos dignos de tutela penal, seja em função do incremento do valor ostentado por outros já existentes. Desse modo,

<sup>34</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 19-74. Série as ciências criminais no século XXI, v. 11, p. 27-62.

<sup>35</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 85.

<sup>36</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit. p. 27-28.

criticável seria o alargamento efetuado além dos limites justificáveis à vista dos valores e princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, conforme se verifica atualmente.

Paralelamente, diante do surgimento de novas formas de criminalidade correspondentes a injustos coletivos, notadamente estatais, entendemos que também há um espaço aceitável para a reformulação dos tradicionais critérios de imputação penal que foram construídos sobre a base estrutural dos delitos individuais clássicos. Reitere-se, contudo, que tal reestruturação só se mostrará legítima se assegurados os direitos e garantias individuais essenciais a um Estado Democrático de Direito em face da arbitrariedade punitiva estatal.

Em síntese, constata-se que a elaboração da lei penal à luz do princípio da legalidade em sentido formal e material é de grande relevância para o Direito, subordinando, inclusive, a sua aplicação racional. Assentada essa premissa, trataremos, a seguir, das implicações daquele postulado garantista na seara da hermenêutica penal.

### **3.1 Evolução da atividade hermenêutica**

No contexto do positivismo jurídico do século XIX, surgiram a Escola da Exegese na França e a Jurisprudência dos Conceitos na Alemanha, que concebiam a ordem jurídica como um sistema fechado e completo, de sorte que a aplicação da norma ao fato se efetuaria pelo método lógico-dedutivo da subsunção. Assim, partindo-se do pressuposto de neutralidade e objetividade do intérprete, caberia a este tão-somente descobrir o sentido da lei.<sup>37</sup> Cumpre assinalar que, nessa época, foram formulados por Savigny os tradicionais critérios gramatical, histórico, lógico e sistemático de interpretação do Direito.

No final do século XIX e início do século XX, porém, inicia-se uma resistência ao formalismo jurídico, tendo como principal expoente Ihering, que, na segunda fase de sua vida acadêmica, destacou a importância da finalidade social do Direito, o que deu origem, na Alemanha, à Jurisprudência dos Interesses. Desta feita, o escopo precípua da atividade judicial não seria apenas a subsunção lógica dos fatos ao enunciado normativo, mas a satisfação dos interesses da sociedade.<sup>38</sup> Portanto, a Jurisprudência dos Interesses foi a responsável pelo surgimento do critério teleológico de interpretação do Direito.

---

<sup>37</sup> V. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 21-55.

<sup>38</sup> *Ibid.* p. 55-63.

Finalmente, na segunda metade do século XX, emergiu a Jurisprudência dos Valores, sob a influência da filosofia pós-positivista. Segundo Larenz, a Jurisprudência dos Valores é identificada pelo “reconhecimento de valores ou critérios de valoração <<supraleais>> ou <<pré-positivos>> que subjazem às normas legais e para cuja interpretação e complementação é legítimo lançar mão, pelo menos sob determinadas condições”<sup>39</sup>. Conforme já mencionado, tais referências axiológicas externas ao Direito foram, em grande medida, incorporadas pelos textos constitucionais contemporâneos, inclusive a Constituição Brasileira de 1988, orientando e conferindo unidade a todo o ordenamento jurídico.

Nesse ínterim, não apenas as regras são reconhecidas como normas jurídicas, mas também os princípios, que, consoante as lições de Barroso<sup>40</sup>, se distinguem daquelas por serem dotados de maior abstração, contendo um valor ou uma finalidade política. Diante disso, os princípios são aplicados preponderantemente através da técnica da ponderação, ao passo que as regras o são pelo método da subsunção.

Uma vez conferida normatividade aos princípios, identifica-se que eles são dotados de eficácia positiva, interpretativa, negativa e vedativa do retrocesso. Dessa maneira, entende-se que os princípios geram direitos subjetivos, orientam toda a atividade hermenêutica, subordinam a validade das normas jurídicas e impedem a restrição de direitos fundamentais já consagrados<sup>41</sup>. Dentre esses efeitos, cabe destacar, para os fins ora colimados, o interpretativo, de modo que a nova hermenêutica não mais visualiza a norma de forma isolada dentro do ramo jurídico a que pertence, mas conglobada em todo o ordenamento jurídico, notadamente constitucional e sob a diretriz dos princípios e direitos fundamentais.

É importante destacar que essa nova orientação trazida pela Jurisprudência dos Valores não ilide os tradicionais critérios gramatical, histórico, sistemático e teleológico de interpretação do Direito. Com efeito, a atividade hermenêutica, além de obedecer aos referidos critérios, deve observar a irradiação decorrente do reconhecimento de normatividade aos princípios, operando-se uma interpretação conforme a Constituição. De acordo com as precisas lições de Larenz, “de entre várias interpretações possíveis segundo os demais critérios sempre obtém preferência aquela que melhor concorde com os princípios da Constituição. <<Conformidade à Constituição>> é portanto, um critério de interpretação”<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Ibid. p. 167.

<sup>40</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 355-358.

<sup>41</sup> Ibid. p. 378-381.

<sup>42</sup> LARENZ, Karl. Op. cit. p. 480.

Mostra-se patente que tal orientação interpretativa tem estreita vinculação com a identificação de um viés substantivo ao princípio da legalidade penal.

No próximo tópico, abordaremos a visão contemporânea a respeito da atividade hermenêutica, especialmente no tocante ao processo de compreensão da norma, e, a seguir, trataremos especificamente dos critérios de interpretação supracitados.

