

OBSERVAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL (*)

HELENO CLAUDIO FRAGOSO

Generalidades e antecedentes históricos

1. Nossa legislação penal é dominada pelo princípio que aparece inscrito no art. 1º de nosso Código: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Essa regra básica denomina-se *princípio da legalidade dos delitos e das penas ou princípio da reserva legal*, e representa importante conquista de índole política inscrita nas Constituições de todos os regimes democráticos e liberais.

No direito romano, ao tempo das *questiones perpetuae* estavam os magistrados adstritos à previsão legal anterior para os crimes e as penas a serem aplicadas, quanto aos *crimina publica (legitima, ordinaria)*. Tais crimes eram os previstos nas *leges Corneliae e Juliae*, constituindo o *ordo judiciorum publicorum*. Uma passagem de PAULO inserta no *Digesto*¹ estabelece: *poena non irrogatur, nisi quae quaque lege, vel quo alio jure specialiter huic delicto imposita est*². Esta regra, todavia deixou de prevalecer no direito posterior, com a instituição da *cognitio extraordinaria*, na qual se concedia grande arbítrio judicial, permitindo-se a punição como *crimina extraordinária* de fator reprováveis, por analogia (*ad exemplum legis* (d. 48.4.7 § 3). Passam a esta categoria, no último período, os crimes que constituíam o antigo direito penal privado³.

Na idade Média, seguindo-se o sistema romano da *cognitio extraordinária*, permitia-se amplamente o arbítrio judicial. Lembra MANZINI que o *podestá* de Verona, ao assumir seu posto, afirmava: *in criminalibus non sim adstrictus iudicare secundum leges, sed vel meo arbitrio definire possim*.

¹ D. 50.16.131, § 1º.

² Excetuava-se a repressão que se fazia através da *coercitio* dos magistrados, na qual havia livre poder. Cf. MOMMSEN, I, 64.

³ O sistema das *quaestiones perpetuae* permaneceu em vigor até o séc.III, mas desde o Principado de AUGUSTO (27 DC) começa a sofrer a concorrência de um processo mais conforme à nova Constituição do Estado (BONFANTE, *Histoire du Droit Romain*, 1928, vol. I, 475). Inicia-se o processo extraordinário (*cognitio extraordinem*), no qual era dispensada a acusação formal, procedendo de ofício os órgãos do Estado (senado, sob a presidência do cônsul, até à época de DIOCLECIANO, 283/300 DC, e, posteriormente, funcionários imperiais), com grande liberdade de forma e latitude na apreciação dos delitos e na imposição das penas. Surgem então os chamados crimes extraordinários.

Distingua-se então o *plenum arbitrium* do *arbitrium regulatum*⁴. Não faltaram, porém, praxistas que se opusessem ao arbítrio judicial. Assim, por exemplo, FARINACIO: *poena non imponitur per omni delicto, sed tantum pro eo, quod statuit esse delictum. Delictum non est ubi poena non cadit, etiam quod illicitum sit. Poena non habet locum nisi in casu a iure expresso. A Constitutio Criminalis Carolina* (1532) expressamente admitia a aplicação analógica (art.105)⁵, o que também se verifica com o *Codex júris bavarici criminalis*, de 1751 e a *Constitutio criminalis Thereziana*, de 1768 (art.104 § 1º).

Afirma-se que o mais seguro antecedente histórico do princípio da reserva legal, é a *Magna Carta*, imposta pelos barões ingleses ao rei João Sem Terra, em 1215. Em seu art.39, estabelecia ela que nenhum homem livre poderia ser submetido a pena *nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*. O que parece, no entanto, esse dispositivo não representa garantia de direito substantivo, mas apenas processual⁶.

