

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A SUA INFLUÊNCIA NA SEGUNDA REVOLUÇÃO CIENTÍFICA DO DIREITO PENAL: A CONSTRUÇÃO DA TIPICIDADE

THE PRINCIPLE OF LEGALITY AND ITS INFLUENCE IN THE SECOND SCIENTIFIC REVOLUTION OF CRIMINAL LAW: THE CONSTRUCTION OF TYPICITY

Fernanda Pascoal Valle Bueno de Castilho¹

PUC Minas

Guilherme Coelho Colen²

PUC Minas

Resumo

À medida que a insatisfação contra a crueldade das penas corporais aumenta, havendo constatação por filósofos, estudiosos do direito e legisladores de que estas representavam um excesso sem que houvesse limites ao poder soberano, observa-se, em contrapartida, uma mudança no paradigma do sistema de punição. O sistema criminal não podia apenas se vingar de forma arbitrária como até então era feito. Era necessário que os delitos e as penas existissem previamente e estas fossem proporcionais ao fato praticado. Houve uma reestruturação por completa do direito penal, racionalizando-se o seu estudo através de um método. A partir desta sistematização, priorizou-se o estudo do crime e de seus institutos e princípios, relegando o estudo da pena a um segundo plano. Elaborou-se o princípio da legalidade, tal qual conhecemos hoje e que possibilitou o desenvolvimento dos elementos que fazem parte do conceito de crime. Von Belling reformulou o conceito do termo Tatbestand, definindo-o como uma relação de adequação entre uma conduta e um fato descrito na lei penal, o que conhecemos por tipicidade. Através desta mudança, o interprete da lei penal passa a conhecer a matéria de proibição, aplicando-se, por consequência lógica, a pena correspondente ao delito praticado.

Palavras-chaves

Direito Penal. Revolução Científica. Princípio da Legalidade. Tipicidade.

¹ Doutoranda em Direito Penal pela PUCMINAS. Bolsista CAPES.

² Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da PUCMINAS

Abstract

As dissatisfaction against the cruelty of corporal punishment increases, with the realization by philosophers, law scholars and legislators that these represented an excess without any limits to sovereign power, a shift in the system's paradigm is observed, on the other hand, of punishment. The criminal system could not only take revenge in an arbitrary manner, as it was done until then. It was necessary that the offenses and penalties existed previously and these were proportional to the fact practiced. There was a complete restructuring of criminal law, rationalizing its study through a method. From this systematization, priority was given to the study of crime and its institutes and principles, relegating the study of punishment to a second level. The principle of legality was elaborated, as we know it today and which enabled the development of the elements that are part of the concept of crime. Von Beling reformulated the concept of the term *Tatbestand*, defining it as an adequate relationship between a conduct and a fact described in the criminal law, which we know by typicality. Through this change, the interpreter of the criminal law comes to know the matter of prohibition, applying, by logical consequence, the penalty corresponding to the offense committed.

Keywords

Criminal Law. Scientific Revolution. Principle of Legality. Typicity.

I – INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a fazer uma correlação de um dos principais legados do Iluminismo, qual seja, a elaboração do princípio da legalidade e sua importância na construção e sistematização dos elementos do crime, enfatizando a tipicidade, o que proporcionou o estudo do direito penal como ciência.

Será abordada a importância do Iluminismo na elaboração do princípio da legalidade e, de como possibilitou o desenvolvimento dos elementos que fazem parte do conceito de crime. Com Feuerbach foram sistematizados os princípios *nulla poena sine lege* (toda imposição de pena pressupõe uma lei penal) e *nulla poena sine crimen* – a imposição de uma pena é condicionada a existência de uma ação incriminada e, por fim, o mal da pena deve estar vinculado a existência de uma lesão jurídica determinada (*nullum crimen sine poena legali*). Estes três postulados, ao

final, foram reduzidos na fórmula latina *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Verificar-se-á, igualmente, a contribuição de Fuerbach para a eliminação de condutas que caracterizavam simples estados anímicos, exigindo-se, a partir de então, que o delito tivesse na ação o seu ponto fulcral, ou seja, de acordo com o princípio da legalidade, recém elaborado.

Posteriormente, será analisada a contribuição de Von Liszt na estruturação e organização dos elementos do crime e, por consequência, do conceito de ação.

Será analisada a importância de Ernst Von Beling através da inserção do termo *Tatbestand* na dogmática jurídico-penal como sendo a relação de adequação entre uma conduta e um fato descrito na lei penal, conhecendo-se, a partir daí, a matéria de proibição.

II – A SEGUNDA REVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL: A TIPCIDADE COMO CONSTRUÇÃO DO MÉTODO DOGMÁTICO

A partir do século XVIII, há um aumento gradativo da insatisfação contra a crueldade das penas corporais. Tal inconformismo, como nos informa FOUCAULT (2017; p. 73), vem de diversos setores, tais como filósofos, teóricos do direito, magistrados e, até mesmo, de legisladores.

Alegava-se que as penas corporais revelavam, na verdade, o excesso, a sede de vingança sem limites do poder soberano, que se materializava na nobreza, mais especificamente na figura do Rei.