### 3.2 Linguagem e pré-compreensão: a hermenêutica como atividade criativa

Em especial a partir das contribuições da Jurisprudência dos Valores, a idéia formalista de que caberia ao intérprete tão-somente revelar o sentido da lei foi rechaçada. Tendo em vista que dificilmente é possível extrair da linguagem empregada um sentido unívoco e que o intérprete é um ser necessariamente histórico, forçoso concluir que inexistente um sentido objetivo do enunciado normativo a ser apreendido por um intérprete neutro.

É certo que um dos postulados decorrentes do princípio da legalidade penal é a exigência de *lex certa*. Todavia, afigura-se até mesmo ingênuo acreditar que o emprego, ainda que correto, da linguagem possa assegurar necessariamente uma significação única e precisa. Conforme nota Haft, desde a Antiguidade, os sofistas gregos já identificavam que a linguagem não funciona de forma sempre segura.<sup>43</sup> Considerando a capacidade limitada dos signos lingüísticos em representar a vasta realidade fática, infere-se que a linguagem, muito frequentemente, será plurissignificativa. É válido transcrever trecho do artigo de Haft sobre o assunto:

A linguagem do direito não se pode libertar da imensa riqueza da realidade. Ela permanece refém da linguagem corrente. Tem de retratar aquela riqueza ilimitada com meios limitados e qualificá-la através de valorações (realidades adicionais <<de tipo mais elevado>>). Esta descoberta exclui a univocidade; a linguagem – e, como tal, também a linguagem do direito – tem de ser equívoca/ plurívoca.<sup>44</sup>

Especificamente no âmbito do Direito Penal, verifica-se que tal carência de precisão inerente à linguagem se encontra, em maior medida, nos elementos normativos do tipo por demandarem valoração para serem compreendidos. A despeito disso, não se mostra factível

<sup>43</sup> HAFT, Fritjof. Direito e linguagem. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão científica e coordenação de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 310.

<sup>44</sup> *Ibid.* p. 314.

vedar por completo a utilização desses elementos no tipo penal, pois isso estratificaria demasiadamente a atuação do legislador, de modo a praticamente inviabilizar a produção legislativa penal. Ademais, pondera Roxin que o emprego razoável dos elementos normativos permitiria uma justa resolução do caso concreto<sup>45</sup>.

Por outro lado, a utilização de elementos valorativos no tipo penal não pode se dar de modo indiscriminado. Embora, conforme demonstrado, a linguagem não tenha o condão de denotar uma significação exata, faz-se mister que a lei penal detenha um mínimo de certeza a fim de atender à exigência da *lex certa*, decorrente do princípio da legalidade penal. O limite dessa indeterminação tolerável do enunciado normativo, capaz de resguardar o cidadão da arbitrariedade estatal, é objeto de intensa discussão na doutrina.

De acordo com Ramírez e Malarée, a norma penal, para respeitar o princípio da legalidade, deve comportar, no mínimo, o núcleo essencial da incriminação<sup>46</sup>. Sob uma outra perspectiva, Roxin aponta como limite a possibilidade de identificação da finalidade protetiva do legislador e de contenção de uma extensão arbitrária da interpretação<sup>47</sup>. Nilo Batista e Zaffaroni ensinam que devem ser empregados todos os recursos para conferir à lei a maior exatidão possível<sup>48</sup> e, paralelamente, Alflen da Silva defende que será inadmissível o emprego de elementos normativos e de cláusulas gerais no tipo penal quando isso for evitável<sup>49</sup>. De todo modo, saliente-se que Hassemer destaca a importância de existir um equilíbrio entre a precisão e a flexibilidade, de maneira que a norma abranja os casos desconhecidos análogos ao paradigma pensado quando da sua elaboração, mas exclua os casos desconhecidos distintos<sup>50</sup>.

Além disso, Ferrajoli<sup>51</sup> constata que as particularidades do fato delituoso não poderão ser conotadas pela lei, devendo, portanto, ser objeto de um juízo de equidade, e não de legalidade por parte do juiz. Explica o autor que “a valoração equitativa jamais se refere, na realidade, ao caso abstrato, senão sempre ao caso concreto e humanamente determinado. É, assim, através dela que se realiza o respeito à pessoa humana em julgamento”<sup>52</sup>. Então, para Ferrajoli, ambos os juízos são essenciais quando da cognição judicial do fato, evitando-se,

---

<sup>45</sup> ROXIN, Claus. Op. cit. p. 170.

<sup>46</sup> RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormazábal. Op. cit. p. 93.

<sup>47</sup> ROXIN, Claus. Op. cit. p. 172.

<sup>48</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 207.

<sup>49</sup> ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. A função de garantia da lei penal. Considerações acerca do princípio da legalidade. *Estudos jurídicos*, vol. 34, nº 91, 2001, p. 57.

<sup>50</sup> HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 337-338.

<sup>51</sup> V. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 150-158.

<sup>52</sup> *Ibid.* p. 157.

assim, um indesejável formalismo – na hipótese de se admitir apenas o juízo de legalidade – ou substancialismo – no caso de se utilizar somente o juízo de equidade.

