

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**ESTRATÉGIAS PARA INTERPRETAÇÃO DO ELEMENTO NORMATIVO
“MOTIVO TORPE” DO INCISO I, § 2º, ART. 121, CP**

VÍTOR HUGO DE ALMEIDA BRASILEIRO DE JESUS

**Rio de Janeiro
2023**

VÍTOR HUGO DE ALMEIDA BRASILEIRO DE JESUS

**ESTRATÉGIAS PARA INTERPRETAÇÃO DO ELEMENTO NORMATIVO
“MOTIVO TORPE” DO INCISO I, § 2º, ART. 121, CP**

Monografia elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Dr. Antônio José Teixeira Martins.

**Rio de Janeiro
2023**

CIP - Catalogação na Publicação

J58e Jesus, Vítor Hugo de Almeida Brasileiro de
ESTRATÉGIAS PARA INTERPRETAÇÃO DO ELEMENTO
NORMATIVO "MOTIVO TORPE" DO INCISO I, § 2º, ART. 121,
CP / Vítor Hugo de Almeida Brasileiro de Jesus. --
Rio de Janeiro, 2023.
69 f.

Orientador: Antônio José Teixeira Martins.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2023.

1. motivo torpe. 2. sentido normativo do tipo.
3. elemento normativo do tipo. I. Martins, Antônio
José Teixeira, orient. II. Título.

VÍTOR HUGO DE ALMEIDA BRASILEIRO DE JESUS

**ESTRATÉGIAS PARA INTERPRETAÇÃO DO ELEMENTO NORMATIVO
“MOTIVO TORPE” DO INCISO I, § 2º, ART. 121, CP**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Antônio José Teixeira Martins.

Data da Aprovação: 05 / 07 / 2023.

Banca Examinadora:

Doutor Antônio José Teixeira Martins

Orientador

Doutor Tiago Joffily

Membro da Banca

**Rio de Janeiro
2023**

AGRADECIMENTOS

Agradeço primordialmente a *Deus* pela dádiva da vida, por intermédio de *Jesus Cristo*, poder existir na eternidade adorando-o por Tuas beneficências e misericórdias em todo meu viver.

Agradeço a quem devo honrar por toda minha, meu pai, *Jorge Luiz Brasileiro de Jesus*, pelo amor, manifesto nos gestos de sacrifícios em prol de minha felicidade, minha mãe *Maria Solange de Almeida*, pelo amor, manifesto no carinho e no cuidado, por ter sempre se dedicado a me proporcionar o melhor nesta vida.

À matriarca de minha casa, minha avó materna, *Lourdes Santos de Almeida*, por ser uma referência na minha vida, por ter me ensinado em muito dos seus atos a virtude da generosidade, sobretudo para com os mais necessitados.

Em saudosas memórias, agradeço ao meu avô materno *Antônio da Costa Vieira de Almeida*, pelo carinho e cuidado, por todos os ensinamentos passados em nossas conversas, à minha avó paterna *Jorgina Anselmo de Jesus*, por ter me ensinado através de sua vida a virtude da fortaleza.

Aos meus tios *Marcos Antônio de Almeida*, *Leila Roberto de Almeida*, *Edna Santos de Araújo*, *Flávio Araújo*, *Cesár Romério Arantes Cordeiro*, *Jorgete Brasileiro de Jesus*, *Sineide de Paula* e aos demais tios e também primos que compõem a Família Almeida e a Família Brasileiro.

Aqui, em memória, à minha tia, *Fátima Regina*, por ter feito parte da minha trajetória torcendo pelo meu sucesso nesta vida.

Ao meu estimado amigo *Thiago Inácio*, irmão em Cristo, pelos momentos de alegria em que passamos juntos, por sempre torcer por mim.

À minha admirável amiga *Renata Araújo*, por ser uma referência em razão de suas virtudes e por todo o seu carinho e sua atenção.

Ao meu amado irmão *Guilherme Carias*, por todas as nossas boas conversas, pelo carinho e pelo companheirismo.

Ao meu caro amigo *Victor Escovedo*, pelas discussões filosóficas que tivemos sobre o sentido da existência, tão fundamentais para o bom rumo de minha vida.

Em memória, ao meu querido amigo *Hector Gomes da Costa*, uma referência para mim, por ter me estimulado a buscar o êxito na vida através dos estudos.

Ao meu orientador Professor *Antônio José Teixeira Martins*, por ter aceitado me auxiliar neste trabalho, pelas aulas e discussões sobre Direito Penal e pela disponibilidade.

Ao professor *Carlos Eduardo Adriano Japiassú*, pelo privilégio de ter sido seu monitor na disciplina Direito Penal II.

Aos meus colegas da Faculdade Nacional de Direito *Rodrigo Soares, Thiago Rodrigues, Gustavo, Vitor Rocha, Henrique Klein, Bruna Lavinia, Isabela e Nicole Cabral*, pelos bons momentos vividos nesta trajetória acadêmica.

Por fim, novamente agradeço a Deus por permitir a realização do sentido do nome que carrego, *Vitor Hugo, aquele que vence através da mente*.

RESUMO

O motivo torpe qualifica o crime de homicídio no Brasil, sendo verdadeiro elemento normativo do tipo penal objetivo; contudo, não há uma noção clara do que seria torpe, muitas vezes, a literatura penal define tal motivação como sendo repugnante, abjeta ou ameaçadora à moralidade média, condiciona o sentido típico a conceitos imprecisos e pouco determinados. Como efeito negativo, a zona de proibição típica torna-se indefinida, deixando o agir punitivo estatal suscetível a arbitrariedades e imprevisibilidades intoleráveis num estado de direito. Torna-se necessário, portanto, buscar estratégias interpretativas visando à determinação e delimitação do motivo torpe, a partir de uma leitura global e valorativa do tipo penal, que permita garantir a almejada previsibilidade objetiva do agir do estado, esperada num estado de direito.

Palavras-chave: motivo torpe; sentido normativo do tipo; elemento normativo do tipo.

ABSTRACT

The vile motive qualifies the crime of homicide in Brazil, being a true normative element of the objective criminal type; however, there is no clear notion of what would be vile, often the criminal literature defines such motivation as being repugnant, abject or threatening to average morality, conditioning the typical meaning to imprecise and poorly determined concepts. As a negative effect, the typical prohibition zone becomes undefined, leaving the state punitive action susceptible to arbitrariness and intolerable unpredictability in a rule of law. It becomes necessary, therefore, to seek interpretive strategies aimed at determining and delimiting the vile motive, based on a global and evaluative reading of the criminal type, which allows guaranteeing the desired objective predictability of the state's action, expected in a rule of law.

Keywords: vile motive; normative sense of the type; normative element of the type;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
Apresentação do tema.....	10
Quanto aos problemas decorrentes do elemento normativo “motivo torpe”..	12
1 DOS DIREITOS NATURAIS.....	13
1.1 Considerações iniciais.....	13
1.2 Inclinações naturais.....	17
1.3 Dimensão sócio valorativa das normas de naturais.....	18
1.4 O valor como fundamento do direito positivo.....	19
1.5 Normas e racionalidade prática.....	21
1.6 A insuficiência e perigos de uma lei positiva neutra.....	23
2 DO ARCABOUÇO NORMATIVO.....	25
2.1 Norma geral natural.....	25
2.2 Norma civil.....	26
2.3 Norma criminal.....	29
3 SIGNOS E NORMAS.....	31
3.1 Signos de linguagem.....	31
3.2 Norma como signo.....	35
4 NORMA E TIPO CRIMINAL.....	40
4.1 Distinção entre norma e tipo.....	40
4.2 Tipo e antinormatividade.....	41
4.3 Tipo como garantia.....	42
5 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	45
5.1 Considerações iniciais sobre a legalidade penal.....	45
5.2 Elementos da legalidade.....	47
6 INTERPRETAÇÃO DO TIPO PENAL OBJETO.....	49
6.1 A utopia dos signos típicos puramente descritivos.....	49
6.2 O sentido normativo do tipo.....	50
7 ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO PENAL OBJETIVO.....	54
8 SENTIDO NORMATIVO DO MOTIVO TORPE.....	58
8.1 Motivo torpe e interpretação analógica.....	58
8.2 Motivo torpe e ganância.....	59

8.3 Ganância, como motivo torpe, na estrutura geral do direito.....	62
CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS.....	66

INTRODUÇÃO

Apresentação do tema

É comum deparar-se com noticiários na TV ou com alguma notícia nas mídias informativas em que se anuncia que certo homicídio “foi cometido por motivo torpe”. É possível constatar também que muitas vezes o anúncio dessa motivação não é acompanhado de sua precisa definição, como o é nas notícias de latrocínio em que o emissor quase sempre insiste em defini-lo como “roubo seguido de morte”.

Contudo, não é o que ocorre com o dito “motivo torpe”, que é anunciado como se tivesse uma noção geral objetiva da “torpeza”, conceito esse que se declara sutilmente, como se sua definição fosse precisa e de ciência geral. Pois, então, indaga-se: o que seria o “motivo torpe”?

De certo, se fosse perguntado a uma dezena de cidadãos o que seria a torpeza, ou definição variaria enormemente, ou seria unívoca em alguma definição fluida, abstrata e vazia, sem qualquer grau de objetividade. Pensa-se: isso não ocorreria entre os estudiosos? Absolutamente. No aprofundar de nossos escritos veremos que mesmo na dita “doutrina do Direito” o sentido de torpe é fluido e vazio, não fugindo dos genéricos predicados: abjeto, repugnante, vil, asqueroso, sórdido, ignóbil e todas as dezenas de sinônimos que traduzem qualquer coisa que ninguém sabe ao certo o que seja.

Percebe-se assim que muitas dessas definições, sejam elas eruditas ou não, são incapazes de explicar o que de fato seria a torpeza em si mesma, apenas condiciona sua interpretação a um conjunto de conceitos fluidos, carentes de uma objetividade, de um sentido geral comum. Diga-se “carência de sentido geral comum” na medida em que não há uma unidade e uniformidade na torpeza, de tal modo que para uns certa motivação poderia ser repugnante, para outros não. Poder-se-ia indagar ainda o que seria, por exemplo, um motivo repugnante para fins de se definir a torpeza, muito provavelmente a amplitude semântica da “repugnância” não permitiria atingir uma resposta objetiva, visto que também não se trata de um conceito descritivo, sua explicação estaria condicionada a outro conceito aberto, construindo, por conseguinte, uma cadeia de subordinação na qual o entendimento de um conceito aberto depende do entendimento de outro conceito também pouco preciso, criando-se uma cadeia de conceitos que leva a lugar nenhum, que impede a certeza e a determinação conceitual.

O que se constata é que muitos dos que anunciam o “motivo torpe” o fazem sem saber exatamente o que seja para alguém que também é incapaz de bem defini-lo. Tal constatação não se restringe ao conceito de torpe, ocorre com diversos conceitos que são bradados por aqueles que não sabem e recebidos por interlocutores que tão bem os desconhecem. Tais signos de linguagem passam ser meras expressões vazias que nada são porquanto desprovidas de um referencial, de um conteúdo explicativo. Assim, à medida que o uso de conceitos sem lastro de definição passa ser usado de forma contumaz, forma-se uma sociedade mimética que replica signos de linguagem carentes de seu referencial e de sua definição precisa, comum e unitária, forma-se uma sociedade em que seus membros repetem conceitos vazios, sem qualquer lastro de significado, o fazendo como se fossem papagaios ou mamíferos domados que ecoam sons sem saber o que significam, sem saber o que são, sem conhecer o sentido dos signos que evocam.

O maior perigo está nas consequências do uso de certos signos de linguagem imprecisos como fundamento para a constrição de direitos. Ressalta-se isso pois em nossa civilização as condutas humanas dotadas de sentido negativo estão expressas em signos linguísticos, ou por assim dizer, em tipos penais. Em tese, a subsunção perfeita entre tipo e conduta indica o injusto penal, que, quando confirmado por apuração analítica dos substratos do delito, suscitam, como efeito resultante, a pena. Assim, a interpretação dos signos típicos condicionam a constatação do injusto na conduta, autoriza a violação dos direitos do ente humano pela pena. Indaga-se: seria legítimo a aplicação de penas fundada na interpretação de signos típicos imprecisos? Seria tolerável num Estado democrático de direito entregar o ente humano ao arbítrio do hermeneuta em virtude da imprecisão de seu objeto de interpretação?

Entende-se ser de grande importância buscar parâmetros deontológicos que permitam conduzir o intérprete em sua exegese de modo a encontrar o sentido geral e objetiva dos termos inicialmente imprecisos. Em outras palavras, é preciso encontrar um *telos* que guie a interpretação típica na tarefa de se extrair dos termos imprecisos um sentido normativo de ciência geral coletiva, que torne na prática judicante o “motivo torpe”, que inicialmente é impreciso”, em um signo de linguagem dotado de um sentido comum objetivo para fins de ser ele um pressuposto do injusto penal.

Assim, buscar-se-á a determinação típica do inciso I, § 2º, do art. 121, CP, definindo-o mais precisamente seu horizonte proibitivo a partir de uma norma geral por ele tutelada. Desse modo, aqueles que pronunciam a “motivação torpe”, não o farão evocando um signo vazio, mas

sim um signo dotado de um sentido normativo objetivo, tecido por uma dogmática coerente e justa que se volta à garantia da ordem cívica, ao respeito ao ente humano e a todos os valores sociais fundamentais.

Quanto aos problemas decorrentes do elemento normativo “motivo torpe”

Pela própria natureza do elemento normativo “motivo torpe”, que é um signo típico de difícil definição e referenciação de seu objeto, surge no âmbito da prática penal questões de difícil resolução no que tange aplicação dessa qualificadora. De tal modo que os tribunais superiores vem sendo demandados para tentarem resolver a indeterminação típica do signo torpe, quando, por exemplo, são suscitados a verificarem ser a vingança e o ciúme seriam motivações torpes para fim de se qualificar o crime de homicídio.

O entendimento das cortes consolida-se no sentido de conferir ao juiz a tarefa de apurar nas circunstâncias e peculiaridades do caso concreto se a motivação foi ou não torpe. Consoante diz o Acórdão, em sede de Habeas Corpus, de relatoria do Min. Rel. Min. Sepúlveda Pertence “a vingança, por si só, não substantiva o motivo torpe; a sua afirmativa, contudo, não basta para elidir a imputação de torpeza do motivo do crime, que há de ser aferida à luz do contexto do fato” (BRASIL, HC 83.309/MS, 2003, p. 1)¹.

Constata-se assim que orientação jurisprudencial não se volta a uma resposta objetiva do que vem a ser a qualificadora em estudo, não garante a mínima e tolerável previsibilidade objetiva quanto à determinação da zona de proibição típica, de maneira tal que o injusto será cambiante a partir de uma valoração arbitrária fundada em termos imprecisos, desprovido de um sentido e de um referencial comum e unitário na comunidade. Entende-se curial estudar o trabalho dos estudiosos e hermeneutas que se volta à criação de um critério interpretativo que possibilite extrair dos elementos normativos torpe um sentido objetivo e previsível (a norma subjacente), para que se supere o problema da ilegitimidade decorrente de uma arbitrária interpretação dos signos típicos.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Habeas Corpus 83.309/MS. Fundamentação do acórdão que julgou o recurso em sentido estrito. Circunstância qualificadora do homicídio. Homicídio qualificado. [...]. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 23 set. 2003. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 6 fev. 2004.

1 DOS DIREITOS NATURAIS

1.1 Considerações iniciais

A mera observação dos diversos entes permite intuir que há uma certa regularidade natural, uma ordem que se manifesta permanentemente no comportamento de cada ente. Os vegetais, cujas raízes se aprofundam rumo às entranhas da terra, comportando se de tal modo para que tenha sua nutrição, e os animais brutos, que se conduzem de maneira que seja possível sua melhor existência, seguem, ambos, certa lógica. Não só isso, a observação de uma revoada de pássaros, do movimento ordenado de cardumes ou da coordenação de uma colônia de insetos nos levam a constatar certos padrões respeitados pelos entes, como se fossem códigos pré-programados condutores do agir. Todos os esses entes comportam-se como se houvesse uma normatividade intrínseca e compatível ao seu modo de existir, assim existindo expressando empiricamente uma espécie de “agir normativo”, um agir consoante aos atributos de sua natureza, que permite as propícias condições de sua existência.