RUSCHE e KIRCHHEIMER (2016) nos informam que, até então, o direito penal se preocupava apenas em manter a paz social e a punição era precipuamente pecuniária, isto é, feita através de indenizações (*penance*) e fianças. As fianças eram fixadas de acordo com o status social do ofensor e da vítima.

Contudo, a partir do século XV, em consequência do esgotamento do solo rural e diminuição da colheita que, somados a outros elementos exteriores a este estudo, contribuiriam para o colapso do modo de produção feudal. Em razão disso, de acordo com Melossi e Pavarini, (2012), essa grande massa de camponeses e pequenos produtores que foram libertados das amarras do seu senhor feudal, mas também expulsos de suas terras, bem como privados de seus modos de produção., tornaram-se mão de obra essencial para trabalharem nas manufaturas nascentes nas grandes metrópoles.

De se salientar que os meios de produção se concentravam nas mãos de uma minoria que dominava uma imensa maioria que tinha para dar em troca apenas a sua força laboral, o que as obrigavam a ceder contratualmente a sua força de trabalho em troca de um salário que, diga-se de passagem, jamais foi proporcional às longas jornadas de trabalho em condições desumanas e degradantes a quais se submetiam.

Por outro lado, vale mencionar que não havia ocupação para essa grande quantidade de gente que em sua esmagadora maioria tornou-se mendigos, vagabundos e bandidos (MELOSSI; PAVARINI; 2012; p. 35).

Diante de tal cenário, foi preciso reformular a legislação penal para “garantir a ordem e a paz surge a nova estratégia de controle e disciplina social” (MELOSSI; PAVARINI, 2012; p. 29)³ Rusch e Kirchheimer (2016) afirmam que a burguesia urbana incipiente se preocupava em demasia com o recrudescimento da legislação criminal no combate aos delitos contra a propriedade⁴. E, mais uma vez, reforçam que as sanções pecuniárias eram

³ No original: “de garantizar el orden y la paz sugieren la nueva estrategia del control y de la disciplina social (PAVARINI, DATA; p. 29)

⁴ Neste sentido FOUCAULT (2014; p. 86) descreve “(...) a economia das ilegalidades se reestruturou com o desenvolvimento da sociedade capitalista. A ilegalidade dos bens foi separada da ilegalidade dos direitos. (...) a ilegalidade mais acessível às classes populares será a dos bens – transferência violenta das propriedades; de outro a burguesia, então, se reservará a ilegalidade dos direitos a possibilidade de desviar seus próprios regulamentos e

reservadas para as classes mais abastadas, enquanto as penas corporais eram destinadas aos pobres, que as cumpriam nas casas de correção já numa linha embrionária para o que se tornaria o encarceramento.

Nas palavras dos dois autores:

Destarte, enquanto aqueles que tinham recursos suficientes para pagar estavam aptos a comprar a liberação da punição, delinquentes que não tinham meios (isto é, a grande maioria) eram impotentes para porem-se a salvo do tratamento severo a que eram submetidos. De longe, o maior número de crimes era agora contra a propriedade, cometidos por aqueles que não tinham propriedade alguma, de modo que dificilmente uma fiança atingiria estes casos (RUSCHE, KIRCHHEIMER, 2016, p.36-37)

De se salientar, portanto, que com a incapacidade das classes menos favorecidas em pagar as penas pecuniárias, estas eram substituídas por castigos corporais que, ao longo do tempo, ficavam mais cruéis para fins de dissuadi-las do crime (RUSCHE, KIRCHHEIMER, 2016, p.37) caracterizando-se verdadeiros suplícios.

Estes suplícios são narrados em detalhes na obra *Vigiar e Punir*, de Michel Foucault, que os define como uma pena corporal, dolorosa e cuja extensão é inimaginável em razão de sua barbárie e crueldade (FOUCAULT; 2014; p.36).

Para tanto, a pena, para ser considerada suplício, deve obedecer a alguns critérios, tais como produção de uma certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente, ao menos apreciar,

suas próprias leis; de fazer funcionar todo um imenso setor da circulação econômica por um jogo que se desenrola nas margens da legislação – margens previstas por seus silêncios, ou liberadas por uma tolerância de fato. E essa grande redistribuição de ilegalidades se traduzirá até por uma especialização dos circuitos judiciais; para as ilegalidades de direitos – fraudes, evasões fiscais, operações comerciais irregulares – jurisdições especiais com transações, acomodações, multas atenuadas. E, ao mesmo tempo em que essa separação se realiza, afirma-se a necessidade de uma vigilância constante que se faça essencialmente sobre essa ilegalidade de bens”.

comparar e hierarquizar. O suplício, segundo o autor francês, deve corresponder, com o tipo de ferimento físico, a qualidade, a intensidade e o tempo dos sofrimentos, à gravidade do crime, à pessoa do criminoso e ao nível social das vítimas (FOUCAULT; 2014; P.35).