Diante das considerações encetadas até o momento, cabe registrar alguns exemplos de sua aplicabilidade. Com efeito, entendemos que o antigo delito de rapto violento ou mediante fraude, ao prever como elementar do tipo o rapto de mulher honesta, constituía afronta ao princípio da legalidade no particular aspecto da determinação de incriminação precisa, tendo em vista que não permitia identificar com um mínimo de segurança a conduta proibida em função da vagueza da expressão “mulher honesta”. Já o termo “dignidade”, utilizado como elementar do crime de injúria, embora consubstancie elemento normativo do tipo, contém um mínimo de significação para a determinação da conduta proibida, não violando o princípio em questão.

Outrossim, admite-se a previsão dos elementos valorativos “motivo fútil” como circunstância agravante e “motivo de relevante valor social” como atenuante por não interferir no núcleo essencial da incriminação, mas permitir, apenas, que o juiz exerça o juízo de equidade à vista do caso concreto<sup>53</sup>. Nesta hipótese, porém, cabe ponderar que, ainda que se esteja referindo às particularidades do fato delituoso, e não às suas características essenciais, entendemos ser imprescindível para o exercício do juízo de equidade que agrave a sanção penal a observância do mandato de certeza, nos moldes já explicitados acima. Por outro lado, não vislumbramos óbice a que o julgador exerça o poder de conotação para reconhecer atenuantes genéricas não elencadas legalmente ou aplicar a pena abaixo do mínimo quando isso se mostrar adequado frente às peculiaridades do caso concreto<sup>54</sup>.

Verifica-se, destarte, que a exigência da *lex certa* não pode ignorar a impossibilidade fática de se empregar os signos linguísticos de modo absolutamente unívoco, nem ilidir um espaço, ainda que limitado, para a justa resolução do caso concreto através da consideração de suas particularidades. Esse relativo grau de indeterminação da norma penal, portanto, é o primeiro fator revelador da inviabilidade de se atribuir ao intérprete a função de tão-somente descobrir o sentido da lei. Assim, conforme reconhece Ferrajoli, afigura-se insuperável um certo grau de discricionariedade na atividade interpretativa<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Tais exemplos referentes ao poder de conotação do juiz em relação à motivação da conduta criminosa foram retirados de FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 153.

<sup>54</sup> Registre-se que a doutrina reconhece a incidência do princípio da legalidade, no aspecto da determinação de certeza, tanto em relação ao preceito primário da norma, quanto ao preceito secundário, embora, neste último caso, se reconheça uma maior flexibilidade. Ferrajoli, inclusive, sustenta que, em atenção ao princípio da equidade, não deveria ser cominado limite mínimo de pena. V. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 158.

<sup>55</sup> Ibid. p. 118.

Outro fator que derriba aquela visão da hermenêutica é que a pretensão formalista de um intérprete neutro se mostra ilusória. De acordo com os ensinamentos de Gadamer, a atividade interpretativa está necessariamente vinculada à pré-compreensão do intérprete, de modo que o processo de compreensão do enunciado normativo não é meramente reprodutivo<sup>56</sup>. É impossível que o intérprete, na qualidade de ser humano histórico, se desprenda de sua vivência para assumir uma posição de objetividade quando da compreensão da lei. Conforme ilustra Hassemer, “o ‘objeto mesmo’ é apenas uma magnitude pensada, antecipada – ele é ‘real’ somente na compreensão, em seguida ele é modificado, produzido, no processo de compreensão”<sup>57</sup>.

Conjugando os fatores expostos acima, conclui-se que a hermenêutica contemporânea é uma atividade criativa, e não meramente reprodutora do sentido da lei<sup>58</sup>. Haja vista a capacidade limitada da linguagem em representar a vasta realidade fática, a necessidade de um espaço circunscrito para o julgador realizar a justiça no caso concreto e o reconhecimento da pré-compreensão do intérprete, é inconcebível que exista um conteúdo normativo pré-estabelecido a ser apreendido de forma neutra no processo de interpretação. O ideal positivista de que o Direito é uma ciência jurídica objetiva e completa, portanto, se revela falacioso.

Saliente-se que a assertiva de que a hermenêutica constitui uma atividade criativa não contradiz o postulado legalista da *lex stricta*, o qual proíbe o emprego da analogia, ao menos *in malam partem*, no Direito Penal. A rigor, conforme restará demonstrado, tal atividade de criação, para ser considerada interpretação, e não integração, deve ocorrer dentro do espectro de possibilidades conferidas pelo sentido literal da lei. Assim, a interpretação, ainda que não possa ultrapassar os limites da literalidade do enunciado normativo, é considerada criativa por não ser o processo de compreensão plenamente objetivo.

À vista disso, Barroso<sup>59</sup> distingue enunciado normativo de norma jurídica. O enunciado normativo, então, corresponde ao texto legal em abstrato, ao passo que a norma é o resultado da interação do enunciado com a realidade quando de sua concretização, haja vista que o próprio fato contribui para a atividade criativa da interpretação. Assim, nas palavras de

---

<sup>56</sup> GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 4ª ed., 1975, apud SCHROTH, Ulrich. *Hermenêutica filosófica e jurídica*. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão científica e coordenação de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 383-384.

<sup>57</sup> HASSEMER, Winfried. Op. cit. p. 132.

<sup>58</sup> V. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308-310; BACIGALUPO, Enrique. Op. cit. p. 94; SCHROTH, Ulrich. Op. cit. p. 384; HAFT, Fritjof. Op. cit. p. 316 e 322-323; ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. Op. cit. p. 54; SANKIEVICZ, Alexandre. *Desafios ao princípio da legalidade penal ante a imprecisão da linguagem jurídica*. *Teorias e estudos científicos*, DPU nº 23, set-out 2008, p. 173.