Surge o princípio no direito moderno como fruto do direito natural e da filosofia política à época do Iluminismo, orientada no sentido de proscrever a insegurança do direito, o arbítrio e a prepotência dos julgadores na administração da justiça criminal. MONTESQUIEU, com a teoria da separação dos poderes, afirma que o juiz não pode, sem usurpação dos poderes que competem ao legislativo, estabelecer crimes e sanções⁷. Afirma-se, por outro lado, o princípio da obediência do juiz à letra da lei, com a proibição de interpretá-la⁸. As grandes linhas do direito natural, que remontavam ao século anterior, Já haviam firmado as bases políticas do princípio, ao estabelecer as relações entre a liberdade e a vínculo de dever imposto ao cidadão pela sociedade civil: deram os cidadãos ao Estado o direito de fixar os seu deveres através da lei. Enquanto a lei não é editada subsiste a liberdade natural⁹.

⁴ MANZINI, Trattato, de. 1951, I, 197.

⁵ VON HIPPEL, Deutsches Strafrecht, 1925, I, 177.

⁶ Nesse sentido, SCHOTTLÄNDER, *Die Geschichtliche Entwicklung des Satzes "nulla poena sine lege"*, *StrAbh. Heft* 132 (1911), 27. JIMENEZ DE ASUA, Tratado; II, 333, refere a existência de antecedentes do princípio, em época anterior, na legislação foral da península ibérica.

⁷ *L'esprit des lois*, 1748, liv.XI, cap.VI.

⁸ MONTESQUIEU, *L'esprit de lois*, liv.VI, cap.III; BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, § 4º e ROMAGNOSI, *Genesi*, § 559.

⁹ PUFFENDORF, *De iure naturae et gentium*, VIII, cap.III, § 11. KLEINHEYER, *Vom Wesen der Strafgesetze in der neueren Rechtsentwicklung, Recht und Staat, Heft*, 358 (1968), 15.

Expressamente foi o princípio da legalidade introduzido nos *Bill of Rights* e Constituições das colônias inglesas que se libertavam. Vamos encontrá-lo no *Bill of Rights* firmado em Filadélfia, em 1774. Na declaração de independência, aliás, alegava-se que o rei havia tornado os juízes dependentes exclusivamente de sua vontade. A proibição de leis *ex post facto* aparece na *Declaração de Direitos da Virgínia* (1776) e na Constituição de Maryland, do mesmo ano, segundo o qual, “leis com efeito retroativo, punindo fatos praticados antes da existência de tais leis, e somente por elas declarados criminosos, são opressivas, injustas e incompatíveis com a liberdade. Portanto, nenhuma lei *ex post facto* deve ser feita”. O art 1º sect. 9 da Constituição Americana estabelece que no *Bill of attainder or ex post facto law shall be passed*, proibição que se impõe aos estados, na secção 10 do mesmo artigo¹⁰.

A declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), em seu art.8 afirmava: *Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée*. O princípio foi consagrado no art.8 da Constituição francesa de 1791.

Na legislação penal, o princípio aparece pela primeira vez na Europa em 1787, com a codificação penal de JOSÉ II, da Áustria¹¹. Surge também no *Allgemeine Landrecht* prussiano, de 1794 (§ 9, 11, 20) e no Código penal francês de 1810 (art.4º), difundindo-se então amplamente.

2. No Brasil, acolheram-no todas as nossas cartas constitucionais, a partir da Constituição de 1824, bem como todos os nossos códigos penais. O Código Criminal de 1830, em seu art.1º estabelecia que “não haverá crime, ou delito (palavras sinônimas neste código), sem uma lei anterior, que o qualifique”. E, no art.33, que “nenhum crime será punido com penas que não estejam estabelecidas nas leis, nem como mais, ou menos, daquelas que estiverem decretadas para punir o crime no grau máximo, médio ou mínimo, salvo o caso em que aos juízes se permitir arbítrio”.

O Código de 1890, em seu art.1º assim dispunha: “Ninguém poderá ser punido por fato que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas. A interpretação extensiva,

¹⁰ *Bill of attainder* é o ato legislativo através do qual se impõe pena sem processo judicial. Veja-se HAMILTON, *The Federalist*, nº 84.

