

## **Princípio da máxima taxatividade legal e interpretativa – Breves considerações sobre seu campo de aplicação**

**Daniel Raizman e Fernanda Freixinho**

1. Apresenta-se como tema de particular interesse o trabalho que deve ser feito pelo operador jurídico na hora de concretizar a aplicação da lei penal a um caso concreto.<sup>1</sup> Antes de tudo deve precisar-se que dita atividade leva a uma atividade eminentemente interpretativa,<sup>2</sup> que deve realizar o juiz ao resolver o caso concreto.<sup>3</sup> A necessidade de valorar está imposta pela mesma dinâmica interpretativa, já que inclui, também, aqueles casos em que o intérprete se inclina pelo significado literal do texto, pois a decisão de usar esse método interpretativo expressa uma opção na qual podem intervir considerações de justiça, imparcialidade ou segurança jurídica.<sup>4</sup>

Cabe precisar que a interpretação realizada pelo juiz não se trata de uma atividade meramente cognoscitiva, pois é fruto de uma eleição prática a respeito de hipóteses interpretativas alternativas que reflitam o exercício de um poder na denotação ou qualificação jurídica dos fatos julgados.<sup>5</sup> Por isso é muito importante a opção que o julgador realiza na hora de orientar suas decisões como também a profundidade na análise

---

<sup>1</sup> Estas breves notas baseiam-se no esquema conceitual da obra dos professores Zaffaroni E., Batista N., Alagia A. e Slokar, A. *Direito Penal Brasileiro - I*, Rio de Janeiro: Revan, 2003, bem como na versão original em espanhol *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Bs. As.: Ediar, 2000) que oferece um discurso jurídico redutor ou contentor do poder punitivo, no qual se propõe um sistema orientador de decisões judiciais orientadas em favor do estado constitucional de direito. Com isso, se afirma a necessidade de pautar o poder das agências jurídicas do sistema penal conforme regras de redução e com base em dados sociais verdadeiros, ainda quando levem a deslegitimação do poder punitivo.

<sup>2</sup> Larenz, Karl. *metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona: Editorial Ariel, 1966, pp. 234 e 270; Engisch, Karl. *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid: Ediciones Guadarrama, 1967, p. 110; Klug, Ulrich. *Problemas de filosofía del derecho*, Bs. As.: 1966, p. 68; Gimbernat Ordeig, Enrique. *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*. Madrid: Editorial Tecnos, 1999, p. 36.

<sup>3</sup> Muñoz Conde, Francisco. *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Bs. As.: Editorial Hammurabi, 2000, pp. 25 e ss.

<sup>4</sup> Sobre a aplicação da lei pode ser consultado o trabalho de Amilton Bueno de Carvalho. *Lei, Para que(m)?*, Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002), Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 131 e ss. Também, Bacigalupo, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*, Bs. As.: Editorial Hammurabi, 1999, p. 48.

do conteúdo da lei.<sup>6</sup> Deve atentar-se para o fato de que "*O direito penal hoje, em face da instituição do Estado Democrático de Direito em nossa Constituição – não pode (mais) ser visto como uma mera racionalidade instrumental*".<sup>7</sup>

A partir desta perspectiva fica para trás a tese que limitava o julgador a uma mera atividade comparativa –<sup>8</sup> do fato com a descrição legal – que assinalava ao tipo penal uma natureza eminentemente descritiva. Igualmente fica superada aquela que coloca ênfase no trabalho do jurista, considerando que em sua interpretação obtinha um resultado unívoco que sintetizava o esforço para esclarecer o preceito legal.

Estas concepções parecem pouco plausíveis e levam à onipotência legislativa ou doutrinária, posto que resulta impensável sustentar que uma análise em abstrato pode abarcar a incomensurável multiplicidade de situações ou fatores que conformam uma ação (e sua obra) para habilitar a intervenção punitiva. Nem a lei, nem a teoria em abstrato, podem ser detentoras da solução para todas as hipóteses, pois se assim fosse levariam a um inevitável autismo.

2. A interpretação da lei penal terá dois momentos: a) a interpretação em abstrato da lei penal e b) a valoração da ação à luz das disposições legais. Destaque-se que a interpretação dos tipos penais encontra-se ligada ao juízo pelo qual se determina se uma ação real e concreta é típica, ou seja, se constitui matéria proibida, o que também é um juízo valorativo jurídico acerca de uma ação e de sua obra. Neste sentido, com clareza já

---

<sup>5</sup> Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 38.