<sup>59</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 310.

Sankiewicz, “a norma jurídica é o resultado, e não o pressuposto da interpretação, sendo a norma o sentido prescritivo do texto normativo”<sup>60</sup>. Transportando essa noção para o Direito Penal, cabe destacar o seguinte trecho da obra de Juarez Tavares:

a noção de injusto não pode ser retirada unicamente da lei, senão de um processo que se desenvolve da coordenação de sentido entre norma e fato. A interpretação da norma, da qual, portanto, se poderiam normalmente extrair os limites do lícito e do ilícito, cede lugar, neste caso, a um processo de criação do próprio ato ilícito, mediante a atribuição de significado ao conteúdo desse ato sob a perspectiva de um significado adicionado ao texto legal.<sup>61</sup>

Dessarte, conforme evidenciado, a atividade interpretativa é inevitavelmente criativa por não conseguir alcançar uma objetividade total, seja em virtude do seu objeto ou do sujeito intérprete. Isso, todavia, não significa concluir pela sua arbitrariedade. Então, no desiderato de conferir maior concretude à hermenêutica, embora sem a ilusória pretensão formalista de plena objetividade, reconhecem-se determinados critérios a serem observados pelo intérprete, limitando sua atividade.

### 3.3 Critérios interpretativos

Partindo da premissa de que inexiste um sentido unívoco da lei a ser descoberto pelo intérprete, mas que, ao revés, a atividade hermenêutica é essencialmente criativa dentro dos limites da literalidade do texto legal, mostra-se patente que a interpretação do enunciado normativo poderá ser feita de forma mais extensiva ou restritiva.

É cediço que a doutrina costuma classificar a interpretação, quanto ao resultado, em extensiva, declaratória ou restritiva. Ousamos, todavia, discordar dessa classificação, eis que, tendo em vista a já referida plurissignificação, em maior ou menor grau, dos signos linguísticos, entendemos não ser adequado falar em interpretação declaratória. De acordo com Barroso, “como regra geral, a atitude do intérprete jamais poderá ser a mera abordagem conceitual ou semântica do texto”<sup>62</sup>.

Diante disso, e com base nas lições de Larenz<sup>63</sup>, vislumbramos tão-somente a possibilidade de a atividade hermenêutica ser mais restritiva ou extensiva, conforme se aproxime do âmbito nuclear ou da franja marginal da literalidade do texto legal. De qualquer

<sup>60</sup> SANKIEWICZ, Alexandre. Op. cit. p. 173.

<sup>61</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 37-38.

<sup>62</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 292.

<sup>63</sup> LARENZ, Karl. Op. cit. p. 500-501.

modo, é imprescindível que essa variação se dê dentro dos limites do sentido literal da lei, senão não mais se poderá falar em interpretação, mas sim em redução teleológica, quando estiver aquém do âmbito nuclear, ou analogia, quando for além da franja marginal. No presente tópico, trataremos dos critérios cumulativos que buscam conferir maior objetividade à hermenêutica penal, orientando, assim, a adoção de uma interpretação mais extensiva ou restritiva da lei.

Como já mencionado, a partir da Jurisprudência dos Valores, os tradicionais critérios gramatical, histórico, sistemático e teleológico foram complementados pelo princípio instrumental da interpretação conforme a Constituição. Assim, a nova hermenêutica foi influenciada pela abertura pós-positivista aos valores e princípios, estando associada ao reconhecimento de um sentido material ao princípio da legalidade penal.

O critério gramatical impõe que a atividade interpretativa se dê dentro dos limites do sentido literal possível da lei, o que decorre do princípio da legalidade penal, notadamente a determinação de *lex stricta*. Tendo em vista que a capacidade de certeza da linguagem é limitada - o que, conforme visto, deve ser considerado pela exigência legalista de *lex certa* -, tal critério constitui o ponto de partida da hermenêutica, devendo ser complementado pelos demais.

No ponto, mostra-se oportuno tratar dos costumes. É sabido que o postulado de *lex scripta*, derivado do princípio da legalidade penal, proíbe o emprego dos costumes para a fundamentação ou agravamento dos delitos e das penas. Todavia, é inegável que eles constituem uma importante ferramenta interpretativa na elucidação dos signos linguísticos, auxiliando o critério gramatical.<sup>64</sup> A divergência doutrinária sobre o tema reside, então, principalmente, na possibilidade ou não de os costumes *contra legem* revogarem o enunciado normativo, questão esta vinculada ao princípio da adequação social<sup>65</sup>.

Além do critério gramatical, a doutrina reconhece como elemento interpretativo o histórico. Nesse ínterim, cabe destacar o clássico embate entre as teorias subjetiva e objetiva acerca da finalidade da atividade hermenêutica. A primeira busca a intenção do legislador

---

<sup>64</sup> V. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Op. cit. p. 203; ROXIN, Claus. Op. cit. p. 159-161; SANKIEVICZ, Alexandre. Op. cit. p. 175-178.

