

Tipicidade e Interpretação no Direito Penal¹

Suitability to the Type of Crime and Criminal Law Interpretation

Cláudio Brandão

Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil

Resumo: A tipicidade é a condição para que o método penal se desenvolva e possibilite, em face das exigências da Legalidade Penal, a avaliação dogmática da imposição de uma pena. Ocorre que pela necessidade do uso da linguagem para a realização desse juízo, desvela-se uma crise, que é falsamente tratada a partir de um silogismo. Nesse panorama, põe-se em relevo o papel do entimema no método penal, que possibilita a própria crítica do sistema de dogmática do crime e descortina os caminhos para a interpretação desse ramo do direito.

Palavras-chave: Silogismo. Entimema. Método Criminal.

Abstract: The suitability to the type of crime is the condition for the criminal method to develop and enable, in the way of the Criminal Legality, the evaluation of the dogmatic requirements for the imposition of a penalty. But the need of the use of language to achieve this criminal judgment reveals a crisis that is falsely treated as a syllogism. In this view, reveals the role of the enthymeme in the criminal method, which enables the critique of dogmatic system of crime and reveals the paths to the interpretation of this branch of law.

Keywords: Syllogism. Enthymeme. Criminal Method.

1 Introdução: a atualidade da questão da tipicidade penal

O direito penal pensa e raciocina por meio de tipos (SAUER, 1956). Para que algum fato ganhe relevância penal, por conseguinte, é necessário que ele esteja subsumido em um tipo; o que significa que o legislador torna pertinente ao direito penal uma conduta quando a materializa em uma lei (ASUA, 1945). Assim, sem a tipicidade, esvazia-se o conteúdo do direito penal, porque, para os postulados da sua dogmática,

¹ Recebido em: 06/09/2013

Revisado em: 11/10/2013

Aprovado em: 10/12/2013

[...] a rigorosa delimitação do tipo, que pretende significar univocamente quais ações são puníveis, e a fixação de um mínimo e um máximo, que deixa a individualização da pena muitas possibilidades, imprimem o selo do direito penal de nossa época. (MAYER, 2007, p. 39)

Porém a tipicidade, como juízo de correspondência entre a conduta realizada e o modelo de comportamento proibido pela lei penal, representa um importante aspecto da crise por que passa o direito penal hodierno.

De um lado o legislador, que prevê o modelo abstrato de conduta por meio da lei penal por ele elaborada, carece da técnica penal na elaboração das normas. No ordenamento jurídico brasileiro, os exemplos avultam. Traga-se à colação o seguinte tipo penal, capitulado no parágrafo único do artigo 4º da Lei n. 7.492/86: “Se a gestão é temerária: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos e multa”.

Ora, o tipo penal deve ser um modelo abstrato de um comportamento, logo deve individualizar a conduta proibida. O núcleo do tipo penal, como sabido, é sempre um verbo, que, conceitualmente, expressa uma conduta. Nessa hipótese, entretanto, o legislador se utilizou de um verbo de ligação, demonstrando uma total ausência de técnica. Com efeito, a alienação técnica do político atinge diretamente a tipicidade, no seu aspecto formal. De outro lado, o técnico, que aplica o direito penal, tende a não vislumbrar o conteúdo material do tipo penal, que é o bem jurídico. O método penal estabelece que se investigue a violação do bem jurídico, que é o conteúdo da tipicidade, para que se justifique a violência da pena. Porque a pena é uma forma de privação de direitos fundamentais, o técnico não deve ser um aplicador autista da forma, isto é, não deve ser politicamente alienado. Tal alienação política do técnico também põe em xeque a questão da tipicidade, em seu aspecto material. Para além dela, frequentemente se verifica a falta de preparo técnico do técnico, o que encerra uma *contraditio in terminis*.

Profunda, sobre esse tópico, é a reflexão de Zaffaroni (2005, p. 77): “[...] as mais perigosas combinações tem lugar entre fenômenos de alienação técnica de políticos com outros de alienação política dos técnicos,

pois geram um vazio que permite dar forma técnica a qualquer discurso político”.

Todavia, ainda que não houvesse a crise proveniente – e para além dela – da alienação técnica do político com a alienação técnica-política do técnico, um paradoxo foi desvelado desde a época da construção histórica deste importante conceito (desde o ano de 1915),

[...] as leis são comparáveis às fórmulas matemáticas, que contém uma incógnita variável, como a fórmula que indica a área do círculo. Quem quer aplicar a fórmula deve substituir a variável incógnita por um valor determinado. O mesmo sucede em nossas leis, quem quiser aplicá-las deve substituir o conteúdo incógnito e variável, por certezas. Isto acontece em muitos casos através da apreciação dos costumes sociais. (MAYER, 2007, p. 144)

A observação controlada da aplicação dos fatos jurídicos desnuda a ideia de que a tipicidade confira ao direito penal uniformidade na sua aplicação, isto porque as “certezas” extraídas da apreciação dos “costumes sociais” são tão numerosas quanto a cifra de aplicadores dos tipos penais. Assim, a tipicidade não confere a segurança jurídica defendida por muitos² como resultante dessa instituição; mas não reside aí, propriamente a crise do direito penal, porque nenhum instituto da dogmática jurídica confere essa pretensa segurança jurídica. A crise do direito penal se verifica a partir de duas ordens de situações que convergem na tipicidade: primeiramente, como dito, a má técnica do legislador, em segundo lugar, a falta de preparo técnico e político do aplicador:

- a) Com relação ao primeiro caso exemplificado, tomemos em conta o delito de Descaminho, delito previsto no artigo 334 do Código Penal. Há um evidente erro do legislador na formulação do tipo penal, o núcleo do tipo é iludir, que significa enganar, o complemento do núcleo é “[...] o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, saída ou consumo de mercadoria”. Com

² Por exemplo: Sauer, para quem o tipo “[...] constituye por eso también el presupuesto de la *seguridad jurídica*”. (SAUER, 1956, p. 114)

efeito, só é fatidicamente possível enganar um ser humano, por isso, o vocábulo verbal correto seria *ilidir*, que significa obstaculizar. Para se aplicar esse tipo penal, é necessário um “malabarismo” argumentativo, utilizando-se da retórica: não se ilude o objeto que está no tipo, mas se ilude o Fisco, quando se ilide o pagamento de direito ou tributo devido em face do ingresso de mercadoria estrangeira no país.

- b) Com relação ao segundo grupo de casos, veja-se um exemplo irrefutável. O núcleo do tipo de roubo, artigo 157 do Código Penal é subtrair. Assim, o roubo exige que o sujeito ativo tenha a iniciativa de pegar a *rés*. Se, por exemplo, o sujeito ativo obriga o sujeito passivo a entregar a coisa, utilizando-se de uma grave ameaça, o crime é o do artigo 158, isto é, extorsão³, porque toda subtração exige por definição que o agente apreenda a coisa (*aprehensio*) e tenha a posse desviada (*ablatio*). Ocorre que são inúmeras e reiteradas as decisões transitadas em julgado que tipificam tal delito como roubo⁴.

Desse modo, os exemplos mostram que a tipicidade não cumpre o seu papel na dogmática penal e, se ela é o elemento inaugural da doutrina do crime, a própria teoria do crime está corrompida e a aplicação do direito penal está eivada de contradições. Essa crise é o produto da alienação técnica do político com a alienação técnica-política do técnico.

³ O STF, ao conhecer de caso no qual essa alienação técnica ocorreu, não titubeou em reconhecer a nova definição jurídica ao fato: “PROCESSUAL PENAL. NOVA DEFINIÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. EXTORSÃO. PODE O JUIZ DAR NOVA DEFINIÇÃO JURÍDICA DOS FATOS CONSTANTES DA DENÚNCIA. *NARRA MIHI FACTUM DADO TIBI IUS*. SE PARA OBTER VANTAGEM ECONÔMICA, ALGUÉM CONSTRANGE OUTREM A FAZER, TOLERAR OU DEIXAR DE FAZER ALGUMA COISA, CONFIGURA-SE A EXTORSÃO, E NÃO O ROUBO”. RHC 63411/AP. Rel. Carlos Madeira.