As marcas trazidas pelos suplícios no corpo do condenado não só demonstram a força e o triunfo da justiça, como também não apagam das memórias dos homens a ostentação daquela dor e tortura (FOUCAULT; 2014; p.37)

Descreve Foucault:

A pena de morte natural compreende todos os tipos de morte: uns podem ser condenados a forca, outros a ter a mão ou língua cortada ou furada e ser enforcados em seguida; outros, por crimes mais graves, a ser arrebatados vivos e expirar na roda depois deter os membros arrebatados; outros ser arrebatados até a morte natural, outros a ser estrangulados e em seguida arrebatados, outros a ser queimados vivos, outros a ser queimados depois de estrangulados; outros a ter a língua cortada ou furada, e em seguida queimados vivos; outros a ser puxados por quatro cavalos, outros a ter a cabeça cortada, enfim ter a cabeça quebrada (FOUCAULT; 2014; P.35)

As punições primitivas consistiam em um espetáculo público de barbárie. Michel Foucault inicia sua célebre obra “Vigiar e Punir” descrevendo a execução de Damiens, no século XVIII, para demonstrar a “arte de fazer sofrer”(FOUCAULT; 2014; P. 22) em que consistia a pena naquela época:

[Damiens foi condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Grève, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo

fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalões e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento (FOUCAULT; 2014; p. 09)

Nessa fase, a pena se prestava a retribuir o mal causado pelo infrator, mas também era utilizada como exemplo aos demais. Exemplo do que não fazer, exemplo das consequências que adviriam da prática daqueles mesmos atos. A pena era uma representação que visava advertir os cidadãos, com objetivo de prevenir novos crimes.⁵

ANITUA (2019) nos informa que o castigo era arbitrário e sua intenção não era a realização de um espetáculo de moderação, mas de excesso.

A partir desta época os filósofos do Iluminismo começaram a estudar uma mudança no paradigma do sistema de punição. O sistema criminal não podia apenas se vingar de forma arbitrária como até então era feito. Era necessário que os delitos e as penas existissem previamente e estas fossem proporcionais ao fato praticado.

Foi necessária, portanto, uma reestruturação por completa do direito penal. Era preciso racionalizar seu estudo através de um método (ZAFFARONI; 1998 ,p. 282)

O autor conceitua o que seja método dogmático e que é aplicado à ciência do Direito

O método científico (dogmático). Diante de um conjunto de dispositivos legais, o jurista se encontra na mesma situação do físico: ele deve tomar os dados, analisá-los (dogmas), estabelecer as semelhanças e diferenças e reduzem o que funciona da mesma sob uma aparência pré-

⁵ Nos dizeres de DAVIS (2019; p. 44): “Antes de surgir o encarceramento, essas punições eram destinadas a surtir seu efeito mais profundo não tanto na pessoa punida, mas na multidão de espectadores. A punição era, em essência, um espetáculo público”.

analítica da diversidade. Então você deve desenvolver uma teoria (construção) em que cada um deles encontre sua localização e explicação. Finalmente, hipóteses devem ser feitas a fim de verificar se esta teoria funciona de acordo com a 'totalidade, se não houver elementos que não encontrem uma explicação adequada, isto é. se alguma parte "do todo" contradiz (em outras palavras: a teoria, -construção não pode estar de acordo com os textos legais)⁶ (ZAFFARONI; 1998, p. 282-283- tradução livre)

Por sua vez, Muñoz Conde (2001, p. 187) nos informa

Dado que se ocupa fundamentalmente do conhecimento do direito penal positivo, é evidente que o núcleo da ciência do direito penal o constitui a dogmática jurídico penal que, partindo dos preceitos legais considerados como um 'dogma', elabora e estrutura seu conteúdo, ordenando-os em um sistema⁷ (tradução livre)

E prossegue

Para chegar a formar um sistema, tem que partir dos princípios fundamentais (axiomas) contidos nas normas jurídicas e desenvolvidos ao caso concreto, através de um procedimento de dedução lógica, no qual a conclusão se deriva de outra anterior sem contradição entre si. Para ele o

⁶ No original: *El método científico (dogmático)*. Frente a un conjunto de disposiciones legales el jurista se encuentra en la misma situación que el físico: debe tomar los datos, *analizarlos (dogmas)*, establecer las similitudes y diferencias y *reducir* lo que opera igual bajo una apariencia pre-analítica de diversidad. Luego, debe elaborar una teoría (*construcción*) en que cada uno de ellos encuentre su ubicación y explicación. Por último, debe plantearse hipótesis a efectos de verificar si esta teoría funciona de acuerdo a la totalidad, si no hay elementos que no hallan explicación adecuada, o sea. si alguna parte "del todo" da contradice (en otras palabras: la teoría, -construcción- no puede estar en contradicción con los textos legales) (ZAFFARONI, 1998, p. 282-283)

⁷ No original "Dado que se ocupa fundamentalmente del conocimiento del derecho penal positivo, es evidente que el núcleo de la ciencia del derecho penal lo constituye la *dogmática jurídico-penal* que, partiendo de los preceptos legales considerados como un "dogma", elabora y estructura su contenido, ordenándolos en un sistema" (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 187).

jurista deve se servir de todos os recursos que lhe oferece a lógica: análise e síntese, dedução silogística, etcetera⁸ (tradução livre)

Assim, priorizou-se o estudo do crime e de seus institutos e princípios, relegando o estudo da pena que até então era o centro do estudo do direito penal, a um segundo plano.

