**ELEMENTOS NORMATIVOS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

**Autor: Luciano Filizola da Silva**

Palavras-chave: tipicidade; elementos normativos; princípio da legalidade

O presente trabalho pretende apresentar de forma breve a evolução da construção do tipo penal até a identificação de seu elemento normativo e sua relação com o princípio democrático da legalidade.

Ernst Von Beling foi o principal responsável na Alemanha do século XIX pela construção do atual modelo de tipo penal, passando a conceber o tipo como um conjunto de circunstâncias caracterizadoras abstratamente do delito, enquanto que Von Liszt sistematizou o direito penal, edificando um modelo causal segundo o tipo, o qual entrelaça a descrição do fato com a respectiva pena, mas, de forma plenamente objetiva, pois, reforça que caberia “ao juiz a aplicação do Direito tal como ele é reconhecido na sua ligação íntima, isto é, cientificamente.”[[1]](#footnote-1)

Como ressalta Juarez Tavares, o tipo não admitia qualquer valoração ou aspectos subjetivos, devendo ser compreendida como uma descrição neutra da conduta prevista na lei e o resultado produzido.[[2]](#footnote-2)

O tipo penal perde sua neutralidade quando começa já no século XX a sofrer influências do movimento neokantiano a partir da constatação de que a história e outras áreas do conhecimento de âmbito social não podem ser estudadas por um método puramente empírico, levando à necessária distinção entre ciências da cultura e ciências naturais.

Influenciado por esse movimento, Max Ernst Mayer passa a definir as normas jurídicas como normas de cultura reconhecidas e delimitas pelo Estado e os tipos funcionariam “como *ratio cognoscendi* das normas de cultura e representariam indícios daquelas condutas que se praticam contra o direito.”[[3]](#footnote-3)

Diferente do que se poderia depreender, Mayer não criou ou acrescentou aos tipos penais o elemento normativo, mas apenas o identificou, denominando como tais expressões que se referem a dados não naturais, mas repletos de valoração que não podem ser medidos empiricamente, tais como em “ato obsceno” e “vantagem indevida”, as quais seriam um julgamento antecipado da própria ilicitude do fato, sua própria *ratio essendi.*

Outro autor de suma importância para o entendimento do tema foi Edmund Mezger, que passa a defender que todos os outros elementos do tipo não deixam de ser normativos, uma vez que carecem de valoração, mas, ciente do grau de subjetivação exigido, Mezger percebe a necessidade de delimitar os elementos normativos propriamente ditos, os quais exigem um grau de valoração para se permitir a identificação do que seria o fato típico classificando-os como de valoração jurídica, que exigem uma integração com outra norma, cultural, influenciada pelos costumes e quantitativa, que precisam de uma mensuração.[[4]](#footnote-4)

Com a delimitação desses elementos, embora tenha se ganho maior flexibilização da norma e consciência de seu aspecto cultural, considerando a natureza subsidiária do Direito Penal e seu respeito à máxima legalidade no sentido de funcionar como limite ao poder punitivo do Estado, é forçoso notar que expressões que permitem interpretações valorativas podem gerar certa insegurança jurídica.

Em razão disso, várias críticas surgem sobre o uso indiscriminado dos elementos normativos tendo em vista o risco de se comprometer a necessária reserva legal, permeando a descrição do fato com descrições voláteis de significado pantanoso que pode ser manipulado conforme os valores e interesses do juiz ou do grupo social que faz parte.

Exatamente em razão do princípio da máxima taxatividade, segundo o qual a lei penal deve buscar ser a mais precisa possível, pois, ainda que em sua abstração, a descrição do comportamento deve ser capaz de individualiza-la, não lhe é permitido o uso de expressões vagas e indeterminadas.

Concluindo, essa esteira, Luciano Santos Lopes[[5]](#footnote-5), em sua dissertação, aponta a fragilidade do tipo diante do uso indiscriminado dos elementos normativos, os quais podem comprometer o princípio constitucional da legalidade, assim como Luiz Luisi que alerta ser “aconselhável, ou mesmo necessário, limitar a órbita de “valoração” do intérprete e do aplicador da lei, condicionando essas valorações a certas diretrizes impostas pelos valores maiores e fundantes do ordenamento jurídico penal”.[[6]](#footnote-6)

REFERÊNCIAS

HORTA, Frederico. Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

LISZT, Franz Von. Tratado de Direito Penal Alemão; traduzido por José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003.

LOPES, Luciano Santos. Os elementos Normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

LUISI, Luiz. O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

1. LISZT, Franz Von. Tratado de Direito Penal Alemão; traduzido por José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003. P. 168. [↑](#footnote-ref-1)
2. TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. P. 134. [↑](#footnote-ref-2)
3. MAYER. Derecho penal: parte general, p. 61 *apud* HORTA, Frederico. Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016. P. 37. [↑](#footnote-ref-3)
4. MAYER. Derecho penal: parte general, p. 389 *apud* HORTA, Frederico. Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016. P. 41. [↑](#footnote-ref-4)
5. LOPES, Luciano Santos. Os elementos Normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. [↑](#footnote-ref-5)
6. LUISI, Luiz. O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987. P. 59. [↑](#footnote-ref-6)