⁴ Note-se que o STF, no inteiro teor da decisão referida na nota sétima, mostra o critério diferenciador dos dois crimes: na extorsão a própria vítima se despoja da coisa em favor do agente, não havendo, portanto, a subtração.

2 A Tipicidade como Elo da Sucessão de Métodos do Direito Penal

Note-se que direito penal tem como característica diferenciadora a sua consequência, isto é, a pena, prevista no tipo como uma resultante da conduta proibida (ORDEIG, 1999). De regra, portanto, esse ramo do direito não constitui institutos jurídicos, mas sanciona por meio da pena as violações reputadas como mais graves às instituições construídas pelos outros ramos do direito. Destarte, saberemos se uma norma tem natureza penal se ela estiver relacionada àquela consequência, enfatize-se, a pena. Por isso, Tobias Barreto afirmou que “[...] o centro de gravidade do direito penal está na pena”. (BARRETO, 1991, p. 110)

A importância desse primeiro alerta reside no fato de que toda consequência penal é uma manifestação de violência. Não se pode, portanto, separar o conceito de direito penal do conceito de violência. É pelo fato de o direito penal ter em si a violência que os esforços para limitá-lo representaram um marco que tem por escopo dar legitimidade àquela violência, a partir de sua justificação. Nesse panorama, construiu-se a partir do século XIX uma dogmática, que fornece critérios para limitar a imposição da violência da consequência penal.

A dogmática penal é sustentada através de três grandes pilares: a teoria da pena, a teoria do crime e a teoria da lei penal. A teoria do crime, entretanto, é a que mais se desenvolveu com vistas a conferir cientificidade ao direito penal. Como dizia Tobias Barreto, a razão da pena está no crime.

A teoria do crime confere cientificidade para o direito penal porque ela representa um método⁵. Com efeito, cabe à teoria do crime constituir um arcabouço conceitual para que a ação seja convertida em delito, portanto, ao estabelecer esquemas conceituais necessários para a qualificação do comportamento (como um crime), ela é um método.

Porém, o método da teoria do crime não esgota o direito penal. É que a consequência (pena), que necessita logicamente de uma causa (crime) é conceitualmente distinta da sua causa. Assim, é necessário um

⁵ Por método entende-se “[...] um conjunto de princípios de avaliação das evidências, cânones para julgar a adequação das explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses”. (FERRAZ JÚNIOR, 1991, p. 11)

método diverso para a aplicação da pena, que será o método limitador da violência aplicada a um sujeito por esse ramo do direito. Esse segundo método traduzirá a aplicação concreta do tipo penal, o qual traz a descrição do comportamento proibido associado a uma pena, em uma sentença.

Nesse panorama, é possível sintetizar o exposto afirmando que o direito penal é aplicado em face da sucessão de dois métodos: 1º) a conformação da ação com a teoria do crime, transformando-a em delito; e 2º) os critérios conformadores da imposição da consequência do crime, isto é, a pena. Podemos simplificar a definição deste segundo método apontando a sua essência, a aplicação ou o afastamento de um tipo penal do caso concreto pela jurisdição, já que o tipo penal contém tanto a definição do crime quanto a pena cominada a ele.

Para a compreensão da tipicidade em face desses dois métodos, é indispensável a colocação histórica da própria formação da dogmática penal. Por paradoxal que aparente, a tipicidade, que é o elemento que inicia a dogmática em torno do crime, foi o último elemento a ser construído.

O mais importante germen da dogmática penal atual reside nas construções romanas acerca do Direito. A grande maioria dos crimes previstos no nosso Código Penal foi produto da atividade criativa dos pretores, que eram os juízes romanos, não das leis romanas. Com efeito, o direito penal público romano teve início com a Lei Valéria⁶, mas, mesmo depois dela,

[...] o arbítrio (*Willkür*) dos magistrados não é eliminado; ainda agora poderia o magistrado, tanto quanto pelo direito da guerra, ou por outra parte pelo direito de coerção que lhe é oferecido, sem delito fixado, sem processo fixado, sem a medida da pena fixada, punir só pelo seu julgamento. (MOMMSEN, 1899, p. 14)⁷

⁶ Mommsen (1899, p. 56) diz categoricamente que “[...] o direito penal público começou com a Lei Valéria”. Tradução livre de: “Das römische öffentliche Strafrecht beginnt mit dem valerischen Gesetz”.

⁷ Tradução livre de: “Die Magistratische Willkür ist keineswegs beseitigt; auch jetzt kann der Magistrat, soweit einerseits das Kriegerrecht, andererseits städtliche Coercition reichen, ohne festes Delict, ohne festen Prozess, ohne festes Strafmass nach Ermessen ahnden”. No mesmo sentido: “[...] il piu antico ordine penale romano è l’ampiezza data

Com efeito, pode-se exemplificar essa assertiva a partir de inúmeros delitos, como é o caso da apropriação indébita do funcionário público romano, que era a *depeculatus*, a qual corresponde ao crime hodierno de peculato; no mesmo sentido, a fraude, como forma de aquisição patrimonial ilícita, gerou o delito de *stellionatus*, que provém de *stellio* (cama-leão), correspondente ao nosso estelionato. Alguns crimes que não foram gestados no Direito Romano, como é o caso da maioria dos crimes contra a pessoa, tiveram sua origem no Direito Canônico, inaugurado no século XIII.

Isso posto, de forma não planejada, é possível começar a construção dos conceitos penais a partir dos crimes em espécie, isto é, a parte especial do Direito Penal.

Contudo, se é verdade que a parte especial surge de forma espontânea, também é verdade que a parte geral surge de forma deliberada.

No século XVI, época final dos pós-glosadores, período do chamado *mos italicus tardio*, Tiberius Deciano, com base em Aristóteles, busca responder à seguinte pergunta: quais são as causas primeiras do crime? Com efeito, tanto na Metafísica quanto na Lógica, Aristóteles indaga quais são as causas primeiras e quais são os princípios primeiros do Ser. Quanto às causas são quatro: formal, material, eficiente e final. Assim, a tarefa de Deciano era desvendar qual era a causa material do crime, qual era a causa formal do crime, a final e a eficiente. Da resposta a essas quatro perguntas surge o *Tractatus Criminalis* e inaugura-se a busca das características comuns a todos os tipos penais: o embrião da parte geral do direito penal. (BRANDÃO, 2005)

Somente depois da construção das partes geral e especial do direito penal surge a questão política da necessidade da limitação ao poder de punir do Estado, no final do século XVIII, com a obra de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, que propõe o princípio da legalidade. A sistematização jurídica desse princípio se dará, entretanto, com Anselm von Feuerbach, em 1801, com a sua teoria da coação psicológica.

al potere discrezionale di punizione dei magistrati, considerata coercitio". (GIOFFREDI, 1970, p. 14)

Pois bem, no século XIX, após a formulação do princípio da legalidade, desenvolvem-se os estudos sobre a antijuridicidade, com Merkel e von Liszt, e com base na *imputatio* romana, inicia-se a teorização da culpabilidade, pois é no próprio século XIX que a palavra latina *imputatio* é traduzida para o alemão *schuld*, que quer dizer culpabilidade.

O conceito de tipicidade é o último a ser aventado, que surge apenas como um elemento do crime no início do século XX, mais precisamente em 1906, por meio da obra de Ernst von Beling. Paradoxalmente, é ele o primeiro elemento da dogmática, que possibilita a existência dos demais.

O conceito de tipicidade, assim, aparece como uma construção conceitual que surge apenas após o sistema dogmático ter desenvolvido todos os demais elementos do crime.

A tipicidade penal tem lugar nos dois métodos do direito penal, sendo o conceito fundante do direito penal. A um só tempo serve a tipicidade como elemento que dá relevância conceitual ao comportamento no âmbito penal, com referência ao primeiro dos métodos: a teoria do crime. Mas funciona também a tipicidade como limite negativo e positivo do entimema, que será a forma de apresentação do segundo método, utilizado para a aplicação concreta do tipo penal – ou para afastá-lo – em uma sentença.

