

# O FATO DESCRIMINANTE

*Fabrizio Ramacci*

**Sumário:** 1. Elemento constitutivo do ilícito. 2. Valoração do fato. 3. Conflito de normas. 4. Prevalência das normas. 5. Doutrina dominante.

## RESUMO

O autor aborda com a autoridade que lhe é universalmente reconhecida, a questão do “fato discriminante”. Cuida da metodologia de “isolar um elemento constitutivo do ilícito, material ou objetivo”. Salaria que por este expediente é possível mostrar que “um só fato pode subsumir-se em diversas normas incriminadoras configurando, nos diversos casos, realidades diferentes, ínsitas no próprio fato pela diversa interpretação com o elemento subjetivo do dolo ou da culpa, em momento que precede a valoração jurídica.”

## ABSTRACT

The author approaches, with his worldly recognized authority, the “unincriminating fact”. Takes on the methodology of “isolating one constitutive element from the illicit, material or objective, pointing out that using this metode it is possible to show that “a single fact can be fitted into several incriminating norms configuring, in the diverse cases, different realities, because of the fact that many diverse interpretations are possible with the subjective element of guilt or deceit, at moment that precedes the legal valuation”.

---

\* Diretor do Instituto de Direito Penal da *Università degli Studi di Roma – La Sapienza*. O presente artigo, ora traduzido ao português por Sheila Jorge Selim de Sales, Professora adjunta de Direito Penal na Faculdade de Direito da UFMG, realizando pós-doutorado no *Istituto di Diritto Penale dell'Università degli Studi di Roma- La Sapienza*, foi escrito para integrar o “*Libro de Homenaje al Profesor Doctor Manuel de Rivacoba y Rivacoba*”, a ser publicado pela Editora Depalma, de Buenos Aires.

## 1. Elemento constitutivo do ilícito.

A orientação metodológica de isolar um elemento constitutivo do ilícito, material ou objetivo, dentre outras coisas, serve a mostrar que um só fato (por exemplo, causar a morte de outrem) pode subsumir-se em diversas normas incriminadoras configurando, nos diversos casos realidades diferentes, ínsitas no próprio fato pela diversa integração com o elemento subjetivo do dolo ou da culpa, em momento que precede a valoração jurídica. O método da análise conduz claramente, ao seguinte resultado: na realidade jurídica do fato, a mesma materialidade pode ser diversamente significativa no âmbito da integração do modelo legal de crime (subsunção ao modelo legal de crime) caracterizado por uma dada objetividade jurídica e um determinado âmbito de tutela.

Por isso, é necessário considerar o fato material com o fim de orientar-se à exata individualização do bem jurídico tutelado e, portanto, direcioná-lo à uma específica categoria de ilícito, uma vez que o fato por si só não é – ou não pode ser - suficiente para determinar o modelo legal de crime ao qual se subsume.

Isoladamente, o fato não é suficiente para determinar a espécie de fato incriminadora aplicável, nos casos em que a lei penal não se limita a prever *uma só vez* aquele tipo de fato (e. g., como delito ou como contravenção) como ocorre, por excelência, na hipótese do homicídio, previsto *mais de uma vez na legislação*, para graduar a responsabilidade penal em função do elemento subjetivo.

Portanto, para que o fato material possa subsumir-se com imprescindível *determinatezza* à espécie de fato incriminada dolosa ou culposa, posto que ambas descrevem uma mesma materialidade de fato, é necessário guarnecê-lo com um elemento descritivo ulterior, precisamente aquele sintomático relativo à existência do dolo ou da culpa. A norma penal

que descreve uma conduta dolosa ou uma culposa contém uma dupla valoração do dolo e da culpa; mas não no sentido usual da distinção entre *tipo de culpabilidade (colpevolezza di fattispecie)* e culpabilidade do autor (*colpevolezza d'autore*), valorações que atribuem a responsabilidade no sentido da indicação, *em nível descritivo*, dos elementos sintomáticos do dolo e da culpa, distinta da sucessiva *adscrição (ou atribuição)* em função da culpabilidade.<sup>1</sup>

Incidentalmente, o duplo nível de valoração e mais precisamente a possibilidade de deter a valoração no *nível descritivo*, mostra-se útil, também para estabelecer se o fato praticado pelo inimputável seja doloso ou culposos e isto porque, no nível descritivo, limitar-se-ia a constatar – segundo as regras da experiência – se a modalidade concreta de verificação do resultado possa, por exemplo, ser considerada sintomática de uma agressão, traço sintomático do dolo ou de uma ausência de cautela, elemento sintomático da culpa.