É certo que as raízes dos vegetais não se imiscuem às profundezas do solo por uma constrição unicamente externa, mas sobretudo por uma propulsão inerente à sua modalidade de existência, como sendo uma determinação de natureza normativa constitutiva no próprio ser. Os animais não racionais não divergem disso, porquanto, da mesma forma, possuem um dever intrínseco ao ser modo de existir, talmente que além de se comportarem instintivamente, também são aptos ao conhecimento sensível para que sobrevivam. Há, portanto, em cada um, normas naturais não impostos externamente, mas constituintes no ser, que se ratificam no comportamento regular desses entes, atestadas por apuração científica, que permitem, quando obedecidas, chegar ao bem próprio de cada ente, sendo isso sua esfera de legitimidade.

Também não diverge disso o ente humano, da historicidade se percebe a regularidade e permanência de certos comportamentos congruentes à sua natureza, que permitem, quando realizados, sua melhor existência, conforme as peculiaridades daquilo que lhe é natural. Há, assim, intrínseco ao existir humano normas que devem ser obedecidas no seu agir, que permitem, por sua obediência, a realização de um bem próprio ao modo de existir naturalmente humano.

A autopreservação de vida, por exemplo, é manifesta normativamente no agir habitual, que confirma este fim. Os humanos assim o agem para garantir a manutenção da vida, não o fazendo unicamente por uma condição impositiva externa, alhures ao seu existir, mas sim intrinsecamente ao seu ser. Em outras palavras, a conservação da vida é norma inerente à modalidade de existência humana, norma que se revela empiricamente nas condutas habituais desse ente, promissora para as condições de melhor existência, ou seja, para o bem compatível com sua natureza.

Se o bem é normativamente chegado pela realização de condutas humanas consoantes à natureza, é fundamental a compreensão, ou pelo menos, se ter noções básicas daquilo que se entende como *natureza humana*: “por outras palavras, o exato conhecimento da natureza humana permite conhecer as normas a que o homem deve obedecer para viver como homem, isto é, conforme à sua natureza” (SOUSA, 2022, p. 63)².

Segundo Dr. J. P. Galvão de Sousa, “natural é o que corresponde a essência de um ser” (SOUSA, 2022, p. 24)³, sendo a essência aquilo que constitui ser ao ente, identidade própria e autônoma (AQUINO, 1995, p. 15)⁴. Portanto, natural é a essência, é, por assim dizer, o substrato, o sumo, aquilo que identifica e distingue o ser de qualquer outro ente de existência. A constatação da natureza do ente se dá pela percepção das características permanentes, de suas inclinações naturais (SOUSA, 2022, p. 78)⁵, daquilo que é próprio, exclusivo, e que se manifesta historicamente de maneira comum, regular, aos entes de mesma espécie.

Indaga-se com isso o que constitui a essencialidade/natureza do ente humano. Dessa provocação, questiona-se: qual é o substrato do ente humano, ou seja, aquilo que o distingue dos minerais, vegetais e animais? Com as respostas, chega-se ao conteúdo material das normas que devem ordenar o agir do ente humano. Nos esclarece Dr. J. P. Galvão de Sousa:

Tomamos aqui natureza no sentido de essência, e é preciso distinguir o que é natural, neste sentido, do espontâneo e do primitivo. Natural é o que corresponde à essência de um ser. Ora, a essência do homem, ou sua forma específica, nos é dada pela razão. Natural é, pois, no homem, o que se conforma à reta razão. E não é difícil perceber no homem certas inclinações naturais que se podem discernir dos apetites inferiores quando estes se opõem à razão. O bem humano é o que propriamente corresponde a

² SOUSA, José Pedro Galvão de. **Obras seletas III: Direito Natural, Direito Positivo e o Estado de Direito e Estado Tecnocrático**. Rio de Janeiro: CDB, 2022.

³ Ibidem.

⁴ AQUINO, Tomás de. **O ente e a essência**. Tradução: Carlos Arthur do Nascimento. Petrópolis/RJ: Vozes, 1995.

⁵ SOUSA, José Pedro Galvão de. Op. Cit.

tais inclinações. Pela lei natural, todo homem tem, por exemplo, direito à vida, direito a constituir família, direito ao produto do seu trabalho⁶. (SOUSA, 2022, p. 24).

Já define Tomás de Aquino a pessoa humana como naturalmente racional (AQUINO, 1988, p. 3)⁷. Agregou na definição do ente humano sua natureza social e política, exercendo tal aptidão natural em vida comunitária (AQUINO, 1931, p. 2)⁸. Adotando a noção tomista, é possível pontuar que a racionalidade não se dissocia da sociabilidade, de maneira que define o ente humano como *racional social*. Portanto, constitui a essência do ente humano consubstanciação da racionalidade com a vocação à vida social, ou por assim dizer, o agir racional em contexto de social é manifestação normativa da natureza humana. Nas palavras de Dr. J. P. Galvão de Sousa, “o homem enquanto substância tende à própria conservação, enquanto animal tende à reprodução e enquanto racional, ao conhecimento da verdade e à vida social” (SOUSA, 2022, p. 80)⁹.

A natureza daquilo que existe também indica seu próprio fim (ARISTÓTELES *apud* SOUSA, 2022, p. 80)¹⁰, sendo o fim um bem, segundo Dr. J. P. Galvão de Souza, a realização dos fins de existência conforme aquilo que é natural é um estágio de perfeição dos entes (SOUSA, 2022, p. 80)¹¹, ou seja, a máxima realização da própria natureza. Pode-se dizer, pois, que o ser humano logra seu bem quando contempla, realiza, sua natureza, ou seja, quando consegue atingir as condições propícias para o bom e máximo desenvolvimento de sua racionalidade em circunstâncias sociais. Está o ente humano na plenitude de seu melhor existir quando age racionalmente, comportando-se como humano, em mútuo convívio com o próximo (social), ou por assim dizer, em suma, quando age racionalmente em contexto social, pressuposto da ordem cívica.

É importante pontuar que natural não é algo a que se chega por abstrações ou suposições, é aquilo que se constata empiricamente na história, isso significa que a perenidade de certo comportamento é indicativo daquilo que constitui a essencialidade de quem se comporta, sendo também seu fim de existência.

⁶ SOUSA, José Pedro Galvão de. **Obras seletas III: Direito Natural, Direito Positivo e o Estado de Direito e Estado Tecnocrático**. Rio de Janeiro: CDB, 2022.

⁷ AQUINO, Tomás. **Suma Teológica**. Madrid: Biblioteca Autores Cristianos, 1988.

⁸ AQUINO, Tomás. **Do governo dos príncipes ao rei do Cipro (De regno)**. Rio de Janeiro: ABC, 1931.

⁹ SOUSA, José Pedro Galvão de. Op. Cit.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

Dr. J. P. Galvão de Sousa acrescenta na definição de natureza seu aspecto “motriz”, como sendo uma força que impulsiona ao fim (SOUSA, 2022, p. 81)¹². Esse impulsionar nada mais é do que as inclinações naturais, propulsões inatas destinadas ao fim do ente, possuindo, pela força do dever intrínseco, o aspecto de natural normatividade inculcada em cada ente para que se atinja o bem, ou seja, seu fim.

Como dito, para os vegetais naturalmente suas raízes se comportam para conseguir a nutrição advinda do solo fértil em nutrientes, sendo isso o fim desse ente. Os animais brutos, por sua vez, caçam guiados por instintos, detentores de conhecimento sensível, comportam-se para garantir a perpetuação da espécie, princípio reitor que os teleguiam. Assim os entes irracionais agem normativamente na conformação de sua natureza, segundo sua modalidade de existência, para que tenha a fruição de seus respectivos bens.

Seguindo essa lógica, para os humanos, há normas não codificadas que propulsionam seu agir contendo em si mesmas um dever, normas naturais na mediada em que esse dever é a realização de sua essencialidade humana, em outras palavras, normas materialmente voltas à natureza humana, que é racional social.

Tais normas são atuantes na parte de identidade do ente humano que é a razão, essa não voltada apenas ao conhecer inteligível, mas sobretudo à captação do conteúdo propositivo das normas para coordenação do agir prático do indivíduo. Tais normas atuantes na racionalidade prática são compatíveis com as inclinações naturais, de modo que há um espelhamento entre estas e as normas naturais. Pode-se dizer, assim, que as inclinações naturais (propulsões) são a potência no ente daquilo que é proposto no conteúdo das normas naturais, potência que se manifesta exteriormente no agir justo/natural, aquele que se conforma com o conteúdo propositivo das normas. Sendo certo ainda que as inclinações têm um fim para além, que não sem encerra num agir conforme a norma, mas no fim que se destina essa norma, a saber, a realização plena da natureza humana, atingida quando há a maximização da racionalidade em contexto social (racional ordem cívica), sendo isso o estágio de bem do ente humano.

¹² SOUSA, José Pedro Galvão de. **Obras seletas III: Direito Natural, Direito Positivo e o Estado de Direito e Estado Tecnocrático**. Rio de Janeiro: CDB, 2022.

1.2 Inclinações naturais

Bem anuncia Dr. J. P. Galvão de Sousa que naturalmente o animal ente humano, obedecendo suas inclinações, atende à norma natural cujo conteúdo é o *dever de conservar a vida*, para realizar o fim ao qual tende, a saber, o conhecimento pela razão a fim de se viver socialmente (SOUSA, 2022, p. 80)¹³. Tende o homem ao uso da razão para a vida social, sua natureza é, por conseguinte, racional/social, de maneira que, naturalmente, o ente humano deve agir nos domínios da razão em um contexto social. Isso significa que a natureza humana, sua essência, ou por assim dizer, o substrato da existência humana, é a conjugação de sua racionalidade com sua natural aptidão à vida cívica.

Conforme já foi dito nestes escritos, as inclinações naturais propulsionam o agir humano à realização de sua própria natureza (SOUSA, 2022, p. 81)¹⁴, portanto, ao lograr de seu fim de existência. Vejamos a *conservação da própria vida*, tal inclinação tem como fim a possibilidade do exercício do agir racional, condição de melhor existência, pressuposto para viver em sociedade (SOUSA, 2022, p. 68)¹⁵. Atrelado a essa inclinação há um plexo de proposições normativas (normas naturais) atuantes na racionalidade prática, de modo a haver uma congruência entre tais inclinações e as normas naturais. Essas normas naturais orientam o ente racional a agir consoante sua natureza (SOUSA, 2022, p. 63)¹⁶, agir, assim, racionalmente em contexto social, realizando, no agir, as potências de suas inclinações naturais.

Seguindo o raciocínio, em sendo as inclinações naturais em potência aquilo que é descrito de forma propositiva (dever) nas normas naturais, o agir em consonância com essas inclinações é a realização fática do conteúdo prescritivo de tais normas naturais.

Como já apontava Aristóteles, viver socialmente é o fim de existência humana, de modo que as inclinações do homem se voltam ao agir em prol do próximo, em semelhança, as normas que ordenam o agir em conformidade com as inclinações têm em seu conteúdo propositivo um fim social, o que se quer dizer é que as normas atuantes na razão humana se fundamenta num bem compatível com a natureza do ente a que se destina. Assim, em sendo o homem *animal*

¹³SOUSA, José Pedro Galvão de. **Obras seletas III: Direito Natural, Direito Positivo e o Estado de Direito e Estado Tecnocrático**. Rio de Janeiro: CDB, 2022.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

racional/social, substancialmente todas as normas naturais tem um caráter de racional ordenação cívica. Logo, o agir individual em conformidade com normas naturais (atuantes na razão), externando as potências das inclinações, torna possível a boa existência em sociedade, permite chegar, por essas vias, ao *bem comum*.

1.3 Dimensão sócio valorativa das normas de naturais

Já bem diz o Jurista Miguel Reale em sua teoria tridimensional do Direito que a norma é derivativa fundamentalmente de um valor, em seu próprio termo: “fato, valor e norma são dimensões essenciais do direito, o qual é, desse modo, insuscetível de ser partido em fatias, sob pena de comprometer-se a natureza especificamente jurídica da pesquisa” (REALE, 2003, p. 59)¹⁷.

De certo há uma relação umbilical entre norma e seu respectivo valor, sendo este o que confere legitimidade àquela. Nesse ínterim, toda e qualquer norma contém em si um valor, não um valor qualquer, mas um valor atrelado à natureza do ente a que a norma se destina. Em sendo essa norma uma proposição, um dever norteador do agir, está ela ancorada num valor cuja preciosidade se justifica na possibilidade de realização dos bens humanos.

Os bens humanos são todos aqueles que permitem a melhor existência conforme a natureza, fruídos a partir da ordenação do agir pela razão, desde que compatíveis com as proposições normativas do Direito Natural. Essas proposições possuem um valor intrínseco, a saber, a *Justiça*. As normas naturais contêm em si o justo (SOUSA, 2022, p. 82)¹⁸, valor maior inato, conferindo as normas positivas a justiça, de modo a ser justo o dispositivo de lei expressivo de alguma forma das normas naturais. Portanto, o Direito Natural é o referencial de justiça da legislação positiva, não um modelo ideal para que legisla, mas o fundamento que deve ser perquirido para que a legislação positiva contenha justiça (SOUSA, 2022, p. 82)¹⁹, valor que legitima qualquer diploma legal. O direito positivo é, pois, um veículo, um signo transmissor da justiça contida nas normas de direito natural. O que se quer dizer com isso é que os textos de lei para serem válidos, justos, devem se adequar as proposições normativas atuantes na razão humana, devendo ser compatíveis com a natureza (*racional/social*) e inclinações de tal ente. Devem, assim, conter a Justiça que é conferida pelo Direito Natural.

¹⁷ REALE, Miguel. **A teoria tridimensional do Direito**. Lisboa: Imprensa Nacional: Casa da Moeda, 2003.

¹⁸ SOUSA, José Pedro Galvão de. **Obras seletas III: Direito Natural, Direito Positivo e o Estado de Direito e Estado Tecnocrático**. Rio de Janeiro: CDB, 2022.

¹⁹ *Ibidem*.

Há, portanto, uma relação valorativa e representativa entre norma positiva e norma natural, de maneira tal que aquela deverá representar esta, deverá expressar aquilo que é atuante na razão humana, na proporção de ser mais justo o dispositivo de lei que melhor transmite, de certa forma, as normas naturais, sendo justas porquanto melhor se adequa à natureza humana, justas, assim, porque melhor permitem, ao serem seguidas, o agir racional em contexto social, sendo esse o fundamento valorativo e objetivo do direito positivo.

1.4 O valor como fundamento do direito positivo

Um dos grandes vícios resultantes de uma má concepção do positivismo jurídico é limitar o Direito aquilo que é positivado, cuja validade se dará tão somente no respeito de um pretenso diálogo democrático em que se delibera seguindo regras instrumentais de feitura e validação do que se busca validar. Em outras palavras, uma validação resultante do respeito, dentro de um normativo modelo sistemático e escalonado, às regras superiores e anteriores democraticamente criadas (KELSEN, 2013, p. 215)²⁰.

Tal processo, em sua má prática, permite excluir da apuração da validade das leis positivas o fundamento objetivo de justiça inerente à natureza sócio racional do ente humano, contido nas normas naturais, como efeito colateral negativo, entrega aos arbítrios das vontades majoritárias, ditas democráticas, a “legitimidade” do direito positivo, a partir de concepções subjetivas e cambiantes de “justiças”, mormente viciadas, segundo a conveniência dos detentores de poder.

As perspectivas mais radicais do positivismo jurídico podem não levar em conta que um Estado de legalidade não é necessariamente sinônimo de Estado de legitimidade (SOUSA, 2022, p. 135)²¹, nessa lógica, o critério de validade/legitimidade de leis pode não exigir a transmissão da justiça objetiva, valor esse intrínseco nas normas naturais, que deveriam ser o objeto da legislação positiva.

Não sendo nem mesmo a Constituição, por si só, aquilo que, absolutamente, conferirá lastro de justiça e validade/legitimidade da legislação que se produz nas casas parlamentares,

²⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes: 2013.

²¹ SOUSA, José Pedro Galvão de. **Obras seletas III: Direito Natural, Direito Positivo e o Estado de Direito e Estado Tecnocrático**. Rio de Janeiro: CDB, 2022.

podendo ser insuficiente as instituições democráticas para garantir a justiça sem algum parâmetro objetivo e anterior vinculado à natureza humana. Nesse sentido ratifica e nos complementa Dr. J. P. Galvão de Sousa:

Assim, o Estado de direito não depende só do bom arranjo constitucional. Isto é necessário, e necessário, também, é que haja uma adaptação das instituições ao meio histórico. Mas é indispensável que os homens, aos quais cabem as responsabilidades do poder, tenham plena consciência do que significa o direito natural, como fundamento da ordem jurídica positiva e princípio ordenador da atividade do Estado na condução da sociedade à realização dos fins humanos. (SOUSA, 2022, p. 139)²².