¹¹ Recolhendo a influência da obra de BECCARIA. Na introdução desse Código (*Allgemeines Gesetz über Verbrechen unl derselben Bestrafung*) se fez que é ele editado para com sua aplicação afastar todo arbítrio.

por analogia ou paridade não é admissível para qualificar crimes ou aplicar-lhes penas”. O Código que entrará em vigor no próximo ano reproduz praticamente a fórmula do diploma vigente, enunciando o princípio de forma unitária. A Constituição atual o prevê em seu art.153, § 16.

3. O princípio da legalidade é hoje universalmente reconhecido em seu sentido básico de garantia essencial do cidadão em face do poder punitivo do Estado, determinando com segurança a esfera da ilicitude penal. A Declaração Universal dos Direitos e Deveres do Homem (art.XI, 2) e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (ar.XXV) o consagram, o mesmo ocorrendo com a Convenção Européia para a proteção dos direitos humanos e as liberdades fundamentais, de 1950 (art.7, I, 1), que é direito positivo em numerosos países.

Constitui o *nullum crimen, nulla poena sine lege* exigência de segurança jurídica e da liberdade individual e seu desaparecimento nas legislações dos países integrados em nossa cultura jurídica ocidental fundada no Estado de Direito, é puramente episódica.

No direito penal soviético, o princípio da reserva legal foi suprimido desde os Princípios básicos, de 1919. Nos últimos tempos, no entanto, já se vinha afirmando a exigência de considerar o crime não só como ação socialmente perigosa, como é típico do direito soviético, mas também como ação antijurídica. Com os novos *Princípios Gerais*, que surgiram em 1958, após o famoso XX Congresso do Partido Comunista, essa tendência saiu vitoriosa, formulando-se um conceito de crime que requer a previsão legal. Tal critério foi seguido pelo novo Código Penal da República Socialista Federativa Soviética Russa de 1960, em seu art.7º¹². O princípio da reserva legal está, pois, incorporado ao direito soviético.

Na Alemanha nazista, o § 2º do Código Penal alemão foi alterado em 1935, para permitir o emprego da analogia, sempre que o fato não expressamente previsto merecesse punição, “segundo os princípios fundamentais do direito penal” e “ò são sentimento do povo”¹³. As forças de ocupação, em 30 de janeiro de 1946, revogaram o dispositivo.

¹² Cf. HELENO C.FRAGOSO, *Apontamentos sobre o conceito de crime no direito soviético*, Rev.Bras.Crim.Dir.Penal, nº 5 (1964), 67. Sobre a aplicação analógica dos Códigos de 1922 e 1926, cf. TOMASO NAPOLITANO, *Il nuovo codice penale soviético*, 1963, 77. Todos os países do bloco soviético seguiram a nova tendência, como sói acontecer.

¹³ Cf. sobre o assunto o excelente trabalho de NUVOLONE, *La riforma del § 2º del Codice Penale Tedesco*, no volume *Trent'Anni di Diritto e Procedura Penale*, I, 1969.

O Código Penal dinamarquês, de 1930, estabelece que um fato é punível não só quando é especificamente previsto pela lei, mas também quando é ‘inteiramente assimilável’ a determinada incriminação (§ 1º). Acolhe-se, assim, a analogia na identificação de crimes.

Como vimos, o princípio da reserva legal surge claramente, por razões históricas ligadas à independência americana, em alguns documentos políticos da maior importância no direito constitucional dos Estados Unidos. Tratava-se, nessa época, de proibir o efeito retroativo dado abusivamente às leis penais. Na Inglaterra, porém, não há qualquer disposição constitucional expressa proibindo a retroatividade, embora seja possível afirmar que o princípio da reserva legal se acha presente nas tradições de liberdade do povo inglês.