<sup>65</sup> Para Muñoz Conde e Hassemmer, a *desuetudo* não tem o condão de revogar a lei penal (MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit. p. 149; HASSEMER, Winfried. Op. cit. p. 349-351), posição esta compartilhada pelo Supremo Tribunal Federal (recentemente, HC 104467/RS). Nessa esteira, Sankievicz explica que “embora não tenha força para derogar ou criar textos legais, ele modifica o sentido normativo ao exercer influência sobre a concepção de tipicidade e antijuridicidade de determinada conduta, o que acaba por alterar o âmbito de aplicação da norma penal” (SANKIEVICZ, Alexandre. Op. cit. p. 178). Por sua vez, Roxin e Nilo Batista aceitam a função derogatória dos costumes (ROXIN, Claus. Op. cit. p. 161; BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 71). Nesse, porém com algumas restrições, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 126.

histórico (*mens legislatoris*), ao passo que a segunda perquire um sentido objetivo da lei, que poderia se afastar do originalmente pensado em razão do seu dinamismo frente à realidade (*mens legis*).

É notório que a teoria objetiva predomina na doutrina<sup>66</sup>. Por outro lado, há autores que asseveram ser importante considerar ambas as perspectivas para a atividade hermenêutica<sup>67</sup>. Embora concordemos que as duas teorias expostas são relevantes, entendemos, na esteira das lições de Zaffaroni<sup>68</sup> e Barroso<sup>69</sup>, que a *mens legislatoris* possui uma função meramente secundária, a fim de não estratificar a interpretação da lei no tempo e permitindo a interpretação evolutiva.

Já o critério teleológico está associado à idéia, trazida pela Jurisprudência dos Interesses, de que o Direito possui uma finalidade social. Assim, o processo de compreensão da norma deve ser orientado pela função pretendida pela lei, com especial enfoque, no âmbito do Direito Penal, para o bem jurídico tutelado<sup>70</sup>. Opera-se, então, uma primeira abertura da atividade interpretativa aos valores. Cumpre registrar a precisa visão de Zaffaroni e Pierangeli sobre o elemento interpretativo teleológico:

se entendermos que o direito penal (a legislação penal) tem por objeto último a realização dos Direitos Humanos, de maneira a possibilitar de modo mais ou menos satisfatório a existência (ou coexistência), não podemos deixar de perguntarmo-nos, quando estabelecemos cada limite de proibição ou de reprovação, de punibilidade ou de pena, se esse entendimento se compatibiliza com o fim geral do direito penal, ou seja, com a segurança jurídica, entendida esta na forma de tutela a bens jurídicos (que em definitivo são Direitos Humanos). Para isso, devemos incorporar dados fáticos sociais, concretos.<sup>71</sup>

Enfim, o critério sistemático determina que a lei deva ser interpretada de forma compatível com o ordenamento jurídico, mantendo, assim, sua unidade. Verifica-se que esse critério, tal como originalmente formulado à época da Jurisprudência dos Conceitos, tinha seu alcance limitado à coerência interna do subsistema a que pertencesse a norma.

Atualmente, porém, em atenção à influência da filosofia pós-positivista, entendemos, com respaldo nos ensinamentos de Barroso<sup>72</sup>, que ele lança um olhar também externo para a ordem jurídica como um todo, notadamente constitucional, de modo a abarcar o princípio instrumental da interpretação conforme a Constituição. Destarte, além de a interpretação do

<sup>66</sup> V. RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormazábal. Op. cit. p. 97-98.

<sup>67</sup> LARENZ, Karl. Op. cit. p. 446; ROXIN, Claus. Op. cit. p. 150-151.

<sup>68</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 300.

<sup>69</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 293-294.

<sup>70</sup> V. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 154; MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit. p. 229-231; BACIGALUPO, Enrique. Op. cit. p. 81.

<sup>71</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. Vol. 1. 6ª ed. rev. e atual, 2006, p. 148.

<sup>72</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 295.

enunciado normativo necessitar estar em conformidade com o sistema jurídico-penal, ela deve ser orientada pelas normas constitucionais, em especial os princípios, aos quais se reconhece uma eficácia também interpretativa<sup>73</sup>. Desse modo, opera-se uma abertura ainda maior da hermenêutica aos valores.

De acordo com o princípio da interpretação conforme a Constituição<sup>74</sup>, dentre as diversas interpretações possíveis da norma resultantes dos critérios metodológicos expostos, deve-se escolher a que melhor se harmonize com os princípios e direitos fundamentais<sup>75</sup> consagrados na Carta Magna. Então, a interpretação da lei penal não pode prescindir dos interesses que a norteiam.

Verifica-se, entretanto, que os princípios constitucionais, em virtude do seu elevado grau de abstração, frequentemente se apresentam colidentes quando da interpretação do enunciado normativo. Tal antinomia não pode ser solucionada pelos métodos tradicionais de solução de conflitos entre regras - hierarquia, especialidade e cronologia -, que conduzem à incidência de uma regra em detrimento da outra. Ao revés, os comandos principiológicos, ainda quando em confronto, devem ser atendidos ao máximo, mantendo-se intangível o seu núcleo essencial. Diante disso, em se vislumbrando uma antinomia entre princípios no momento da aplicação da norma, o intérprete deverá empregar a técnica da ponderação<sup>76</sup>, que se pauta no princípio da proporcionalidade e objetiva otimizar ao máximo os interesses envolvidos no caso concreto.

É inegável que a técnica da ponderação, ao ser eminentemente procedimental por não conferir um critério substantivo para o sopesamento dos princípios em conflito, detém um viés subjetivo. Todavia, ante a insuficiência do método subsuntivo para solucionar a questão, a ponderação se apresenta como a técnica interpretativa mais adequada para a concordância prática dos comandos principiológicos. A doutrina, então, considerando a referida carência de objetividade, propõe que a legitimidade da ponderação de bens efetuada no caso concreto seja controlada através da argumentação<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> V. Id. *Interpretação e Aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 379.