3 Contornos da Definição e do Alcance da Tipicidade Penal

A tipicidade é um conceito-chave para o direito penal. É relevante realçar que ela não desenvolve um papel meramente formal, mas, ao contrário, a tipicidade é o suporte através do qual o direito penal se apoia para a construção de um caminho para o conhecimento da proibição; e, é aí que se assenta a sua fundamental importância, pois ela também revelará o conteúdo dessa proibição, isto é, a sua substância.

A questão da relação de correspondência que se verifica entre uma ação que se deu historicamente no espaço e no tempo e a imagem conceitual expressada, sob a ameaça de uma pena, em uma lei – que é a tipicidade – possibilita o conhecimento do que é proibido pelo direito penal. Ela é apontada como o primeiro elemento para que uma conduta se converta

em um crime. Isso posto, a tipicidade é a primeira condição a ser satisfeita para que o método penal possa dar relevância a um acontecimento humano e, via de consequência, para que uma pena possa ser aplicada.

Para a compreensão vertical desse conceito, é indispensável considerar que ele foi formulado no esteio do vocábulo *Tatbestand*. O substantivo masculino da língua alemã *Tatbestand*, provém da união de dois outros substantivos: a) o substantivo feminino *Tat*, que significa: ato; e b) o substantivo masculino *Bestand*, que significa: existência. Literalmente, pois, *Tatbestand* significa um ato que existiu no tempo e no espaço, isto é, um fato concreto produzido pelo homem que pode ser individualizado e conhecido.

Porém, a primeira dificuldade que se põe é que a tradução desse vocábulo não foi unívoca. Na Itália, por exemplo, as traduções da primeira metade do século XX tomaram o vocábulo alemão em questão (*Tatbestand*) por **fato**, veja-se, por exemplo, Petrocelli⁸ e Delitala⁹; na Argentina

⁸ Petrocelli utiliza-se do vocábulo *fato* para traduzir a palavra *Tatbestand* e, por isso, em sua obra, que também é da primeira metade do século XX, faz a seguinte distinção: o vocábulo *fato* tem um duplo sentido, de um lado um sentido profano, que o identifica com a ação, de outro um sentido técnico, que o identifica com o conceito que abrange os elementos objetivos do delito, sendo ele mesmo uma característica geral ao lado da antijuridicidade e da culpabilidade. *Verbis*: “Nell’esame analitico del reato, stabilita la opportunità di considerare distintamente l’antiquiridicità e la colpevolezza, Il termine fatti viene adoperato dala dotrina a indicare l’elemento oggetivo del reato, vale a dire l’insieme a tutto ciò che dall’agente é attuato nel mondo esterno e che é rilevante per Il diritto”. (PETROCELLI, 1950, p. 206)

⁹ Relevante realçar o que diz o autor: “El término ‘hecho’ es usado com mucha frecuencia por nuestra ley y nuestra doctrina. Así, se acostumbra afirmar que el dolo consiste en la voluntad del ‘hecho’, que las condiciones de punibilidad son elementos extrínsecos al ‘hecho’, etc. [...] Por eso, la primera y más difícil tarefa consiste en la definicion de ‘hecho’ y en la definicion de la línea de demarcación entre esa noción y otras nociones generales de nuestra ciência: antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad” (DELITALA, 2009, p. 51). Note-se a preocupação do autor, que escreve em 1930, em relacionar a tipicidade, chamada de “fato”, entre as características gerais do delito, ao lado daquelas já consolidadas na doutrina italiana da época, nomeadamente a antijuridicidade, a culpabilidade e a punibilidade.

Soler o traduziu por **delito-tipo**¹⁰, mas a tradução que se consolidou no Brasil foi a realizada na Espanha, por Luis Jiménez de Asúa, que traduziu livremente aquele referido vocábulo por **tipicidade**.

Sobre o tema, assim se expressa Jiménez de Asúa,

[...] permitam-nos que, não por obstinação, mas sim motivado por simplicidade, mantenhamos a tradução que faz tantos anos fizemos, denominada ‘tipicidade’ a característica do delito que se expressa no alemão com a voz do *Tatbestand*. (ASUA, 151, p. 657)

É de grande relevo ressaltar que o panorama histórico-legislativo do aparecimento desse vocábulo nos diz muito sobre ele mesmo. Por esse motivo, o ponto inicial da investigação se debruçará sobre o surgimento desta palavra e de suas respectivas consequências.

Foi o §133 da Ordenança Criminal da Prússia, de 1805, que se utilizou desse vocábulo pela primeira vez em uma norma alemã. Com efeito, ele foi empregado como a tradução da expressão latina *corpus delicti*. Destaca-se que, naquela Ordenança, a expressão latina vinha realçada entre parênteses, *verbis*: “O ato existente [*Tatbestand*] (*corpus delicti*) consiste em um conjunto daquelas circunstâncias que garantem ou fazem extremamente provável que um crime tenha sido cometido”.¹¹

Com efeito, se é certo que o direito romano formulou a noção de *corpus*, é também fato que essa noção se aplicava ao direito privado romano, não ao direito penal. Deve-se a Próspero Farinaccio (1554-1618), e não à tradição romana, a formulação procedimental do corpo de delito (DIAZ, 1965; STRATENWERT, 1982), que foi incorporado no processo

¹⁰ A tradução de Soler, da obra de Beling *Die Lehre vom Tatbestand* inicia-se assim: “Desde a aparición de mi obra ‘Doctrina del Delito’ (1906), el delito-tipo (*Tatbestand*) abstracto [...]”. (BELING, 1944, p. 3)

¹¹ Tradução livre: “Der *Tatbestand* (*corpus delicti*) besthet aun dem Inbegriffe derjenigen Umstände, die es gewiss oder doch höchst wahrscheinlich machen, dass ein Verbrechen begangen worden”.

penal inquisitorial (AMBOS, 2007), encetado a partir da Idade Média¹². Jacinto Coutinho esclarece que nesse tipo de sistema processual penal

[...] a gestão das provas, no processo, estava concentrada nas mãos do juiz e eles, jogando com elas (as provas do fato = premissa menor) e tomando por premissa maior a lei, podia chegar (como Pórcia chegou) à conclusão que quisesse. [...] Por sinal, o sistema inquisitório é genial não porque nasce no final do século XII (1199) e início do século XIII (1215, 1231, 1252 e 1254 são suas principais datas), no seio da Igreja Católica, como um mecanismo processual capaz de combater a heresia. Mais importante, sem dúvida, é usar o *modus pensandi* capaz de operacionalizar a estrutura, ou seja, a analítica aristotélica, só mais tarde consumada (com Tomás de Aquino: 1225-1274) como modo de pensar da própria civilização ocidental. (COUTINHO, 2008, p. 165)

Assim, pelo vocábulo *Tatbestand* surgir ligado ao procedimento inquisitorial e, em especial, ao conceito de *corpus delicti*, ele tinha um sentido eminentemente probatório. Na sua origem, pois, a palavra significava o conjunto de elementos materiais que corroboravam a existência do crime. Isso posto, há um grande distanciamento entre a concepção pretérita da palavra e seu significado atual, qual seja, a tipicidade.

É certo que a mais importante norma penal do século XIX, na Alemanha, foi o primeiro código penal do império. Com a unificação do império alemão, que se deu com a proclamação de Guilherme da Prússia como primeiro imperador, em janeiro de 1871, um dos primeiros atos dos novéis detentores do poder político foi a elaboração de um código penal

¹² Batista afirma que “[...] o procedimento inquisitório tinha como ponto de partida a simples notícia do fato delituoso que, através do clamor público e da fama, chegasse aos ouvidos do juiz (*per clamorem et famam da aures superioris pervenerit*). Restrito inicialmente a alguns delitos mais graves (por exemplo, assassinato e heresia), gradualmente ampliou seu campo de aplicação. [...]. No procedimento inquisitório, a figura do acusador está fundida com a do juiz e o resultado é uma grande tolerância desse juiz-acusador para com as formas procedimentais exploradas pelo acusador-juiz. Deve-se a Inocêncio III uma apurada regulamentação do procedimento inquisitório, cuja referência central é o IV Concílio de Latrão, em 1215, através da bula *Ad extirpanda*”. (BATISTA, 2000, p. 234)

para toda Alemanha. Dito código penal do império (*Reichsstrafgesetzbuch*) foi anunciado em 15 de maio de 1871 e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1872. Pois bem, naquele código no §59, que tratava do instituto do erro, encontrava-se a expressão aqui investigada: *Tatbestand*. *In verbis*: “1. Quando alguém pratica uma ação apenada ignorando as circunstâncias de fato pertencentes ao ato existente (*Tatbestand*) legal, ou que aumentam a pena, essas circunstâncias não se lhes imputa.”¹³

Com a adjetivação da palavra *Tatbestand* pelo vocábulo legal, há uma guinada no seu sentido: está-se, agora, a falar em um ato que existe em uma previsão legal. Portanto, o código penal imperial alemão aproxima o termo em análise do direito penal, afastando-o, por conseguinte, do sentido processual original. A partir dessa adjetivação, goza de pleno sentido a tradução livre proposta por Jiménez de Asúa, que reconhece nesse termo um conteúdo de direito material, denominando-o de tipicidade.