Quando a confecção de leis está dissociado da exigência de sua validade à luz da legitimidade, isto é, do manifestar nelas de um valor objetivo (porquanto vinculados à natureza), pode haver o surgimento de um sistema em as leis são formalmente válidas, mas substancialmente ilegítimas, ou por assim dizer, iníquas. Portanto, a positivação de leis por si só não garante a legitimidade do conteúdo legal, estando esta contida em todos os valores derivativos do valor maior e objetivo chamado justiça, de maneira que o grau de legitimidade de uma lei positiva é diretamente proporcional a sua capacidade de transmitir por si justo contido nas normas naturais.

Assim, pode se intuir que aplicar, em certos casos, o dispositivo de lei puro em sua literalidade não é equivalente a fazer justiça, afinal, é possível haver leis não transmissoras da justiça e, quando aplicadas, provocam iniquidades. Nesse sentido, Tomás de Aquino em sua sabedoria ressalta que a simples aplicação de leis é insuficiente para se chegar à justiça no caso concreto:

A lei escrita, assim, não dá força ao direito natural, tampouco pode diminuir ou eliminar sua força, pois a vontade humana não pode mudar a natureza. E, do mesmo modo, se a lei escrita contiver qualquer coisa contra o direito natural, ela é uma lei injusta, e assim não tem força de obrigação... nem são tais leis escritas chamadas de leis, mas antes corrupção da lei. (S. TH. Ia. Iia., q. 60, art. 5. *apud* SOUSA, 2022, p. 136)²³.

Em suma, o que se deduz é que a norma positiva por si só não se autolegitima, mas, tendo ela natureza indiciária, será legítima quando for expressiva de seu referencial valorativo, isto é, as normas naturais justas em si mesmas, portadoras de um bem objetivo na medida em que é compatível com a natureza e inclinações objetivas do ente humano. Tal objetividade se

²² SOUSA, José Pedro Galvão de. **Obras seletas III**: Direito Natural, Direito Positivo e o Estado de Direito e Estado Tecnocrático. Rio de Janeiro: CDB, 2022.

²³ *Ibidem*.

comprova, como já fora dito, da regular perpetuação de comportamentos e atributos humanos, indicativos, de uma natureza objetiva, da manifestação perene do ser tal como ele é e para o que está voltado finalisticamente.

É preciso, portanto, que, diante da aparente iniquidade da norma positiva (não indiciária da norma natural), adotar uma teleologia em que se busque, por uma hermenêutica deontologicamente norteada em princípios humanísticos (conforme a natureza do ente), o lastro de valor/justiça que se pode extrair da interpretação do dispositivo legal, a luz dos fins e bens inerentes à natureza humana.

1.5 Normas e racionalidade prática

Em sendo o ente humano animal racional sociável, sua racionalidade, atributo essencial, desempenha papel ordenador dos desejos e ímpetos desse ente. Aristóteles, ao trazer sistematicamente a composição da alma humana (âmbito das vontades e da razão), divide-a em dois, a saber: *parte irracional e parte racional*.

A *parte irracional da alma*, por sua vez, subdivide-se em duas: *subparte vegetativa da alma* e *subparte potencialmente racional da alma*. No que tange à *subparte vegetativa*, essa é totalmente alheia à razão, volta-se à nutrição e às faculdades vitais desse ente (ARISTÓTELES, 2014, p. 76)²⁴, tal parte se assemelha aos instintos dos animais brutos, porquanto comporta ímpetos inatos que propulsionam o agir rumo à manutenção da vida, como exemplo temos a fome, insuscetível de ser totalmente aplacada tão somente pela razão, senão pelo efetivo ato de se alimentar. Quanto à *subparte potencialmente racional*, essa é concernente aos apetites e paixões (ARISTÓTELES, 2014, p. 76)²⁵, a priori desregrados, contudo, possivelmente moderados pela razão, como por exemplo, a ganância (que será discutida em tópico vindouro), que é um *animus* aplacado quando está sob os domínios da razão.

A *parte racional* da alma também se subdivide em duas, uma pertinente ao *intelecto puro*, voltado à sabedoria e entendimento (ARISTÓTELES, 2014, p. 76)²⁶, e outra *concernente à moral*, voltada à ordenação das potências apetitivas. Esta última parte relaciona-se com

²⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

subparte potencialmente racional (apetites e paixões) de maneira tal que esses desejos, originalmente irracionais, passam a ser racionalizados quando ordenados numa moderação virtuosa. O que se quer dizer é que há um elo entre os apetites da alma e a razão, de modo que esses, ao serem regidos pela razão, podem ser restringidos a uma justa moderação e, quando manifestos nas condutas habituais, são verdadeiras virtudes. Sintetiza o referido filósofo:

Assim, parece que a parte irracional, é dupla. Com efeito, a parte vegetativa não participa, de maneira alguma da razão; a dos apetites e do desejo em geral, contudo, participa, de certo modo, da razão, sendo obediente e submissa a ela, (que é o sentido que emprestamos ao acatamento do racional quando falamos em dar atenção ao próprio pai ou aos próprios amigos, e não aquele que atribuímos ao racional nas matemáticas). É que o racional é capaz, de algum modo, de afetar o irracional via persuasão é indicado quando advertimos e empregamos a censura e a exortação em geral. (ARISTÓTELES, 2014, p. 76)²⁷.

Pode-se dizer que as condutas virtuosas, moderadas por assim dizer, representa a ordenação pela razão das potências apetitivas da alma humana, representa, por conseguinte, a justa constrição dos desejos e paixões primordialmente desregrados.

Indaga-se: sendo a razão a parte da alma ordenadora dos apetites e paixões, como é realizado esse virtuoso mister? Para responder tal questão, é oportuno trazer à baila as proposições normativas do direito natural, que são atuantes na racionalidade prática, mas precisamente, em concepções aristotélicas, na *subparte potencialmente racional* (concernente à moral) da alma humana.

Assim, a razão teleguiada pelas proposições normativas naturais é capaz de ordenar as potências apetitivas da alma de maneira a tornar a conduta humana a expressão do conteúdo propositivo das normas (agir normativo), capazes de moderar os desejos/paixões. Com efeito, o agir virtuoso/justo é aquele que se conforma às proposições normativas das normas naturais atuantes na razão, é a expressão de justiça derivada de tais normas, é a manifestação do prudente moderar das potências apetitivas da alma humana. Pode-se dizer com isso que as potências apetitivas (desejos e paixões) devem ser coordenados pela razão para a melhor realização das inclinações naturais, ou seja, atender aos fins a que o ente humano se volta potencialmente, segundo sua natureza.

²⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

O direito positivo, nesse ínterim, servem apenas como instrumento que facilita a chegada à justiça ao manifestar em signos linguísticos propostas de agir justo, porquanto expressam (de maneira representativa) as normas naturais. Portanto, os dispositivos legais cumprem a missão de orientar, por um dever aparentemente externo, aqueles de débil razão a coordenarem desejos e paixões (potências apetitivas) para que haja as condições propícias de realização da natureza humana, isto é, o viver racional em sociedade (racional ordem cívica), sendo isso um bem comum (valor).

Em suma, pode-se concluir que o carácter virtuoso é forjado pela habitualidade de condutas em consonância com as normas naturais, atuantes no intelecto prático, voltadas materialmente ao bem segundo a natureza humana (racional social).

1.6 A insuficiência e perigos de uma lei positiva neutra

Como já dito nestes escritos, a positivação, em dispositivos legais, da norma natural serve como suporte e orientação para o cidadão, sobretudo para aqueles em que a razão prática atua debilitadamente de maneira a obnubilar as mensagens normativas que deveriam atuar na dimensão racional do intelecto humano.

Seriam, pois, as normas de direito natural âncoras de racionalidade da conduta humana, estando elas em consonância com a natureza e as inclinações inatas desse ente. Quando tais normas, por degeneração moral, deixam de ser evidentes, para que se mantenha a ordem cívica, condição para realização do bem humano (SOUSA, 2022, p. 83)²⁸, torna-se preciso a expressão positiva do conteúdo propositivo das normas naturais nos signos linguísticos que compõem os dispositivos de lei. Sobre a necessidade contingente da positivação das normas naturais em signos linguísticos legais, esclarece Dr. J. P. Galvão de Sousa:

Se procedimentos contrários à lei natural chegam a generalizar-se num determinado meio social, suscitando normas de conduta, isto se verifica em relação aos preceitos secundários daquela lei, como já o explicara Santo Tomás, e isto por vários motivos: a influência das paixões, as falhas da razão humana na aplicação dos primeiros princípios da moralidade, o desigual desenvolvimento das formas culturais sujeitas a transformações para melhor ou para pior e, portanto, a aprimoramentos e a degenerescências. (SOUSA, 2022, p. 83)²⁹.

²⁸ SOUSA, José Pedro Galvão de. **Obras seletas III: Direito Natural, Direito Positivo e o Estado de Direito e Estado Tecnocrático**. Rio de Janeiro: CDB, 2022.

²⁹ *Ibidem*.

Nesse sentido, o direito positivo é necessário muito em virtude da incapacidade humana de captar, pela razão, as mensagens contidas nas normas naturais, estado em os juízos morais e valorativos passam a ser preteridos para atender as paixões e concupiscências. Isso, por assim dizer, seria algo próximo ao anestesiar moral das barbáries ocorridas nos regimes totalitários. O perigo se dá quando a condição de degenerescência do ente humano passa a produzir efeitos na ordem jurídica positiva que se constroem pela vontade majoritária dos cidadãos, numa pretenso regime democrático. Tal modelo pode permitir, na prática, o que já foi alertado nestes escritos, isto é, uma ordem jurídica positiva na qual a justiça e o plexo de valores axiológicos contidos nas normas naturais deixam de ser o critério de legitimidade do direito positivo, podendo formar, por conseguinte, um sistema de leis formalmente válidas, mas materialmente iníquas, ilegítimas.

Intui-se daí a relevância de se compreender o Direito para além daquilo que é manifestado de forma signa (representativa) nos dispositivos de lei, compreendendo-o de forma global e sistemática, compulsando em cada signo linguístico da lei seu fundamento valorativo, contido na norma natural (referencial compatível com natureza humana) que subjaz o texto positivo, sob pena, se for adota tal exegese, de se aplicar no caso concreto falsas normas, carentes de um lastro de justiça.

O que se quer frisar, por fim, é a importância de uma hermenêutica deontologicamente direcionada a partir do valor justiça e conjunto de valores/ princípios correlatos manifestados no conteúdo das normas naturais. Sem um filtro valorativo seja na posituação, seja na interpretação da lei, pode-se chegar a um “ordenamento” jurídico em que o mal pode ser banalizado e o bem objetivo (segundo a natureza do ente) desprezado, um pseudo-ordenamento em que a natureza racional social do ente humano deixa de ser contemplada nas normas ordenadoras de conduta.

2 DO ARCABOUÇO NORMATIVO

2.1 Norma geral natural

Já discutimos nestes escritos que todo ente de existência age normativamente bem quando está em consonância com sua natureza, isto é, com os fins atrelados que permitem sua melhor existência segundo sua modalidade de existir. Com efeito, o bem consiste na realização dos fins de existência, sendo o destino das normas que devem orientar o agir. Os vegetais, por exemplo, atinge seu respectivo bem quando consegue pelo mover de suas raízes extrair do solo os nutrientes necessários ao seu melhor existir, como se tivesse uma norma que prescrevesse tal mover. O bem dos animais brutos, para além da nutrição, conseguem conhecer sensivelmente identificando outros entes; contudo, não os conhecendo, ou seja, não sabendo o que são, visto que não possuem intelecto (razão) seu respectivo bem (destino da norma que os conduzem instintivamente) limita-se a tal conhecimento sensível.

Os humanos, por sua vez, são animais racionais sociais, portanto, em sendo objetivo essa natureza, seu fim será o viver racional em contexto social, sendo isso o bem a que as normas naturais os direciona. Em outras palavras, o ente humano atinge um estágio de bem quando age racionalmente, isto é, dominando suas paixões pela razão, convivendo desse modo com outros humanos (estado de racional ordem cívica). Assim, qualquer agir que desvirtue do objetivo humano é um agir mal, porquanto incompatível com o fim natural deste ente, que exige a coordenação das vontades para o mútuo convívio.

Segundo Tomás de Aquino, as normas naturais atuam no intelecto humano, possuem um conteúdo propositivo generalíssimo, a saber: deve-se buscar o bem e evitar o mal (AQUINO, 1988, p. 2)³⁰. Sendo o bem, com já dito, a realização de sua natureza racional social. Tal norma é uma prescrição geral que fundamenta todas as normas naturais e todas as disposições de lei positivada, afinal, não seria legítimo regras criadas para o mal. O bem é objetivo na medida em que se ancora na objetividade daquilo que é natural no ente humano, naquilo que se manifestará sempre em qualquer contexto situacional e histórico, porquanto o pertence tal como ele é, conforme sua existência.

³⁰ AQUINO, Tomás. **Suma teológica**. Madrid: Biblioteca Autores Cristianos, 1988.

O sujeito que paga pela compra, por exemplo, realiza um bem pois age conforme a dimensão social de sua natureza, assim agindo *dando a cada um o que é seu*, garantindo a coesão cívica. O sujeito que, contudo, mata o próximo afasta-se do bem pois ceifou a vida alguém, ato cristalinamente incongruente com sua natureza, haja vista que foi uma agir passional (não racional) aflitivo à ordem social, ou seja, ao salutar convívio cívico (sua vocação natural). Quem assim o age, para além de lesões ao próximo, agiu mal, isto é, afastando-se do bem, agiu imbuído na paixão, não permitindo o domínio reitor da razão.

De certo, é na razão em que se atuam as proposições das normas naturais, sendo elas capitadas pela habilidade nominada *sindérese*, Moraes Ferreira Filho diz sê-la uma habilidade humana de captação dos primeiros princípios da norma natural, cujo o fundamento se ancora no “buscar o bem, evitar o mal” (FERREIRA FILHO, 2016, p. 35)³¹. Quando as paixões são de tamanha intensidade que essa captação falha, não há a realização daquilo prescrito nas normas naturais, não haverá ordenação racional dos desejos pela razão, portanto, pode não haver condutas segundo a natureza, isto é, condutas racionais na medida em que proporciona o salutar convívio social.

Segundo Aristóteles (2014, p. 86), “virtude é a qualidade segundo a qual agimos da melhor forma no tocante aos prazeres e às dores e que o vício é o oposto”³². O que se quer dizer é que a ação virtuosa é a reflexão do bem, porquanto, pela contenção das paixões, propicia, nos domínios da razão, o convívio cívico (bem humano).

Com efeito, o que atua no intelecto é a mensagem cujo conteúdo é a busca dos bens e o evitar os males. Questiona-se: como garantir o bem sobretudo diante da não evidência das normas naturais no intelecto? Daí surge norma civil, derivativo da norma geral natural.

2.2 Norma civil

Lançando mão das sábias lições do jurisconsulto romano Ulpiano, reconhecemos os três pilares fundamentais da norma civil, gerais em seu conteúdo, porém mais constrictas do que a

³¹ FERREIRA FILHO, Moraes. **A antologia da alma em São Tomás de Aquino**. São Paulo: Paulus, 2016. (Coleção E-books FAP.com).

³² ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução: Edson Bini. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

norma geral natural (deve-se buscar o bem, evitar o mal), a saber: não lesar o próximo; dar a cada um o que é seu e agir honestamente (CORPUS JURIS CIVILIS, 2010, p. 27)³³.

Os três pilares da norma civil são considerados os princípios gerais de ordenação dos entes humanos, a forma, ainda que genérica, de realização do bem e evitação do mal numa ordem cívica. Assim, a norma generalíssima natural deverá ser aplicada consoante o direcionar dos princípios fundamentais da norma civil, isto é, deve-se *buscar o bem e evitar o mal* numa ordem civil quando não se lesa o próximo, age-se honestamente e dá-se a cada um aquilo que lhe pertence. Em outras palavras, os princípios fundamentais da norma civil é a forma de realização, mesmo que geral, das normas naturais, de maneira tal que todas as leis positivadas (chanceladas pelo Estado) deverão ter em seu conteúdo material o *buscar o bem e evitar o mal* a partir do não lesar, da honestidade e da justa retribuição a quem é de direito. Sendo isso um bem objetivo para o ente humano na medida em que permite, quando obedecidas as normas de certo modo e pelo impulsionar das propensões naturais, agir conforme a natureza (racional social), permite, pois, a coordenação racional da sociedade, para que se viva, no gozo da dignidade, em comunhão amistosa com os demais indivíduos, estágio nominado como bem comum.