<sup>6</sup> Como assinala Gustav Radbruch, a contradição entre a lei positiva e a justiça pode chegar a ser tão insuportável que lei enquanto direito injusto tenha que ceder ante a justiça. (apud em Klug, Ulrich. Op. cit., p. 70). No esquema constitucional contemporâneo se assinala que o juiz não pode abdicar de sua responsabilidade de aplicar as leis conforme o que dispõe a ordem jurídica, e isto significa que o conflito entre lei e justiça será sempre um conflito de constitucionalidade (Bacigalupo, Enrique. Sobre a vinculação do juiz a lei penal, p. 48. e ss.).

<sup>7</sup> Carvalho, Márcia Dometila Lima de. Fundamentação Constitucional do Direito Penal. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 44.

<sup>8</sup> A mesma derivava do liberalismo clássico que partia do pressuposto de que a lei, produto da atividade legislativa, tinha um grau de perfeição ou clareza que não necessitava de interpretação.

foi dito que *la interpretación técnica de los tipos y la valoración de una acción como típica o atípica no son dos etapas sucesivas sino sólo dos facetas de una misma actividad valorativa (o juicio de tipicidad)*.<sup>9</sup>

a) A interpretação da lei penal – do tipo penal em particular – requer em primeiro lugar uma análise valorativa que a delimite. Com essa atividade o intérprete poderá analisar não somente sua extensão semântica, precisando o objeto da proibição – a partir dos enunciados do tipo penal, em essência descritivos, além de seu enquadramento constitucional, isto é, sua adequação aos parâmetros estabelecidos pela norma fundamental, não somente em seu aspecto formal senão também em seu sentido material.<sup>10</sup>

A partir desta perspectiva abandona-se o mito do legislador racional já que, em não poucas ocasiões, seu produto resulta irracional, arbitrário, contraditório ou desajustado ao texto constitucional. Com isso se reconhece também sua transformação em uma sorte de instrumento de poder punitivo que reflita um espaço problemático em que o direito penal deve oferecer uma ferramenta de resistência.

b) Preciado em abstrato o *pragma* conflitivo de relevância penal e estabelecido seu enquadramento constitucional, cabe analisar se a ação concretamente realizada pelo agente adequa-se à previsão abstrata contida na lei penal (tipo penal). Para isso, como se verá, levará a análise através da consideração dos elementos do tipo em chave sistemática e, logo, através da verificação de sua conflitividade e sua possibilidade de imputá-lo objetivamente ao agente como obra sua, fechando-se desta forma o juízo de tipicidade.

---

<sup>9</sup> Zaffaroni/Alagia/Slokar. *Derecho Penal. Parte General*. Ediar: 2000, p. 416.

<sup>10</sup> A partir desta perspectiva, se adere à proposta que reconhece que a sujeição do juiz à lei já não é sujeição à letra da lei, qualquer que fosse seu significado senão sujeição à lei enquanto válida e coerente com a Constituição. Procura-se, pois, controlar não somente a vigência ou existência da lei, ou seja, sua correspondência com as normas formais sobre sua formação; senão também sua validade, isto é, sua coerência

3. Do exposto, adverte-se que no âmbito da teoria do delito o estrato da tipicidade oferece o terreno mais fértil para o debate. A elaboração dogmática da tipicidade em chave redutora – opção eleita ao início destas notas – tem levado a construção de um tipo penal que seja capaz de assumir a função de conter o exercício do poder punitivo. Se é reconhecido no dito âmbito um verdadeiro campo de luta em que em uma parte, o poder punitivo através de suas agências de criminalização primária – mediante a configuração de ilicitudes – tenta ampliar o âmbito de atuação das agências de criminalização secundária; e de outra, o direito penal, como garante do estado de direito, apresenta-se como provedor de um sistema interpretativo limitador do âmbito de ações típicas.