Uma das primeiras mudanças desta época foi a elaboração do princípio da legalidade. Antes de qualquer coisa, vale destacar que se tem a sensação de que o princípio da legalidade foi uma ocorrência inédita oriunda da Era da Ilustração, mas desde as sociedades primitivas já havia um embrião do que posteriormente conheceríamos como legalidade.

2.1.1. Evolução Histórica do Princípio da Legalidade

2.1.1.1. Princípio da Legalidade nas sociedades primitivas

Desde que o homem se reuniu em sociedade – apesar de não haver o conceito e a formação conhecidos por nós atualmente-, verifica-se a presença do Direito Penal nas sociedades primitivas.

Neste período, percebe-se uma ligação quase umbilical entre Direito Penal e religião. Quem cometesse alguma infração totêmica era punido severamente para desagrar a divindade.

⁸ No original: “Para llegar a formar un sistema, hay que partir de los principios fundamentales (axiomas) contenidos en las normas jurídicas y desarrollarlos en el caso concreto, a través de un procedimiento de deducción lógica, en el que una conclusión se deriva de otra anterior sin contradicción entre sí. Para ello el jurista debe servirse de todos los recursos que le ofrece la lógica: análisis y síntesis, deducción silogística, etcétera”. (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 187).

Esta fase foi conhecida como a fase da vingança divina. O sacerdote era o elo de ligação entre o grupo social e a divindade e possuía a delegação divina para aplicar penas que eram cruéis, degradantes e desumandas.

Cláudio Brandão (2002) nos traz os exemplos das penas mais comuns: sepultamento com vida nos pântanos aos homens homossexuais ou às mulheres adúlteras; morte por enforcamento; suplício da roda, dentre outras.

Com a evolução social, inicia-se a fase da vingança privada em que se busca aplicar as penas de maneira proporcional à infração cometida, em uma clara tentativa de humanização dos castigos, sendo o maior exemplo a Lei de Talião, cuja máxima até hoje por nós é repetida: “olho por olho, dente por dente”.

No entanto, com o decorrer do tempo, a população em virtude das sanções aplicadas passou a ter altos níveis de pessoas com deformidade, evoluiu-se para a composição, em que o infrator, a fim de evitar a retribuição corporal, “comprava” a sua liberdade, desobrigando-se, assim, do castigo físico (BITENCOURT, 2013).

Superada esta fase, inicia-se o período da vingança pública no qual o Estado toma para si a função de punir e cujo objetivo primordial era garantir a segurança do soberano, mesmo que para isso fosse necessária a aplicação de penas totalmente cruéis.

Por óbvio, que, a despeito de existirem diversas normas que impunham sanções aos seus infratores, não podemos concluir que o princípio da legalidade, ainda que de forma primitiva, existia. Na verdade, na esteira de Cláudio Brandão, “a pena era uma reação da tribo àquele que não observou a norma penal, que tinha uma força derivado do costume tribal, rigidamente observado pelos integrantes das tribos” (BRANDÃO, 2002, p. 18).

2.1.1.2. Princípio da Legalidade no Direito Romano

Nos dizeres de Cláudio Brandão (2017), o Direito Romano era eminentemente costumeiro, estendendo-se desde a fundação de Roma (750 A.E.C) até o período de Justiniano (550 D.E.C⁹)

Brandão (2017) afirma mais à frente que “o direito é a arte do bom e do equitativo. O pretor, em cada caso, deveria construir a decisão boa que realizasse a justiça naquela situação concreta” (BRANDÃO, 2017, p. 154).

Donde se conclui que o princípio da legalidade não era utilizado pelos romanos. A lei era aplicada pelo pretor como um guia e, levando-se em conta o seu arbítrio, poderia ser afastada para que uma decisão boa e justa fosse proferida.

Neste período surgiu um dos documentos mais importantes do Direito Romano: o Digesto, que fazia parte do Corpus Juris Civilis. O Digesto era uma reunião das opiniões de doutrinadores e, não, de leis. E, neste fato, reside o motivo de os romanos não terem conhecido o princípio da legalidade.

De acordo com Cláudio Brandão (2017), a noção de crime e pena nascem da “disciplina doméstica, da disciplina militar e da ação direta da polícia da época” (BRANDÃO, 2017, p. 157), não existindo, ainda, normas de direito penal.

O Direito Penal público só veio a surgir através da intervenção estatal, mediante normas legais e/ou consuetudinárias, que tinham como objetivo limitar a discricionariedade do poder punitivo de determinadas pessoas, diferenciando-se, por

⁹ Depois da Era Comum

consequente, delicta (fatos ilícitos punidos com a pena privada) e crimina (fatos ilícitos punidos com a pena pública).

2.1.1.3. Princípio da Legalidade na Idade Média

Da mesma forma que no período Romano, a Idade Média não conheceu o princípio da legalidade. Durante esta época, “o julgador gozava de ampla competência penal, tanto podendo incriminar condutas sem a existência de lei escrita expressa, quanto podendo aplicar penas não cominadas na legislação” (BRANDÃO, 2002, p. 21).