<sup>74</sup> V. LARENZ, Karl. Op. cit. p. 479-484; BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 193-201.

<sup>75</sup> Adotaremos, aqui, o entendimento de Jane Pereira no sentido de que os direitos fundamentais podem ser identificados como princípios em virtude de serem passíveis de observância em diferentes graus (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit. p. 321-322).

<sup>76</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit. p. 261-295; BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 358-364; LARENZ, Karl. Op. cit. p. 574-587; TAVARES, Juarez. Op. cit. p. 46-48.

<sup>77</sup> Em geral, entende-se que a argumentação adquire maior relevância à medida em que se eleva a dificuldade do caso a ser resolvido. Sobre o tema, ver BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 364-370; RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormazábal. Op. cit. p. 102-103; HAFT, Fritjof. Op. cit. p. 316-317.

Em síntese, esses são os critérios metodológicos que, cumulativamente, almejam conferir maior objetividade à interpretação da lei penal, sem a inalcançável pretensão positivista de torná-la uma ciência neutra e completa. Desse modo, é inevitável reconhecer uma esfera residual de subjetividade do intérprete, compreendendo-se a hermenêutica como uma atividade essencialmente criativa. Entendemos que a ciência jurídica deve admitir suas limitações, e não falseá-las, a fim de permitir uma atuação transparente. À vista dessas considerações é que vem adquirindo cada vez mais importância, na hermenêutica contemporânea, a argumentação como forma de controle de legitimidade das decisões.

Há autores, todavia, que resistem à nova orientação interpretativa exposta. Assim, Hassemer a reputa arbitrária por inexistir um meta-cânone definidor do critério a ser empregado em cada caso e que, portanto, tornasse certo o resultado da interpretação<sup>78</sup>. Ele, então, rechaça a teoria objetiva, sustentando que se persiga a *mens legislatoris*, ao defender que a interpretação “se atenga lo más estrechamente que sea posible al texto dado por el legislador, en favor de que se discuta mediante argumentos la significación cotidiana y jurídica de las palabras, que no se vaya más allá del límite comprobado del texto recurriendo a un ‘sentido de la ley’ distinto”<sup>79</sup>, raciocínio este baseado por Hassemer na proibição de analogia no Direito Penal.

Nessa esteira, Bacigalupo<sup>80</sup> assevera que a interpretação deve se pautar na vontade do legislador histórico, pois a teoria objetiva, juntamente com o critério teológico, se utilizaria da analogia *in malam partem* ao permitir que a lei penal abarque fatos análogos não originariamente pensados pelo legislador. Além disso, reconhecendo uma parcela insuperável de criatividade na atividade hermenêutica, o autor propõe a proibição da interpretação extensiva no Direito Penal, incidindo o princípio *in dubio pro reo* não apenas na seara probatória do Processo Penal, mas também na interpretativa da lei penal. Assim, sintetiza Bacigalupo que “no es el ‘sentido posible del texto’ lo que dará el límite de la interpretación, sino el ‘sentido más restringido del texto’”<sup>81</sup>.

*Data venia*, reputamos descabidas as críticas formuladas pelos referidos doutrinadores. Primeiramente, conforme já explicitado, os critérios interpretativos analisados devem ser aplicados conjuntamente, não se mostrando necessária, portanto, a existência de um meta-cânone. A hermenêutica terá, necessariamente, como ponto de partida o sentido literal

---

<sup>78</sup> HASSEMER, *Crítica al Derecho Penal de Hoy: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. Tradução de Patricia S. Ziffer. 2ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, P. 25-26.

<sup>79</sup> Ibid. p. 44.

<sup>80</sup> BACIGALUPO, Enrique. Op. cit. p. 87-96.

<sup>81</sup> Ibid. p. 96.

possível do texto legal, dentro do qual operarão os demais critérios metodológicos, de forma a se resguardar a segurança jurídica.

Destarte, não vislumbramos como opção metodológica mais adequada a aplicação pura e simples do princípio *in dubio pro reo* como norteador de uma interpretação sempre restritiva da lei penal. Ao revés, entendemos que a interpretação poderá ser mais restritiva ou extensiva consoante os critérios interpretativos supracitados.

Sem embargo, considerando a existência de uma insuperável esfera de subjetividade no processo de compreensão da norma e a gravosa incursão do Direito Penal no *status libertatis* dos indivíduos, sustentamos que a diretriz interpretativa da lei penal seja no sentido restritivo da punibilidade, o que não significa adotar uma interpretação sempre restritiva. Ou seja, uma vez observados os critérios gramatical, histórico, teleológico, sistemático e de interpretação conforme a Constituição, se, ainda assim, restarem dúvidas substanciais sobre mais de uma interpretação viável da lei penal - potencializando o espaço de criação do intérprete -, será preferível a mais restritiva da punibilidade.

Registre-se que Barroso identifica essa possibilidade de haver mais de uma interpretação razoável para o enunciado normativo com os “casos difíceis”<sup>82</sup>. No mesmo sentido, Juarez Tavares ensina que “não há uma única interpretação ou compreensão verdadeira do texto, que equivaleria a uma única verdade; igualmente não há um número indefinido de concepções; o que há é um número determinado de possibilidade de ver o texto”<sup>83</sup>.