A lei escrita tem sido considerada no direito continental elemento de garantia indispensável, apresentando-se como única fonte de normas incriminadoras. Um tal entendimento não poderia vigorar no direito anglo-americano, que reconhece na *common law* fonte de normas penais. Embora alguns autores afirmem que o precedente do *case law* constitui garantia análoga à que proporciona a codificação¹⁴, não há dúvida de que, nesse sistema, há certa margem de insegurança, especialmente no que tange à cominação das penas. Por outro lado, a história do direito que se funda na *common law* demonstra que os tribunais exercem importante função, realizando constante desenvolvimento, realmente criador das normas jurídicas.

No direito inglês, o poder discricionário do juiz na aplicação da pena é imenso, sendo excluído apenas no caso de homicídio qualificado (*murder*). Em realidade, é possível afirmar com segurança que o princípio *nulla poena sine lege* não existe no direito penal inglês¹⁵. A proibição da analogia, porém, é amplamente reconhecida na doutrina e em numerosas decisões judiciais. A Escócia constitui exceção, pois lá os juízes tradicionalmente aplicam a lei penal por analogia.

Fundamento jurídico

4. O princípio da legalidade dos delitos e das penas surge como exigência de natureza política. A fórmula latina, no entanto, resultou dos princípios assentados por FEUERBACH, como consequência de sua teoria da coação psicológica. Toda inflicção de pena pressupõe uma lei penal (*Nulla poena*

¹⁴ JEROME HALL, *Principles of Criminal Law*, 1960, 46.

¹⁵ Sobre o assunto, em geral, cf. HELENO C.FRAGOSO, *Notas sobre o Direito Penal Anglo Americano*, *Rev.Bras.Crim.Dir.Penal*, nº 14 (1966), 117 e *Rev.For.*, 217.

sine lege). Somente a ameaça de um mal através da lei fundamenta a noção e a possibilidade jurídica da pena. A inflição de pena está condicionada à existência da ação ameaçada (*Nulla poena sine crimine*). Através da lei a pena ameaçada se liga ao fato como a pressuposto jurídico necessário. O fato legalmente ameaçado (o pressuposto legal) é condicionado através da pena legal (*Nullum crimen sine poena legali*). Através da lei o mal liga-se a determinada violação do direito como necessária consequência jurídica¹⁶. Formulava, assim, FEUERBACH, os princípios básicos do Direito Penal, que em caso algum admitiam exceção. Em nenhum caso pode haver crime ou pena sem prévia ameaça.

O princípio da reserva legal recebia, desta forma, fundamentação jurídica. Sob esse aspecto pode dizer-se que o princípio da legalidade é essencial à estrutura jurídica do crime e da pena no Estado de Direito. Não se pode obedecer ou violar senão ao que é previamente imposto. Como ensina SOLER, esse princípio, entendido em sua forma abstrata, ou seja, dando-se à palavra *lei* o sentido de *norma preestabelecida à ação que se julga delituosa*, é algo mais que mero acidente histórico ou garantia que hoje possa outorgar-se, ou não. Assume o caráter de verdadeiro princípio necessário para a construção de toda atividade punitiva, que hoje possa ser qualificada como jurídica e não como puro regime de força¹⁷.

Não se apresenta mais em nossos dias o direito de punir como poder absoluto do Estado sobre a pessoa do cidadão. O direito de punir constitui limitação jurídica ao poder punitivo do Estado, pois no Estado moderno o exercício da soberania está subordinado ao direito. Assim, o poder político penal de punir, originariamente absoluto e ilimitado, sendo juridicamente disciplinado e limitado, converte-se em *poder jurídico*, ou seja, em faculdade ou possibilidade jurídica de punir conforme ao direito¹⁸. Não se admite, em consequência, num sistema de direito, que o Estado imponha pena a ação que não tenha sido previamente incriminada.

Alcance do princípio

5. O art.1º de nosso Código Penal fixa a exigência de

¹⁶ FEUERBACH, *Lehrbuch* §§ 19 e 20. Cf. VON HIPPEL, ob.cit., I, 293 e ss.

