

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

SUZANE MARIA CARVALHO DO PRADO

**DA INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL EM CASOS
CONCRETOS E SUA NECESSÁRIA DEMONSTRAÇÃO
COMO COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

CURITIBA

2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

SUZANE MARIA CARVALHO DO PRADO

**DA INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL EM CASOS
CONCRETOS E SUA NECESSÁRIA DEMONSTRAÇÃO
COMO COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação, Pesquisa e Extensão em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios

CURITIBA

2009

SUZANE MARIA CARVALHO DO PRADO

**DA INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL EM CASOS
CONCRETOS E SUA NECESSÁRIA DEMONSTRAÇÃO
COMO COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação, Pesquisa e Extensão em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba, ____ de fevereiro de 2009

AGRADECIMENTOS

Obrigada Senhor! Obrigada Senhor por ter providenciado o encontro de *Reinaldo* e *Edi* e permitido que eles formassem uma *família*; agradeço por ter sido gerada nessa família, marcada pela diversidade, da qual trago os valores que embasam minha história.

Obrigada Senhor, pela maravilhosa *filha Clara* que ainda pequena aprendeu a conviver com os livros e a vida cigana imposta pela carreira que abracei no Direito e, nestes últimos dias de mestrado, aceitou pacientemente a rotina desvairada que se fez em nossa casa.

Obrigada Senhor, pelas pessoas que colocou no meu caminho e que se tornaram uma extensão de minha família, preciso nominar os *Bahniuk* que se não bastasse o apoio logístico, no decorrer desta jornada, acabaram por tomar minha filha como sua.

Obrigada também, pela generosidade do professor *Rodrigo Sánchez Rios* em aceitar-me como orientanda, dos *professores da PUC* com os quais convivi e do professor *Juarez Cirino dos Santos* que me recebeu na UFPR como aluna.

Obrigada Senhor, pelos fiéis e *sinceros amigos* de toda a vida e por aqueles que agreguei nesta caminhada.

Obrigada, pelas pessoas que se dedicam silenciosamente pelo meu bem estar e fizeram a retaguarda deste trabalho, *a Lalau*, em casa e *a Darlene* e *a Vera*, no Fórum.

Obrigada Senhor, pela colaboração inestimável das *colegas Carolina* e *Marilu* que permitiu cursar as disciplinas sem precisar mudar de Ponta Grossa.

Obrigada Senhor, pelo universo de boas pessoas que estiveram e estão comigo nesta busca e que se aqui não menciono – não de compreender –, delas tenho a

mais grata lembrança e conservo, em aberto, com a esperança de paga, uma dívida de gratidão.

E se mais me é permitido, obrigada Senhor por conceder-me uma vida tão abençoada!

*É Clara princesa
No país da escuridão
Acesa
Feito luz de incendiada certeza
Que a mania de sonhar
Não, não vai se acabar
É Clara
A estrela
Rebrilha no ar
A estrela
De Clara
Não vai se apagar*

Francis Hime

RESUMO

DA INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL EM CASOS CONCRETOS E SUA NECESSÁRIA DEMONSTRAÇÃO COMO COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE parte da concepção do Direito concretizado em texto e, portanto, expresso em palavras. Pressupõe que a busca pelo significado desta linguagem é uma constante e uma necessidade para todos os destinatários da norma. No presente trabalho, fixado o caráter lingüístico do Direito e as especificidades do texto jurídico, em especial da lei penal, voltou-se os olhos para o processo interpretativo mesmo. Como premissas: ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, estar expresso na Constituição Federal o princípio da Legalidade e ser o Direito Penal um instrumento, também, de garantia para o cidadão. A interpretação judicial do Direito Penal foi onde se fixou o estudo. Analisadas as Escolas vinculadas ao tema, chegou-se à conclusão de que os métodos para a interpretação do Direito são alguns dos instrumentos para realização do princípio da legalidade. É preciso, ainda, dar a conhecer os motivos que determinam o resultado final da interpretação, desde a leitura do caso concreto, a eleição do critério interpretativo à concretização da norma. Chega-se no discurso jurídico. Discurso este que demanda de regras e formas para que se desenvolva racionalmente, sempre com vistas na correção das decisões. Robert Alexy, com sua teoria da argumentação jurídica, forneceu o referencial teórico para a estrutura do trabalho, que termina fazendo análise de opções discursivas em dois casos decididos pelo Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: discurso jurídico, argumentação jurídica, direito penal, legitimidade, legalidade; Robert Alexy.