Deveu-se a Ernst von Beling a inserção da tipicidade como um elemento da teoria do delito, mas não se deveu a ele a criação desse termo em si. Entretanto, tributa-se a Beling a mudança do seu significado e conteúdo, para lhe emprestar uma função na dogmática do crime. Dita função decorre do princípio da legalidade e se traduz em uma relação de adequação entre a conduta e a própria lei penal. Por ela, extrai-se o conhecimento do que é proibido e, portanto, do que é relevante para o direito penal.

Com efeito, é do conhecimento da proibição, em potência, oriundo do tipo penal, que decorrem três pontos: 1º) a tipicidade é condição para que conceitos que compõem a teoria do crime sejam desenvolvidos, já que eles só podem ser estabelecidos se previamente a tipicidade estiver concretizada. Assim, a tipicidade tem um significado sistêmico no direito penal, pois, como condição, ela se inter-relaciona com os demais elementos do crime; 2º) a ação, que é a ligação entre as instituições penais do delito, é descrita no tipo; e 3º) o tipo penal encerra o desvalor inicial sob o qual o direito penal materialmente se assenta, porque é a partir do tipo penal que se desvela o bem jurídico.

¹³ Tradução livre de: “Wenn jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte, welche zum **gesetzlichen Tatbestand** gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen“.

4 Fundamento Constitucional do Método Penal: o princípio da legalidade e a tipicidade

A dogmática penal e, em particular, a teoria do crime – que, como visto, tem na tipicidade o seu primeiro elemento, seguindo-se posteriormente a antijuridicidade e a culpabilidade – representam em si uma limitação ao *jus puniendi*¹⁴. Se o direito penal de um Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, a pena, depende da referida teoria do crime para ser aplicado, o que não estiver em conformidade com o estabelecido por ela estará logicamente afastado daquele ramo do direito. Nesse sentido, a teoria do crime, ao estabelecer critérios para a identificação do que é delito e, por conseguinte, para a imputação de sua consequência, a pena, representa um método, pois funciona como o “caminho” para se chegar ao seu conceito.

Desse modo, a teoria do crime, como método penal, reveste de cientificidade o *jus puniendi*, pois dá para ele critérios que têm por escopo explicar e racionalizar aquele poder, ao passo que o limita: tudo o que não se amoldar nos critérios da teoria do crime não poderá ser objeto de punição por parte do Estado.

¹⁴ A doutrina penal apoia-se com muita frequência na dicotomia *jus poenali e jus puniendi*, para significar que enquanto o primeiro é o Direito Penal em sentido objetivo, isto é, o conjunto de normas que conformam o direito penal, o segundo é o direito penal em sentido subjetivo, isto é, o direito subjetivo de punir do Estado. Polaino Navarrete, por exemplo, diz-nos que: “Ambas perspectivas (objetiva y subjetiva) son criterios complementarios de definición del Derecho Penal: junto al jus poenale surge, conceptualmente, el jus puniendi. Por ello, sólo el binomio jus poenale/jus puniendi configura el Derecho penal en su conjunto.” (POLAINO NAVARRETE, 2004, p. 304). Muito se discute na doutrina sobre a questão da legitimidade do *jus puniendi* no sentido de haver o Direito do Estado em punir alguém. Todavia, bastante atual é a lição de Tobias Barreto, segundo a qual essa questão é esvaziada, pois a pena é a manifestação de um *ato de poder*. Segundo ele: “[...] o centro de gravidade do direito criminal está na pena, como o do direito civil está na execução. Ora, ainda não se buscou saber qual a razão filosófica do direito de exequir; para que buscá-la para o direito de punir? De todas as bolhas de sabão metafísicas é talvez essa a mais fútil, a que mais facilmente se dissolve ao sopro da crítica”. (BARRETO, 1991, p. 110)

A limitação ao poder de punir será uma característica marcante não somente do direito penal liberal, mas do próprio conceito de Estado Democrático de Direito, todavia, na seara penal, foi a dita limitação que deu possibilidade de desenvolvimento aos elementos que compõem a dogmática do delito, os quais são critérios que limitam a intervenção penal, isto é, a manifestação do *jus puniendi*.

Bettiol (1986) propõe que toda a história penal pode ser dividida em apenas duas fases: o período do terror e o período liberal. Por período liberal não se entende um conjunto homogêneo de doutrinas, mas, muito ao contrário, um período que possui doutrinas contrastantes entre si, mas que são unidas por um elemento comum: a limitação ao poder de punir. Essa afirmação simplifica a questão, sobretudo se considerar que desde os primeiros rudimentos de sociedade há a presença do poder penal, que acompanha o homem desde os tempos das sociedades simples e que o período liberal somente foi iniciado há pouco mais de 200 anos, com a construção do princípio da legalidade. Como adverte Ana Lúcia Sabadell (2006, p. 26),

[...] a idéia de constante evolução rumo ao ‘melhor’ é um legado do iluminismo jurídico, que efetua uma contraposição entre o direito ‘bárbaro e obscurantista’ da época medieval e o direito ‘racional e esclarecido’ que, tendo como fundamento o contrato social, deveria estabelecer regras gerais e racionais, garantir direitos e respeitar a dignidade humana. [...] Como é possível aplicar a uma sociedade estamental, fundada na religião cristã, com seus conceitos hierárquicos e comunitaristas, idéias que começaram a ser formuladas em paralelo ao desenvolvimento do sistema capitalista? Seria como criticar um médico por não administrar um remédio que ainda não foi descoberto!

Todavia, em que pese a história das ideias penais registrar períodos de marchas e de contramarchas em prol da humanização penal, o princípio da legalidade marca o início do direito penal científico porque somente a partir dele pode-se falar em aplicação limitada desse ramo do direito (CHAVES, 1958), por parte dos detentores do poder político. Ele é a máxima expressão dessa dita limitação, por isso é regra de sede cons-

titucional¹⁵, sendo o fundamento de toda dogmática do crime e da pena. Traga-se, aqui, a lição de Palazzo (1998, p. 154):

[...] a verdadeira garantia do princípio do Estado de Direito, que no campo penal encontra sua máxima expressão na legalidade dos delitos e das penas, é totalmente política. Ela reside em primeiro lugar em impedir que a pena, ou melhor dito, a pena penal, seja utilizada na contingência da luta política e segundo a mudança das situações, como instrumento de opressão sobre os adversários.

É preciso destacar, parafraseando Pedro Barbas Homem (2006), que o princípio da legalidade transcende o direito penal para significar uma limitação ao próprio poder do Estado em geral, que é engendrado em face de uma conjugação de fatores, mas a legalidade é o primeiro dele.