¹⁷ SOLER, *Der.Pen.Argentino*, I, 123; NUVOLONE, *Le principe de la légalité et les principes de la defense sociale*, no volume *Trent'Anni*, cit. 260; G.B.DE MAURO, “*Nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali*”, *Riv.Penale*, vol.102 (1925), 298.

¹⁸ LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, 1; ROCCO, *Sul concetto Del diritto subiettivo di punire*, *Opere Giuridiche*, III, 193, 132 ss.

anterioridade da lei para a definição de crimes e a cominação de pena. A anterioridade de que aqui se cogita é relativa ao fato e não ao julgamento, como é óbvio. Nossa Constituição de 1934, aliás, fazia expressa referência à anterioridade ao fato: ‘Ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei *anterior ao fato*, e na forma por ela prescrita’ (art.113 § 26).

O princípio da reserva legal não se aplica às medidas de segurança (art.3º). Refere-se exclusivamente aos crimes e contravenções.

A expressão *lei* compreende todas as normas jurídico-penais editadas na forma prevista pela Constituição. Não apenas a lei em sentido formal, como ato elaborado pelo Poder Legislativo, como também os decretos-leis elaborados pelo Poder Executivo, nos casos em que a Constituição o admite (art.55)¹⁹.

O princípio da reserva legal tem hoje múltiplas funções, que analisaremos a seguir:

(a) Por força desta regra basilar, é inadmissível a *retroatividade* da lei penal. Historicamente, o princípio da reserva legal surgiu para proibir a retroatividade, como vimos. Não há crime nem pena sem lei anterior (*nullum crimen nulla poena sine lege previa*).

A proibição da retroatividade, de que aqui se cogita, refere-se a todas as características do fato, no conjunto de todas as normas jurídicas que o qualificam e estabelecem conseqüências para o mesmo. Assim sendo, uma alteração pejorativa de dispositivos da *Parte Geral* do Código Penal não pode dar lugar à aplicação com efeito retroativo, a menos que se refira a matéria processual. É bem de ver, no entanto, que a proibição da retroatividade somente se refere à lei e não às alterações da jurisprudência dos tribunais²⁰.

¹⁹ É perigosíssima a faculdade concedida ao Poder Executivo de editar decretos com força de lei em matéria penal, sobretudo quando se trata de regimes autoritários, como tem sido o caso do Brasil nos últimos tempos. De notar que o Presidente da República tem usado abusivamente dos poderes que a lei lhe confere, dando à expressão segurança nacional sentido inadmissível. Cf. HELENO C. FRAGOSO, *O novo Direito Penal Tributário e Econômico*, *Rev.Bras.Crim.Dir.Penal*, nº 12 (jan-março, 1966), 79. A Constituição francesa de 1958 reservou aos regulamentos baixados pelo executivo toda a matéria das contravenções penais. Cf. BRICOLA, *Limiti di operatività della regola “Nullum crimen nulla poena sine lege” nel Diritto Penale francese*, *L’indice penale*, nº 1 (1967), 22.

²⁰ SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 12ª ed., 58.

Na Alemanha nazista, encontramos exemplos de aplicação retroativa de lei penal, entre os quais, o da lei van der Lubbe, de 20 de março de 1933, que impôs a pena de morte aos incendiários do Reichstag²¹.

(b) Em segundo lugar, estabelece este princípio que não há crime nem pena sem lei escrita (*nullum crimen poena sine lege scripta*). Não é possível admitir a criação de crimes e penas pelo costume. Só a lei pode ser fonte de normas incriminadoras.

(c) Proíbe ainda o princípio da legalidade e emprego da analogia em relação às normas incriminadoras. Exclui-se assim a possibilidade de aplicação analógica das normas que definem crimes e estabelecem sanções, para abranger casos por elas não expressamente contemplados (*Nullum crimen nulla poena sine lege stricta*). O mesmo vale para as medidas de segurança. Não podem ser aplicadas por analogia.