A tortura era largamente utilizada como meio de prova e, logicamente, não eram previstas legalmente. Neste período, inclusive, houve grande manipulação do Direito Penal por parte da Inquisição que, ao argumento de eliminar pessoas ou situações indesejadas e que ameaçam a Igreja Católica, utilizou-se largamente de suplícios e torturas, não havendo qualquer preocupação com a integridade corpórea do acusado.

Nesta época, assevera Cláudio Brandão (2002)

Se era facultado ao julgador penal, durante o processo, violar ao seu arbítrio a integridade corporal e até mesmo matar sob tortura os investigados, muito mais arbitrária era a inflição de pena: os julgadores aplicavam a morte acompanhada de intensa dor ou penas corporais igualmente dolorosas (BRANDÃO, 2002, p. 24)

Com o fim do Império Romano e o surgimento do feudalismo, o Direito Penal se enfraquece, passando a existir praticamente um Direito Penal para cada feudo, cuja aplicação era atribuição do próprio senhor feudal, reproduzindo-se o método de inflição de penas corporais crués e desumanas.

Durante a Baixa Idade Média, retoma-se a discussão do direito. E, nesta nova fase, promulga-se a Magna Carta de João Sem Terra em 1215 e que representa o embrião do princípio da legalidade.

Na esteira de Yacobucci (1998), não podemos nos esquecer da importância da Carta Magna de 1215¹⁰ que, segundo referido autor:

foi um dos primeiros e mais importantes intentos de formalizar a sujeição dos desígnios do poder político, neste caso de João Sem Terra, ao império das normas deste evento se encontra a origem do ‘rule of law’ e sua derivação em direção à constituição do estado de direito (YACOBUCCI, 1998, p. 238)¹¹

Donde se conclui que nada pode ser criminalizado ou penalizado sem que haja uma disposição legal estabelecida.

Cláudio Brandão (2002) entende que, muito embora o direito inglês seja alicerçado nos costumes, a Magna Carta foi um instrumento de limitação ao sistema da common law, equiparando-se ao princípio da legalidade, pois tem caráter eminentemente limitativo do poder estatal.

¹⁰ Como consequência da edição da Carta Magna de 1215, origina-se um dos direitos mais sagrados de constantes na grande maioria das legislações, o *Habeas Corpus*, que resguarda o direito de ir e vir do cidadão.

¹¹ No original: “(...) uno de los primeros y más importantes intentos de formalizar la sujeción de los designios del poder político, em este caso de Juan Sin Tierra, al imperio de las normas. En este suceso se encuentra el origen de la *rule of law* y su derivación hacia la constitución del estado de derecho” (YACOBUCCI; 1998; p. 238).

2.1.1.4. Princípio da Legalidade na Idade Moderna

A noção de legalidade tal qual por nós conhecida atualmente, como assevera Yacobucci (1998) nasceu no contexto ideológico do positivismo.

A obra mais conhecida e que disseminou a noção de legalidade é “Dos Delitos e Das Penas” de Cesare Bonessana, o Marquês de Beccaria (2015).

Adepto da teoria do contrato social de Rousseau, Beccaria (2015) afirma que os homens, a princípio selvagens e que viviam em hordas, viram-se forçados a se reunir em sociedade, renunciando a uma porção de sua liberdade na busca da segurança. Assim, “as leis foram as condições que reuniram os homens, a princípio independentes e isolados, sobre a superfície da terra” (BECCARIA, 2015, p. 22-23).

Desta forma, Beccaria (2015) entende que só as leis podem fixar penas para cada delito, e elas devem ser claras e precisas quanto à definição dos crimes e a determinação das penas aplicáveis, no que se identificava com o que viria a se constituir no princípio da legalidade. Adota, portanto, a concepção utilitarista da pena, ou seja, a pena serve para prevenir o delito, propugnando pela a proporcionalidade na sua aplicação. Assim, todo ato de punição exercido sobre o homem será considerado tirânico se não for necessário e, por consequência, todo castigo que não serve para manter o contrato social unido é injusto (ANITUA; 2019; p. 162)

Além do mais, entendia que deveria haver uma separação das funções de legislar e de julgar. Segundo ANITUA (2019), o poder legislativo deve indicar os fatos que constituem delitos, não somente para limitar o poder do soberano para castigar, como igualmente porque isso serve para evitar a sua comissão enquanto utilidade, em

relação à qual também deve preocupar pela informação pública desses delitos e das penas que lhe correspondem. Logo, o embrião do princípio da legalidade teria como função não apenas limitar a arbitrariedade dos juízes, mas também do legislador.