ABSTRACT

INTERPRETATION OF THE PENAL LAW IN CONCRETE CASES, AND ITS NECESSARY DEMONSTRATION, AS A COROLARY OF THE PRINCIPLE OF LEGALITY this work departs from the conception of Law turned into text and, therefore, expressed in words. It assumes that the search for the meaning of this language is a constant and a necessity for all users of the norm. It focuses the linguistic character of the Law and the particularities of the legal text, mainly the penal Law, highlighting its interpretation process. It presents as premises: Brazil as a Constitutional Democratic State, the Principle of Legality being expressed in the Federal Constitution and the Penal Law as a tool, also, of guarantee to the citizen. The legal interpretation of Penal Law was the main focus of study. The schools related to the theme were analyzed and the conclusion was that the methods for Law interpretation are one of the instruments for the Principle of Legality to exist. It is still necessary to reveal the reasons that determine the final result of interpretation, from the reading of a concrete case to the election of interpretative criteria to the concretization of the norm. There is the legal discourse. Such discourse demands rules and forms to develop rationally aiming at the accuracy of decisions to be made. Robert Alexy, and his Theory of Legal Argumentation, supplied the theoretical reference for the structure of this work, which is finished with the analysis of discourse options in two cases judged by the Superior Justice Court.

Keywords: Legal discourse, argumentation, Penal Law, legitimacy, legality, Roberto Alexy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DIREITO COMO TEXTO	13
2.1 PERSPECTIVA HISTÓRICA.....	13
2.2 A LINGUAGEM DA LEI	15
2.3 DA ESPECIFICIDADE DO TEXTO DE LEI NO DIREITO PENAL	22
2.3.1 O texto da lei penal no Brasil	23
2.3.1.1 O tipo penal	26
2.3.2 Tipo penal e princípio da legalidade	31
3 DA INTERPRETAÇÃO DO TEXTO DA LEI	45
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	45
3.2 EVOLUÇÃO DA INTERPRETAÇÃO DO TEXTO DA LEI.....	50
3.2.1 Escola da Exegese	51
3.2.2 Sociologia Jurídica	52
3.2.3 Movimento do direito livre	54
3.2.4 Realismo americano	55
3.2.5 A contribuição de Hans Kelsen	56
3.2.6 Panorama atual	59
3.3 DOS SUJEITOS DA INTERPRETAÇÃO DO TEXTO DA LEI	60
3.3.1 Da (inexistente) discricionariedade na interpretação judicial	64
3.4 CRITÉRIOS E LIMITES PARA INTERPRETAÇÃO DO TEXTO DE LEI	65
3.4.1 Da interpretação conforme a Constituição	72
4 ARGUMENTAÇÃO	75
4.1 APRESENTAÇÃO	75
4.1.1 Da retórica à argumentação	77
4.1.2 Teoria da argumentação jurídica	79
4.1.3 Contexto de descobrimento e contexto de justificação	81
4.1.4 Descobrimento e justificação	81
4.1.5 A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica	85
4.1.6 Da influência do pensamento de Habermas	86