A aplicação analógica compromete a segurança do indivíduo em face do poder punitivo do Estado, que o princípio visa garantir, como conquista democrática liberal. Exemplo de violação desse aspecto do princípio da reserva legal encontramos no decreto-lei nº 4166 baixado pela ditadura de Vargas, em 11 de março de 1942 (sobre indenização de danos de guerra), que expressamente autorizava o recurso à analogia (art.5 § 3º).

A analogia distingue-se da interpretação, porque constitui um processo da integração da ordem legal, e não meio de esclarecer o conteúdo da norma. Através da ordem legal, e não meio de esclarecer o conteúdo da norma.

²¹ MAURACH, Lehrbuch, § 12, II. O banimento de presos políticos, cuja saída do território nacional é imposta como condição do resgate de diplomatas seqüestrados, é medida repressiva de caráter político. Com esse sentido foi aplicado à família imperial, quando se proclamou a república. Em realidade, no entanto, constitui *pena* e como tal viola, a um tempo, o princípio da reserva legal e a Justiça, pois é aplicado sem prévia cominação legal a qualquer ato ilícito e recai contra os que não são os autores do malefício, e inclusive contra os que (no passado) expressamente se recusavam a deixar o território nacional. A aplicação do banimento, violando antigos preceitos constitucionais, tem por fundamento o Ato Institucional nº 13 e o respectivo Ato Complementar nº 64, de 5 de setembro de 1969 (cf.art.182 da Const.Federal), editados por um triunvirato militar que então exercia o poder. De notar que a imposição de pena sem julgamento reedita o sistema dos *bills of attainder* e das *lettres de cachet* do antigo regime, violando a regra do devido processo legal. A pena do banimento, prevista no antigo direito, nunca foi aplicada no Brasil (salvo o já citado caso da família imperial). É curioso assinalar que a Constituição de 1824 a previa (art.7º, § 3º) e o Código Criminal de 1830 (art.50) dela tratava, embora não estivesse cominada a qualquer crime. A Constituição de 1891 a aboliu expressamente (art. 72 § 20). Sobre as limitações da pena de banimento no direito romano, cf. MOMMSEN, *Droit Pénal Romain*, vol.III, pág.318. Vejam-se também as sempre eloqüentes palavras de BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XVIII.

Através da analogia aplica-se a lei a hipótese por ela não prevista, invocando-se, substancialmente, o chamado argumento *a pari ratione*. Há aplicação analógica quando a norma se estende a caso não previsto, mas semelhante, em relação ao qual existem as mesmas razões que fundamenta a disposição legal. A analogia distingue-se da interpretação extensiva, porque nesta não falta a vontade da lei, mas tão somente a expressão verbal que a ela corresponde. A aplicação analógica não encontra apoio na disposição da lei.

Uma antiga concepção, hoje desacreditada, distinguia entre a *analogia legis* (quando a aplicação analógica se faz tendo por base outra disposição legal que regula caso semelhante), e a *analogia juris* (quando se consideram os princípios gerais de direito ou os princípios gerais da ordem jurídica positiva). Como nota MANZINI²², esta distinção é confusa e inútil, sob todos os aspectos. Toda disposição particular está sempre em função do sistema jurídico geral.

A analogia é recurso indispensável, em face da existência de lacunas aparentes no direito positivo. No Direito Penal, todavia, sofre ela as limitações impostas pelo princípio da reserva legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), inscrito no art.1º de nosso Código vigente. Não é possível aplicar analogicamente a lei penal para criar novas figuras de delito ou para contemplar penas ou medidas de segurança que não estejam taxativamente previstas, ou para agravar a situação do réu (*analogia in malam partem*).