É dessa referida limitação que se origina o método penal e se dá a ele *status* constitucional. Outrossim, a cientificidade do direito penal – e, de resto, também de qualquer parte da enciclopédia do conhecimento – é decorrente da existência de um método, o qual investigue o seu correspondente objeto. Portanto, é o princípio da legalidade que torna o direito penal suscetível de limitações, representando ele a condição para o desenvolvimento do direito penal científico, isto é, a condição para o desenvolvimento dos elementos que integram a dogmática penal. (BRANDÃO, 2005)

¹⁵ O princípio da legalidade é o marco da constitucionalização do direito penal. A partir da investigação no conteúdo textual das constituições escritas dos Estados Democráticos de Direito, tem-se que a presença do dito princípio é uma constante, que visa evitar que o poder de punir sirva como um instrumento ilimitado à disposição dos detentores do poder político estatal, prevenindo, assim, o abuso da violência penal. Nesse sentido, veja-se Schimidt, que defende essa constitucionalização a partir da caracterização formal e material da legalidade: “Se desejarmos prevenir os abusos estatolátricos de outrora, mister se faz o desenvolvimento de um sistema político de limitação do Estado que vai muito além do simples aspecto formal da atividade política. Agora, não se vincula o Estado somente pela forma do Direito posto, mas, além disso, pelo conteúdo de um Direito intransponível e irrenunciável: o Ordenamento Constitucional”. (SCHIMIDT, 2001, p. 373)

Observa-se que a teoria da antijuridicidade foi desenvolvida a partir do século XIX, quando Adolf Merkel reuniu elementos para uma teorização geral acerca das causas de justificação, portanto, depois de formulada a concepção jurídica da legalidade esboçada por Anselm von Feuerbach¹⁶. A culpabilidade, que tem sua nomenclatura afirmada a partir do século XIX, com a tradução da palavra latina *imputatio* para o alemão *Schuld*, só no século XX, mais especificamente a partir de 1907, tem seu conceito científico delineado, a partir da obra de Frank. A tipicidade, o último elemento da teoria do crime a ser delimitado, conforme visto, tem sua definição construída a partir de 1906, com a obra de Beling.

Os elementos que compõem o conceito tripartido de crime, portanto, somente foram engendrados a partir da elaboração do *Nullum crimen nulla pena sine lege*, que é o princípio fundante da dogmática penal.

Para a epistemologia penal, esse dado é deveras significativo. Para que o direito penal tivesse *status* de ciência foi necessário desenvolver as características da conduta que dessem a ela a pertinência na esfera penal, por isso, é a teoria do crime a chave epistemológica da dogmática penal científica (BRANDÃO, 2007). Com efeito, a teoria do crime tem um desenvolvimento muito maior, na referida dogmática, do que as teorias da pena e da lei penal, embora estas duas últimas, junto com a primeira, formem o sistema do direito penal científico.

Nessa toada, o método penal precisa conformar diretamente a teoria do crime, por ser ela a mais desenvolvida no âmbito da multirreferida dogmática penal. O que significa que o método penal deve condicionar a interpretação dos elementos que formam aquela teoria do crime, de modo que as características da conduta penalmente relevante sejam tratadas por meio de um “caminho”; o qual o torne um objeto do conhecimento tratável em face de um padrão de enunciados que possibilitem realizar sobre

¹⁶ Para Feuerbach toda pena dentro do Estado é a consequência de uma lesão jurídica, fundamentada na preservação do Direito, e de uma lei que comine um mal sensível. Disso decorrem os seguintes princípios: primeiro – toda imposição de pena pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lege*); segundo – a imposição de uma pena é condicionada à existência de uma ação incriminada (*nulla poena sine crimen*); terceiro, o mal da pena, como consequência necessária, será vinculado à existência de uma lesão jurídica determinada (*nullum crimen sine poena legali*). (FEUERBACH, 1989, p. 63)

ele a argumentação racional, de modo a explicar e legitimar a consequência penal, isto é, a pena.

Pois tanto o método penal quanto os elementos da teoria do crime são derivados do princípio da legalidade, existe uma coerência inicial que os harmoniza e os sistematiza, que se embasa em suas origens comuns. É dessa origem comum que decorrerá uma explicação importante, pois possibilita a fundamentação inicial do método em sua época histórica: o papel propulsor do iluminismo penal como fundamentação da elaboração do princípio da legalidade.

Com efeito, a dogmática penal é muito devedora do dito iluminismo penal. Muitos, inclusive, atribuem a Cesare Bonesana, o marquês de Beccaria, a paternidade do princípio da legalidade, já que em sua obra *Dos delitos e das penas*, Beccaria propõe a limitação ao *jus puniendi* e o primeiro dos princípios apresentados por ele é o princípio da legalidade¹⁷, ali fundamentado na filosofia social do contratualismo, pois a lei seria a legítima expressão do contrato social e, assim, só ela poderia emitir os comandos penais. A legalidade, portanto, é a primeira e mais importante limitação ao poder de punir do Estado. Porém, o princípio da legalidade em Beccaria não está fundamentado a partir da dogmática penal, pois sua obra é um tratado de filosofia política. Por esse motivo, Beccaria alerta a repercussão política de suas ideias, pois, em suas palavras, os déspotas subalternos, que se assentam sob o peso de suas tiranias, não assimilarão a proposta limitação ao poder de punir advinda a partir do princípio da legalidade.

No iluminismo penal, apontava-se que a lei era o instrumento que possibilitava o corte entre duas realidades politicamente opostas: o terror penal e o direito penal liberal. Na primeira realidade não havia limite ao

¹⁷ Segundo Florian (1910, p. 32): “Fino ai tempo de Beccaria nell’ordine pratico avevano avuto sfrenato dominio abusi d’ogni genere: la tortura, l’arbitrio del giudice, la desigualanza più atroce. Nell’ordine teorico pretendevasi ricondurre la umana giustizia alla giustizia divina giungendo così alla teorica espiazione, o fecevasi derivare il diritto penale dal diritto di guerra e di vendetta, arrivando per tal guisa alla più feroce intimidazione. Beccaria inaugura la guerra santa contro gli abusi e gli arbitri del magistero penale ed assegna al medesimo una ragione tutta umana e sociale”.

poder de punir, e o direito penal poderia ser – e efetivamente o era – usado pelos detentores do poder político para acomodar as situações que lhes eram desagradáveis; com a afirmação do princípio da legalidade defende-se um mecanismo que tem o condão de limitar essa situação descrita. E é a partir dele que a dogmática penal vai se construir, conforme exposto anteriormente.

Pois bem, Engisch (2001) afirma que houve um tempo no qual se acreditou que toda a complexidade da conduta humana poderia ser contida na lei, e a referida lei encerraria assim todo o direito, esse tempo foi o do iluminismo. Segundo o autor

[...] houve um tempo em que tranquilamente se assentou na ideia de que deveria ser possível uma clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os atos administrativos. Esse tempo foi o do Iluminismo. (ENGISCH, 2001, p. 206)

Decerto, se o iluminismo é um tempo de ruptura é normal uma hiperbólica importância dada à lei, que serviria como um anteparo ao arbítrio dos juízes¹⁸, conferindo mais garantia às pessoas. Porque se acredita que a lei contém todo o direito, o método de aplicação do direito será o silogismo demonstrativo. A lei, que encerra os casos hipoteticamente considerados e os regula, será a premissa maior, o fato humano, objeto da regulação da lei, será a premissa menor, enquanto a sentença judicial que aplica a lei ao caso será a conclusão do dito silogismo. Beccaria (1950, p. 19), por exemplo, expressamente prevê que “[...] em todo delito o juiz deve fazer um silogismo perfeito; a maior [premissa] deve ser a lei geral;

¹⁸ Nesse sentido, Sobota (1996, p. 251) diz: “Essa **fachada normativa** é a versão popular de uma concepção teórica que se desenvolveu a partir do espírito do iluminismo e da admiração pelos sucessos da ciência, refletidos no movimento positivista do fim do século XIX e começo do século XX. A ideia subjacente a este movimento era descobrir (ou redescobrir) um sistema razoável que pudesse regular a conduta humana por meio de um ordenamento jurídico unívoco, completo e abrangente, independente da mediação arbitrária dos juízes”.

a menor, a ação conforme ou não à lei; a consequência a liberdade ou a pena”.