A apelação à minimização do bem jurídico, aos perigos remotos ou nas interpretações extensivas – que fazem que a determinação do injusto na lei penal se dilua, aumentando e flexibilizando suas potencialidades de aplicação,<sup>11</sup> demarca o campo de pulsão ou luta ao qual o direito penal deve fazer frente e, com ele se reflita a forma dialética em que se realiza o estado de direito, posto que frente a cada avanço do poder punitivo, o direito penal (como seu instrumento realizador), gera uma resistência, que constitui o novo ponto de partida do qual o poder punitivo tentará um novo avanço ao qual novamente o direito penal haverá que resistir.<sup>12</sup>

4. Sobre a base de um esquema complexo do tipo, o tipo objetivo não tem somente por função estabelecer o *pragma* típico, e sim também excluir sua tipicidade quando não mede conflitividade, que implica uma lesividade objetivamente imputável ao agente. São reconhecidas duas funções claramente diferenciadas, porquanto importam a consideração particularizada de elementos do tipo objetivo. Em uma primeira função

---

com as normas substanciais sobre sua produção. (Cf. Ferrajoli, Luigi. El derecho como sistema de garantías, en Justicia penal y sociedad. n. 5, p. 7).

<sup>11</sup> Hassemer, Winfried. Perspectivas del Derecho penal futuro, em Revista Penal, nº 1, Praxis, Barcelona, 1998, pp. 37-41.

(sistemática) se tratará de fixar primariamente o objeto de proibição, proporcionando desta maneira o espaço problemático de discussão da tipicidade objetiva (para isso, deverá prover todos os componentes objetivos que emergem da análise isolada do tipo). A segunda (conglobante) terá por objeto verificar a conflitividade do *pragma*, que implica tanto a verificação da lesividade, como a possibilidade de que o mesmo seja imputado ao agente como próprio (imputação por dominabilidade). Entre ambas tipicidades se reconhece uma necessária função dialética de sorte que frente à habilitação do poder punitivo que aproveita da fixação primária do âmbito máximo da proibição, a tipicidade conglobante opera como contrapulsão redutora ou contentora dessa pulsão ampliadora do poder punitivo.<sup>13</sup>

5. Dada a ambigüidade da linguagem formalizada o principio de máxima taxatividade legal e interpretativa terá que funcionar como operador redutor. Isso em razão do fato de que a configuração do tipo objetivo requer a maior precisão possível em sua enunciação, não somente para sua atividade primária, como também na hora de relevar a conflitividade da ação e sua obra. Por tal motivo não basta que a criminalização primária se formalize em uma lei, necessitado que seja feita de forma taxativa e com a maior precisão técnica possível, conforme o principio de máxima taxatividade legal.<sup>14</sup>

Assim, a fixação do âmbito máximo da proibição deve ser levada a cabo através de uma fórmula legal que se realize de modo que permita estabelecer, com a maior precisão possível, qual é o *pragma* (hipótese de fato concreto) conflitivo que se pretende criminalizar. Desta maneira, a individualização abstrata do acontecimento com relevância

---

<sup>12</sup> Zaffaroni/Slokar/Alagia. Op. cit. pp. 412 e ss.

<sup>13</sup> Idem. pp. 432 e ss. e 461 e ss.

<sup>14</sup> Sobre o princípio da máxima taxatividade legal e interpretativa, Zaffaroni E., Batista N., Alagia A. e Slokar, A. Op. cit. pp. 206 e ss. Também Baratta, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal), em Doctrina Penal, Bs. As., 1987, pp. 623 y ss. (629).

penal deve realizar-se de forma tal que reduza o espaço da arbitrariedade a seu ponto máximo. Trata-se de uma garantia de certeza, que prescreve a taxatividade das proibições legais, que reconhece a existência de uma correlação biunívoca entre o princípio de legalidade e de materialidade.<sup>15</sup>

Com isso, este princípio terá como âmbito de aplicação o momento da conformação da criminalização primária que se manifesta na função sistemática do tipo objetivo.

De igual forma, encontrará espaço de desenvolvimento o princípio de interpretação restritiva, ao momento de verificar-se a conflitividade, segundo a função conglobante assinalada ao tipo objetivo. Assim a exigência de interpretação restritiva não verá limitado seu espaço à verificação do âmbito máximo de proibição, porque importaria relegá-la a função primária ou elementar de configuração do objeto da proibição.

Sem prejuízo do exposto, cabe admitir a inclusão destes operadores (redutores) no momento de determinar a conflitividade, já que desta maneira se potencializa seu caráter limitador da arbitrariedade e da irresponsabilidade legislativa, oferecendo resistência contentora aos avanços atuais do poder punitivo, por exemplo, na individualização dos bens jurídicos que se aduz tutelar. É desejável que no momento de configurar a criminalização primária se individualize – na medida do possível – a conflitividade requerida.