4.1.7 Bases da Teoria de Alexy	88
4.2 REGRAS DO DISCURSO PRÁTICO GERAL	91
4.3 O DISCURSO JURÍDICO	95
4.3.1 A justificação interna	96
4.3.2 A justificação externa	100
4.3.3 Os cânones de interpretação	101
4.3.4 A argumentação dogmática	104
4.3.5 Uso dos precedentes	105
4.3.6 O uso de formas de argumentos jurídicos especiais.....	106
4.4 A ARGUMENTAÇÃO JURIDICA NA PRÁTICA JUDICIAL-PENAL.....	108
5 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO PENAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	109
5.1 ANÁLISE DE DOIS TIPOS PENAIIS SUBMETIDOS AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	109
5.1.1 Crime previsto no artigo 1º da Lei 2.252/54	111
5.1.2 Crime previsto no artigo 243 da Lei 8.069/90.....	114
6 CONCLUSÃO	118
REFERÊNCIAS.....	119
ANEXOS	127

1 INTRODUÇÃO

A interpretação da lei penal e sua necessária demonstração como corolário do princípio da legalidade, tema deste trabalho, surgiu da inquietação de como se aceitar como justa a aplicação da lei penal no caso concreto.

Isso porque, embora seja garantia constitucional do cidadão de não ser punido exceto se da prática de algum delito previsto em lei, a lei definidora dos crimes e das sanções, por sua natureza, comporta várias interpretações.

Reconhecido que o direito é texto, prenhe de significados, tem a linguagem como instrumento fundamental e se desenvolve num discurso próprio, como justificar perante o cidadão a aplicação da lei penal, em *seu* caso concreto?

Assim foi que, sempre iluminado pelas disposições constitucionais, o presente trabalho encontrou na teoria comunicacional do direito, sustentada por Gregório Robles, a confirmação da vasta gama de possibilidades discursivas no ordenamento jurídico. A partir daí, a busca de significados para o texto legal foi estudada por meio das escolas de interpretação, da exegese ao neoconstitucionalismo. Diferente não poderia ser o achado: cada olhar vê uma nova paisagem.

Não seria problemático se as discussões ficassem no campo do discurso prático, sem limitações e sem reflexos no exercício da cidadania.

Ocorre que o campo marcado é o direito. E, mais: o direito penal que convive (bem) com suas duas faces: uma séria, mas nem por isso dura, que garante ao indivíduo sua liberdade frente ao Estado; sendo a outra, mais que séria, severa que, ao constatar a violação do comando de suas normas, lança mão da pena prevista para essa conduta!

O caminho da aplicação da lei penal, da fixação do significado do texto da lei até a decisão judicial, faz-se por meio do discurso.

Tradicional, e quase folcloricamente, o discurso jurídico já foi tomado como uma reunião de termos pomposos, feitos mais para convencer do que para mostrar a essência de seus atos. Era o domínio da retórica, sem compromisso com o conteúdo da fala! Não sobreviveu, é fato.

Insuficiente para concretizar as garantias constitucionais, se tomado como técnica de convencimento, o discurso jurídico passou a ser objeto de investigação

na ciência do Direito, na busca de fazer dele uma forma de demonstrar a racionalidade das decisões.

Não basta ser o Estado, ter o poder de aplicar a pena e fazer isso dentro de um processo. Até porque, resta superada a visão do juiz como mero “aplicador” de uma pena prevista em abstrato. Na reconstrução dos fatos objetos do processo e na opção por um dos sentidos na norma geral, verdadeiramente, o juiz constrói o direito. Com um pouco de resistência quanto a esta construção judicial do Direito, frente à separação de poderes, já se fala na doutrina num processo de (re) construção do direito, uma vez que se parte de um mínimo que é o texto legal, previamente construído pelo legislador e dado como material de trabalho para o juiz que, em sua lida, acaba por (re)construir seu significado.

É preciso, pois, para que se faça jus à composição de um Estado Democrático de Direito que na aplicação da lei penal, o Estado observe todo o procedimento legal de processo e julgamento e, ao final, fundamentadamente lance sua decisão.

Esta fundamentação virá mediante um discurso específico: o discurso jurídico.

Ao passo que no discurso prático geral todas as questões práticas podem ser discutidas, seus integrantes não encontram limitações procedimentais e a verdade, quando (e se) surge, vem na forma de consenso sobre o que foi debatido, mas sem garantia de que será acatada; o discurso jurídico encontra limites, mas vai além.