Ressalta o professor Paulo Nader ser a norma civil aquela que “disciplina a vida do ser dotado de razão apenas por sua condição humana” (NADER, 2010, p. 3)³⁴, condição que pressupõem o bom uso da razão para o mútuo convívio com o próximo em sociedade. Intuímos, pois, que a harmonia cívica a que se destina a norma civil e o Direito como um todo é um fim que pode ser chegado com o respeito a certas regras de convívio coletivo que devem refletir por si valores curias para o ente humano, como por exemplo, a justiça, a honestidade, a prudência, a igualdade, entre outros. Como em toda norma há um conteúdo valorativo que se volata finalisticamente à ordem cívica e os bens consoantes a natureza humana.

Essencialmente, a norma civil contém regras declaratórias dos direitos próprios da condição humana, aqueles nominados de direitos de personalidade, bem como regras que prescrevem a forma de agir (dever) que permitem a mútua convivência em sociedade, regras estas cujo sentido normativo pressupõem a interação humana, seja num âmbito de núcleo familiar e associativo, seja nas simples ou complexas trocas e negócios advindos de uma

³³ CORPUS JURIS CIVILIS. **Digestos**: livro I. Brasília: TRF1; ESMAF, 2010.

³⁴ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, parte geral**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

comunidade minimamente organizada. Como já dito anteriormente nestes escritos, a norma civil confere mais concretude e praticidade as normas gerais naturais atuantes no intelecto prático. Ademais, define Paulo Nader:

O Jus Civile define as condições gerais do ser que é portador de direitos e obrigações, abrangendo genericamente as pessoas naturais e pessoas jurídicas, que são criações desenvolvidas pela Ciência. O Direito Civil está para o Direito em geral assim como a espécie para o gênero, daí tudo que predicamos ao Direito como um todo se aplica igualmente ao mais importante segmento do Direito Privado. Como parte do ordenamento jurídico, o Direito Civil realiza os valores segurança e justiça, além de valores específicos liberdade e igualdade. Para compreensão do Direito Civil, impõem-se, destarte, o conhecimento prévio do Direito em geral. (NADER, 2010, p. 4)³⁵.

Fazendo uso do recurso metáfora, pode-se dizer, portanto, que as normas gerais naturais (atuantes na razão) serão como raízes que extraem nutrientes dos bens consoantes a natureza dos entes humanos, tais normas, porquanto atuantes na dimensão de consciência humana, nem sempre são evidentes, por variados motivos, sendo sua evidenciação manifesto no “tronco” chamado Direito Civil, cujo o sentido de suas regras destina-se “a conduta social ou modelo de organização social” (NADER, 2010, p. 103)³⁶, fundadas em valores que tornam possível o convívio entre indivíduos dotados de direitos e deveres, inseridos num contexto de relação social simples ou complexa.

De certo, quando há a violação das regras da norma civil, há desprestígio aos valores inerentes a uma ordem cívica, deve haver, com fins eminentemente pedagógicos, a devida, ou pelo menos tentativa, reparação em virtude dos impactos aos direitos do lesado. Assim, no âmbito de uma racional e humanística responsabilização, busca-se garantir a dignidade e reparar os impactos materiais. Portanto, como consequência pactuada pelos cidadãos do desrespeito à norma civil tem-se, em regar, a responsabilização patrimonial, sendo isso seu limite de incidência no tocante à restrição dos direitos daqueles causadores do dano (ilícito).

Pode-se dizer que tal responsabilização, pela justiça e equidade, deve buscar um grau de proporcionalidade a lesão gerada, não só na dimensão moral (dignidade) e material, mas também, a nosso sentir, levando em conta certo despreparo demonstrado na conduta ao convívio cívico. Deve a responsabilização civil ser uma tentativa de evidenciar, com caráter estritamente pedagógico, não só as regras civis, mas também seu respectivo objeto de referência, isto é,

³⁵ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, parte geral**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

³⁶ *Ibidem*.

as normas gerais naturais, que deveriam nortear conduta, ainda que sem as regras civis positivadas, conforme a natureza objetiva do ente humano (racional social).

Contudo, quando o descompasso com a ordem cívica for severa, em virtude de um dano que gere profundas lesões aos bens humanos, num grau de insuficiência da reparação civil/patrimonial, surge uma nova camada do Direito, mais extrema e menos genérica, em que as condutas descritas nas normas desse escalação poderão ensejar seu tratamento como delito.

2.3 Norma criminal

Contida em toda norma, a prescrição, na forma de proibição ou de dever, destina-se a um bem segundo a natureza do ente a que se vincula, sendo o bem do ente humana, conforme já dito, o viver racional em ordem cívica/comunitária. Contudo, o que diferencia as normas de natureza criminais das normas de civis é justamente a maior afetação aos bens jurídicos tutelados, o que se quer dizer é que a lesão ao próximo, o agir desonesto e não retribuição aquele a quem é devido é de um grau maior, de maneira a afligi, de forma contundente, tais bens jurídicos. Com efeito, a violação a ordem social (contexto de fruição dos bens) é proporcionalmente maior.

É possível deduzir que norma criminal não se define pela possível consequência atribuída em razão do seu descumprir, consequência que está dissociada, assim, tanto da norma, quanto do tipo (signo de linguagem).

Será nessa lógica a norma criminal uma determinação ou proibição que deve ser seguida para a garantia dos bens humanos, de modo a ser a sua não realização um descompasso irracional com a vida comunitária ordenada. Pode-se dizer que tais normas são decorrentes da insuficiência da norma civil na garantia de tutela dos bens jurídicos, haja vista que seu conteúdo exorbita dos limites dos fatos jurídicos (atos e negócios), condutas decorrentes da não contenção dos ímpetos pela justa razão, capazes de provocar gravíssimas lesões aos interesses sociais fundamentais.

Desse modo, o “não matarás”, por exemplo, é norma criminal na medida em que a sua violação afeta de modo grave um bem jurídico precioso aos indivíduos, sendo a mais profunda lesão ao próximo o ceifar de sua vida. O “não furtarás”, quando não seguido, revela, na conduta,

o indevido domínio daquilo que pertence ao outro, ou ainda, outro exemplo, o ludibrio inerente ao estelionato, que traduz a mais profunda desonestidade para além dos lindes da norma civil.

Portanto, a realização fática do conteúdo prescritivo das espécies normativas criminais demonstra a afetação, pelas condutas, das condições de bem humano (racional ordem cívica) para além das relações inerentes à norma civil, sendo seu maior grau de lesão aquilo que distingue as normas criminais das demais normas que compõem a estrutura do Direito.

3 SIGNOS E NORMAS

3.1 Signos de linguagem

O prolongar da existência humana se deu certamente em virtude do compartilhamento de saberes em um contexto comunitário. É razoável crer que o sujeito solitário enfrenta muito mais dificuldades para o pleno estabelecimento de seu viver se comparado àquele inserido em certa comunidade, de maneira que também é crível ponderar que a vida em coletividade é o melhor meio para o desfrute das condições formais e materiais propícias ao desenvolvimento da pessoa humana, à formação de sua personalidade, à garantia de sua integridade, ou por assim dizer, à fruição daquilo que se entende como *bem comum*.

Assim, em sendo a vida em comunidade a modalidade do existir que melhor permite o desfrute das condições de dignidade, e em sendo a dignidade intrínseca ao existir humano, imprescindível é o domínio das estruturas que melhor permitem a interação e comunicação, sem as quais não haverá verdadeira comunidade, tampouco as benesses dela advindas. De certo, a linguagem, como mecanismo de comunicação é relevante não apenas na formação de uma comunidade ordenada (com uma interação inteligível), mas sobretudo para, a partir de uma linguagem comum, criar-se uma verdadeira civilização, voltada formal e materialmente à concreção do mencionado *bem comum*.

Pode-se dizer, portanto, que a existência humana é uma das modalidades do existir condicionada à linguagem, de modo que quanto mais os seres humanos dominam as estruturas da linguagem comum, mais facilmente poderão se referir à realidade e deliberar sobre conceitos apreendidos e compreendidos em comunidade, rumo à realização de um bem geral coletivo.

Ora, se o domínio das estruturas básicas da linguagem é fundamental para o desfrute do melhor existir humano em comunidade, mais o será quando a restrição de certos direitos naturais (como a liberdade) estiver condicionada a esse domínio. Isso é ressaltado porquanto na atual ordem cívica certas condutas humanas ganham expressão linguística em palavras que, ao serem ordenadas indicam, uma norma, um dever que deve ser obedecido para garantia do bem comum. A desobediência desse dever suscita, em tese, uma intervenção punitiva pelo ente representativo da coletividade, em outras termos, a adequação entre a norma (indicada pelo

conjunto de palavras) e a conduta violadora do dever torna tal conduta um injusto, sujeito, portanto, à pena.

Portanto, é necessário, a priori, abordarmos, ainda que de forma incipiente, sobre filosofia da linguagem e sobre seus signos, para, posteriormente, ser possível tecer considerações sobre normas e sobre o objeto central destes trabalhos, a saber, os *elementos normativos do tipo penal objetivo*, que nada mais são do que *palavras*, tendo especial foco no “motivo torpe”. No que tange à relevância da linguagem na ciência do Direito, bem aponta o professor Marcus Boeira:

Dentre os inúmeros expedientes teóricos que se acercam ao estudo do Direito outorgando-lhe a estatura de objeto do conhecimento prático e ciência dotada de método específico, a lógica e a filosofia da linguagem despontam com preeminência peculiar. (BOEIRA, 2017, p. 7)³⁷.

A linguagem, como um veículo do conhecimento, transmite a informação por diferentes meios, sendo a língua um desses, aquele que usa os *signos linguísticos*. Para compreensão deste conceito, a nosso sentir, é fundamental definir primeiro os signos.

Um signo é a representação de algo alheio ao próprio signo, só existe em quanto tal quando desempenha um papel indiciário do objeto que representa; portanto, um signo não tem em si identidade, mas, por si, transmite a do objeto representado. Não será o signo um ente, porquanto não subsiste por si só, será o signo, porém, a representação de entes ou de tudo aquilo relacionados aos entes. Assim, define o signo a professora Lúcia Santaella:

O signo é uma coisa que representa uma outra coisa: seu objeto. Ele só pode funcionar como signo se carregar esse poder de representar, substituir uma outra coisa diferente dele. Ora, o signo não é o objeto. Ele apenas está no lugar do objeto. Portanto, ele só pode representar esse objeto de um certo modo e numa certa capacidade. Por exemplo: a palavra casa, a pintura de uma casa, o desenho de uma casa, a fotografia de uma casa, o esboço de uma casa, um filme de uma casa, a planta baixa de uma casa, a maquete de uma casa, ou mesmo o seu olhar para uma casa, são todos signos do objeto casa. Substituem-na, apenas, cada um de certo modo que depende da natureza do próprio signo. A natureza de uma fotografia não é a mesma de uma planta baixa. (SANTAELLA, 1987, p. 35)³⁸.

Em sendo um signo a representação, em certo modo, do objeto representado, poderá ser ele material ou imaterial, desde que exerça um papel indiciário da coisa representada. Por

³⁷ BOEIRA, Marcus Paulo Reycebel. A estrutura de significados da “norma jurídica”: a teoria dos signos na segunda escolástica e sua conexão com a teoria do Direito e com a lógica deôntica. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS - MA, 26., 2017, São Luís, MA. *Anais* [...].

³⁸ SANTAELLA, Lúcia. *O que é semiótica*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

exemplo, será um signo tanto a imagem fotográfica de uma bola, quanto à imagem da bola concebida no intelecto, pois ambas não são verazmente uma bola, são senão a representação do objeto real bola, em outras palavras, são, em certo modo, a representação da realidade da coisa (bola em si/referencial). Portanto, é também possível ponderar sobre o potencial de entes, com naturezas distintas, em desempenhar o papel indiciário de um mesmo objeto referente. Definido *signo*, pode-se agora apurar na literatura o que se entende dos nominados *signos linguísticos*.

Para o linguista Ferdinand Saussure (precursor dos estudos modernos de linguagem) os *signos linguísticos* são representação, por palavras e termos, do elo entre o *significante* e o *significado* (SAUSSURE, 2006 p. 81)³⁹. Segundo o estudioso, o *significante* seria a “imagem acústica” formada na mente do intérprete quando ele se depara com a palavra (signo), seria “acústica” não por ser concebida a partir das físicas ondas sonoras emitidas por um interlocutor, mas por ser “a impressão (*empreinte*) psíquica desse som, a representação que dele nos dá o testemunho de nossos sentidos” (SAUSSURE, 2006, p. 80)⁴⁰, ou seja, o contato experimental com os signos desperta na mente humana uma impressão sensorial, o “som” da palavra na mente, capaz de também despertar a *imagem/significante* do objeto a que esta palavra (signo) evoca. O *significado* nada mais é do que a definição dessa *imagem/significante* (SAUSSURE, 2006, p. 81)⁴¹, definição essa que é produto da intelecção. Essa imagem dotada de definição tem seu *referencial empírico*, ou seja, o objeto real e tangível, a realidade da coisa, ou por assim dizer, a coisa em si.

Em suma, entende-se ser os signos linguísticos (palavras e termos) aquilo que faz despertar na mente a imagem/significante de um objeto dotado de certo significado/definição, sendo esse objeto existente na realidade (referencial empírico), apreendido pelos sentidos e conhecido pelo ente humano a partir de suas potências intelectivas. Forma-se a tríade da linguagem: *significante/imagem*, *significado* e *referencial empírico*, os quais são representados em signos linguísticos.

Por esse raciocínio, os signos linguísticos são palavras e termos representativos, que se referem a um conhecimento obtido anteriormente pela experiência. Em sendo as palavras meras camadas que exteriorizam o conhecimento, elas são, por assim dizer, “marcas expressivas”

³⁹ SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de linguagem geral**. São Paulo: Cultrix, 2006.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

desprovidas, em si mesmas, de um sentido, tendo apenas o papel indiciário de um significado não nelas contida, mas por elas indicado. Seriam, pois, as palavras “logotipo” que evocam significantes dotados de significados, com eles não se confundem, mas a eles se direcionam. Somente significante, também nominado como *ideia*, *imagem inteligível* ou até *conceito*, conterá o significado/definição de algo que se encontra presente na realidade (referencial).

Em apertada síntese, o intérprete ao depara-se com as signos/palavras (expressão linguística do conhecimento) só conhecerá verazmente a ideia/imagem/conceito que ela evoca, se, além da ciência de sua definição, for capaz de correlacionar esta definição ao seu referencial empírico, ou seja, se for capaz de adequar a *ideia/imagem/conceito* dotada de *definição* a seu *referencial empírico*. Assim, o sujeito que aprende a definição da ideia a que a palavra evoca mas não consegue, diante da realidade, identificá-la, encontrar no plano fenomênico o seu referencial, ou seja, a existência real do ser, verdadeiramente não o conhece, na que medida em que o conhecimento exige a referenciação empírica, não só para formação das ideias no intelecto, mas também, a posteriori, para confirmação de sua veraz existência na realidade.

Será, a nosso ver, signo de boa precisão é aquele que bem representa o objeto representado, ele é capaz de remeter o interlocutor mais facilmente às ideias por ele representadas. Por exemplo, é razoável afirmar que a palavra *humano*, como signo linguístico, representa imagem/ideia do humano (animal racional), o sujeito conhecerá um humano quando correlacionar essa imagem/ideia à realidade da coisa, a saber, o humano em si, animal racional. No entanto, signo de pouca precisão é aquele não representa bem, porquanto não é capaz de remeter facilmente o interlocutor à ideia, com sua definição.

Entende-se que a pouca precisão não o é em virtude do signo em si (porquanto não ser ele ente), e sim em razão do objeto representado, de maneira que ideias/conceitos de difícil intelecção, também será de difícil representação. Normalmente será imagem/conceitos de difícil representação aqueles referentes à paixões, estados ou fenômenos pouco descritivos, como por exemplo, as palavras “inveja”, “honestidade” ou “democracia”, tais signos remetem dificilmente a imagens/conceitos opacos, pouco evidentes, e, por conseguinte, de difícil correlação com a realidade, ou seja, de difícil identificação na realidade. Será dos sábios a hercúlia e virtuosa missão de esclarecer tais conceitos, melhor defini-los, para que, com um bom signo e com experiência do intérprete, qualquer sujeito seja capaz de identificar, na

realidade, ações que revelem inveja ou honestidade, ou capaz de distinguir uma verdadeira democracia de uma autocracia.