Mas a utilização do silogismo como forma de apresentação do método jurídico e, em especial, do método penal, encontra eco no tempo presente. Adeodato (2002) arremata essa questão do emprego do silogismo, vinculando-o, ao panorama hodierno, como uma forma de legitimação do direito das sociedades complexas

[...] o direito de algumas sociedades mais complexas, que pode ser dito dogmático, caracteriza-se, como postulados iniciais, por só considerar argumentos alegadamente embasados em um texto de norma preexistente no ordenamento estatal. A interpretação e a aplicação desse direito apresentam-se como silogística: a norma estatal alegada, em geral expressa pela lei ou pela jurisprudência, representa a premissa maior; o caso concreto, por um processo de subsunção, constitui a premissa menor; e a norma individual aplicada ao caso concreto corresponde a conclusão. (ADEODATO, 2002, p. 276)

Cabe aqui mencionar que o raciocínio silogístico foi desenvolvido no âmbito da dedução lógica. Na sua origem, significava cálculo (ABBAGNANO, 1999, p. 896), mas Aristóteles o definiu como um discurso que, postas algumas coisas, outras coisas diferentes se seguem necessariamente. Assim, “[...] o silogismo é uma locução em que, uma vez certas suposições sejam feitas, alguma coisa distinta delas se segue necessariamente devido à mera presença das suposições como tais”. (ARISTÓTELES, 2010, p. 112)

Como tal, ele possibilita uma conclusão que se verifica em face de uma correspondência entre premissas, assim, o silogismo é a forma mais elaborada possível da dedução, o que levou Aristóteles a conceituá-lo como forma de dedução perfeita.

A dedução desse método de correspondência entre premissas é uma contrapartida lógico-linguística do conceito de substância (ABBAGNANO, 1999). Isto é, a relação entre duas coisas somente pode ser estabelecida no plano lógico com base naquilo que a coisa é, no sentido meta-

físico¹⁹, por isso, a correspondência entre premissas que se baseiam na substância do ser será uma correspondência perfeita e verdadeira; o silogismo, portanto, apresenta-se como uma verdadeira lei lógica (FERRATER MORA, 1964). Tal relação permite que se passe de um juízo a outro, o qual possui um nexos com relação ao antecedente²⁰, de tal modo que as premissas sejam subsumidas uma na outra e a conclusão seja o nexos consequencial necessário dessa subsunção. Nesse sentido, traga-se à colação a lição de Abbagnano, que explica a relação de correspondência silogística da seguinte forma,

[...] a relação entre duas determinações de uma coisa só pode ser estabelecida com base naquilo que a coisa é necessariamente: sua substância; p. ex., para decidir se o homem tem a determinação “mortal”, só se pode levar em consideração a substância do homem (aquilo que o homem não pode não ser) e raciocinar da maneira seguinte: ‘Todos os animais são mortais; todos os homens são animais, logo todos os homens são mortais’. Isso significa que o homem é mortal porque animal: sua animalidade é causa ou razão de ser de sua mortalidade. Nesse sentido, diz-se que a noção de “animal” desempenha a função de termo médio do silogismo. (ABBAGNANO, 1999, p. 896)

¹⁹ A denominação metafísica exprime, em verdade, a Filosofia do Ser, assim chamada porque é a Filosofia Primeira, enquanto a Física é a Filosofia Segunda. Na metafísica, Aristóteles (2010, p. 321) faz a vinculação do silogismo ao estudo do ser: “Como nos silogismos, assim o princípio de todos os processos geracionais é a substância; de fato, os silogismos derivam da essência, e dela derivam também as gerações [...]” e a própria definição de uma coisa depende de sua substância, Aristóteles pergunta: “[...] como então é possível que a pessoa que busca definir demonstra a substância do que é?”. (ARISTÓTELES, 2010, p. 321)

²⁰ Reale (1994, p. 458) identifica essa relação entre proposições com o próprio raciocínio: “Raciocinamos quando passamos de juízos a juízos, de proposições a proposições que tem entre si determinados nexos, e são, de certo modo, causas umas das outras, umas antecedentes outras conseqüentes. Não há raciocínio se não há esse nexos, essa conseqüencialidade. Ora, silogismo é precisamente o raciocínio perfeito, isto é, o raciocínio no qual a conclusão a que se chega é, efetivamente, a conseqüência que brota, com necessidade, do antecedente”.

Essa forma de silogismo foi chamada por Aristóteles de silogismo demonstrativo ou científico²¹. Esse silogismo distingue-se do silogismo dialético, que se baseia em premissas prováveis²², ao invés de se basear em premissas verdadeiras, e do silogismo retórico ou entimema.

Porém, não é factível a argumentação que subsume na lei toda a complexidade da conduta humana e o silogismo não é o método de aplicação do Direito. Embora sua defesa fosse explicável, como uma ideologia em um momento de ruptura, a lei não expressa senão um modelo de comportamento, abstratamente previsto, construído em uma época historicamente determinável com todas as influências desse momento histórico que a criou. Por isso, parafraseando Sobota (1996, p. 259), o silogismo nunca foi um método do direito, mas ele representou apenas um estilo de apresentação da decisão jurídica.

Não se nega a importância da previsão legal abstrata, pois ela tem por escopo limitar o poder de punir do Estado, evitando o direito penal arbitrário, no qual a violência da pena está nas mãos dos detentores do poder político sem limitação, mas isso não significa que se pode propor a redução de toda complexidade a ser valorada pelo direito penal no limite da descrição legal. Ressalta-se que se fosse essa limitação factível, seria defensável a elevação do silogismo à categoria de método de aplicação do tipo penal.

Não se pretende, aqui, negar a importância da limitação ao poder de punir advinda com o princípio da legalidade. O direito penal é um perigoso instrumento do direito, porque ele concretiza a violência do sistema jurídico a partir da sua consequência, que é a pena. Se a violência do controle penal não for limitada, a história mostra a possibilidade de criação de chagas que nunca poderão ser olvidadas na história da humanidade, como a criada pelo Nacional Socialismo alemão, que provocou, pelo

²¹ “Por demonstração entendo o silogismo científico, e por silogismo científico aquele em virtude do qual compreendemos alguma coisa pelo mero fato de apreendê-la”. (ARISTÓTELES, 2010, p. 252)

²² Sobre o silogismo dialético, Reale (1994, p. 465-466) assim o sintetiza: “Quando as premissas, em vez de verdadeiras, são simplesmente prováveis, isto é, fundadas na opinião, então ter-se-á o silogismo dialético, que Aristóteles estudava nos Tópicos. [...] O silogismo dialético, segundo Aristóteles, serve para tornar-nos capazes de discutir”.

direito penal sem controle, a dizimação de milhões de judeus, ciganos e homossexuais (entre outros grupos). Assim, a legalidade tem ainda um papel a desempenhar no método penal hodierno, pois o seu escopo continua a ser condição para que o direito penal seja coerente com o ideal de Estado Democrático de Direito, que no Brasil é princípio fundamental de sede constitucional, porém dito papel não se traduz no silogismo.

5 Conclusão

O iluminismo penal teve uma função determinante para a cientificidade do direito penal, mas não se pode reduzir o método penal ao que pretendiam os referidos iluministas. Inclusive, deve-se ressaltar, há de início um obstáculo de ordem lógica para tanto: a natureza do silogismo demonstrativo. Tal silogismo é perfeitamente cabível para o raciocínio em face dos objetos das ciências naturais, como é o caso da física, mas ele não foi construído para as ciências culturais, pois neles a retórica é a protagonista. Se disser que toda massa é atraída dentro do campo gravitacional para o centro da terra (premissa maior), sempre que um objeto com massa for solto dentro do centro gravitacional (premissa menor) será a sua queda (conclusão, que adequa a premissa menor à maior). Nesse caso, o método adequado para o raciocínio é o silogismo porque não é possível afastar a consequência (queda do objeto) diante da realização concreta da premissa menor.

Porém, nas ciências que envolvem a argumentação, desde os primórdios da filosofia grega²³, reconhece-se o cabimento do silogismo não demonstrativo. Em face da necessidade de argumentar, as ciências culturais, sobretudo o direito, não podem afastar a retórica do seu método. No âmbito da ciência jurídica, a argumentação também é uma necessidade constitucional – já que toda decisão jurídica precisa ser motivada – e, por conseguinte, ao invés de ela ter o seu método estreado no silogismo, ela o tem embasado no que os gregos chamavam de entimema.