## 2. Valoração do fato.

Com a idéia exposta, obviamente não se pretende tomar posição favorável a uma presumida substancialização da vontade<sup>2</sup> e nem mesmo oposta, isto è, contra a irreduzibilidade da vontade a fato, isto é, contra a denominada lei de Hume.<sup>3</sup>

O que se pretende dizer – de forma muito mais banal – é que a experiência ensina, para fins de valoração, que inicialmente o fato é racionalmente considerado pelo modo no qual aparece, isto é, se se apresenta como um fato voluntário ou um fato involuntário; a posterior indagação sobre

1 Sobre o ponto, mais detidamente, cf. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino: 2001, p. 402 *et seq.*

2 Cf. DAVIDSON, *Azioni ed eventi*, trad. it. De E. Picardi, Bologna: 1992, bem como EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993, com referência à obra de Davidson, v., em particular, p. 124.

3 Segundo David HUME as leis causais são elaborações de observações (= descrições), não são manifestações de regras (= prescrições), mas sim “a suposição que o futuro assemelhe-se ao passado não è fundada sobre nenhum argumento. Cf. *A treatise of human nature: Being an Attempt to Introduce the experimental method of reasoning into moral subjects* (1793-1740), Book I, Part III, Section VI.

a *normalidade* da vontade do autor,<sup>4</sup> trata-se de problema diverso: tal problema, com efeito, diz respeito ao nível adscritivo ou à imputabilidade e à culpabilidade, isto é, a valoração da responsabilidade.

Aqui, no entanto, surge a necessidade de ulterior ampliação da idéia exposta: de um lado, a realidade propõe casos nos quais a materialidade do fato (*e. g.*, causar a morte de outrem) é conexa a uma situação particular (p. ex.: de legítima defesa); de outro lado, uma realidade jurídica, *e. g.*, a previsão legal da legítima defesa prescreve normativamente que todo fato material (=materialidade do fato), qualquer que seja (p. ex.: “causar a morte de alguém”), não pode se subsumir a um tipo legal de crime e, conseqüentemente, não é punível se se verifica a legítima defesa.

O bom senso, antes das razões normativas, leva-nos a afirmar que quando um fato (p. ex.: o homicídio) é praticado em legítima defesa, o que se verifica ou acontece é *uma legítima defesa e não um delito de homicídio*. Assim se explica porque o fato de causar a morte de um homem coloca-se em uma situação de fato mais ampla, prevista e descrita como legítima defesa. Equivale dizer que quando um fato previsto em lei como crime na descrição de uma norma incriminadora inscreve-se dentro de uma situação de fato mais ampla descrita pela norma discriminante, esta última – e apenas esta última – torna-se a norma aplicável.

Por outro lado, a norma que prevê o fato incriminado é aplicável apenas se e quando a situação descrita em uma norma discriminante *não tenha sido seguramente constatada*, de maneira que na realidade é presente somente o fato correspondente à norma incriminadora.

---

<sup>4</sup> Tal aspecto é estudado do ponto de vista da relação entre imputabilidade e culpabilidade, cf., sobre o ponto, MANTOVANI, F. *Diritto penale*, parte generale, Padova, 1992, p. 292 *et seq.* A propósito é fundamental distinguir entre perspectiva normativa e perspectiva psicológica da culpabilidade; para a primeira a culpabilidade não é vontade daquilo que não devia ser, mas vontade que não devia ser, isto é, que exprime uma relação de contradição com a pretensão jurídica e, por isso, é culpável em sentido normativo. Cf. FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, In: Festschrift für die Juristische Fakultät in Giessen, 1907, p. 519, *et seq.*

Em síntese, a materialidade de um (qualquer) fato previsto por uma norma incriminadora, deve ser inserta na mais ampla descrição de fato que está contida em uma norma discriminante: sem tal orientação, o fato não poderia ser absorvido pela discriminante; paradoxalmente, o fato a ser discriminado vem a constituir, na concretude da aplicação, o elemento comum entre a norma que o incrimina e a norma que o legitima, porque esta última sanciona a não punibilidade de quem cometeu o fato previsto como crime por uma norma incriminadora.