6. Não é desnecessário destacar que o tipo penal ao relevar uma ação humana o faz a partir da própria perspectiva do direito penal, que constrói seu conceito de ação procedendo por abstração de dados da realidade. Portanto, em sua conceitualização é

---

<sup>15</sup> Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 483.

mister considerar as normas constitucionais (art. 5, II, XLIV e XXXIX)<sup>16</sup> como também as internacionais incorporadas ao direito interno (art. 11, § 2º, da DUDH; art. 9º da CADH).<sup>17</sup> Seguindo um esquema analítico redutor – cuja abordagem mais aprofundada excede o objeto destas breves notas – se conceitualiza jurídico-penalmente a ação como um fazer algo humano que lesione a outro, devendo orientar-se no mundo conforme a certas representações.<sup>18</sup>

Tendo em conta esta perspectiva, fica clara a necessidade de que essa conduta se exteriorize no mundo para ser relevada pelo tipo penal. Contudo, como toda ação que se exterioriza no mundo produz uma multiplicidade de efeitos que, em que pese serem abarcados por inúmeros saberes, não são alcançados pelo conhecimento do homem, é necessário que o direito penal precise quais deles são de seu interesse. Isso não se leva adiante no tipo penal, posto que em termos pretípicos somente existem ações e uma multiplicidade de efeitos mundanos sem que possa determinar-se qual deles tem relevância penal.<sup>19</sup>

Daí que em alguns casos resulte de sumo interesse o contexto em que se levam a cabo as ações e suas obras, posto que às vezes somente a partir de sua consideração pode precisar-se a obra ou até a própria conflitividade da ação: é mister sua consideração e isso é possível no tipo objetivo. O contrário levaria a ampliar de forma inusitada o campo de atuação do poder punitivo ao tirar a relevância penal indeterminada ou imprecisa.

---

<sup>16</sup> O inc. XLIV releva a "*ação de grupos ...*" como base prévia da configuração do crime e o inc. XXXIX ao estabelecer que é a lei a que define o crime, sendo o fato previsto no inc. II a base para sua elaboração - somente por lei alguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo.

<sup>17</sup> Sobre seu valor no direito interno, cf. Cançado Trindade, Antônio Augusto. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. Porto Alegre: 1993, t. I, p. 403.

<sup>18</sup> Zaffaroni/Slokar/Alagia. Op. cit. pp. 397 e ss.

<sup>19</sup> Sobre a exigência de exterioridade de ação (ou dano a terceiros), Ferrajoli, Luigi. Op. cit. pp. 480 e ss.

7. Na análise da função conglobante do tipo objetivo a configuração do bem jurídico tem importância capital. Neste sentido, não escapa que atualmente sua conceitualização se tenha caracterizado por uma ininterrupta expansão de seu significado, simultânea ao progressivo desvanecimento tanto de seus referenciais empíricos como de sua função garantidora dos limites ou condições que podem justificar a proibição penal –,<sup>20</sup> e assim tem sido desde a exigência da afetação de um direito – Feuerbach – à lesão de um bem – Birnbaum –, para chegar a conceitualizar-se, finalmente, sobre a base da infração de um dever – Schaffstein –,<sup>21</sup> e ante a impossibilidade de suprimi-lo por ser um requerimento lógico, foi mudado seu conteúdo ao longo do tempo, o que hoje se põe em evidência não somente com a subjetivização do injusto em Zielinski<sup>22</sup> e o funcionalismo de Jakobs,<sup>23</sup> senão também com a tendência a proliferação de delitos de perigo abstrato e de tipificações de atos de tentativa e de preparação.<sup>24</sup> Por isso, é importante precisar: que se entende por bens jurídicos aqueles cuja lesão se concretiza em ataques lesivos a uma pessoa.<sup>25</sup>

A partir desta perspectiva – que requerirá sua afetação para afirmar a tipicidade da conduta, por descartar a suposta função de tutela aduzida pelo poder punitivo –, o princípio de máxima taxatividade legal e interpretativa encontrará campo de aplicação, exigindo que a) devam ser precisados na lei, como limitação primária à habilitação do

---

<sup>20</sup> Ferrajoli, Luigi. Op. cit. pp. 467 e ss.