Então, seria sobre essa reconhecida possibilidade de pluralidade interpretativa, subsistente mesmo após a aplicação dos critérios supracitados, que incidiria o princípio *in dubio pro reo*. Assinale-se que tal entendimento encontra respaldo nas lições de Muñoz Conde<sup>84</sup> e de Zaffaroni<sup>85</sup>. Este último explica que o princípio em questão, embora aplicável à hermenêutica penal, não possui valor absoluto, pois deve ceder frente ao princípio da racionalidade da ordem jurídica. Então, o autor admite uma interpretação mais extensiva da lei penal - resguardados, reitere-se, os limites da literalidade do texto legal - quando esta for necessária para a harmonia do sistema. É válido transcrever parcela da obra do autor que retrata tal entendimento:

---

<sup>82</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 312.

<sup>83</sup> TAVARES, Juarez. Op. cit. p. 33-34.

<sup>84</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit. p. 216-232 e 238-240. Verifica-se que o autor considera aplicáveis à interpretação da lei penal os critérios gramatical, histórico, sistemático e teleológico, com especial relevância para este último, além do princípio *in dubio pro reo*, o qual não seria absoluto.

<sup>85</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 310-315.

el principio "in dubio pro reo" sirve como indicador de la actitud primaria en el entendimiento del alcance de una expresión legal de doble o múltiple significado, sin que ello implique su validez absoluta, la que puede verse desplazada ante la contradicción de la ley así entendida con el resto del sistema, en virtud del principio republicano de gobierno, que tiene validez absoluta y primordial jerarquía.<sup>86</sup>

Outrossim, entendemos que a vontade do legislador histórico possui uma função apenas secundária na hermenêutica. Desta feita, caberia ao intérprete buscar primordialmente a *mens legis*, a qual poderia se afastar da *mens legislatoris* devido ao dinamismo da norma frente à realidade.

A crítica de Bacigalupo de que a teoria objetiva, juntamente com o critério teleológico, recorreria à analogia ao possibilitar à lei penal abarcar fatos não cogitados pelo legislador histórico não se sustenta porquanto o método interpretativo ora em exposição jamais se afasta do sentido literal possível da norma (critério gramatical), mantendo preservado o princípio da legalidade. Assim, percebe-se que o autor define analogia com base na motivação da norma (*ratio legis*), e não no próprio enunciado normativo, ao passo que compreendemos a analogia como um modo de integração no caso de lacuna no texto da lei<sup>87</sup>. Nesse sentido, o próprio Hassemer afirma que a norma penal deve equilibrar precisão e flexibilidade, para englobar os casos desconhecidos análogos ao paradigma pensado pelo legislador, mas excluir os casos desconhecidos distintos<sup>88</sup>, não constituindo essa operação analogia *in malam partem*.

Uma vez assentado que cabe ao intérprete perquirir um sentido objetivo da lei à vista da realidade social atual, utilizando-se, para tanto, dos critérios metodológicos expostos e da *mens legislatoris* como recurso auxiliar, é possível concluir pela admissibilidade da interpretação evolutiva. As idéias de pré-compreensão do intérprete e de norma como resultante da interação entre o enunciado abstrato e o fato, somadas às constantes mudanças que ocorrem nas relações da vida e à vinculação da interpretação ao ordenamento e suas pautas valorativas, corrobora que a atividade hermenêutica não pode ser estática, mas sim criativa, especialmente num sentido evolutivo.<sup>89</sup>

Na direção desse raciocínio, Juarez Tavares admite a mudança da pré-compreensão do intérprete quando a atividade interpretativa não tiver conseguido produzir resultado positivo,

<sup>86</sup>Ibid. p. 314-315.

<sup>87</sup> Distinguindo analogia de interpretação extensiva com base no sentido literal possível da lei, ver MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. Tradução de Cláudia Viana Garcia; José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 90-93; ROXIN, Claus. Op. cit. p. 147-151; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 304.

<sup>88</sup> HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 337-338.

<sup>89</sup> V. LARENZ, Karl. Op. cit. p. 443; BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 283

no afã de lograr o aperfeiçoamento do texto legal<sup>90</sup>. Ademais, o autor fundamenta a variação da interpretação dos tipos penais ao longo do tempo no critério de aproximação lógica, o qual afasta a viabilidade de existência de uma assertiva totalmente verdadeira<sup>91</sup>. Destarte, verifica-se que Juarez Tavares, ainda que implicitamente, aceita a interpretação evolutiva.

Em síntese, esse é o panorama da nova hermenêutica aplicada especificamente à seara do Direito Penal. Então, não obstante se reconheça que a atividade interpretativa é essencialmente criativa, objetiva-se, com a aplicação cumulativa dos critérios gramatical, histórico, teleológico, sistemático e de interpretação conforme a Constituição, conferir a ela maior objetividade. Remanescendo, todavia, dúvidas substanciais sobre mais de uma interpretação viável da lei penal, adota-se uma diretriz restritiva da punibilidade em consideração à gravidade da incursão do Direito Penal na esfera personalíssima dos indivíduos. Tudo isso sem prejuízo da possibilidade de interpretação evolutiva, haja vista que o intérprete não deve ficar limitado à *mens legislatoris*.

#### 4 CONCLUSÃO

Considerando o exposto, conclui-se que o princípio da legalidade penal consubstancia uma garantia fundamental dos indivíduos frente ao arbítrio do poder punitivo estatal. Dada a sua importância, tal postulado se espraia por diferentes searas, como a legislativa, a hermenêutica, a execução penal e o devido processo legal, tendo-se focado, no presente artigo, os reflexos por ele produzidos na interpretação da lei penal.