A norma que legitima acresce à descrição abstrata de um fato (qualquer que seja, desde que seja previsto por uma norma como crime) a descrição de um fato que configura uma discriminante: se a situação concreta é conforme aos fatos dos dois tipos (aquele previsto como crime e aquele descrito por uma discriminante) a situação concreta constitui univocamente aquela que, em termos dogmáticos, é definida como causa objetiva de exclusão do crime.

Em outras palavras: *o fato não punível* é constituído por um fato previsto como crime por uma norma incriminadora e por um outro fato, cuja presença deve excluir que aquele fato constitua crime. Por outro lado, o fato previsto como crime é *punível* apenas *na ausência* do fato descrito como discriminante.

### 3. Conflito de normas.

As normas legitimantes poderiam ser, portanto, consideradas como normas em antítese, em conflito com as normas incriminadoras<sup>5</sup>, isto é, como *contra-preceitos* ou como preceitos que, limitadamente a determinadas

---

5 MARINUCCI, G. *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, In: Riv. It. Dir. Pr. Pen., 1983, p. 1190 *et seq.* As normas antitéticas, incriminadoras e discriminantes, estão em relação de "alternativa incompatibilidade" (p. 1128) de colisão e não de exceção à norma penal (p. 1236 *et seq.*): "quando, por isso, se delinea em concreto um aparente conflito de normas, porque uma mesma e idêntica situação é subsumível aos elementos da espécie de fato incriminada, bem como àqueles de uma discriminante, o fato será conforme ao inteiro ordenamento jurídico e, neste sentido, lícito (p. 1229 e 1234).

situações de fato descritas nas singulares normas legitimantes, negam a validade de outros preceitos penais, excluindo sua aplicabilidade, segundo a lógica da solução de um *conflito aparente de normas*.

Mas, o que se deve apreciar e prezar nesta concepção? Nesta concepção preza-se a clareza da conexão existente entre crime e conseqüências jurídicas no sentido de que a norma na qual se individua o contra-preceito *não inibe o dever-ser* da pena, porque antes e radicalmente *inibe o dever-ser do crime*; uma norma de tal monta não significa: “cometeste um delito mas não serás punido” mas, ao invés, significa “*não cometeste um delito*”.

Isto é evidente. Mas pontualizar que a concretização da norma legitimante inibe, no caso específico, o dever-ser do preceito sancionado é ainda mais importante; tal permite, com efeito, corrigir a conhecida fórmula “*se il reato è la pena deve essere*” – que exprime o nexo entre o ente-causa jurídica e a conseqüência punitiva – por outra, mais precisa e pertinente: “se o fato *deve-ser* considerado como crime, então a pena *deve-ser* inflingida”. A segunda fórmula é mais correta, porque nela ambas as proposições descrevem um dever-ser e, portanto, exprimem de melhor forma o sentido das causas de justificação: essas excluem o dever-ser do crime como entidade jurídica antes de excluir, conseqüentemente, o dever-ser da sanção.