3.2 Norma como signo

Tecendo liames entre a semiótica e o Direito, o professor Marcus Boeira afirma que normas são verdadeiros signos de linguagem (BOEIRA, 2017, p. 6)⁴², ou seja, exercem papel indiciário de um objeto por ela representado. Nesse sentido, as normas, como signos, teriam, segundo Boeira, os mesmos predicados elementares desses, a saber: faculdade cognoscitiva, ser de algo e representar (BOEIRA, 2017, p. 12)⁴³.

Os signos assim o são em virtude de seu referencial ser conhecido pelas faculdades cognoscitivas do ente humano, nas palavras do citado professor: “todo signo é signo porque é inteligido por uma faculdade que o conhece” (BOEIRA, 2017, p. 12)⁴⁴. Conhece-se, contudo, não o signo em si, mas aquilo que nele está representado. Assim, as normas como signos representam algo suscetível a ser conhecido pelas faculdades cognoscitiva do ente humano, de maneira que, nesses termos, a norma em si não está sujeita ao conhecimento, e sim o seu objeto de referência. Pode-se dizer que as normas são signos que remetem a certo conteúdo suscetível a ser conhecido.

Em não sendo o signo um ente, porquanto desprovido de autossustentação, sua condição enquanto signo dependerá do objeto a que se refere, de modo tal que a ausência do objeto representado ausenta o signo, que sem seu referencial nada é. Nessa mesma linha, diz Boeira que “o signo é de *algo*, ou seja, alguma coisa que idealizamos, que imaginamos quando concebemos o signo” (BOEIRA, 2017, p. 12)⁴⁵, sendo a norma um signo, sua referência alhures é ao próprio signo, seria, pois, um ideal a ser atingido.

Entende-se que a indicação dos signos poderá ser a ideia/conceito de um ente ou um condutas/fatos correlato ao ente. Palavras são signos que indicam ideias/conceitos de entes,

⁴² BOEIRA, Marcus Paulo Reycebel. A estrutura de significados da “norma jurídica”: a teoria dos signos na segunda escolástica e sua conexão com a teoria do Direito e com a lógica deontica. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS - MA, 26., 2017, São Luís, MA. **Anais** [...].

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Ibidem.

como por exemplo, a palavra *lápiz*, enquanto signo linguístico, faz surgir na mente do intérprete a imagem/conceito/ideia de um lápis, dotado de sentido e com referencial empírico; já as normas não indicam imagens de entes singulares, mas sim fatos/conduitas correlatos ao ente humano e idealmente perquiridas (dever ser). Nessa via de raciocínio, a norma é, portanto, signo de *algo*, sendo este um dever ser, uma conduta do ente humano idealmente desejada.

O terceiro predicado do signo/norma, já aqui apresentando, é a representação, ou seja, estará o signo voltado ao referencial externo, o qual lhe confere subsistência, razão de ser. Será o signo a via representativa do objeto que se quer conhecer (BOEIRA, 2017, p. 12)⁴⁶, de modo tal que só o é para atender a necessidade de representação do ente ou das condutas/ fatos correlatos ao ente (humano).

Nessa perspectiva, como signos, as normas são suscetíveis a serem conhecidas pelas faculdades cognitivas do ente humano, são signos de algo alhures a si, bem como representam certo referencial. Diferentemente dos signos linguísticos, este referencial não é um ser/ente preexistente e isolado, mas um dever ser perquirido, uma conduta ou fatos correlatos ao ente humano. Nesse ínterim, indaga-se: seria a conduta (referencial) o fim finalístico da norma? Absolutamente não.

A norma não se direciona à conduta correlata ao ente humano enquanto um fim último, mas sim enquanto meio para um fim maior: a racional ordenação cívica, o respeito ao ente humano e a todos os valores sociais fundamentais. Assim sintetiza o professor:

a norma jurídica pode ser contemplada em dois sentidos: no primeiro, por possuir uma estrutura sintático-formal, quando é entendida como signo apto a gerar significados, ou seja, como um enunciado preenchido por termos e predicados; no segundo, como um signo que aponta um fim externo, para um campo de referência fora de si, ou melhor, para a ordenação de determinadas condutas, motivo pelo qual faz menção a uma imagem futura da ordem social, uma sociedade *secundum ratione ordinata*. (BOEIRA, 2017, p. 11)⁴⁷.

Assim, a norma, como signo, deve ser interpretada sob aspecto valorativo, na qual o valor é externo a própria norma, porquanto está voltado a uma desejável ordem cívica, fundada no valor reitor da justiça e na dignidade do ente humano. Dos princípios gerais do Direito,

⁴⁶ BOEIRA, Marcus Paulo Reycebel. Op. Cit.

⁴⁷ Ibidem.

concebidos pela justa razão (REALE, 2003, p. 50)⁴⁸, será feita a interpretação dos signos normativos, buscando extrair sua dimensão valorativa, ou como bem diz o José Maurício Carvalho, para “interpretar uma norma é necessário compreendê-la em função dos fatos que a condicionam e dos valores que a guiam” (CARVALHO, 2011, p. 186)⁴⁹. Sendo a ordem “um conjunto específico de relações dotadas de um sentido dado pelas normas, pois se projetam como designadoras de uma concepção de sociedade radicada em uma determinada estrutura de ações humanas condicionadas por bens a serem perseguidos pelo Direito” (BOEIRA, 2017, p. 14)⁵⁰.

Nesse ínterim, as normas devem refletir um ideal de ordem que respeita a pessoa humana, tendo um valor no coletivo e no próprio indivíduo, traduzem, de forma propositiva, condutas humanas que *devem ser* realizadas para se atingir determinado fim de maneira que, a partir da “correta compreensão do âmbito semântico das normas” (BOEIRA, 2017, p. 23)⁵¹, seja possível a concepção de uma exegese voltada materialmente aos valores e bens tuteados pelo Direito.

Por tal raciocínio, é possível inferir que seria o Direito a normatização de um conjunto de condutas ou de fatos correlatos ao ente humano, deontologicamente pautado na Justiça e num plexo de valores unidos substancialmente pela projeção de ordem cívica e do respeito ao ente humano, razões que fundam e legitimam o Estado.

Ao nosso sentir, a norma não se confunde com texto positivo, de maneira que entre eles há uma íntima relação, mas não equivalência, em que o último é indiciário da primeira. Em sendo o texto positivo formado por palavras, e em sendo as palavras signos linguísticos, o conjunto de palavras ordenadas, interpretadas de forma integral, deve indicar seu objeto de referência, a saber, a norma. Essa por sua vez, em sendo também signo (nominado normativo) é indiciária dos valores e bens jurídicos a ela externos. Podemos assim dizer que a lei não é a norma, é a expressão signa linguística da norma que subjaz, é expressão material e linguística de seu referencial normativo, de modo tal que todo e qualquer termo nele contido não deve ser lido de maneira isolada, mas sim por uma leitura integral, normativa e valorativa, teleguiada pela ordem cívica, pelo respeito ao ente humano e por todos os valores sociais fundamentais.

⁴⁸ REALE, Miguel. **A teoria tridimensional do Direito**. Lisboa: Casa da Moeda, 2003.

⁴⁹ CARVALHO, José Mauricio de. **Miguel Reale**: ética e filosofia do direito. Porto Alegre: Edipucrs, 2011.

⁵⁰ BOEIRA, Marcus Paulo Reycebel. Op. Cit.

⁵¹ Ibidem.

Pondera-se ainda que os próprios signos linguísticos quando lidos isoladamente remetem a certa imagem que se encontra neles representada, como por exemplo, o termo “faca”, ao ser lido, desperta na mente do intérprete a imagem sensível de uma “faca” dotada de certo significado; contudo, o termo “faca” lido em um texto legal deverá ser cotejado com os demais termos circunvizinhos, de maneira que da interpretação integral se obtenha não a imagem isolada de uma “faca”, mas sim uma imagem normativa, ou seja, a imagem de uma faca inserida em certo contexto que indique conduta humana incompatível com a ordem cívica. Uma mera “faca” descrita no texto da lei deixa de ser conhecida a partir adequação entre sua imagem e seu referencial empírico (faca em si), e passa a ser conhecida em concordância com os demais elementos legais, tendo em vista seu referencial normativo.

Há que ressaltar que a finalidade do texto legal não se encerra no desempenho de seu papel indiciário, devendo ser cotejada com ideal de Estado de Direito, isso significa que, para além de representar a norma, os signos linguísticos que compõem os dispositivos legais são instrumentos de garantia contra as arbitrariedades do agir estatal. Pode-se dizer, com outras termos, que a contemporânea noção de Estado de Direito se vincula à ideia de restrição do exercício arbitrário e ilegítimo do poder, a partir de balizas que constroem o agir abusivo desses poderes (BOBBIO, 2000, p. 19)⁵². Serão, portanto, os signos linguísticos, componentes da lei, o que descreve as condutas proibidas, que, ao serem realizadas no mundo dos fatos, despertarão o agir estatal. A realização fática daquilo descrito pelo texto legal indicará a violação da norma representada e, por conseguinte, manifestará a desordem cívica.

Em tese, caberá ao intérprete do texto legal unir a conduta ao texto legal (signos linguísticos), buscando, na interpretação deste, extrair dos termos e palavras seu referencial normativo (a norma violada), de maneira que da interpretação conjunta dos signos legais se chegará à norma, e a subsunção entre a norma a realização fática justificará a intervenção estatal. Por esse raciocínio, aplicar-se-á verdadeiramente a norma indicada pelo texto legal, norma essa que ao ser violada representa a desordem cívica.

Conclui-se assim que o intérprete da lei deverá adotar uma hermenêutica valorativa sobre os signos linguísticos que compõem o dispositivo legal, guiado deontologicamente pelo ideal

⁵² BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 6. ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

de ordem cívica, pelo respeito ao ente humano e por todos os princípios sociais fundamentais a este inerente.

Com os pressupostos filosóficos um pouco mais solidificados, agora, é possível passar para um breve estudo do signos linguísticos que compõem estritamente os dispositivos da lei penal, em outras palavras, elementos típicos.

4 NORMA E TIPO CRIMINAL

4.1 Distinção entre norma e tipo

Adotemos certa diferença entre norma e tipo criminal. A primeira pode ter estrutura proibitiva, um dever de não agir, com também uma estrutura determinativa, um dever de agir, até mesmo, numa perspectiva de proibitiva, o dever de não se omitir. Como já dito nestes escritos, as normas possuem um referencial, qual seja, o bem (valor) que se tutela, sendo esse congruente a natureza do ente humano (racional social). Assim, a norma criminal não se esgota numa estrutura proibitiva e determinativa apenas, possuem como objeto o valor social que se protege, sendo esse conteúdo valorativo o que a legitima na sociedade. Segundo a professora Ana Elisa L. S. Bechara, “a norma penal não pode, portanto, possuir a mera natureza de ordem, importando, antes de tudo, a significação de seu conteúdo valorativa para a sociedade” (BECHARA, 2022, p. 114)⁵³.

O tipo criminal, por sua vez, é, nos exatos termos de Eugenio R. Zaffaroni e José Pierangeli “um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente proibidas” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2018, p. 411)⁵⁴. Acrescenta-se com os escritos de Juarez Tavares, que trata o tipo criminal a partir de um viés funcional afirma que “deve desempenhar o papel de objeto referencial, pelo qual se assinala a identificação, por meio dos respectivos elementos, do conflito social que se quer regulamentar” (TAVARES, 2002, p. 173)⁵⁵, expressando-se em signos de linguagem, doravante nominados de signos típicos.

Sua expressão signa permite comunicar ao cidadão o conteúdo proibitivo ou determinativo da norma criminal a que se refere, de modo a ser a norma a referência do signo típico. Elucida Bechara:

O tipo penal constitui a materialização da proibição de determinados comportamentos, por meio da qual delimita o setor da intervenção estatal, estabelecendo os limites do justo e do injusto. O processo de tipificação tem, assim, natureza política, expondo-se

⁵³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal**: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. v. 10. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2022. (Coleção Ciência Criminal Contemporâneo)

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

⁵⁵ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

os aspectos valorativos que orientam a elaboração normativa a partir de determinada realidade social. (BECHARA, 2022, p. 127)⁵⁶.

Portanto, depreende-se que o tipo não se confunde com a norma, havendo uma relação indiciária entre aquele e esta, isto é, o tipo pode ser compreendido como um signo de linguagem indiciário de uma norma, sendo uma de suas funções a comunicação da norma (dotada de valor) a ele vinculada.

4.2 Tipo e antinormatividade

Segundo Eugenio R. Zaffaroni e José H. Pierangeli, o tipo é manifestação de uma norma a partir de um anterior processo de valoração dos interesses sociais fundamentais considerados bens jurídicos (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2018, p. 412)⁵⁷, isto é, a identificação de bens humanos, necessários de tutela para ordem cívica, faz constatar a existência de normas congruentes a natureza do ente a que se destina e propícias ao bem comum, que ao serem legislados na estrutura de signos típicos tornam indiciários de uma norma.

Pondera-se, contudo, que o tipo indica a norma e sua realização fática é, portanto, a violação dessa norma, é, por assim dizer, antinormativa. Assim, quem realiza tipicamente o “matar alguém”, por exemplo, age de maneira antinormativa, pois viola a norma indicada pelo signo típico “não matarás”. Sustentam Zaffaroni e Pierangeli:

A conduta adequada ao tipo penal do artigo 121 do CP será contrária a norma “não matarás”, e afetarà o bem jurídico vida humana; a conduta adequada ao tipo do art. 155 será contrária a norma “não furtarás”, e afetarà o bem jurídico patrimônio etc. Isto significa que a conduta, pelo fato de ser penalmente típica, necessariamente deve ser também antinormativa. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2018, p. 412-413)⁵⁸.

Portanto, o tipo é signo indiciário da norma, a realização fática da conduta nele descrito é indiciário de uma antinormatividade, de modo tal que é imprescindível para fins de responsabilização que tal indício seja verdadeiro, ou seja, que a conduta típica foi realizada com a efetiva violação da norma. O que se quer dizer é que, por exemplo, o “matar alguém” foi realizado com a efetiva intenção de violar a norma “não matarás”, sendo as causas de justificação aquelas excludentes da antinormatividade, embora se mantenha a tipicidade.

⁵⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal**: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. v. 10. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2022. (Coleção Ciência Criminal Contemporânea)

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

⁵⁸ Ibidem.

Que uma conduta seja típica não significa necessariamente que é antinormativa, isto é, que seja proibida pela norma (pelo “não matarás”, “não furtarás” etc.). O tipo é criado pelo legislador para tutelar condutas proibidas pela norma, de modo que o juiz jamais pode considerar incluídas no tipo aquelas condutas que, embora formalmente se adéquem à descrição típica, realmente não podem ser consideradas contrárias à norma e nem lesivas do bem jurídico tutelado. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2018, p. 413)⁵⁹.

Nesse raciocínio, deve-se reforçar também a necessidade de haver uma interpretação dos signos típicos à luz de um referencial normativo (norma subjacente ao tipo), sobretudo nos casos em que há pouca precisão nos conceitos componentes do tipo (seus elementos), buscando deles extrair um sentido de norma, que quando violada intencionalmente permite afirmar a existência de uma conduta típica e antinormativa.

4.3 Tipo como garantia

Enquanto a norma se funda no conteúdo valorativo, o bem inerente ao ente humano, o tipo se justifica no bom papel indiciário da norma. A partir desse raciocínio, é importante trazer à baila a sábia posição de Juarez Tavares (2002, p. 161)⁶⁰ no que pertine ao pouco efeito prático das discussões sobre a norma penal, podendo ser ela proibitiva ou determinativa, devendo-se lançar esforços de se funcionalizar o direito tendo em vista as consequências decorrentes daquilo que se proíbe ou determina, ou seja, a pena.

Alerta o professor Salo de Carvalho ser a pena “instrumento de exercício do poder punitivo” (CARVALHO, 2015. p. 151)⁶¹, visão já defendida por Zaffaroni e Nilo Batista em suas perspectivas agnósticas da teoria da pena, analisando-a não pelos fins declarados aos quais supostamente se almeja, e sim pela manifestação fática daquilo que é, a saber, a aflição dos direitos individuais naturais por instrumentos de consecução do poder punitivo estatal.

Entende-se a pena em sua dimensão prática/concreta, e não teleológica, tendo em vista que da interpretação dos signos típicos é possível dar ensejo a ela. É necessário, pois, adotar uma perspectiva funcional do tipo à luz das consequências advindas de sua interpretação. Daí deve-se lançar mão dos escritos de Juarez Tavares para não se concentra, ao nosso sentir, apenas

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

⁶⁰ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

⁶¹ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

no sentido da norma criminal, mas sobretudo no sentido funcional dos signos típicos, tratando-os como balizamento do exercício do poder punitivo do Estado (TAVARES, 2002, p. 161)⁶².