Presente em três espaços, num primeiro, o discurso jurídico seleciona as normas juridicamente possíveis dentre tantas; como, por natureza, estas normas não são unívocas ou suficientes para regulação da vida em sociedade, vai para a argumentação dogmática. Novamente a riqueza da linguagem pode fornecer mais de um significado para cada norma ou mais de uma solução para cada caso; chega-se assim ao último palco, o processo judicial. Aqui, pelo caráter institucional que se agrega ao discurso, observadas as regras procedimentais, a opção feita será definitiva e obrigatória para os participantes do discurso.

É o espaço das teorias de argumentação jurídica, dentre as quais optou-se pela “Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica” de Robert Alexy.

Alexy parte da constatação que as decisões judiciais têm pretensão de correção e são o resultado de um processo interpretativo da lei, em parte, com base na lógica e, em parte, determinado pelos valores que carrega o intérprete. Mesmo

assim, portadora de uma carga axiológica, a decisão judicial há de ser fundamentada.

Com forte influência do pensamento de Habermas, Alexy constrói sua teoria a partir de uma teoria do discurso prático geral, qualificando o discurso jurídico como *caso especial* do discurso prático geral. Ou seja, o discurso jurídico sempre vai lançar mão do discurso prático em seu desenvolvimento, daí porque a necessidade de estabelecer regras e formas de argumentos também para esse discurso. Mas, por suas particularidades, o discurso jurídico vem a suprir as lacunas de *conhecimento* e de *aplicação* do discurso prático.

Ao passo que o discurso prático geral admite a discussão de toda e qualquer questão prática, o discurso jurídico – *caso especial* – encontra limites: a lei, os precedentes e dogmática jurídica. Neste quadro, Alexy desenvolve uma série de regras para desenvolvimento do discurso jurídico e apresenta as formas de argumentos jurídicos.

Este estudo se dá na busca de referenciais de legitimidade do ordenamento jurídico, consistência e controle das decisões judiciais. Reconhece, por mais de uma vez, as possíveis lacunas de seu pensamento, aceita as críticas de seus pares e, face a elas, justifica sua posição.

Definida pelo autor como *normativa* sua teoria, objetiva apresentar as regras para o discurso que, se observadas – e aqui, o próprio autor reconhece que nem sempre isso é possível na prática, em sua integralidade – levam à justificação racional do discurso, demonstrativa de sua correção. Correção aqui no sentido de escolha da melhor opção argumentativa dentre as possíveis.

De posse do instrumental fornecido por Alexy, somado às disposições constitucionais relativas ao tema, exemplificativamente, buscou-se em duas decisões do Superior Tribunal de Justiça identificar se a teoria do discurso jurídico encontrou molde. Esta humilde análise encerra a dissertação.

2 DIREITO COMO TEXTO

2.1 PERSPECTIVA HISTÓRICA

A história do Direito como texto escrito confunde-se com a história registrada da humanidade. Desde sempre houve a noção do certo e do errado, em tempo e locais determinados, como forma de regular a vida em sociedade. Mesmo em sociedades ágrafas, em seus textos orais, a regra recitada continuamente determinou o comportamento social aceitável. A responsabilidade desses textos legais repousa na clareza do seu conteúdo que permitirá (ou não) a apreensão do real significado a que se propõe, pois todo texto, oral ou escrito, para ser assim considerado necessita produzir sentido (que pretende ser unívoco e conseqüentemente inequívoco), para garantir a mesma conduta.¹

Pela prática da conduta esperada, garante o cidadão para si o direito de permanecer/fazer parte (de) em uma sociedade harmônica. Doutro lado, a violação dos códigos existentes (escritos ou não) com a prática da conduta *errada* coloca o indivíduo na iminência de sofrer uma pena determinada previamente ou, doutro lado, uma pena aplicada de forma arbitrária, como facilmente podem ser encontrados registros em diferentes épocas da história, notadamente no período da Santa Inquisição (séc.XII) e em regimes totalitários como o nazismo ou o leninismo (séc. XX).²