Em relação às demais normas é necessário distinguir. A analogia é admissível, em princípio, nos casos em que beneficia o réu (*analogia in bonam partem*), mas não pode ser acolhida em relação às normas excepcionais. Num sentido amplo são excepcionais todas as normas que constituem exceção a disposições gerais de outras ou a determinada norma. Nessa base alguns autores entendem que as normas que estabelecem as causas gerais de exclusão da ilicitude do fato (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito, etc), ou as causas gerais de exclusão da culpabilidade (inimputabilidade, erro de fato, obediência hierárquica, etc), são excepcionais e insuscetíveis de aplicação analógica. A doutrina dominante orienta-se, porém, corretamente, noutro sentido. Às normas eximentes de *caráter geral* nega-se a categoria de excepcionais. Esta é a perfeita lição de BETTIOL²³: ‘O intérprete deve examinar a *natureza da eximente*: se essa se limita a estabelecer pressupostos de aplicação e esfera de eficácia de uma norma de caráter geral, é essa também norma de caráter regular, e, não sendo norma incriminadora, deve ser passível de extensão analógica; se, ao contrário, representa uma verdadeira e própria interrupção na

²² MANZINI, ob.cit., I, 312.

²³ BETTIOL, *Diritto Penale*, 6ª ed., 117.

projeção lógica de uma normal penal, deve ser considerada de caráter excepcional, e, pois, limitada aos casos nela especificados”. É possível, assim, aplicar analogicamente as normas de caráter geral que excluem a ilicitude ou a culpabilidade, mas não as normas excepcionais em sentido restrito. Exemplo destas últimas, temos no art. 130 n.II do Cód.Penal que estabelece a impunibilidade do aborto, se a gravidez resulta de *estupro* (desde que o aborto seja praticado por médico e seja precedido do consentimento da gestante). Esta é norma excepcional. Não é possível aplicá-la analogicamente para abranger os casos em que a gravidez resulte de outro crime sexual (sedução, corrupção de menores, etc), embora tal aplicação viesse beneficiar o réu.

(d) Finalmente, atinge o princípio da legalidade a incriminação vaga e indeterminada de certos fatos, deixando incerta a esfera da licitude e comprometendo, dessa forma, a segurança jurídica do cidadão.

É este um aspecto novo do velho princípio, que pode ser formalmente observado, com a existência de uma lei prévia, mas violado na substância, com a indeterminação da conduta delituosa. Como ensina mestre SOLER²⁴, “à só existência de lei prévia não basta; esta lei deve reunir certos caracteres: deve ser concretamente definidora de uma ação, deve traçar uma figura cerrada em si mesma, por força da qual se conheça não somente qual é a conduta compreendida, senão também qual é a não compreendida”.

A incriminação vaga e indeterminada faz com que, em realidade, não haja lei definindo como delituosa certa conduta, pois entrega, em última análise, identificação do fato punível ao arbítrio do julgador.

A violação do princípio da reserva legal por essa via tem sido comum nos crimes políticos, remontando, como lembra SOLER, à definição do *crimen maiestatis* contida no Digesto; *maiestatis crimen illud est, quod adversus populum romanum vel adversus securitatem eius committitur* (D.48.4.11). O Código Penal Francês, de 1810 (reproduzindo praticamente o de 1791), punia, no art.76, com a pena de morte “quiconque aura pratiqué des machinations ou entretenu des intelligences avec les puissances étrangères ou leurs agents, pour les engager à commettre des hostilités ou à entreprendre la guerre contre la France ou pour leur en procurer les moyens, etc”. A completa indeterminação do conteúdo da conduta delituosa, definida em termos de maquinações ou de entendimentos, e o perigo que isso representa, transparecem com nitidez²⁵. Outros exemplos vamos encontrar em leis nazistas que incriminavam, ao tempo de

²⁴ SOLER, *La formulación actual del principio “nullum crimen”*, no volume *Fé en el Derecho*, 1956, 283. Veja-se também SOLER, I, 124.