Lastreado deontologicamente pelo primado da legalidade, que será abordado em tópico próprio, os tipos criminais, em estrutura de signo, são, pois, um “instrumento de delimitação entre poder de intervenção do estado e liberdade individual” (TAVARES, 2002, p. 160)⁶³. Isso significa que o Estado, nos domínios do poder punitivo, conferida no âmbito da política e do pacto social, manifesta esse poder, instrumentalmente na pena, constringindo direitos desde que se constate a realização fática daquilo que é descrito no tipo e proibido no referencial norma.

A partir dessa relação indiciária tipo/norma, depreende-se ser o tipo um signo de linguagem presuntivo de violação normativa, cuja função, além de indicar o que se proíbe ou determina na norma, é, notadamente, garantir que a intervenção estatal não seja arbitrária, em suma, o tipo é, antes de tudo, uma garantia do cidadão.

Nesse viés, o Estado não pune primordialmente em decorrência da violação ao dever da norma criminal, mas sim em decorrência da constatação de que a conduta prevista no tipo ocorreu no plano fático, assim, o tipo visa a evidenciar as normas atuantes no intelecto prático, delimitando a zona de proibição, mas também se volta ao Estado indicando os limites de sua atuação punitiva.

Em síntese, a estrutura do Direito é composta de um plexo de normas congruentes à natureza humana e que visam valorativamente à realização do bem consoante a vocação racional e social do ente humano. Suas proposições normativas são atuantes no intelecto prático e podem se expressar em signos de linguagem, que no âmbito do Direito Penal são nominados de tipo. O tipo, para além de manifestar de certo modo as normas criminais, é direito e garantia do cidadão tendo em vista os possíveis arbítrios do mau uso do poder punitivo estatal.

Destarte, por exemplo, o “buscar o bem, evitar o mal” (norma geral natural) abarca a norma cívica “não lesar o próximo” (norma que se manifesta de certa maneira em diversos dispositivos legais da norma civil), mas também contém a norma “não matarás” (norma criminal em virtude da profunda lesão ao bem vida), que se expressa no signo típico “matar

⁶² TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

⁶³ *Ibidem*.

alguém” (BRASIL, [1940], documento online, não paginado)⁶⁴, o qual será o parâmetro estatal para intervenção punitiva, garantia do cidadão.

⁶⁴ Art. 121 do Código Penal. BRASIL. **Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Rio de Janeiro, [1940].

5 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

5.1 Considerações iniciais sobre a legalidade penal

De acordo com o art. 5º, inciso XXXIX da Constituição do Brasil “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, [2020], documento online, não paginado)⁶⁵. Dizer que se assemelha as recomendações normativas da magna carta de João da Inglaterra, também conhecido como “João Sem-Terra”, em que previam que a prisão, privação de bens ou exílio só ocorreria após um justo julgamento nos ditames da lei (CUNHA, 2020, p. 102)⁶⁶.

Entende-se daí que a lei desempenha função garantidora para o sujeito de direitos, na medida em que tal garantia serve para limitar a atuação do Estado, dotado de poder, aquilo que é anteriormente previsto em lei. O Estado, pois, está vinculado à previsão legal, sendo a lei o que deve coibir excessos que podem violar os direitos próprios do ente humano na desproporção do injusto.

É sabido que a pena é na sua dimensão prática a manifestação do poder punitivo do Estado (CARVALHO, 2015. p. 151)⁶⁷, com um potencial de intervir no âmbito dos direitos fundamentais naturais do cidadão, é de certo o instrumento de maior intervenção. Desse modo, sendo o crime tratado como pressuposto para pena, tem-se a necessidade de uma via pretensamente objetiva que seja capaz, ou que pelo menos tente ser capaz, de descrever condutas perniciosas às condições de fruição do bem comum, condutas que violem intensamente os direitos fundamentais, sendo a melhor via o uso de signos de linguagem descritores do proibido, indicadores da norma criminal. Tais signos concatenados em uma estrutura típica deve estar abarcado numa lei.

Assim, a lei retira do âmbito do julgador, ou de qualquer outro, a função de definir primordialmente o crime, sendo ela, pelo primado da legalidade e do estado de direito, o

⁶⁵ Art. 5 da Constituição do Brasil. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Presidência da República, [2020].

⁶⁶ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral** (arts. 1º ao 120). 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

⁶⁷ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

parâmetro objetivo para tratar a conduta fática como criminosa: “Se uma conduta não estiver prevista na lei penal como criminosa, nada poderá transformá-la em criminosa, nem a vontade dos governantes, nem as decisões judiciais, ainda que seus efeitos possam ser considerados socialmente relevantes” (TAVARES, 2018, p. 60)⁶⁸.

De certo, a não descrição legal da conduta punível não exclui a existência das normas não tipificadas, normas que embora não declaradas devem ser de ciência entre os indivíduos para que se tenha as condições de realização dos bens humanos conforme a natureza; contudo, frisa-se que tais normas por si só não podem dar ensejo a intervenção estatal, não podem ser parâmetros para justificar a restrição de direitos sem uma base objetiva para o uso do poder punitivo, haja vista o possível agir arbitrário quando se prescindir de um instrumento objetivo que as identifique, isto é, a lei escrita, descritiva e taxativa. O que se quer dizer é que embora a existência das normas atuantes na razão independa da lei, o Estado apenas poderá intervir se houver a lei indiciária da norma, tendo em vista as consequências do poder punitivo. Há amparo constitucional, vide art. 5º, inciso II da Constituição do Brasil, que determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei” (BRASIL, [2020], documento online, não paginado)⁶⁹. Portanto, a obediência às normas não positivadas não é exigível, sendo preciso, para fins de intervenção estatal, a lei, ou seja, a expressão signa da norma.

Nessa lógica, o princípio da legalidade exige que as normas ganhe expressão signa em tipos para que a conduta nelas proibida possam dar ensejo, quando realizadas, a restrição de direitos pelo Estado, sob pena de haver, quando não positivada, um agir arbitrário estatal, sem os devidos parâmetros típicos que balizam o agir punitivo.

De acordo com Rogério Sanches Cunha há fundamentos que justificam o primado da legalidade. O fundamento político exige que os poderes judiciário e executivo, quando atuantes, não se baseiem em critérios oblíquos, impedindo o agir arbitrário (CUNHA, 2020, p. 103)⁷⁰. O fundamento democrático se volta a tripartição dos poderes, sendo da competência ordinária do poder legislativo, composto por representantes diretos do povo, legislar, descrevendo na lei as

⁶⁸ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

⁶⁹ Art. 5º da Constituição do Brasil. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Presidência da República, [2020].

⁷⁰ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120). 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

condutas proibidas (CUNHA, 2020, p. 103)⁷¹. O último fundamento trazido pelo citado professor é o jurídico que compreende o papel de inibição da lei penal (CUNHA, 2020, p. 103)⁷².

Para além de ser uma limitadora da atuação punitiva estatal, a lei desempenha o papel de ser para o cidadão um meio de se garantir certa previsibilidade objetiva do agir do Estado, evitando, assim, no bojo de uma iníqua arbitrariedade, a intervenção “surpresa”, isto é, o Estado só age diante da realização fática de uma conduta violadora de uma norma (antinormativa) e descrita em signos típicos num diploma legal.

5.2 Elementos da legalidade

Para que se garanta as funções essenciais da legalidade, é necessário entender esse princípio em todos os seus aspectos, para além de uma compreensão genérica, adotando-se uma perspectiva analítica da legalidade. O que se quer dizer é que a garantia da limitação do poder punitivo e tutela da pessoa humana, missão da lei alertada por Ferrajoli (2010, p. 378)⁷³, é chegada quando se adotar tal lei certos requisitos, sendo a previsão legal do proibido insuficiente para se assegurar os fins da legalidade.

Como requisito primário tem-se a taxatividade, a qual exige a precisão típica, isto é, que os elementos que compõem o tipo sejam objetivos, claros e evidentes:

Não basta, assim, uma definição genérica, como “violar a ordem pública” ou “obstruir a justiça” ou “impedir ou embaraçar a investigação”: é preciso que se esclareça o que é constitui a ordem pública, o que é obstrução da justiça, ou o que é impedir ou embaraçar a investigação, assim como disciplinar as formas e os modos de sua violação ou obstrução. Muitas vezes, o enunciado da lei corresponde a expressão da linguagem comum, as quais podem ser compreendidas por todos sem qualquer esforço. Outras vezes, porém, a lei emprega, na definição da conduta criminosa, expressões incertas. Com isso, viola o postulado da taxatividade. A lei que ser escrita de forma escurreita, mas em uma linguagem compreensível por todos. (TAVARES, 2018, p. 61)⁷⁴.

Assim, a clareza típica é um dos elementos da legalidade, sem a qual não se pode dizer que o tipo atende referido princípio. Conduto, sabe-se também que é inerente à linguagem a

⁷¹ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral** (arts. 1º ao 120). 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

⁷² Ibidem.

⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁷⁴ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

existência de conceitos de difícil precisão, necessários ainda assim para descrição da conduta ou de circunstâncias objetivas ou subjetivas de sua realização, desse modo, a taxatividade típica, enquanto elemento da legalidade, passa a ser um norteador para que tem o papel de expressar nos signos (dispositivos da lei) a norma proibida, usando, sempre que possível, signos precisos e determinados, capazes de não só bem indicar seu referencial (norma), mas também de garantir as funções precípuas da legalidade, ou seja, um grau tolerável de previsibilidade objetiva da conduta proibida que se quer punir.

Outro elemento da legalidade é a exigência da norma se expressar em lei escrita (CUNHA, 2020, p. 106)⁷⁵, evitando-se que tal norma, por si só, seja adotada como parâmetro inseguro do Estado, o que facilitaria, segundo Tavares, que os delitos fossem derivados apenas das regras morais cambiantes ou dos costumes (TAVARES, 2018, p. 65)⁷⁶.

A fim de se garantir a almejada previsibilidade típica, deve-se evitar também a analogia incriminadora (*in malam partem*), não podendo ser parâmetro para configuração do delito outra hipótese de conduta, ainda que similar, mas não prevista claramente na lei, sem que haja pelo menos a indicação de alguma abertura interpretativa, expressa de forma direta no tipo (interpretação analógica permitida).

Em síntese, atenderá ao princípio da legalidade a norma que se expressa de forma signa na lei escrita, taxativa e estrita (com limitado âmbito típico).

⁷⁵ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral** (arts. 1º ao 120). 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

⁷⁶ TAVARES, Juarez. Op. Cit.

6 INTERPRETAÇÃO DO TIPO PENAL OBJETIVO

6.1 A utopia dos signos típicos puramente descritivos

A fim de se garantir certa previsibilidade do agir estatal no tocante à restrição dos direitos fundamentais, a norma proibitiva ou determinativa, como já dito, ganha expressão em forma de signos de linguagem, descritores da conduta humana afiliva às condições de bem comum; no entanto, pontua Andreas Eisele as limitações intrínsecas à linguagem:

A linguagem é um meio comunicativo cujas possibilidades são limitadas, porque a precisão semântica não é absoluta. Portanto, sempre há um âmbito de imprevisibilidade de sentido decorrente da ambiguidade ou vagueza dos conceitos, motivo pelo qual a segurança jurídica proporcionada pela legalidade é somente relativa. (EISELE, 2018, p. 98 *apud* CUNHA, 2020, p. 107)⁷⁷.

Assim, um dos grandes desafios para o cumprimento do princípio da legalidade advém da imprecisão de certos conceitos usados no tipo que são necessários para a configurar a conduta ou alguma circunstância objetiva ou subjetiva atrelada a ela. Evidentemente, caberá ao legislador a tarefa de elaborar tipos indiciários das normas com signos de linguagem objetivos, isto é, capazes de descrever a conduta proibida/determinada evitando ao máximo aqueles que pela imprecisão deixam a cargo do intérprete o papel de conferir significado ao conceito, o que segundo Bechara (2022, p. 387)⁷⁸ “seria uma assunção do intérprete (juiz) das funções legislativas”.

Deve-se, pois, lançar mão de estratégias que permitam ao intérprete lidar com conceitos a priori pouco descritivos, ou seja, é preciso uma dogmática que forneça parâmetros para o uso exegético lastreados na garantia dos direitos fundamentais do cidadão e de uma constrição racional do poder punitivo irracional.

Trata-se, portanto, de analisar tais elementos teleologicamente, à luz da concepção de tipo penal menos voltado a apenas atender formalmente a legalidade e mais preocupada com a garantia associada à segurança material aos cidadãos quanto à clara comunicação sobre o conteúdo da proibição penal. (BECHARA, 2022, p. 388)⁷⁹.

⁷⁷ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral** (arts. 1º ao 120). 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

⁷⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo**. v. 10. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2022. (Coleção Ciência Criminal Contemporânea)

⁷⁹ *Ibidem*.

Ademais, a interpretação adotada, com uso das ferramentas dogmáticas, deve ganhar lastro de legitimidade, isto é, deve ser válido o produto da interpretação. Como outrora defendido nos preâmbulos destes escritos, o lastro de legitimidade das normas e das leis está na atenção aos fins a que essas se destinam, ou seja, a garantia dos bens humanos em um contexto de racional ordem cívica. Portanto, diante da imprecisão dos signos típicos, deve-se adotar uma técnica interpretativa que limite racionalmente a imprecisão típica, respeitando, nesta exegese, os direitos fundamentais do cidadão e limitando o punitivismo, sem deixar de atender aos fundamentos de legitimidade das normas e leis (fins a que se destinam).

6.2 O sentido normativo do tipo

O Direito Penal, segundo o professor Cezar Roberto Bitencourt (2018, p. 38)⁸⁰, pode ser definido sob dois aspectos complementares, o primeiro refere-se a sua estruturação, que é composta por conjunto de normas jurídicas indicadoras da infração penal e de suas correspondentes sanções, o segundo refere-se aos instrumentos e princípios norteadores que auxiliam na valoração e interpretação das normas jurídicas. Também, sob dois aspectos, o professor Eugenio Raúl Zaffaroni (1991, p. 41)⁸¹ compreende o Direito Penal seja como conjunto de normas penais, seja como todos os mecanismos que norteiam a interpretação das leis. Em suas sábias lições, o professor Heleno Cláudio Fragoso define o Direito Penal como o “conjunto de normas jurídicas mediante as quais o Estado proíbe determinadas ações ou omissões, sob ameaça de característica sanção penal” (FRAGOSO, 1976, p. 3)⁸², incluindo também todos os princípios gerais.

Inferre-se daí que o Direito Penal não se confunde com atividade judicante penal, na medida em que aquele é composto pelo conjunto de normas, dispositivos legais, princípios e por tudo aquilo que orienta atividade judicante, sendo esta a atividade em que se adequa a norma ao seu referencial empírico (conduta violadora da ordem cívica) após uma interpretação valorativa dos elementos típicos (signos linguísticos). Portanto, de grande importância é o estudo da atividade judicante no que pertine à valoração dos elementos típicos, sobretudo

⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** (arts. 1 a 120). 24. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal**. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1991.

⁸² FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo, Bushatsky, 1976.

porque, a partir de uma interpretação, certa conduta passará a ser injusta, suscetível, pois, à sanção penal.

Pode-se, portanto, dizer que a atividade penal está voltada à valoração negativa de condutas humanas, é a correlação entre essas condutas e a norma indicada pelos elementos típicos. Como já foi dito, tais elementos, verdadeiros signos linguísticos, representam a norma, exercendo sobre ela função indiciária, cabendo a intérprete, pela leitura integral do tipo, chegar à norma e subsumi-la à conduta em análise. Tal correlação torna a conduta humana uma conduta humana típica e antinormativa.

De acordo com Bechara (2022, p. 36)⁸³, o injusto penal não é intrínseco à conduta do agente, mas surge a partir da valoração negativa das condutas reais e concretas, depende, por conseguinte, de um processo de interpretação integral dos signos típicos (palavras), tendo em vista a norma potencialmente violado. O crime passa a derivar de uma abstração jurídica criada por meio de uma atividade exegética, é resultante de um processo subjetivo e complexo que inicia-se da percepção sensível dos signos típicos, passa pela interpretação integral (sentido normativo dos tipo), atinge-se a norma corrompida, e finda-se na adequação entre a norma e conduta objetivamente típica (potencialmente antijurídica).