¹ “(...) embora não se deva confundir a história da legislação penal com a história das idéias penais, pode parecer arbitrário seu estudo. Sem embargo, cremos que é conveniente fazê-lo, já que a história das idéias penais nem sempre coincide exatamente com a da legislação e porque, em geral, esta recolhe dos ideólogos o que convém à estrutura do poder em que está inserida. As legislações penais, em sua maioria, têm passado, enquanto as ideologias por distantes que sejam, contém componentes que conservam vigência e que é necessário reconhecer”. Nas p. 180-228 está um histórico completo da legislação penal no mundo. ZAFFARONI; PIERANGELLI, 1997, p. 181.

² A propósito, HUNGRIA, 1976, p. 24-25: “Com a abolição do sistema de enumeração taxativa de crimes ou com a licença para o *arbitrium judicis* ou a analogia na incriminação dos fatos e irrogação das penas, não poderia ser coibida, nos seus requintes e caprichos, a sensibilidade ético-social dos juízes criminais, que seriam naturalmente levados à hipertrofia funcional, pois este é o destino fatal de todo o poder incontrolado ou com imprecisas linhas de fronteira (...). Há cinco lustros passados, quando um extremado credo *totalitarista* parecia avassalar o mundo, e a Alemanha dos nazis, na peugada da Rússia leninista, riscara de seu direito penal positivo a irrestrita proibição da analogia, ou a indeclinável formulação normativa do ilícito penal (...) na realidade, não é mais que o retorno ao ominoso hiperestatismo dos tempos medievais. Não há melhor atestado dessa tendência involutiva do que a orientação jurídico-penal dos bolcheviques e nacional-socialistas”.

A fixação do que é *certo* e aceitável ou *errado* e, então, punível já se deu de várias formas. Os sábios na Grécia antiga, os emissários de Deus na Idade Média até que, por exigência da própria evolução da sociedade, passou-se a ter por escrito quais as normas a serem seguidas (tendo por ápice esta exigência com o Iluminismo)³. Assim foi que do Direito Costumeiro chegou-se ao Direito Codificado e, portanto, escrito. Esse processo abarca o Movimento Codificador, ressurgido na Europa no século XVIII, depois dos grandes códigos de base do direito romano (a Lei das XII Tábuas e o Corpus Juris de Justiniano), do Código de Hamurabi e do mais recentemente descoberto (1948) Código de Ur Namu, hoje considerado o mais antigo⁴.

O código de Hamurabi – 1760 a.C. – já mostra um empenho na valorização da conduta, e procura formas de conduzi-la por meio da penalização de crimes, consagrando, inclusive a temida Lei de Talião (olho por olho, dente por dente). Este código em especial, em seu epílogo, encoraja os homens ao cumprimento das leis, consideradas a segurança dos oprimidos. Outra fonte de prescrição, forte influência no direito ocidental foi a Lei das Doze Tábuas - *Lex Duodecimum Tabularum* – 452, a.C.

A importância dessa lei está, não só na imensa contribuição para o direito em diferentes ramos, como no aporte específico da Lei Decenviral, que proibiu a pena capital sem a aprovação prévia dos comícios centuriados. Nessa proibição está a preocupação com a dignidade mínima da plebe, que até então recebia, arbitrariamente, a decisão pela morte, fácil e rapidamente aplicada pelo magistrado. Outro passo importante dado por esse texto é a abertura da igualdade entre patrícios e plebeus, as classes colidentes em Roma, por meio da fusão de seus costumes.

Entre o século II a.C e o século II d.C foi escrito o Código de Manú, o mais antigo registro de legislação na Índia. Nele consta a necessidade da coação e do castigo como elementos essenciais à manutenção da ordem social. Apesar de detalhado e abrangente (pois continha previsões na área comercial, penal, laboral, civil, etc), este código foi considerado injusto, obscuro e carregado de artificialismo.

