

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, A PENA E O TIPO PENAL

Por: Fernando Oscar Matias

A presente monografia vai abordar a conceituação, importância e relação entre princípios, legalidade, pena e tipo penal. Os princípios vão ser abordados desde que eram entendidos como antiga fonte subsidiária de terceiro grau nos Códigos, os princípios gerais; desde as derradeiras constituições da segunda metade do século passado, até se tornaram fonte primária de normatividade, incorporando na ordem jurídica os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional.

A legalidade penal vai ser tratada em relação umbilical com o princípio geral de legalidade, que Pontes de Miranda preferia chamar de "legaliteralidade" e que também costuma ser designado como princípio de reserva, (art. 5º, inc. II CR).

Ainda sobre os princípios que norteiam o direito penal, há dois que são muito úteis e que, praticamente, podem sintetizar-se em um único princípio: da boa-fé e *pró homine*.

A boa-fé se impõe como critério interpretativo de qualquer tratado em função do artigo 31 da Convenção de Viena: Todo tratado deve ser interpretado de boa-fé, conforme o sentido corrente que tenha de ser atribuído aos termos do tratado no contexto destes e levando em conta seu objetivo e fim. A pena será abordada à partir de referências ônticas, com o objetivo de construir o conceito levando em consideração que a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor; mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes. Tampouco se reconhece à mesma qualquer função positiva.

Conclui-se a monografia com a abordagem indiciária do tipo penal: a conduta típica seria indício de antijuridicidade. A conduta típica e antijurídica é abordada como injusto penal. A antinormatividade decorreria não apenas da adequação da conduta ao tipo penal, mas também, de sua afetação à norma que está anteposta ao tipo penal. O tipo legal está na lei, mas não é suficiente

para que a conduta se enquadre no tipo legal. A tipicidade penal pressupõe a legal, mas não a esgota. A tipicidade penal requer, ainda, a antinormativa.