Assim, preambularmente a própria tipicidade formal – mera adequação objetiva entre conduta e norma penal –, há, no intérprete, um processo mental (subjetivo) concernente à correta interpretação integral dos elementos típicos, à capacidade de, diante da análise de uma conduta narrada, saber correlacionar essa conduta a norma potencialmente violada. Por exemplo, a correlação entre certa conduta à norma “não furtarás”, indicada tipicamente pelo conjunto dos seguintes signos linguísticos, presentes no art. 155 do Código Penal: “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel” (BRASIL, [1940], documento online, não paginado)⁸⁴, se dará pela interpretação integral dos elementos típicos, não buscando o significado isolado de cada um, mas sim o sentido normativo de todos, a norma (não furtarás).

⁸³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal:** considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. v. 10. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2022. (Coleção Ciência Criminal Contemporâneo)

⁸⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940.** Institui o Código Penal. Rio de Janeiro, [1940].

No que tange à interpretação do Direito, defende a professora Ana Elisa L. S. Bechara que:

A ciência dogmática do Direito deve, então, averiguar o significado que corresponde a uma norma jurídica na estrutura de sentido do ordenamento jurídico segundo o conteúdo significativo inerente a ela. Por isso, a interpretação do Direito deve desenvolver-se a partir de sua intencionalidade valorativa, de forma a tornar visível o conteúdo imanente de sentido de uma norma ou conceito jurídico. (BECHARA, 2022, p. 200)⁸⁵.

Em sendo a norma um signo cujo referencial é a projeção (dever ser) de ordem cívica e do respeito ao ente humano, contém ela um valor, não a ela inerente, mas a ela atribuído em razão de seu referencial, em razão de seu fim. Entende-se que leitura dos signos típicos a partir de uma intencionalidade valorativa (BECHARA, 2022, p. 200)⁸⁶ equivale a encontrar, por uma interpretação integral, a norma subjacente (referência dos signos típicos) e, por conseguinte, valor/bem pela norma evocado (referência da norma).

Assim, a referência valorativa do tipo será norma, dotada de valor. Os elementos do tipo serão meras camadas que exteriorizam a norma subjacente, eles são, por assim dizer, “marcas expressivas” desprovidas, em si mesmos, de um sentido, tendo apenas o papel indiciário de um significado não neles contidos, mas por eles indicado, estando na norma o significado típico. Por essa perspectiva, por exemplo, o “matar alguém” do art. 121, do CP, é a positivação de uma norma anterior cujo conteúdo é “não matarás alguém”, cujo desvalor está no desrespeito ao ente humano e na desordem cívica. De acordo com Bechara, “o tipo penal materializa quais são as normas de cultura reconhecidas juridicamente, apresenta-se sua função indiciária, vale dizer, a antijuridicidade do comportamento é revelada pela totalidade dos elementos típicos” (BECHARA, 2022, p. 202-203)⁸⁷.

Pondera-se, contudo, que a interpretação, embora integral, advém da conjunção de cada um dos elementos típicos, de modo que quanto mais preciso for a definição destes, mais fácil se atingira o sentido normativo (antijuridicidade), a contrário sensu, quanto mais impreciso for os elementos típicos, mais hercúlea será a tarefa de se encontrar o sentido normativo do texto legal.

⁸⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Op. Cit.

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ Ibidem.

Espera-se que a norma aplicada não só seja de ciência geral de toda comunidade (ou seja, todos conhecem o desvalor da conduta proibida), mas também que todos os intérpretes da lei cheguem a uma mesma referência normativa, ou seja, que apliquem a mesma norma. Não seria tolerável, no entanto, que pela pouca determinação dos elementos típicos cada intérprete chegue a uma norma subjetiva na qual a comunidade não conhece o desvalor da conduta proibitiva. Mais intolerável seria, pela total imprecisão do significado dos elementos típicos, não se chegar a nenhum sentido normativo (ou seja, se extrair alguma norma do tipo), e ainda assim aplicar sanções, não em razão de uma norma de ciência geral, mas em razão de justificativas subjetivas sem qualquer lastro normativo.

Assim, sendo o Direito Penal não só a legislação, mas também “o sistema de interpretação dessa legislação, ou seja, o saber do Direito Penal” (ZAFFARONI, 1991, p. 41)⁸⁸, deve-se encontrar estratégias hermenêuticas para se evitar ao máximo que, pela imprecisão dos elementos típicos, a indicação do injusto deixa de ser, idealmente, objetiva (proveniente de uma neutra subsunção) e passa ser, praticamente, subjetiva, com um grau de subjetividade proporcional ao grau de precisão típica.

⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal**. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1991.

7 ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO PENAL OBJETIVO

Uma corrente doutrinária penalista nomeia esses elementos típicos imprecisos de “elementos normativos”. Segundo o professor Bitencourt (2018, p. 359)⁸⁹, o estudioso Max Ernst Mayer foi o primeiro a admitir a existência do elemento normativo no tipo, o que representou uma certa modificação no modelo clássico do delito LISZT-BELING, que exigia apenas elementos objetivos e neutros. Posteriormente, Edmund Mezger melhor desenvolveu os postulados de Mayer, defendendo que para além das espécies típicas descritivas, haveria aquelas (elementos normativos) que demandam do intérprete uma valoração (MEZGER, 1995, p. 388 *apud* BECHARA, 2022, p. 193)⁹⁰. Partir da definição de Mezger, os elementos que compõem a estrutura típica passaram a ser categorizado em duas espécies, uma referente aos “elementos normativos” (que exigiriam valoração), outra aos “elementos descritivos”, assim chamados em virtude da maior precisão do significado destes.

Ressalta-se, contudo, que com o desenvolvimento dos estudos analíticos da estrutura típica, alguns estudiosos adotaram novas definições para os ditos elementos normativos, de modo haver hoje duas correntes. Nas palavras da professora Bechara, a primeira a corrente, filiada à definição de Mezger, entende:

que enquanto os elementos descritivos do tipo são apreensíveis por meio da mera percepção sensorial, os elementos normativos não são acessíveis a tal percepção, necessitando de um processo de compreensão intelectual ou de um processo valorativo para o entendimento total de sua significação. (BECHARA, 2022, p. 193)⁹¹.

Sobre o elemento normativo, segundo Aníbal Bruno (1962, p. 49 *apud* BECHARA, 2022, p. 194)⁹², “exige particular apreciação por parte do juiz; não termos vazios de sentido, mas necessitados de interpretação para que se fixe o seu sentido justo, de acordo com a figura típica”. Para Bitencourt (2018, p. 359)⁹³ “os elementos normativos são aqueles para cuja compreensão é insuficiente desenvolver uma atividade meramente cognitiva, devendo-se realizar uma atividade valorativa”. Os adeptos dessa corrente não admitiria ser os elementos normativos

⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** (arts. 1 a 120). 24. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

⁹⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo**. v. 10. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2022. (Coleção Ciência Criminal Contemporâneo)

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** (arts. 1 a 120). 24. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

imprecisos, mas sim suscetível a certa valoração, seriam, portanto, elementos essencialmente valorativos, propensos por sua natureza a um juízo de valor.

A segunda corrente entende ser os elementos normativos aprioristicamente indeterminados; contudo, propensos à determinação, ao serem ganharem sentido em outra norma jurídica ou extrajurídica. Assim diz Miguel Reale Júnior que os elementos normativos são “aferidos a partir de outras normas jurídicas, ou extrajurídicas, quando da aplicação do tipo ao fato” (REALE JÚNIOR, 1998, p. 141 *apud* BECHARA, 2022, p. 195)⁹⁴. Por essa perspectiva, estariam elementos normativos voltados naturalmente a um referencial externo que os definiria, não estariam, portanto, sujeitos à valoração, como defende a primeira corrente, mas sim a definição precisa por outra norma.

Entende-se que tanto uma corrente quanto a outra tem sem seus predicados, e que em vez de se adotar certa corrente em detrimento da outra, seria mais plausível conjugá-las, porquanto um elemento típico pode ser, a priori, impreciso (sujeito à complementação numa norma) e, ao mesmo tempo, sujeito à valoração. Contudo, ainda aqueles nominados descritivos (precisos), por estarem inseridos numa dispositivo de lei também se sujeitarão a uma valoração normativa.

Como defendido anteriormente, todos os elementos típicos, como sendo um signo linguístico, estariam voltados a um referencial normativo, de modo que subjacente ao tipo (que é mera exteriorização de um referencial) haverá a norma, toda de valor, que será atingida pela interpretação integral típica. Por esse raciocínio, a distinção salomônica entre elementos descritivos e normativos tem menor função prática, na medida em que todos elementos típicos estariam sujeitos a uma interpretação valorativa, buscando, de uma leitura integral, seu sentido normativo, ou seja, a norma referencial, a (im)precisão desses elementos não seria apenas um atributo caracterizador, mas também um facilitador ou entrave na atividade hermenêutica. Em outras palavras, o alto grau de precisão dos elementos típicos facilita a chegada ao sentido normativo do tipo, a pouca precisão, contudo, dificultaria essa chegada, e a total imprecisão impediria.

⁹⁴ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal:** considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. v. 10. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2022. (Coleção Ciência Criminal Contemporâneo)

Assim, parece-nos razoável concluir que seriam todos os elementos típicos normativos, haja vista estarem voltados a seu referencial norma, estarem, portanto, sujeitos à valoração. Exige-se, contudo, pelo primado reitor da legalidade, que eles se manifestem em termos/palavras mais precisas, aqueles que permitam qualquer intérprete chegar, com certa facilidade, a um sentido unitário de norma, sentido esse compartilhado pelos membros da comunidade. Deve-se evitar, assim, termos/palavras imprecisos que, mesmo quando lidos com os demais, não fazem remissão a nenhuma norma, não tendo significado-valor, ou seja, não estão atrelados materialmente à ideia de ordem cívica, ao respeito o ente humano, ou à tutela de bens jurídicos. Como diz Bechara:

Assim, mais do que buscar um conceito ou diferenciação precisa em sentido meramente descritivo e intrassistemático, faz-se necessário delimitar criticamente as possibilidades de estabelecimento legal dos elementos normativos do tipo e de sua utilização e alcance no âmbito da teoria do delito, principalmente, em relação ao conteúdo material do delito, correspondente à ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma. (BECHARA, 2022, p. 223)⁹⁵.

Entende-se que a tipicidade formal é muito mais do que uma neutra e objetiva subsunção entre tipo e conduta, há nesse processo uma interpretação valorativa dos elementos típicos, precisos ou pouco preciso, que deverão ser lidos a partir de um fim normativo. Deve-se, assim, extrair dos signos típicos seu lastro normativo, ou seja, alguma alusão de ordem cívica, respeito ao ente humano ou proteção aos bens jurídicos. Em seus escritos, Bechara apresenta a percepção de Erik Wolf sobre a interpretação normativa dos signos linguísticos lei:

Para WOLF, mesmo elementos pretensamente imutáveis e claros, como o conceito de “cão”, estão condicionados pela teleologia da lei. Por isso, exemplifica o autor, a determinação da tributação referente a cães no caso concreto de um animal resultante do cruzamento entre um cão e um lobo não levaria em conta a questão da espécie em termos de zoologia, e sim a finalidade da norma jurídica e de seu respectivo sistema (no caso, o tributário). (WOLF, p. 114-115 apud BECHARA, 2022, p. 201)⁹⁶.

O que se deve encontrar, portanto, é o referencial do signo linguístico (elemento típico), ou seja, a norma cujo o conteúdo proibitivo esteja incorporado talmente na comunidade que, pelos seus fins (valores), institucionalizou-se em um dispositivo legal. A pouca determinação de um elemento típico sempre deverá ser sanada pela atividade hermenêutica, em que o intérprete o lerá, cotejando-o com os demais, buscando abstrair o sentido normativo, o desvalor

⁹⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal:** considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. v. 10. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2022. (Coleção Ciência Criminal Contemporânea).

⁹⁶ Ibidem.

da conduta e a efetiva lesão aos bem jurídicos, ou por assim, à ordem cívica e ao ente humano. Em não sendo possível, pela imprecisão do termo, se chegar a um sentido de norma, ou, quando não há alguma referência normativa no Direito que complete confira sentido ao termo, Bechara indica desconsiderar esse elemento típico, sob pena de se violar a legalidade constitucional (BECHARA, 2022, p. 392)⁹⁷. Assim tece Bechara:

os elementos normativos do tipo objetivo não podem ser lidos a partir de uma ideia geral de indeterminação [...] Trata-se, portanto, de analisar tais elementos teleologicamente, à luz da concepção de tipo penal menos voltada a apenas atender formalmente a legalidade e mais preocupada com a garantia associada à segurança material do cidadão quanto à clara comunicação sobre o conteúdo da proibição penal. (BECHARA, 2022, p. 387-388)⁹⁸.

Nesse sentido, será intolerável, pelo princípio da legalidade, preencher a imprecisão de certos signos típicos com definições vazias e também imprecisas, deve-se, contudo, infundi-los seja com uma definição objetiva presente numa norma jurídica, seja com uma definição que expresse um sentido normativo (lesão ao bem jurídico). Para tal, deve-se lançar mão das ferramentas conferidas pelo Direito:

a agência judicial que constrói estas regras para orientar-se, já que deve restringir a arbitrariedade seletiva do sistema penal, e para isso deve valer-se racionalmente dos instrumentos que agência político-legislativa produz e lhe entrega irracionalmente. Basta que se consulte qualquer legislação penal para, sem muito esforço, prevenir-se das contradições lacunas, **defeitos semânticos**, relações totalmente insensatas, disposições não derogadas [...]. (ZAFFARONI, 2017, p. 257, grifo nosso)⁹⁹.

Deve-se adotar uma dogmática teleologicamente direcionada à proteção dos valores sócias fundamentais, à proteção subsidiária dos bens jurídicos, que oriente uma interpretação integral dos signos típicos voltada a uma referência normativa. Consoante os escritos de Zaffaroni e Batista, torna-se necessário orientar-se por uma dogmática consequente conduzida por uma teleologia redutora, por meio da qual seja possível a contenção do punitivismo irracional (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 60 *apud* CARVALHO, 2015, p. 157)¹⁰⁰, evitando-se que certos intérpretes da lei se valham das imprecisões de alguns termos para, em vez de se chegar a uma precisão por uma hermenêutica redutora, aplicar o poder punitivo arbitrariamente (ilegitimamente).

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Tradução: Vania Romano Pedrosa; Almir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

¹⁰⁰ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

8 SENTIDO NORMATIVO DO MOTIVO TORPE

8.1 Motivo torpe e interpretação analógica

É certo que um dos grandes desafios dos estudiosos do direito é conseguir chegar a um sentido objetivo e geral da torpeza, motivação que qualifica o crime de homicídio, cuja conduta é descrita no art. 121 do Código Penal. Comumente, a doutrina a define a partir de conceitos abertos, como sendo a motivação repugnante, vil, contrária a moralidade média ou qualquer outro conceito incapaz de garantir a previsibilidade e certeza típicas, curiais em um estado de direito, que age nas estritas delimitações do primado da legalidade.

O que se propõem, contudo, é o uso de uma estratégia interpretativa erigida a partir de uma dogmática racional e redutora que utilize dos elementos presentes na estrutura típica para restringir e objetivar o âmbito semântico do conceito torpeza.

O refúgio que se encontra pela própria estrutura da qualificadora é a interpretação analógica. Diz a qualificadora no art. 121, § 2º, inciso I do Código Penal: “mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe” (BRASIL, [1940], documento online, não paginado)¹⁰¹. Tal qualificadora é estruturada por uma fórmula casuística e uma fórmula genérica, aplicando-se nessa estrutura a interpretação analógica (*intra legem*). Orienta o professor Rogério Sanches Cunha que a fórmula casuística da qualificadora aqui tratada compreende o trecho “mediante paga ou promessa de recompensa”, estando a fórmula genérica no trecho “motivo torpe” (CUNHA, 2020, p. 73-74)¹⁰². Entre a fórmula casuística e genérica há o que chamamos de “limitador do âmbito semântico”, isto é, um termo que restringe a zona de proibição típica, a saber, “ou por outro”.

Nessa lógica, adotando-se a interpretação analógica, usa-se a fórmula casuística como um parâmetro para fórmula genérica, conforme explica Rogério Sanches Cunha, as situações descritas na fórmula casuística são apenas exemplos trazidos pelo legislador, o qual permite existir outros casos ou situações semelhantes que ficam abarcados na fórmula genérica (CUNHA, 2020, p. 73)¹⁰³.

¹⁰¹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Rio de Janeiro, [1940].

¹⁰² CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral** (arts. 1º ao 120). 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

¹⁰³ Ibidem.