Na evolução do texto escrito de lei brotam os códigos modernos.

O primeiro deles aparece em 1804, o de Napoleão, chamado *Code Civil des*

³ Especificamente quanto ao desenvolvimento do Direito Penal escrito, MARQUES, 1997, p. 96-111.

⁴ Sobre a história da codificação do direito: OLIVEIRA, 2002. Também, BOAVENTURA, 2008.

Français ou Code Napoléon e desencadeia uma tendência, segundo, em “enfeixar em lei toda a matéria jurídica, em regra, uma parte do direito, de modo a dar, nessa parte, unidade de tratamento jurídico às relações jurídicas que dela brotam.” Exemplo disso é a realidade de decisões vividas na França no período que antecede a criação do código. Oliveira descreve o quadro:

Para casos idênticos, o direito francês podia apresentar diferentes formas de solução e disciplina, conforme a regra aplicada que variava segundo o ordenamento jurídico predominante nas diversas regiões francesas. Essa situação de pluralismo jurídico tinha por consequência um estado de incerteza e insegurança jurídica, que se manifestava tanto no aspecto da impossibilidade de conhecimento da norma jurídica como na indeterminação de qual regra aplicar ao caso concreto e do agente que deveria aplicá-la.⁵

Precedido de duas outras tentativas de aprovação, o Código de Napoleão obteve sucesso na promulgação de 36 leis (graças ao estilo do estadista que eliminou, literalmente, todos os que se fizeram obstáculo), o código ficou composto, ao todo, de 2.281 artigos. Existe um empenho hoje na adequação do código à realidade francesa; um corpo de juristas propõe a substituição da obra napoleônica.

A Alemanha, apesar do sentimento de necessidade de unificação da dogmática jurídica, somente em 1º de janeiro de 1900 colocou em vigor o seu código de leis civis, influenciado pelo direito romano e caracterizado pelo rigor. Na época de sua concepção foi considerado progressivo e influenciou outros países que estavam gestando seus códigos e desta forma interrompeu o reinado absoluto do Código de Napoleão. Em termos penais, o Código de 1871, embora objeto de reformas, ainda encontra espaço, na Parte Especial do Código Penal Alemão⁶.

2.2 A LINGUAGEM DA LEI

Em que pese o advento das codificações, fato é que por muito tempo (e até os dias de hoje, considerados determinados espaços) o Direito manteve uma aura

⁵ OLIVEIRA, 2002, p. 02.

⁶ A propósito o histórico da reforma do Direito Penal Alemão, ROXIN, 2006, p. 125: “Por conseguinte, desde 1975 rige en la República Federal un StBG compuesto de una nueva Parte General aprobada por la 2ªStrRG y de una Parte Especial que en sus fundamentos se sigue remontando al año de 1871”.

de inacessibilidade, que impedia a visão de sua realidade como *texto*, ou passível de ser traduzido em *texto*, para posterior compreensão. Isso sempre implicou em que sua compreensão não era tida como um processo ordinário, voltado para o cidadão comum⁷. E quando considerada a possibilidade do direito-texto (oral e/ou escrito) outros questionamentos surgiram, alguns dos quais podem ser traduzidos nas inquietações de Robles.

Quando dizemos que o direito é texto, com esse é podemos querer dizer muitas coisas. Podemos querer dizer, em primeiro lugar que o direito se *manifesta* ou *aparece* como texto. Também podemos dizer que ser texto constitui a *essência* do direito. E, ainda que o direito *existe* como texto, e que não existe se não for assim.⁸

Mesmo que se argumente com a existência de um direito costumeiro – sem registro e, portanto não traduzido no texto da Lei – ou se retorne à velha dicotomia Direito Natural x Direito Positivo parece assente na doutrina que o Direito, hoje, é tomado como texto, e portanto, é linguagem⁹.

Robles, Professor catedrático de Filosofia do Direito na Universidad de Palma de Maiorca, fixa do significado de *texto* como “o texto escrito... o texto não escrito, mas manifestado oralmente (...) suscetíveis de transcrição”¹⁰.