Roxin afirma que

A arbitrariedade e a incerteza jurídica que isso produziu finalmente prepararam a mudança radical defendida pelos pensadores do final do século XVII e do século XVIII, que tornou possível a próxima época de codificações. Nesse sentido, o desejo de proteger o cidadão da arbitrariedade do Estado ainda não estava em primeiro plano, mas se pretendia (especialmente entre os pensadores do direito natural alemão) "dar aos governantes do absolutismo esclarecido a possibilidade de impor sua vontade da maneira mais ampla possível na frente dos juízes; e para isso, eram necessários regulamentos na forma de leis exatas. Mas esse desejo coincidia com as idéias liberais do Iluminismo, tendendo à autolimitação do poder do Estado, e que foram amplamente impostas nas obras legislativas do pós-Iluminismo (sobre as bases histórico-ideológicas cooperativas cfr. nº 18 e seguintes) (ROXIN; 1997; p. 142 – tradução livre)¹²

¹² No original: "La arbitrariedad e inseguridad jurídica que ello producía preparó finalmente el cambio radical propugnado por los pensadores de finales del siglo xvii y del xviii, que hizo posible la siguiente época de las codificaciones. A ese respecto aún no estaba en primer plano el deseo de proteger al ciudadano de la arbitrariedad del Estado, sino que se quería (sobre todo entre los pensadores del Derecho natural alemán) "darles a los gobernantes del absolutismo ilustrado la posibilidad de imponer su voluntad del modo más amplio posible frente a los jueces; y para ello eran necesarias regulaciones en forma de leyes exactas. Pero ese deseo coincidió con las ideas liberales de la Ilustración, tendentes a la autolimitación del poder estatal, y que se impusieron ampliamente en las obras legislativas de la post-Ilustración (sobre los fundamentos histórico-ideológicos cooperantes cfr. nm. 18 ss.)" (ROXIN; 1997; p. 142).

A partir de então, o princípio da legalidade começa a fazer parte de diversas codificações elaboradas após a revolução Francesa, como a dos Estados Americanos da Virgínia e de Maryland, no Código Penal Austriaco de 1787, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e, no Código Penal da Baviera de 1813 (idem)

Como nos relata BRANDÃO (2014), foi com o desenvolvimento do princípio da legalidade e, mais especificamente, da fórmula *nullum crimen nulla poena sine lege* que se possibilitou o desenvolvimento dos elementos que fazem parte do conceito de crime.

Com Feuerbach foram sistematizados os princípios *nulla poena sine lege* (toda imposição de pena pressupõe uma lei penal) e *nulla poena sine crimen* – a imposição de uma pena é condicionada a existência de uma ação incriminada e, por fim, o mal da pena deve estar vinculado a existência de uma lesão jurídica determinada (*nullum crimen sine poena legali*). Estes três postulados, ao final, foram reduzidos na fórmula latina *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Fuerbach se vinculará, portanto, à lei penal para que haja um delito e, por consequência, seja necessária a imposição de uma pena. Segundo Molina Fernandez, a lei penal tem dois vieses: (i) um direcionado ao cidadãos para que eles se comportem de acordo o direito (teoria da coação psicológica); (ii) e a outra voltada aos juízes para que, de fato, apliquem a pena prevista a quem delinuiu.

A contribuição de Fuerbach não se limita apenas à construção de uma das mais importantes fórmulas do Direito Penal - *nullum crimen nulla poena sine lege*. De acordo com TAVARES (2020; p. 120), Fuerbach também contribuiu para a eliminação de condutas que caracterizavam simples estados anímicos, exigindo-se, a partir de então, que o delito tivesse na ação o seu ponto fulcral, ou seja, de

acordo com o princípio da legalidade, recém elaborado, não seria possível a existência de um delito sem ação e, por consequência, que esta ação viesse definida em uma lei. Demais disso, seria necessário conduta também fosse contrária a todo ordenamento jurídico, o que conhecemos por antijuridicidade.

Mas, somente com Von Liszt, que a ação foi analisada previamente à antijuridicidade e culpabilidade. Em artigo sobre Von Liszt, FRISCH (2017) traz a explicação de que o autor, de forma clara e precisa, descomplicou os preceitos até então organizados para o estudo da teoria do delito. Von Liszt tem como ponto de partida a ação. Para ele (...) a ação como *genus proximum*, que em continuação é determinada e delimitada através da *differentia specifica* [antijuridicidade, culpabilidade e cominação penal]¹³ (FRISCH; 2017 – tradução livre)¹⁴. Para Von Liszt, então, o delito era considerado como um ato culpável, contrário ao direito e sancionado com uma pena, ou seja, o ato era considerado como um processo causal, um movimento corpóreo que modificava o mundo exterior, bem como contrário ao direito. (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 257/258).

A partir deste novo método de estudo da teoria do delito, em que há a anteposição e o exame do problema de forma objetiva antes da análise da questão subjetiva, o sistema inaugurado por Von Liszt passou a desbancar os métodos até então existentes (FRISCH; 2017).

¹³ No original: “(...) la acción como *genus proximum*, que a continuación es determinada y delimitada a través de la *differentia specifica* [antijuridicidad, culpabilidad y conminación penal]” (FRISCH; 2017)

¹⁴ FRISCH (2017) salienta que, em um primeiro momento, o conceito de ação formulado por Von Liszt era amplo, sendo entendido como uma modificação do mundo exterior válido para todos os delitos. Posteriormente, ele altera este entendimento que a ação seria um movimento corporal voluntário que altera o mundo exterior tanto de forma comissiva como de forma omissiva

TAVARES (2019; p. 150), citando Luisi afirma que “em todas essas obras, entretanto, o tipo é compreendido em seu sentido amplo, como o próprio delito e não particularmente, como seu elemento fundamentador”.