Assim, “mediante paga ou promessa de recompensa” é fórmula casuística na medida em que expressa apenas dois exemplos de motivação torpe, havendo outras motivações torpes abrangidas na fórmula genérica “motivo torpe”, o limitador “ou por outro” vincula a torpeza à fórmula casuística. Elucida Rogério Sanches Cunha:

Deste modo, o significado que se busca é extraído do próprio dispositivo, levando-se em conta as expressões abertas e genéricas utilizadas pelo legislador. Existe norma a ser aplicada ao caso concreto. Depois de exemplos, o legislador encerra de forma genérica, permitindo ao aplicador encontrar outras hipóteses. (CUNHA, 2020, p. 74)¹⁰⁴.

Portanto, será torpe todas as motivações que se assemelham ao parâmetro (fórmula casuística) “mediante paga ou promessa de recompensa”. Urge salientar também a necessidade de, a partir desse recurso exegético (interpretação analógica), se chegar ao sentido de norma subjacente ao tipo, o que se quer dizer é que a partir de uma interpretação analógica do dispositivo encontra-se a motivação nuclear da qualificadora, motivação essa que se proíbe numa norma indicada pelo tipo. Em outras palavras, proíbe-se o matar, contendo no ato o desvalor, proíbe-se mais o matar por uma motivação torpe, maior desvalor, deve-se, pois, definir que motivação é essa e a norma que a proíbe.

Pontua Ana Elisa L. S. Bechara que é fundamental esclarecer ao cidadão qual a conduta que se proíbe, sendo isso uma “segurança material” (BECHARA, 2020, p. 388)¹⁰⁵. No tocante à qualificadora em comento, deve-se indicar, com evidência, qual motivação é torpe para fins de se proibir com maior rigor homicídio, sendo essa motivação legítima demonstrar uma incompatibilidade com a racional ordem cívica, com respeito aos direitos sociais fundamentais (fins das normas jurídicas).

8.2 Motivo torpe e ganância

A partir de tais pressupostos, passa-se a tratar, breve e estritamente, de um dos signos típicos de especial interesse para os críticos dos elementos normativos, a saber, o “motivo torpe”, no inciso I, § 2º, do art. 121 da CP. Pela definição do signo linguístico em separado, os estudiosos são praticamente unânimes no definir. Segundo Luiz Regis Prado “torpe é o motivo

¹⁰⁴ Ibidem.

¹⁰⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal:** considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. v. 10. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2022. (Coleção Ciência Criminal Contemporâneo)

abjeto, indigno e desprezível, que repugna ao mais elementar sentimento ético” (PRADO, 2014, p. 430)¹⁰⁶, para Guilherme de Souza Nucci, o motivo torpe é “o motivo repugnante, abjeto, vil, que demonstra sinal de depravação do espírito do agente. O fundamento da maior punição ao criminoso repousa na moral média, no sentimento ético social comum” (NUCCI, 2015, p. 481-482)¹⁰⁷.

Percebe-se, contudo, que grande parte das definições das na literatura penal, na verdade, não explica o que de fato seria a torpeza em si mesma, apenas condiciona sua interpretação a um conglomerado de conceitos poroso, carentes de uma objetividade. Poucos defendem a solução da imprecisão desses signos típicos a partir de uma leitura integral do dispositivo e a luz de sua intencionalidade normativa.

Poderíamos indagar o que seria, por exemplo, um motivo repugnante, muito provavelmente a amplitude semântica da “repugnância” não permitiria atingir uma resposta objetiva, visto que não se trata de um conceito descritivo, sua explicação estaria condicionada a outro conceito aberto, construindo-se, por conseguinte, uma cadeia de subordinação, na qual o entendimento de um conceito aberto depende do entendimento de outro conceito também pouco descritivo. Um ciclo vicioso que leva a lugar nenhum.

Com efeito, a zona de proibição típica torna-se indefinida, de modo que dependerá daquilo que cada intérprete entende como sendo motivo “abjeto”, “vil”, “repugnante” e afins, não havendo um sentido geral coletivo bem definido de torpeza quando definida isoladamente.

Ao nosso sentir, razoável é adotar uma exegese valorativa guiada pela busca do sentido normativo do tipo, que se chega pela interpretação integral dos termos nele contido. Deve-se buscar um conteúdo normativo unitário, que una todos os signos típicos do inciso I, § 2º, do art. 121 da CP, devendo ser ele o exprimir de uma violação cívica, desprezo ao ente humano ou *maior* ofensa ao bem jurídico¹⁰⁸.

¹⁰⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

¹⁰⁸ Usa-se o adjetivo “maior” para denotar a circunstância qualificadora, que indica afetação mais contundente ao bem jurídico “vida”, em razão do motivo torpe.

Adotando-se a sábia interpretação de Ney Moura Teles, deverá ser feita uma analogia entre a expressão “outro motivo torpe” e a expressão “mediante paga ou promessa de recompensa” (TELES, 2006, p. 23)¹⁰⁹, de modo a ser esta um guia interpretativo para aquela, quia rumo ao sentido normativo do tipo. Nas palavras de Teles:

A motivação do agente que se assemelhar à daquele que contrata a morte de alguém, ou do que mata, mediante paga ou promessa de recompensa, será considerada torpe, isto é abjeta e repugnante. Serão torpes todos os motivos que, à semelhança do fim lucro, ou da contratação de alguém para destruir uma vida humana, impelirem o sujeito a matar alguém. São motivos indignos, que contrastam com os valores morais. (TELES, 2006, p. 23)¹¹⁰.

Assim, entende-se que o “motivo torpe” estará vinculado à primeira parte do inciso I do § 2. do art. 121 “mediante paga ou promessa de recompensa” (BRASIL, [1940], documento online, não paginado)¹¹¹, de modo que torpe será o motivo quando o sujeito visa, em sua conduta, ao ganho financeiro ou a qualquer outra vantagem dessa natureza, seja qual for. A paga ou promessa de recompensa torna-se um exemplo de motivo torpe sugerido pelo legislador, havendo outros exemplos abarcados pela qualificadora, desde de que sejam da mesma natureza da “paga ou promessa de recompensa” (BRASIL, [1940], documento online, não paginado)¹¹². Dessa forma, haverá uma restrição semântica do elemento normativo, restringindo tal qualificadora somente aos homicídios praticados com o intuito de obter algum resultado econômico.

Adotando esse entendimento, é possível extrair da leitura integral do inciso que o motivo nuclear é a *ganância do lucro*, seja ela presente na troca de alguma prévia recompensa, ou na expectativa do seu recebimento, ou qualquer outra conduta considerada gananciosa, cujos fins são eminentemente materiais. O intérprete, portanto, não analisará a torpeza em si, buscará abstrair o sentido normativo-valorativo da integralidade dos signos típicos o qual se manifestará, a nosso ver, na seguinte estrutura propositiva: *não matará pela ganância* (norma representada pelos signos típicos). Respeitando a vontade do legislador e adotando uma interpretação à luz da Constituinte, é razoável ponderar que embora esteja presente o elemento normativo “torpeza”, quando se vincula à primeira parte, o injusto penal não estará em uma abstrata “torpeza”, e sim na ganância por detrás dela, ou por assim dizer, a torpeza deveria ser lida, na

¹⁰⁹ TELES, Ney Moura. **Direito penal:** parte especial: arts. 121 a 212. 2. ed. v. 2. São Paulo: Atlas, 2006.

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940.** Institui o Código Penal. Rio de Janeiro, [1940].

¹¹² Ibidem.

prática, como ganância em ganhos de natureza material, sendo essa motivação, incompatível com ordem cívica, desrespeitosa ao ente humano, e de maior lesão ao bem jurídico.

Por essa perspectiva, o caso concreto deveria evidenciar se havia ou não a ganância, será torpe “se cometer um crime impulsionado pela ganância ou pela ambição desmedida” (NUCCI, 2015, p. 482)¹¹³. Logo, se as provas concretas indicarem a conduta mercenária homicida, haverá a ganância torpe, em outras palavras, a ganância torpe ganha concretude quando for praticado um homicídio em troca de alguma recompensa prévia ou, pelo menos, a expectativa de seu recebimento. Também haverá ganância torpe quando, pela análise do caso concreto, for provada a vantagens materiais, que motivou o homicídio. Isso ocorre, por exemplo, num crime cujo filho mata o pai com intuito de abreviar sua herança, ou num homicídio cujo fim do autor é casa-se com a viúva bem-sucedida. Nesses e em outros exemplos mórbidos o motivo é a ganância, sendo ela torpe para fins de qualificadora. Seguindo essa lógica, as decisões deveriam estar ancoradas não só nos elementos concretos, mais também em um horizonte típico mais restrito (condutas motivadas pela ganância em ganhos eminentemente materiais). Sendo a ganância a torpeza da qualificadora do homicídio, as demais motivações altamente reprováveis na comunidade, em razão de seu caráter vil e abjeto, seriam valorados como circunstância agravante do art. 65, inciso II, alínea a, do CP, e não como qualificadora, essa ficaria restrita ao homicídio com motivação gananciosa, voltado materialmente aos ganhos dele advindos.

Portanto, haveria um controle mais efetivo das arbitrariedades, garantindo, pois, o sentido normativo dos signos típicos (*não matará pela ganância*), sentido esse que é a norma, atingida por uma teleologia humanística, dotada de certo valor, voltada à ordem cívica, ao respeito ao ente humano e à tutela subsidiária dos bens jurídicos.

8.3 Ganância, como motivo torpe, na estrutura geral do direito

A partir de uma técnica de interpretação analógica, chegou-se a constatação de que o sentido normativo que determina o âmbito típico da qualificadora do art. 121, § 2º, inciso I do Código Penal é “não matará motivado pela ganância”. Referencial que se expressa nos signos típicos, presentes no supracitado artigo, “matar alguém mediante paga ou promessa de

¹¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

recompensa, ou por outro motivo torpe” (BRASIL, [1940], documento online, não paginado)¹¹⁴, sendo a torpeza a ganância para fins de intervenção punitiva estatal.

Tal norma é uma forma de se expressar o “não lesar ao próximo”, um dos fundamentos do *jus civile*, e, por sua vez, sustenta-se na norma geral natural “buscar o bem, evitar o mal”, sendo o desvalor que legitima a proibição a incompatibilidade com bem humano perquirido, na medida em que não é esperado em uma ordem cívica ordenada racionalmente o agir lesivo a vida humana, a ponto de ceifá-la, menos esperado, e com maior desvalor, é ser a ganância pelas recompensas advindas desse agir a força motriz que propulsiona (como motivação) o homicídio. Portanto, o matar pela ganância manifesta na conduta o domínio das paixões e ímpetos humanos sobre a razão, conduta incompatível com a vida em civilização formada por entes naturalmente racionais e sociáveis.

¹¹⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Rio de Janeiro, [1940].

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou restringir, pelas vias intestinas do Direito, o âmbito típico do motivo torpe que qualifica o crime de homicídio descrito no Código Penal brasileiro. Diante da vagueza do elemento normativo em análise e para evitar o uso arbitrário do poder punitivo estatal, foi necessário buscar estratégias interpretativas, por meio de uma dogmática racional e redutora, para definir e tornar objetivo o sentido do conceito torpeza.

Para tal, investigou-se a estrutura normativa do direito, partindo dos preceitos primários das normas gerais naturais, passando pelos primados das normas civis e pelas normas criminais, até chegar à expressão signa destas normas, isto é, o tipo penal objetivo. Como dito nestes escritos, todas as normas se fundamentam num valor bem compatível com a natureza do ente a que se destinam, em sendo o ente humano naturalmente racional sociável, todas as normas serão legítimas se de alguma forma garantirem, por meio de suas proposições, as condições formais e materiais de fruição dos bens humanos segundo sua natureza. A expressão de tais normas está positivada em dispositivos legais (tipos penais), os quais, como signos, são indiciários de uma norma subjacente e, portanto, manifestam o modo de agir ou não agir propícios às condições de bem comum. Portanto, foi reforçado que os tipos penais se legitimam no valor que tutelam, ou por assim dizer, na possibilidade de indicar normas garantidoras dos bens humanos fruídos numa racional ordem cívica.

Outrossim, diante das consequências advindas da aplicação do poder punitivo estatal, cujos efeitos são a restrição dos direitos fundamentais do cidadão, a expressão da norma deve ser feita em signos de linguagem mas precisos possíveis, sendo intolerável num estado de direito, guiado pela legalidade, a intervenção a partir da impressão dos signos típicos. Contudo, quando, ainda assim, há conceitos de difícil precisão, faz-se necessárias as ferramentas dogmáticas para deles extrair um sentido normativo que torne objetivo o âmbito semântico, garantindo, com isso, a previsibilidade típica, esperada num estado de direito.

A partir de tais pressupostos, buscou-se definir a torpeza lançando mão de uma interpretação analógica, estratégica interpretativa compatível com uma dogmática redutora. Por esse recurso, foi defendido que o motivo torpe está vinculado à paga ou promessa de recompensa, de maneira a ser torpe qualquer motivação atrelada a mesma natureza, de certo modo, dos homicídios mercenários.

Numa lógica dedutiva, lendo de forma global a qualificadora em análise e buscando dela extrair um sentido normativo, conclui-se ser a motivação que qualifica o homicídio a ganância, de modo a ser a qualificadora um signo típico que indica a norma criminal “não matarás por

ganância”, um signo presuntivo de antinormatividade. Essa interpretação é legítima haja vista ser intolerável em ordem cívica agir ceifando a vida alheia pelas propulsões dos desejos e vícios gananciosos.

Por fim, delimitou-se o horizonte proibitivo aos homicídios motivados pela ganância, devendo os elementos de prova indicarem que tal homicídio visava a alguma recompensa, devendo os dados fáticos a ganância, isto é, o motivo torpe.

Com efeito, a imprecisão típica é sanada e se garante a previsibilidade objetiva daquilo que se proíbe, lastreando o agir estatal em vias bem delimitadas, garantindo, por conseguinte, a intervenção punitiva nos estritos limites indicados pelo primado da legalidade, necessário numa racional ordem cívica.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2014.
- AQUINO, Tomás de. **Do governo dos príncipes ao rei do Cipro (De regno)**. Rio de Janeiro: ABC, 1931.
- AQUINO, Tomás de. **O ente e a essência**. Tradução: Carlos Arthur do Nascimento. Petrópolis/RJ: Vozes, 1995.
- AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Madrid: Biblioteca Autores Cristianos, 1988.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo**. v. 10. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2022. (Coleção Ciência Criminal Contemporâneo)
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral (arts. 1 a 120)**. 24. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 6. ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- BOEIRA, Marcus Paulo Reycembel. A estrutura de significados da “norma jurídica”: a teoria dos signos na segunda escolástica e sua conexão com a teoria do Direito e com a lógica deôntica. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS - MA, 26., 2017, São Luís, MA. **Anais** [...]. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/201382/001059708.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 jun. 2022.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Rio de Janeiro, [1940]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 18 jun. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 83.309/MS**. Fundamentação do acórdão que julgou o recurso em sentido estrito. Circunstância qualificadora do homicídio. Homicídio qualificado. [...]. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 23 set. 2003. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 6 fev. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79321>. Acesso em: 2 jul. 2022.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.
- CARVALHO, José Mauricio de. **Miguel Reale: ética e filosofia do direito**. Porto Alegre: Edipucrs, 2011.
- CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CORPUS JURIS CIVILIS. **Digestos**: livro I. Brasília: TRF1; ESMAF, 2010. Disponível em: <https://trf1.jus.br/dspace/bitstream/123/52682/1/Corpus%20iuris%20civilis%20%28digesto%29.pdf>. Acesso em: 22 maio 2023.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo, Bushatsky, 1976.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA FILHO, Moraes Ferreira. **A antologia da alma em São Tomás de Aquino**. São Paulo: Paulus, 2016. (Coleção E-books FAP.com). Disponível em: https://www.fapcom.edu.br/wp-content/uploads/2016/10/Ebook_A-ONTOLOGIA-EM-SAO-TOMAS-DE-AQUINO4.pdf. Acesso em: 22 maio 2023.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

MARCONI, Maria de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em: <https://www.metodologiacientifica.org/tipos-de-pesquisa/pesquisa-bibliografica/>. Acesso em: 2 jul. 2022.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, parte geral**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

REALE, Miguel. **A teoria tridimensional do Direito**. Lisboa: Imprensa Nacional: Casa da Moeda, 2003.

SANTAELLA, Lúcia. **O que é semiótica**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de linguagem geral**. São Paulo: Cultrix, 2006.

SOUSA, José Pedro Galvão de. **Obras seletas III**: Direito Natural, Direito Positivo e o Estado de Direito e Estado Tecnocrático. Rio de Janeiro: CDB, 2022.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TELES, Ney Moura. **Direito penal**: parte especial: arts. 121 a 212. 2. ed. v. 2. São Paulo: Atlas, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal**. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Tradução: Vania Romano Pedrosa; Almir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.