<sup>21</sup> Günther, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un «cambio de paradigma» en el derecho penal?, em "La insostenible situación del Derecho Penal". Granada: Editorial Comares, 2000, pp. 489 e ss. Também, Moccia, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales, em Política Criminal y nuevo derecho penal (livro em homenagem a Claus Roxin). Barcelona: 1997, pp. 113 e ss.

<sup>22</sup> Reduz o ilícito a uma infração a norma de determinação e relega o resultado à condição de punibilidade (Zielinski, Diethart. Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito, trad. de Sancinetti, Marcelo, Bs. As., Hammurabi, 1990, p. 160).

<sup>23</sup> Considera que bem jurídico penal é a validade fática das normas, que garante que se possa esperar o respeito aos bens, os papéis e a paz jurídica (Jakobs. La imputación objetiva. Bs. As., Ha-Doc, 1996, p. 58).

<sup>24</sup> Nestler, Cornelius. El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes, em "La insostenible situación del derecho penal". Granada: 2000, pp. 63 e ss. (77/8). Com especial referência à "sociedad de riesgos" Herzog, Félix. Limites del derecho penal para controlar los riesgos sociales (una perspectiva crítica ante el derecho penal de peligro), em Nuevo Foro Penal, Bogotá: 1991, 53, pp. 303 e ss.

poder punitivo como consequência da proibição de uma conduta, e b) se enunciem da forma mais precisa possível.<sup>26</sup>

8. A expansão dos discursos de emergência, levados pela agência legislativa impõe a adoção destas resistências por parte do direito penal, porém sem confundir sua natureza redutora nem esgotar com isso sua atividade garantidora do estado de direito, através da aplicação da lei penal constitucional.<sup>27</sup>

Seria uma ingenuidade conformar-se com depositar no legislador a função de precisar os bens jurídicos sem assegurar um ulterior adequado controle.<sup>28</sup> Daí a imperiosa necessidade de que o direito penal, como discurso jurídico, sendo útil à agência legislativa (quando não se comporta como uma autista) – seja dirigido à agência judicial, pois ela tem a missão de controlar para que as leis se ajustem ao mandamento constitucional. E nesta ordem de idéias *"há que se perquirir os critérios que fundamentam o estabelecimento dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, isto porque não é livre o 'legislador' para estabelecer os tipos penais e penas, e das exigências fundamentais inseridas na Constituição inferem-se os limites traçados, por ela, para o Direito Penal"*.<sup>29</sup>

No caso se exigirá que os bens jurídicos definidos pela agência legislativa se adequem ao marco estabelecido pela constituição, e quando isso não ocorrer corresponderá sua declaração de inconstitucionalidade. Finalmente, terá de se analisar se, no caso, há conflitividade nos termos enunciados, necessária para a afirmação da tipicidade da conduta.

---

<sup>25</sup> Ferrajoli, Luigi. Op. cit. p. 466.

<sup>26</sup> Hassemer, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos, em Nuevo Foro Penal, Bogotá: 1991, 51, pp. 17 e ss.; também em "Pena y Estado" n° 1, Barcelona: 1991, pp. 23 e ss.

<sup>27</sup> Amilton Bueno de Carvalho. Lei, Para que(m)?, p. 137.

<sup>28</sup> Não pode passar por alto que, nos últimos tempos, as agências legislativas têm ampliado a criminalização primária, como resposta a fatos notórios de grande repercussão pública ou a problemáticas sociais (emergentes do modelo de exclusão social derivados do fenômeno da globalização), chegando a inusitadas tentativas de proteção, que longe se encontram das exigências constitucionais.

9. Conclui-se, assim, que somente depois de conhecer o tipo se pode aferir que obras interessam ao direito penal, sendo relevadas, em um primeiro momento, através da função sistemática do tipo – que nos precisa o *pragma* típico –, e logo, mediante a função conglobante, que exige a conflitividade, julgando em ambos os momentos analíticos a exigência de máxima taxatividade legal e interpretativa. Caso os limites legais não se realizem conforme o princípio da máxima taxatividade legal, seja porque se prescinde do verbo típico ou se utilizam conceitos vagos ou valorativos de duvidosa precisão, que ainda com a aplicação do princípio de máxima taxatividade interpretativa não se podem clarificar adequadamente, teria lugar a declaração de inconstitucionalidade da lei.

---

<sup>29</sup> Carvalho, Márcia Dometila Lima de. Fundamentação Constitucional do Direito Penal. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 44.