Ressalte-se que, atualmente, o princípio da legalidade não mais é compreendido sob um aspecto unicamente formal, no sentido de que a lei penal seja oriunda do Congresso Nacional, órgão de representação popular, observado o devido processo legislativo. Com a superação do formalismo jurídico e a reabertura pós-positivista do Direito aos valores, lhe é atribuído um viés também substantivo, correspondente à necessidade de que o conteúdo do enunciado normativo se coadune materialmente com os direitos fundamentais e princípios constitucionais, inerentes a um Estado Democrático de Direito.

No campo da hermenêutica, tais mudanças se refletiram na evolução da Jurisprudência dos Conceitos para a Jurisprudência dos Valores. Assim, enquanto aquela sustentava a

---

<sup>90</sup> TAVARES, Juarez. Op. cit. p. 37.

<sup>91</sup> Ibid. p. 41-46.

objetividade da interpretação e a neutralidade do intérprete, a Jurisprudência dos Valores, sensível aos influxos da filosofia pós-positivista, operou uma abertura axiológica na atividade hermenêutica e reconheceu as suas limitações, rechaçando-se a visão positivista de uma ciência jurídica completa e autopoietica.

Portanto, a partir da 2ª metade do século XX, a hermenêutica começou a incorporar as contribuições da filosofia da linguagem, no sentido de que esta é, frequentemente, plurissignificativa, haja vista a limitada capacidade dos signos linguísticos de representar fielmente a vasta realidade fática. Ademais, o ideário de um intérprete neutro foi ilidido pelo reconhecimento de que o ser humano é necessariamente histórico, sendo impossível se afastar de sua vivência para assumir uma posição de objetividade quando do processo de compreensão da norma, constatação esta que ficou conhecida como pré-compreensão.

Diante disso, a hermenêutica contemporânea identifica a atividade interpretativa como criativa, não mais sendo factível atribuir ao intérprete a função de meramente descobrir um conteúdo supostamente pré-existente da norma, admitindo-se, inclusive, a interpretação evolutiva. Existe, no processo de compreensão do enunciado normativo, uma esfera residual de subjetividade impossível de ser afastada.

Tal constatação, todavia, não significa que a interpretação da lei penal consista em uma atividade arbitrária. Com efeito, no desiderato de lhe conferir maior concretude, embora sem a ilusória pretensão positivista de alcançar uma objetividade plena, a metodologia jurídica indica critérios interpretativos que devem orientar o processo de compreensão da norma.

Assim, entende-se que a atividade interpretativa deve se pautar, cumulativamente, nos critérios gramatical, histórico, teleológico, sistemático e de interpretação conforme a Constituição. Este último é oriundo das contribuições da Jurisprudência dos Valores e, tendo em vista que foi reconhecida força normativa aos princípios constitucionais, inclusive com eficácia interpretativa, ganha destaque a técnica da ponderação de interesses e a teoria da argumentação.

Contudo, se, em que pese a observância dos referidos critérios, ainda assim subsistirem dúvidas consideráveis quanto a mais de uma interpretação razoável da lei penal, entendemos deva ser aplicado o princípio *in dubio pro reo* ao campo da hermenêutica, haja vista a gravosa incursão do Direito Penal no *status libertatis* dos indivíduos. Desse modo, aquele princípio não deve incidir para determinar uma interpretação sempre restritiva da punibilidade, mas sim na condição de diretriz, notadamente nos casos de dúvida substancial quanto a mais de uma interpretação viável.

Ante todo o exposto, verifica-se que o princípio da legalidade penal, em sentido formal e material, é de extrema importância para a hermenêutica. Considerando que a atividade do intérprete está estritamente vinculada à lei, não podendo ultrapassar o sentido literal possível do texto e sendo orientada especialmente pelos valores e princípios constitucionais, mostram-se, com efeito, inegáveis os reflexos daquele postulado garantista no processo de compreensão da norma.

**REFERÊNCIAS:**

ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. A função de garantia da lei penal. Considerações acerca do princípio da legalidade. *Estudos jurídicos*, vol. 34, nº 91, 2001, p. 47-74.

BACIGALUPO, Enrique. *Principios Constitucionales de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi S.R.L., 1999, p. 43-96.

BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 299-333.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 327-378.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 65-83.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. In: DOXA. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Espanha: Doxa 21-I, 1998, p. 209-220. Disponível em: < [http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/Doxa21\\_12.pdf?portal=0](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/Doxa21_12.pdf?portal=0)>. Acesso em 01/03/2011.

CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 84-88.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hasan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As Razões do Positivismo Penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 7-40.

HAFT, Fritjof. Direito e linguagem. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão científica e coordenação de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de Hoy: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. Tradução de Patricia S. Ziffer. 2ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p. 11-46.

\_\_\_\_\_. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 125-135 e 331-364.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. Tradução de Cláudia Viana Garcia; José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 82-107.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2001, p. 135-163 e 211-253.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 215-382.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Lecciones de Derecho Penal*. Vol. 1. Madrid: Trotta, 1997.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução e notas de Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 134-175.

SANKIEVICZ, Alexandre. Desafios ao princípio da legalidade penal ante a imprecisão da linguagem jurídica. *Teorias e estudos científicos*, DPU nº 23, set-out 2008, p. 166-189.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 31-48.

SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão científica e coordenação de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 19-74. Série as ciências criminais no século XXI, v. 11.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 420-430.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 31-48 e 98-103.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 151-176 e 200-224.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediar, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. Vol. 1. 6ª ed. rev. e atual, 2006, p. 143-156.