O fato que deve ser considerado crime é um fato previsto pela lei como crime e que não é acompanhado, na sua concretude, por elementos de fato ulteriores previstos, por sua vez, como causas de licitude por normas legitimantes; estas últimas, com efeito, excluiriam a aplicabilidade das previsões incriminadoras. Em outros termos: o comportamento humano que corresponde, sob um perfil, à previsão de um tipo legal de crime e, sob outro aspecto, à previsão de uma causa de licitude, deve ser juridicamente valorado como exercício de uma faculdade legítima; portanto, em relação ao autor de um fato assim praticado, deve ser pronunciada sentença absolutória. A análise

fixada sobre o ponto da materialidade do fato mostra, por isso, que é necessário levar em conta, para a consideração do fato como crime, não apenas a sua conformidade a uma previsão incriminadora mas, do mesmo modo, a *não* conformidade do fato, a uma previsão legitimante.<sup>6</sup>

A fórmula mais correta “se o fato deve ser considerado crime, então a pena deve ser infligida”, permite esclarecer que sob o aspecto do preceito deve considerar-se não apenas o fato previsto pela lei como crime, mas também a ausência de fatos previstos pela lei como causas de licitude (*idest*: causas de justificação ou discriminantes).

È *del tutto esatta*, então, a usual formulação da antítese entre *preceito e contra-preceito*? Tal pergunta é inevitável mas, para melhor esclarecer sua motivação é oportuno recorrer a um exemplo. Qual é o contra-preceito do comando: “abra a porta!”? O contra-preceito deste comando não pode ser “feche a porta!”, porque este segundo comando faz referência à uma realidade factual diversa, aquela de uma porta aberta, enquanto o primeiro comando “abra a porta!” pressupõe a realidade de uma porta fechada.

No esquema lógico “A” *versus* não “A”, o contra-comando ou contra-preceito, para ser tal, deve referir-se à mesma situação de fato: e, portanto, o comando “abra a porta!” tem como contra-preceito “deixe a porta fechada!”, porque se fosse “feche a porta!” seria um comando, na praxe, impossível de ser executado, uma vez que a porta *já está fechada*. Assim, tendo em vista que para considerar-se existente um preceito, deve ser sempre possível sua atuação, isto é que o preceito seja correto do ponto de vista da praxe,<sup>7</sup> a referência à mesma situação de fato consente afirmar que o contra-preceito anula o preceito e é o único a ter atuação independentemente do fato que o preceito imponha *fazer* ou *não fazer* uma certa coisa: se o preceito

6 A propósito, ainda com referência à temática das causas de justificação, falou-se em “fragmentos de normas”, sobre o uso de tal terminologia, cf. RAMACCI, *Introduzione all'analisi dell'linguaggio legislativo penale*, Milano, 1970, p. 18 (com específica referência às normas legitimantes) e *ivi*, bibliografia.

7 AZZONI, *Cognitivo e normativo: il paradosso delle regole tecniche*, Milano, 1991, p. 36 et seq.

respectivamente sancionava “abra a porta!” ou “deixe fechada a porta!”, os contra-preceitos que anulam o preceito precedente e que são atuáveis serão respectivamente: “deixe fechada a porta!”, ou “abra a porta!”.

Portanto, se se coloca atenção sobre a correção praxeológica do comando, o contra-comando ou contra-preceito para ser tal deve pertencer à *mesma realidade* de fato e não à realidades diferentes.

Ao transferirmos essas precisas colocações ao terreno técnico-normativo, podemos concretizá-las mediante exemplo no qual a morte de um homem decorrente de uma situação de legítima defesa apresenta o fato da morte e o *fato diferente da ofensa injusta* que determina a necessidade da defesa.

Potanto, não é praxeologicamente exato definir a norma discriminante como um contra-preceito, porque a realidade factual à qual esta faz referência não é a mesma realidade à qual se dirige o preceito da norma incriminadora. Além do mais, o contra-preceito factual de “não matar!” é “mate!”, mas este contra-preceito não é identificado dentro da norma que legitima a defesa. Esta se limita a excluir que o fato de ter causado a morte de um homem possa configurar o delito de homicídio, quando o mesmo tenha sido determinado da necessidade de defesa, mas em nenhum modo a exclusão do crime pode ser interpretada, também, como uma *prescrição*, um comando, um preceito de matar. De resto, é claro que a legítima defesa, assim como as outras normas legitimantes, *não* são normas *deônticas* porque não precevem um *dever* de comportamento, mas são muito mais normas *anankástiche*, enquanto se fundam sobre *necessidade*:<sup>8</sup> se se quer defender de uma ofensa injusta é necessário reagir, usualmente, esta característica é expressa, sendo ínsita em tais normas o exercício de uma *faculdade legítima*, porque

---

8 AZZONI, *op. loc. cit.*

quem age nas condições previstas por essas normas atua em uma espécie de “zona franca”. Incidentalmente, mas não sem motivo, pode ser ainda acentuado, sob tal aspecto, a relevância objetiva das discriminantes, que é característica das normas anankásticas, muito mais que daquelas deonticas.