MUÑOZ CONDE (2001; p. 259) nos relata que a ação, em decorrência do princípio da legalidade, deveria se adequar a uma descrição típica contida nas normas penais. Ressalta o autor que esta característica, meramente formal, mas importantíssima, reputa-se a *Beling* e foi chamada por ele de tipicidade.

A palavra tipicidade tem origem no vocábulo alemão *Tatbestand*, que se formou da junção de duas outras palavras: i) *Tat* – significado e ii) *Bestand* – existência. O seu significado, portanto, pode ser traduzido como um “ato que existiu no tempo e no espaço” (BRANDÃO; 2014, p. 39) . Prosseguindo na explicação das origens do termo *Tatbestand*, o autor nos informa que a primeira vez que este vocábulo apareceu foi no Ordenança Criminal da Prússia (1805) , mas como tradução da expressão latina *corpus delicti*, isto é, como a reunião de circunstância que fazem com que provavelmente um crime ocorreu, cujo sentido, nos seus primórdios, era eminentemente probatório (BRANDAO; 2014).

Apenas em 1871, com a elaboração de um Código Penal para toda a Alemanha que a palavra *Tatbestand* aparece associada ao conceito de crime, dissociando-o do seu conceito processual. Até então, o delito era definido como ação antijurídica e culpável e ameaçada com uma pena. Nos dizeres de Roxin (1997; p. 277), a tipicidade se escondia na expressão ameaçada com uma pena. No entanto, tal afirmação é bastante ampla, dificultando tanto ao cidadão, quanto ao intérprete, discernir sobre qual ação é ameaçada com uma pena.

Imputa-se a Von Beling não a criação do termo Tatbestand, mas sim a inserção dele na dogmática jurídica e, como, decorrência lógica do princípio da legalidade, como a relação de adequação entre uma conduta e um fato descrito na lei penal, conhecendo-se, a partir daí, a matéria de proibição.

JESCHECK (2002, p. 216) afirma que

Segundo Beling, o tipo é a síntese dos elementos dos quais deriva os quais o crime é tipicamente tratado: “A tipicidade ou adequação do tipo como qualidade da ação torna-se assim um elemento conceitual do crime” “”. Desta forma, o tipo alcançou uma posição dominante na estrutura do crime como ponto de referência para o julgamento da ilicitude e da culpa, tornando-se o mais importante suporte da função de garantia do Direito Penal. E assim, no início deste século, Beling formulou o conceito de crime plenamente desenvolvido nos seguintes termos: “O crime é a ação típica, ilícita e culposa sujeita a uma liminar adequada e sujeita às condições deste¹⁵ (JESCHECK; 2002; p. 216)

E continua

Segundo a teoria do tipo original, elaborada por Beling, o sentido do tipo criminoso se esgota na descrição da imagem externa de qualquer ação. Segundo essa concepção, o tipo ainda não diz nada sobre anrijuricidade, mas, ao contrário, é

¹⁵ No original: De acuerdo con *Beling* el tipo es la síntesis de los elementos de los que se deriva qué delito es tratado *típicamente*: "La tipicidad o adecuación al tipo como cualidad de la acción se convierte así en un elemento conceptual del delito" “”. De este modo, el tipo alcanzó una posición dominante en la estructura del delito como punto de referencia para el juicio de antijuricidad y culpabilidad, llegándose a configurar como el soporte más importante de la función de garantía de la Ley penal. Y así, a principios de este siglo *Beling* formulaba el *concepto de delito completamente desarrollado* en los siguientes términos: "El delito es la acción típica, antijurídica y culpable sometida a una conminación penal adecuada y sujeta a las condiciones de éste (JESCHECK; 2002; p. 216)

apenas objeto de um juízo de valor jurídico formulado conceitualmente que deve ser extraído das normas jurídicas como um todo - *idem*¹⁶ (JESCHEK; 2002; p. 216)

O tipo na construção levada a efeito por *Beling* era avalorado, neutro, ou seja, despido de elementos axiológicos ou dos elementos subjetivos (*dolo* e *culpa*) que, nesta altura da evolução da teoria do crime, ainda se encontravam na culpabilidade.

Portanto, o tipo penal, pela primeira vez, passa a existir em si mesmo, diferenciando-se das demais estruturas, até então reunidas sob a conceituação de figura delitiva. Para cada figura delitiva passa a corresponder um delito-tipo, ou seja, um paradigma objetivo de comportamento¹⁷

Portanto, a tipicidade pode ser considerada como uma das mais importantes consequências do princípio da legalidade, cuja função primordial, além da descritiva, é a função e a individualização das condutas humanas relevantes. Entre umas principais funções do tipo merece destaque a função de garantia, que pode ser resumido, na seguinte expressão: “somente os comportamentos a eles submissíveis podem ser penalmente sancionados”.