Todavia, não reduz ao conceito de texto somente o passível de ser verbalizado. A verbalização é *uma característica inequívoca do texto*. Porém outras linguagens simbólicas – como a dos surdos-mudos, o sinal de trânsito e mesmo a linguagem artística, são passíveis de apreensão do significado de seus símbolos e, portanto, de transcrição. Ainda que nem todas traduzam único significado; para algumas, inclusive, é de extrema dificuldade fixar significação; diferentes leitores

⁷ SCHUMACHER, 2004, p. 75-96: “Na fala cotidiana, o direito é frequentemente apresentado como instrumento de opressão (...) como domínio exclusivo de especialistas, advogados e juristas. Estamos habituados a não ver nenhuma relação entre direito e democracia (...). O direito que nos interessa discutir aqui não é o sistema fechado reservado a especialistas, mas a instituição social aberta à moralidade”. Assim segue este artigo de Aluisio Schumacher, vinculando direito e sociedade, sob o ponto de vista também moral. A certa altura propõe o exercício de imaginar uma sociedade sem autoridades públicas constituídas, em que a gerência de seus integrantes se desse por eles mesmos. Coloca, na p. 78: “Neste contexto, as crianças também aprenderiam que determinadas práticas são admitidas enquanto outras não. E isso, bem antes de terem clareza acerca das conseqüências que a violação das regras traz”. Todavia, identifica três problemas que não permitiriam a sobrevivência ordenada dessa sociedade e levaria, inexoravelmente, à constituição de autoridades para fazer seguir regras estabelecidas. É a chegada do direito escrito, a organização de um ordenamento jurídico “um caminho que vai de um mundo pré-jurídico a um mundo jurídico”. O estudo em foco é feito sob a perspectiva do modelo de linguagem, do poder comunicativo, de Habermas.

⁸ ROBLES, 2005, p. 20.

⁹ Encontra-se em HUNGRIA, 1976, p. 21: “Não há Direito Penal vagando fora da lei escrita”.

¹⁰ ROBLES, op. cit., p. 21.

terão diferentes sensações – influenciadas por fatores diversos - impossíveis de ser determinados. É possível estabelecer limites para alguns textos, especificar até aonde determinados significados podem ser construídos, a partir do que as leituras seriam equivocadas. Todavia a transcrição sempre é possível, ainda que, entre os significados, registre entendimentos absurdos.

Antes de apresentar o *direito como texto* e suas características, Robles fala da *obra literária* exemplificando com a novela¹¹, do texto histórico¹² e do texto bíblico¹³.

A novela é apresentada como uma obra acabada, que adquire sentido próprio (determinado pelo leitor) e sem compromisso com a verdade¹⁴. Em sentido oposto, o *texto histórico* tem uma relação *profunda e direta* com a verdade (pelo menos isto é o que se espera). Isto porque vai narrar o que realmente aconteceu. É um texto descritivo e não verificável; e por essa característica, a existência do cânon histórico.

Como inexistente *prova historicamente conclusiva*, somente outro texto que narre a mesma história, porém com fatos controversos, poderá dizer da falsidade do primeiro, ou, ao menos, colocar em dúvida o seu conteúdo (ou ainda, permitir uma outra interpretação do fato).

Aproximando-se do que seja o *texto jurídico*, o autor considera o *texto bíblico* que condensa, na essência, as funções narrativas e prescritivas.

Ao contrário do texto literário e do histórico, o texto bíblico não apenas contém uma função narrativa, mas também *prescritiva*. Quando o cristão lê a Bíblia, não a lê propriamente para saber o que aconteceu, mas, sobretudo para saber o que Deus quer dele e da comunidade cristã à qual pertence. (...) qual destas duas funções é a preponderante, a narrativa ou a prescritiva, temos que responder imediatamente que esta última se sobressai, pois não se trata de uma mensagem teórica, mas de uma *comunicação revelada de caráter prático*, isto é, dirigida à conduta. Por isso, os aspectos narrativos ficam em segundo plano.¹⁵

Quanto ao comprometimento do *texto bíblico* com a verdade, “a *verdade científica* descrita pela Bíblia é aquela contemporânea de seus autores, que

¹¹ ROBLES, 2005, p. 23.