#### 4. Prevalência das normas.

Nesta sede, não parece irracional afirmar a prevalência das normas legitimantes: a necessária materialidade, a necessária consistência objetiva do crime, seja essa uma ação ou uma omissão, impedem imaginar a possibilidade de um crime sem fato; por outro lado, o fato não deve ser considerado crime se é cometido no exercício de uma faculdade legítima. Então, se se tem presente que uma (qualquer) norma legitimante engloba na sua previsão um (qualquer) fato previsto como crime – e isto significa que dita norma insere aquele fato em uma situação de fato mais ampla com as características que a própria norma determina – para que se possa afirmar que um fato previsto por uma (qualquer) norma incriminadora possa ser considerado como crime, é necessário excluir que este, em concreto, resulte inserido em uma situação de fato referível a uma (qualquer) norma discriminante.

O valor específico de materialidade se evidencia dentro do princípio de legalidade: *ergo*, a garantia de certeza constituída pela materialidade do fato deve valer pelo crime como ente jurídico-legal e por isso deve valer tanto em relação ao fato *que o constitui* como em relação ao *fato que o exclui*, por força das distintas previsões de lei sobre diversa materialidade.

A individuação do elemento objetivo do ilícito não pretende somente a reconhecimento dos elementos que devem existir para que o fato seja conforme à previsão incriminadora, mas estende-se também aos elementos que *não* devem existir para que o fato não corresponda a uma previsão discriminante.

O fato crime torna-se, assim, mais articulado, porque segundo esta concepção<sup>9</sup> pertence ao fato-crime a *não-presença* de fatos discriminantes, porque a sua presença excluiria, por sua vez, *objetivamente*, o crime. Distinguem-se, assim, os *elementos positivos* que formam a matéria do ilícito, dos *elementos negativos* que formam a matéria da discriminante: a presença dos segundos nega (isto é, exclui) a relevância dos primeiros. Nesta linha de raciocínio, o fato típico é um fato objetivamente ilícito, porque não apresenta os elementos de fato de uma (qualquer que seja) discriminante. Conseqüentemente, a antijuridicidade perde autonomia e a tríade – *fato, antijuridicidade, culpabilidade* – constitutiva do crime, reduz-se ao binômio *ilícito objetivo e culpabilidade*.

A concepção dos *elementos negativos do fato* – ou melhor, das *circunstâncias negativas do fato*, encontra várias objeções. Dentre elas a mais radical è aquela da intrínseca contraditoriedade, porque esta concepção pressupõe a subsistência do fato em sentido estrito, que, por isso, *in sé* não poderia ser *negado*; pode ser negada, ao invés, a ilicitude e tal demonstraria a autonomia deste elemento em relação aos demais elementos constitutivos do crime. Todavia, também a tripartição do crime em fato, ilicitude e culpabilidade, apresenta um aspecto contraditório, precisamente aquele segundo o qual, para isolar o elemento da ilicitude deve-se sustentar que a *mesma, idêntica situação concreta*, seja constitutiva tanto do fato quanto da discriminante, de modo a delinear um conflito aparente de normas, resolvido em favor da norma permissiva, por força da qual o fato é considerado lícito: o ponto de contradição é que a *mesma, idêntica situação*, não é prevista por ambas as normas, porque a norma incriminadora prevê apenas o fato crime, enquanto a norma discriminante prevê uma situação diversa que se junta a um (qualquer que seja) fato crime, produzindo sua licitude.

---

<sup>9</sup> Em sentido contrário, para a crítica dos elementos negativos do fato, cf. MARINUCCI, *Fatto e scriminante*, cit., p. 1191 (n. 11), p. 1242 et seq.