²³ Antes de Aristóteles o entimema foi abordado por cinco vezes na obra de Isócrates e um contemporâneo de Aristóteles, chamado Alcidas, a abordou 12 vezes. (BURNYEAT, 1996, p. 92)

O entimema é definido por silogismo retórico porque nele uma das premissas está implícita²⁴. Isso posto, como uma das premissas não está clara, a conclusão não pode ser uma decorrência lógica de adequação das premissas e, para fundamentá-la, exige-se a utilização da retórica.

Ferrater Mora (1964, p. 543) propõe uma classificação para o entimema, *verbis*: [...] o entimema é um silogismo incompleto, por não ser expressa uma das premissas. Se falta a premissa maior, o entimema é chamado de primeira ordem; se falta a premissa menor, é chamado de segunda ordem”. É relevante ressaltar que, independente da classificação (entimema de primeira ordem ou entimema de segunda ordem), em verdade não existe uma ausência de premissas²⁵. Com efeito, a premissa existe, só que ela se encontra elíptica, por isso ela é construída retoricamente, daí ser o entimema chamado de silogismo retórico²⁶. Hitchcock afirma que por definição, se temos uma visão de conjunto acerca do entimema, uma premissa elíptica não poderá ser um argumento declarativo do dito con-

²⁴ Existem várias formas de definir o entimema; aqui, nos utilizamos de um conceito vinculado à lógica. No mesmo sentido, Ferrater Mora (1964, p. 543): “Otra significación de entimema es la que se halla en la mayor parte de los textos lógicos: el entimema es un silogismo incompleto”. Consulte-se, ainda, Simonson (1945, p. 303), que aborda a conceituação lógica e a conceituação retórica de silogismo: “The modern logician distinguishes the enthymeme from the syllogism on the basis of form; the enthymeme is defined as a syllogism with one (or more) premisses missing. The modern rhetorician distinguishes the enthymeme from the syllogism on the basis of the nature of their matter”. Prevalece na conceituação doutrinária do entimema as definições que ressaltam o caráter elíptico de uma das premissas de um silogismo, Walker (1994, p. 46), que é um crítico dessa definição, não deixa de reconhecer que: “The generally prevailing concept of the enthymeme, or the one most frequent in the world of rhetoric and composition studies, tends to define it either as a kind of elliptical, informal syllogism based on probable rather than certain premises and on tacit assumptions shared by audience and rhetor”.

²⁵ Nesse sentido, pronuncia-se Hitchcock (1985, p. 89): “So in what follows we are looking for a general characterization of the assumption of an enthymematic argument which is implicit in inferring its conclusion from its premiss(es). I call the assumption ‘implicit’ rather than ‘unstated’ because ‘unstated’ suggests something the arguer had in mind”.

²⁶ A omissão de uma das proposições é uma característica necessária do entimema. (SIMONSON, 1945, p. 303)

junto, pois, não estando indicada, está ausente dele²⁷. É justamente dessa constatação que emerge a necessidade da retórica: ela possibilita que o que não integra o conjunto (a premissa elíptica), por não estar indicado declarativamente no conjunto, possa integrá-la através da argumentação.

É, por conseguinte, o potencial argumentativo do sujeito, em face da premissa que está elíptica, que determinará a aceitação ou não da conclusão. Nesse campo, a argumentação é que gera o convencimento e dá validade a já referida conclusão do entimema. Assim, o entimema tem por escopo a persuasão (WALKER, 1994), que é levar o convencimento ao ânimo de alguém. Em síntese, o entimema é uma explicação da filosofia para o raciocínio presente quando se tem a conclusão contingente do silogismo, que é a que não decorre da mera adequação de premissas. Com efeito, quando se tem a adequação de uma premissa menor a uma premissa maior, a conclusão é necessária, todavia quando a conclusão é contingente, busca-se persuadir por meio da utilização da retórica e da argumentação.

Ressalta-se ainda que a estrutura do entimema não se diferenciará da do silogismo em face da existência das premissas maior e menor, mas por conta da ordem estrutural dos elementos existentes (que, como dito, são os mesmos do silogismo), que é alterado pela elipse de uma das premissas. É em face da presença dos mesmos elementos, que o entimema também será chamado de silogismo retórico. No entimema de primeira ordem, a premissa menor é conhecida pelo sujeito cognoscente em primeiro lugar, após isso, ele intui a conclusão e a busca de uma premissa maior para justificá-la em sua argumentação; por isso, se diz que dita premissa maior é elíptica, sendo um produto oriundo da escolha do julgador. A premissa maior, portanto, é um elemento selecionado pelo sujeito cognoscente para justificar a sua argumentação, em face da conclusão de que ele intuiu ao conhecer a premissa menor. Como disse Adeodato (2002, p. 281),

²⁷ *Verbis*: “But by definition a missing premiss is not a member of the set; it is not a statement, because it is not stated. So, in saying that an argument has a missing (or unexpressed, or tacit, or unstated, or suppressed) premiss, we seem to be saying that an argument has a premiss which it does not have.” (HITCHCOCK, 1985, p. 94)

[...] a estrutura argumentativa expressa pela teoria do entimema parece assim mais apta a compreender o direito contemporâneo, revelando, por exemplo, que pilares científicos' como a unidade do ordenamento jurídico, a neutralidade do juiz ou a objetividade da lei constituem, no fundo, meras estratégias discursivas.

O entimema de primeira ordem põe a nu a aplicação do Direito. Com efeito, na metodologia jurídica a premissa maior é elíptica: a partir do conhecimento do caso (premissa menor), o julgador intui uma conclusão e busca uma premissa maior para fundamentá-la²⁸. Se isso é verdadeiro, por conta da retórica ser um elemento indispensável para a justificação das decisões, também o próprio senso comum da práxis jurídica confirma essa afirmação. Senão vejamos: é corrente a afirmação de que no interrogatório do réu o juiz já sabe se irá condená-lo ou absolvê-lo. Nada mais cabível para explicar o entimema que essa afirmação corrente.

Quando, no interrogatório do réu, o juiz conhece o caso (premissa menor do silogismo retórico), ele já intui o dispositivo de sua sentença, decidindo se irá condenar ou absolver o réu (conclusão do silogismo retórico), mas para justificar a sua decisão, ele precisará recorrer a uma premissa maior para fundamentar o seu dispositivo. A premissa maior, por ser a última na linha do tempo a ser utilizada, será escolhida em face da conclusão tomada, servindo para desenvolver uma retórica argumentativa com vistas a justificar a conclusão intuída. Assim, a conclusão não é feita a partir da premissa maior, mas é a premissa maior que será escolhida em face da conclusão.

Alerta-se, contudo, que muitos dos aplicadores do direito, ao concretizar uma norma do caso concreto, uma sentença, realizam um entimema, sobretudo, de forma inconsciente e o silogismo continua a ser uma ilusão funcional. Conforme Sobota (1996, p. 273),

Pode-se supor que esta **ignorância jurídica amplia o horizonte das noções normativas**: é bem mais fácil criar a ilusão de que a

²⁸ Sobota (1996, p. 259), em sentido semelhante, tem uma afirmação magistral: “Minha hipótese é que, em sistemas jurídicos extensivamente codificados, o juiz nunca verbaliza qualquer premissa maior”.

aplicação de uma norma é silogística se não se precisam articular as premissas maiores utilizadas. Da mesma forma, é bem mais fácil supor a existência de um sistema normativo coerente se não se precisam enumerar os elementos do sistema alegado. Em vista desta tendência, as inter-relações paradoxais entre concepções verbalizadas e concepções inarticuladas parece ser o resultado de uma **ingenuidade altamente funcional** que sustenta a organização social ocultando suas estratégias básicas. Enquanto os procedimentos de ação legal estiverem providos desse duplo fundamento, as pessoas viverão sob a tutela das normas.²⁹

É preciso ressaltar que as investigações nas ciências penais já denunciam a inconsistência do silogismo como método de aplicação do tipo penal. Nesse sentido, Jacinto Coutinho (2009, p. 502) afirma:

[...] eis o drama: por um lado, sabe-se bem que na seara penal, a exigência de vinculação à lei tem efetivamente maior rigor, na medida em que comporta as intervenções mais graves na liberdade dos cidadãos que conhece nosso ordenamento jurídico. Por outro, é evidente que o intérprete cria a norma a partir de um texto preestabelecido, tanto que, não raro, assim o faz contra expressa disposição da lei (do texto).