²⁵ Cf. CHAVEAU-HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, II, 1861, 44; ITALO MEREU, *Storia del Diritto Penale nel 500*, 1964, 112/3.

guerra, “o rompimento da força defensiva do Estado” ou o comportamento danoso ao povo”. Em Cuba, a lei 425, de 9 de julho de 1959, que define os delitos contra-revolucionários, apresenta fórmulas ambíguas, como: “os que realizarem qualquer outra atividade considerada contra-revolucionária”; “os elementos contra-revolucionários de qualquer índole” ou “qualquer ato tendente a favorecer uma rebelião armada contra os poderes do Estado”, etc.²⁶.

Entre nós, o citado decreto-lei 4.166 incriminava genericamente “a ação ou omissão, dolosa ou culposa, de que resultar diminuição do patrimônio de súdito alemão, japonês ou italiano, ou tendente a fraudar os objetivos desta lei”.

O deplorável Decreto-lei nº 2, de 14 de janeiro de 1966, em seu art.3º, mandava aplicar a pena estabelecida no art.13 da lei 1802 a quem fizesse “oposição de quaisquer dificuldades ou embaraços à consecução dos objetivos do presente decreto-lei”²⁷. A vigente lei de segurança (dec. lei 898), pune, em seu art.23, quem “praticar atos destinados a provocar guerra revolucionária ou subversiva”, deixando completamente em aberto a definição legal da conduta incriminada e violando, sem dúvida alguma, o princípio da reserva legal.

A Constituição da República Federal da Alemanha, em seu art.103, expressamente proíbe ao legislador o estabelecimento de “leis penais imprecisas, cuja descrição típica seja de tal forma indeterminada, que possa dar lugar a dúvidas intoleráveis sobre o que seja ou não permitido ou proibido”. A Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina, entre os *Princípios Fundamentais* que fixou, em Santiago do Chile, em 1963, para “inspirar e orientar a elaboração das leis penais na América e sua ulterior aplicação”, inclui o seguinte: “As leis penais devem descrever fatos puníveis de maneira precisa e inequívoca, sem deixar dúvidas sobre sua proibição”²⁸.

Os elementos normativos do tipo, que enfraquecem sem dúvida, a função de garantia da lei penal, não atingem o princípio da legalidade²⁹. O mesmo

²⁶ Cf. *Cuba et la primauté du Droit, Commission Internationale de Juristes*, Genebra, 1963, 127. Em Cuba também o hábeas corpus está suspenso para os presos políticos.

²⁷ Cf. HELENO C.FRAGOSO, *O novo Direito Penal Tributário e Econômico*, cit., 80.

²⁸ O autor integrou a comissão que redigiu esses princípios, juntamente com os professores ALVARO BUNSTER e FRANCISCO LAPLAZA. Cf. *El Código Penal Tipo para Latino América, Instituto de Derecho Penal, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Rosário, 1968, 72.

²⁹ Cf. HELENO C.FRAGOSO, *Conduta Punível*, 1961, 138 e 207.

se diga com referência à cominação da pena entre amplos limites, e, inclusive, com a relativa indeterminação, característica comum nas legislações penais modernas.

6. No julgamento dos criminosos de guerra pelo tribunal militar de Nuremberg não se observou o princípio da reserva legal, fato que motivou severas críticas por parte de muitos juristas, que negaram àquela corte o caráter da justiça penal³⁰. Outros, no entanto, justificam tais julgamentos, em face das circunstâncias históricas³¹ ou negam que o princípio da legalidade prevaleça no Direito Internacional³².

(*) Artigo publicado na *Revista de Direito Penal*, n.º 1, jan-mar/1971

³⁰ MANZINI, ob.cit., I, 150; ASUA, ob.cit., II, 327.

³¹ QUINTANO RIPOLLES, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, 1955, 95 ss.

³² Nesse sentido pronunciaram-se GLASER e DONNEDIEU DE VABRES. Cf. também GERMANN, *Kommentar zum Schweizerisches Strafgesetzbuch*, 1953, 32.