Definitivamente, não se pode deixar de considerar que as circunstâncias discriminantes são *atos* descritos como legítima defesa, estado de necessidade, etc e que sua configuração ou não configuração devem ser examinadas, assim como se examina a configuração dos fatos previstos em lei como crimes. Não se pretende negar que as discriminantes sejam expressões de princípios gerais do ordenamento;<sup>10</sup> com efeito, o que aqui se afirma é simplesmente que na solução de um caso concreto, nem mesmo os princípios gerais podem ser invocados *sem uma verificação de fato*.

A nosso ver, a real fragilidade da concepção que afirma a autonomia da antijuridicidade como elemento constitutivo do conceito analítico de crime, consiste em passar ao segundo plano o elemento *descritivo* da norma discriminante, a descrição do fato que discrimina um outro fato, para exaltar, ao invés, o elemento *valorativo* ou axiológico da própria norma, valoração por força da qual se transforma em fato lícito um fato previsto como crime. Mas, mesmo se se deva admitir que, com tal valoração se exprime, com toda sua força, a função das normas discriminantes, ao mesmo tempo faz-se mister recordar e repetir que a valoração de um fato *depende* de um outro fato, exatamente aquele descrito pela norma discriminante.

Assim, o que se pretende reafirmar é que não se pode menosprezar o perfil descritivo, mais precisamente o dado que as normas discriminantes descrevem - também elas - fatos, fatos em razão dos quais é excluída a relevância penal de outros fatos.

Em suma, se invocar o princípio da legalidade significa que deve existir uma garantia e, juntamente, uma *ratio* de certeza sobre a incriminação e conseqüente punição, temos que a exigência de certeza deve ser satisfeita

---

10 ZANOTTI, *Princípio di determinatezza e tassatività*, In: *Introduzione al sistema penale*, v. I, Torino, 1997, observa justamente que "o recurso à noção de um princípio geral do ordenamento" (p. 148) não se aplica ao uso ilegítimo de armas que, vice-versa, nos ordenamentos em que é previsto como discriminante, "parece exprimir uma lógica de privilégio para aqueles que pertencem às forças policiais" (p. 149).

do mesmo que se faz em relação ao fato incriminado, também no que concerne ao fato discriminante. Em outros termos, em matéria penal a garantia de uma tangível distinção entre o lícito e o ilícito, especifica-se nos princípios de *materialità e determinatezza*,<sup>11</sup> em vista do objetivo substancial de tornar perceptível a todos quando *se pune* e quando *não se pune*; o fato discriminante em razão do qual não se pune deve, por isso, ser também determinado, e a este fim servem as descrições legais contidas nas normas que prevêm (situações) discriminantes. Por conseguinte, e a conseqüência é bem mais relevante que a escolha metodológica sob a posição, autônoma ou não, da antijuridicidade, que os fatos discriminantes devem ser aqueles previstos pela lei, não compreendendo fatos similares ou parcialmente correspondentes àqueles.

## 5. Doutrina dominante.

A doutrina, prevalentemente, ao invés, é favorável à extensão via analogia (denominada *in bonam partem*) das espécies de fato discriminantes, tendo em vista que as normas que as prevêm são normas por força das quais *não se pune* e portanto, *não* são normas penais, mas são expressões de princípios gerais do ordenamento.<sup>12</sup> Trata-se de excelente argumento,

11 O espaço lógico-jurídico do princípio *di determinatezza* não cobre, obviamente, apenas o problema da *determinatezza* das normas favoráveis; fundamental, para um exauriente exposição é o reenvio a PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, *passim* e, especificamente sobre o ponto aqui tratado, p. 248 *et seq.*