Para concluir, parafraseando Adeodato (2002, p. 280), alguns juízes também mencionam o que geralmente não é mencionado! Isso porque o método entimemático já foi considerado no Supremo Tribunal Federal como a postura paradigmática do magistrado, *verbis*: “OFÍCIO JUDICANTE – POSTURA DO MAGISTRADO. Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva

²⁹ Ressalta-se que essa dita “ingenuidade funcional” também é repetida na doutrina penal, que inegavelmente contribuiu para que se acredite que o silogismo é a forma de apresentação do método jurídico. Veja-se, por exemplo, o que dizem Trechsel e Noll (2004, p. 73): “A compreensão e a aplicação do direito positivo é obrigada a se esgotar na lei”. Tradução livre de: “Das Verständnis und die Anwendung des positiven Rechts müssen vom Gesetz ausgehen”.

formação humanística. Somente após, cabe recorrer a dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la”³⁰.

Como o método de aplicação do tipo penal é traduzido em um silogismo retórico ou entimema, haverá uma premissa oculta. A premissa elíptica é a premissa maior, por isso tal entimema será classificado como de primeiro grau. Porém, diferentemente de outros ramos do direito, a liberdade de escolha da premissa maior encontra uma barreira na tipicidade. Sempre que a conclusão representar um prejuízo ao agente, a premissa maior deverá se traduzir em uma lei, pois o contrário violará o princípio constitucional da legalidade. É nesse sentido que se afirma ser a tipicidade o limite negativo do entimema.

Mas, à luz do que foi argumentado, a tipicidade não representa um obstáculo para o método de aplicação do tipo penal quando a conclusão for favorável ao agente. Há uma abertura no método de aplicação do tipo penal que possibilita afastar a aplicação da lei penal que traria um prejuízo ao agente como premissa maior, mas isso não representa uma violação ao princípio da legalidade. Isso por conta da interpretação teleológica daquele princípio, que significa um aumento no âmbito da liberdade, em face da limitação ao poder de punir do Estado. Assim, em face do princípio da legalidade servir para proteger o homem do próprio direito penal, essa abertura metodológica é teologicamente conforme o referido princípio. É em face desse conteúdo que se afirma estar o princípio da legalidade na base de todo direito penal do Estado Democrático de Direito. Fundamenta, ainda, essa abertura, o conceito de bem jurídico, que é a substância do tipo penal, pois ele é o critério hermenêutico que motiva o afastamento da tipicidade formal, quando não se reconhecer a sua violação ou a sua exposição a perigo.

O silogismo retórico, como método de aplicação do tipo penal, tem na tipicidade o seu limite negativo e positivo, a um só tempo, o que não encerra uma contradição. Por isso, o método entimemático tem um liame de unidade. A tipicidade limita a escolha da premissa maior pelo julgador se a conclusão a que se chegou estiver no sentido de aplicar uma consequência penalmente desfavorável, pois a consequência negativa ao agente

³⁰ Recurso Extraordinário n. 111787/GO. Rel. para o acórdão Ministro Marco Aurélio.

precisará estar prevista em uma lei para que não se viole o princípio da legalidade, que tem sede constitucional. No caso da conclusão ser no sentido benéfico ao agente, haverá maior liberdade na escolha da premissa maior, pois ela poderá ser supralegal, o que não vai de encontro à tipicidade, pois ela tem um conteúdo material que fundamenta a escolha de uma premissa maior diferente da lei.

A falta da proporcionalidade, à luz do critério material do tipo penal, revelará a alienação política do técnico, que para além da alienação técnica possível, faz com que não seja vislumbrada a identificação entre a violência e o direito penal, o que traduz a perda de justificativa e de legitimidade deste último.

Referências

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AMBOS, Kai. Ernst Beling Tatbestandslehre und unser Heutiger. Postfinalistischer Verbrechensbegriffs. **Juristischer Arbeitsblätter**. T. 1. München: Verlag Franz Vahlen, 2007
- ARISTÓTELES. **Órganon**. São Paulo: Edipro, 2010.
- ASÚA, Luis Jiménez de. **La ley e el delito**. Caracas: Andres Bello, 1945.
- BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**, T. II. São Paulo: Record, 1991.
- BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. Milano: Rizzoli, 1950.
- BELING, Ernst von. **La Doctrina del Delito-Tipo**. Trad. Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.
- BETTIOL, Guiseppe. **Diritto penale**. Pádua: CEDAM, 1986

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BURNYEAT, M. Enthymeme: Aristotle on the rationality of rhetoric. **Essays of Aristotle rhetoric**. In: RORTY, Amély. (Org.). Berkley: University of California Press, 1996.

CHAVES, Raul. **Da tipicidade penal**. Salvador: S.A. Artes Gráficas, 1958.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Direito e psicanálise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda *et al.* Legalidade e reformas parciais de CPP: a excrecência da relativização das regras e princípios constitucionais. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. (Org.). **Princípio da Legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DELITALLA, Giacomo. **El Hecho en la teoria general del delito**. Buenos Aires: BdeF, 2009.

DIAZ, Clemente A. **El Cuerpo del delito**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1965.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

FERRATER MORA, José. **Diccionario de filosofía**. T. I. Buenos Aires: Sudamericana, 1964.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1991.

FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FLORIAN, Eugenio. **Trattato de diritto penale: dei reato e delle pene in generale**. Milano: Vallardi, 1910. (v. I)

- GIOFFREDI, Carlo. **I principi del diritto penale romano**. Torino: Giappichelli, 1970.
- HITCHCOCK, David. Entymenmatich arguments. **Informal logic**, V. 7. N.2. Windsor: Windsor University, 1985.
- HOMEM, António Pedro Barbas. **O espírito das instituições**: um estudo de história do estado. Coimbra: Almedina, 2006.
- MAYER, Max Ernst. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: BdeF, 2007.
- MOMMSEN, Theodor. **Römisches Strafrechts**. Leipzig: Duncker & Humblot, 1899.
- ORDIEG, Enrique Gimbernat. **Concepto y método de la ciencia del derecho penal**. Madrid: Tecnos, 1999.
- PALAZZO, Francesco. Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal. **Teorias actuales en el derecho penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.
- PETROCELLI, Biagio. **Principi di diritto penale**. Napoli: Eugenio Joveni, 1950.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Derecho penal**: modernas bases dogmaticas. Buenos Aires: Grijley, 2004.
- REALE, Giovanni. **História da filosofia antiga**. T. II. São Paulo: Loyola, 1994.
- SABADELL, Ana Lucia. **Tormenta juris permissione**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- SAUER, Guillermo. **Derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1956.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SIMONSON, Solomon. A definitive note on the enthymeme. **The American Journal of Philology**. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, v. 66, n. 3, 1945.

SOBOTA, Katarina. Não mencione a norma! **Anuário do Mestrado em Direito**, Recife: UFPE, n. 7, 1996.

STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal: parte general I**. Madrid: Edersa, 1982.

TRECHSEL, Stefan. NOLL, Peter. **Schweizerisches Strafrecht: allgemeiner teil**. Zürich: Schulthess, 2004.

WALKER, Jeffrey. The body of persuasion: a theory of the enthymeme. **College English**, Urbana: National Council of Teachers of English, v. 56, n. 1, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em torno de la cuestión penal**. Buenos Aires: BdeF, 2005.

Cláudio Brandão é Professor Titular da Universidade Federal de Pernambuco (Graduação, Mestrado e Doutorado) e da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Professor visitante ao abrigo do programa Erasmus, da licenciatura em Direito das Universidades de Lisboa e Católica Portuguesa (Escola de Lisboa). Professor colaborador do doutoramento de Altos Estudos Contemporâneos da Universidade de Coimbra. *E-mail*: brandaoclaudio@hotmail.com.

Endereço profissional: Universidade Federal de Pernambuco, Faculdade de Direito do Recife, Praça Adolfo Cirne, s/n, Boa Vista, Recife, PE, 50060-080.