Ou, nos dizeres de BRANDÃO (2014, p. 45) que a construção da tipicidade, fruto do princípio da legalidade, nos revela a sua importância na construção do método da dogmática penal,

¹⁶ No original: De acuerdo con la teoría del tipo original, creada por *Beling* el sentido del tipo penal se agota en la descripción de la imagen exterior de una acción cualquiera. Según esta concepción, el tipo todavía no dice nada acerca de la anrijuricidad sino que, más bien, se trata sólo del objeto de un juicio de valor jurídico formulado conceptualmente que debe ser extraído de las normas jurídicas en su conjunto - *idem* (JESCHEK; 2002; p. 216)

¹⁷ SALVADOR NETTO (2006, p.55), citado por SILVEIRA (2010, p. 60)

pois, além de se inter-relacionar com os outros elementos do conceito crime, através dela, teremos conhecimento da matéria de proibição cuja consequência- a pena- será aplicada posteriormente de forma proporcional ao delito praticado, afastando-se, assim a irracionalidade vivida na fase pré-Iluminismo.

III – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resta claro, portanto, que com o surgimento do Iluminismo, o sistema de punição existente passou a ser questionado de forma contundente pelos seus adeptos. A partir do Iluminismo, o homem passou a ser a figura central de proteção, logo, a aplicação das penas não poderiam continuar daquela maneira, ou seja, de forma cruel e arbitrária. Era mais do que necessário que este paradigma fosse urgentemente modificado, passando-se a acreditar que tanto os delitos e as respectivas penas fossem proporcionais ao fato praticado.

E não apenas isso. Para justificar a criação do delito e da aplicação de pena foi elaborado todo um arcabouço filosófico sobre a criação do Estado, tendo como fundamento da teoria do contrato social, que possibilitou o desenvolvimento do princípio da legalidade tal qual conhecemos hoje.

Com o desenvolvimento do princípio da legalidade e, mais especificamente, da fórmula *nullum crimen nulla poena sine lege* que se possibilitou o desenvolvimento dos elementos que fazem parte do conceito de crime.

Por sua vez, verificou-se que para uma figura delitiva fosse considerada delito, era necessário eliminar-se desta análise estados anímicos. No entanto, foi apenas com Von Liszt que a ação ocupou lugar de importância, sendo analisada previamente à antijuridicidade e à culpabilidade, surgindo um primeiro conceito de delito que seria

um ato culpável, contrário ao direito e sancionado com uma pena, ou seja, o ato era considerado como um processo causal, um movimento corpóreo que modificava o mundo exterior, bem como contrário ao direito. No entanto, nesta fase o tipo, que ainda não tinha esse nome, era confundido com o próprio e não o seu elemento autônomo e independente, como o conhecemos atualmente.

Como visto a tipicidade era até então inexistente e foi pelas mãos de von Beling que ela se tornou um elemento conceitual do crime. Partindo do conceito de Tatbestand, von Beling, cujo seu significado original era de “ato que existiu no tempo e no espaço”, ligado, portanto, a um conceito processual, Von Beling o inseriu na dogmática jurídica como sendo a relação de adequação entre uma conduta e um fato descrito na lei penal.

Essa mudança operada por Von Beling que, a princípio, pode parecer simples, na verdade, demonstra um alto grau de refinamento e de importância que alterou todo o estudo da dogmática jurídico-penal e, através dela, podemos fazer o juízo de adequação entre uma conduta e um fato descrito na lei penal, conhecendo-se, a partir daí, a matéria de proibição, cuja consequência (pena) será aplicada posteriormente.

REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel Inácio. **História dos Pensamentos Criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, 3ª Reimpressão, novembro de 2019.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Torrieri Guimarães. V.48. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte geral, vol. 1, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRANDÃO, Cláudio. **Lições de história do direito canônico e história do direito em perspectiva**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal**. Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2014.

DAVIS, Angela. **Estarão as Prisões Obsoletas?**. Tradução de Marina Vargas. – 4ª ed. – Rio de Janeiro: Difel, 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir – Nascimento da Prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2014.

FRISCH, Wolfgang. Franz von Liszt – Obra e Influencia. In **InDret – Revista para el Análisis del derecho**. Barcelona, abril de 2017.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal - Parte General**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. Editorial Colmares: Granada, 2002

MELOSSI, Dario. PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica – As origens do Sistema Penitenciário (Seculos XVI – XIX)**. Trad. Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

MOLINA FERNANDEZ; Fernando. **Antijuridicidad Penal Y Sistema Del Delito**. Tese Doutoral. Universidade Autonoma de Madrid

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción Al Derecho Penal**. 2ª ed. Buenos Aires: BeDF, 2001

PENNA, Flávia Chaves Brandão; CASTILHO; Fernanda Pascoal Valle Bueno de. Do Humanismo à desumanização da Execução Penal. In **(Des)Construindo Argumentos Jurídicos**. José Mário Chaves (Org). Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2017, p. 77-96

PIRES, Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca. O princípio constitucional da legalidade da intervenção penal e da tipicidade penal:algumas questões acerca do direito penal secundário. In **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 10, n. 41, p. 103-125, abr./jun. 2011. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=89026. Acesso em: 16 fev. 2021.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal - Parte General - Tomo I Fundamentos. La Estructura De La Teoría Del Delito**. Traducción de la 1ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997

RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 4ª ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 3ª ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

YACOBUCCI, Guillermo J. **El Sentido de los principios penales: Su naturaleza y funciones en la argumentación penal**. Buenos Aires: Editoriál Abaco de Rodolfo De Palma, 1998

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Tratado De Derecho Penal Parte General - Tomo 1**. Buenos Aires: Ediar, 1998