12 Naturalmente, se as discriminantes são expressões de princípios gerais, por isso mesmo não são normas excepcionais e, portanto, não entram até mesmo por isto na proibição de analogia. Sobre tal orientação v., por todos, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*; parte generale, Milano, 1994, p. 91. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., p. 1239, afirma que "não sendo as discriminantes 'exceções' ou 'fragmentos' das normas penais, mas sim autônomas normas não penais do *inteiro* ordenamento com efeitos sobre o *inteiro* ordenamento, clara conseqüência é a sua possível extensão analógica, vetada *apenas* para normas penais; contra, PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 1990, que liga a inadmissibilidade do recurso à analogia por extensão de normas favoráveis, em primeiro lugar, à exigência de certeza do direito penal (p. 43), portanto, à própria natureza do procedimento por analogia, que tende ao preenchimento de uma lacuna de previsão: não é esta a função desenvolvida pela extensão analógica nas discriminantes, mas sim aquela relativa à "desordem de uma disciplina legalmente estabelecida" (p. 45), porque se resolve na não aplicação da norma desfavorável ao caso por ela previsto. Em adesão à orientação de Padovani, cf. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 244 *et seq.*; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 1996, p. 90; ZANOTTI, *Principio di determinatezza*, cit., p. 149. Para uma visão geral das posições doutrinárias relativas ao ponto e para importantes observações, cf. PALAZZO, *Legge penale*, In: Dig. Disc. Pen., Torino, 1993, p. 345, onde o penalista, mesmo manifestando-se em sentido favorável à aplicação analógica nas discriminantes (ainda com diversos fundamentos), observa que "é de fato contestável que as discriminantes sejam quase 'contra-normas', derogando aquelas incriminadoras e não 'fragmentos' de normas, que junto àquelas incriminadoras, concorrem para constituir a 'real' ordem (**lugar**) garantida pelo ordenamento jurídico a determinados interesses."

ao lado daquele sobre a sanção penal como *extrema ratio*,<sup>13</sup> porque não podem ser refutados por sí só. Esses argumentos, porém, são usados como limites *ab externo* e, assim, geram indeterminação na matéria do ilícito.<sup>14</sup>

Com efeito, deles resulta a conseqüência, que è o *punto di certezza* mais preocupante, que a ilicitude vem a ser considerada como uma qualidade *transcendental* do fato-crime, antes de ser tida como *a constatação de fato* (= "*il riscontro di fatto*") da presença ou da ausência de elementos descritivos: no caso, a qualidade do ente crime denominada ilicitude ou antijuridicidade resulta distinta e não coincide com o fato previsto pela lei como crime e, por isso, qualifica-se como *transcendental*, porque é uma qualidade do ente que não coincide com a *res* do ente.

Ademais, o êxito da orientação doutrinária aqui criticada é inaceitável e isto porque, definitivamente, um fato incriminado por uma determinada disposição de lei poderia ser considerado lícito sem a presença real de uma circunstância negativa do dever ser daquele fato como crime, prevista e descrita em uma disposição de lei, do mesmo modo, determinada.

13 O uso da analogia *in bonam partem* em função limitativa da atividade sancionatória, arranha o primado do princípio da legalidade; com efeito, uma vez que a lei penal é a resposta extrema para sustentar exigências sociais inderrogáveis, das duas uma: ou a lei penal é corretamente ditada pela realidade social e, por isso, deve ser aplicada, ou não o é e, então, deve ser tolhida ou melhorada, via legislativa, de uma vez por todas e não ora sim e ora não, por ocasião de contingentes casos judiciais. Manifesta perplexidade também ZANOTTI, *Principio di determinatezza*, cit., que compreende tal como uma insídia à taxatividade e, portanto, uma incerteza, que "pode conduzir à aplicações judiciais disformes e arbitrarias entre si" (p. 148); MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993, acredita que os autores propensos à admissibilidade em matéria penal da analogia *in bonam partem* "sejam ainda agora inspirados pela idéia... da norma penal como ditame de limitações à liberdade pessoal" e, portanto, tendem a limitar o "*strapotere statale*" esquecendo, porém, a exigência, "do mesmo modo civil e do mesmo modo merecedora de consideração... de garantir o sujeito contra-interessado no crime, das lesões que com este lhe possam ser nocivas." (p. 53).

14 Obviamente, na linha de consideração das circunstâncias discriminantes como elementos negativos do fato.