¹² Ibid., p. 25.

¹³ Ibid., p. 26.

¹⁴ Ibid., p. 24-25. A novela é um gênero narrativo. *Conta-nos* a história fictícia de alguns personagens, são características, ações, seus conflitos (...) uma *boa novela* não é um tratado de moral (...) é usual inserir características de verossimilhança (...) tem relação com a verdade. Esta relação é indireta, porque a novela não tem a obrigação de relatar nada que seja realmente verídico. Sua relação com a verdade é a de mera possibilidade.

¹⁵ Ibid., p. 27.

transmitem a autêntica mensagem (que é prescritiva) através de suas representações de mundo¹⁶”. Hoje, não há como aceitar (do ponto de vista racional) as teorias científicas encontradas na Bíblia, como a criação do homem, por exemplo, como verdadeira. Sendo aceitas (em geral) como linguagem simbólica.

Estabelecidas as características descritivas e prescritivas encontráveis em um texto e a medida de seu comprometimento com a verdade, apresenta o autor o *texto jurídico* como prescritivo e verdadeiro. Prescritivo pela sua busca pelo estabelecimento da ordem e verdadeiro por estar alicerçado na realidade social vivida pelo grupo humano que organiza.

A Constituição de um Estado é seu texto primeiro, “ato criador da ordem jurídica¹⁷”, por meio do qual o grupo humano se constitui como organização e se revela. Ou seja, cria seus parâmetros de comportamento para as diferentes situações sociais que possam ser presentes naquele determinado grupamento. Convivem, com estes parâmetros outros/vários *textos jurídicos*, constituindo o que se costuma tratar por *ordenamento jurídico*.

O texto jurídico, ao contrário da obra literária não é um texto acabado. É um texto aberto em constante produção e transformação¹⁸. Possui a mimese¹⁹ típica do texto (lit.), sempre em vias de encontrar referência no real. O texto histórico também carrega a mimese, já que não é o passado/realidade, é antes, uma tentativa de representação dele²⁰ (ainda que aceito e consagrado; esse texto ganha força de real justamente pela sua impossibilidade de verificação). Porém, enquanto o texto literário e o histórico são miméticos na sua finalidade, o texto jurídico o é na sua concepção. Confirma-se e completa-se no momento da aplicação (confirma-se e completa-se ditando a lei para o caso concreto). Apresenta como características:

a) ser um texto prescritivo, prático e organizador;

¹⁶ ROBLES, 2005, p. 27.

¹⁷ Ibid., p.28

¹⁸ Ibid., p.29. O texto jurídico é um texto aberto. (...) a abertura indica que o texto não surge de uma vez só (...) mas vai sendo gerado e regenerado progressivamente, como mecanismo autopoietico que é. O ser textual do direito é um ser *in fieri*, nunca terminado, mas em permanente transformação. Regenera-se mediante decisões diárias, que se incorporam em novas leis, em novas normas de vários tipos, em novas sentenças judiciais, etc.

¹⁹ Imitação ou representação do real na arte literária, ou seja, a recriação da realidade.

²⁰ Tal e qual o uso das palavras na obra de Magritte, “A rigor, toda linguagem é máscara à medida que designa a coisa sem jamais poder ser a coisa, certo, professora? É o sentido do “cachimbo” de Magritte, que vocês vêem nesta página: “Isto não é um cachimbo”, eis a inscrição abaixo da figura. Porque, com efeito, o desenho de um cachimbo, vejam vocês, não é um cachimbo, mas a “máscara” de um cachimbo!!! Cf: AZEVEDO, 2009.

b) com força de decisão.

Mesmo que o legislador use do *texto legal* para dizer de um instituto – a legítima defesa, por exemplo²¹ -, ainda assim este texto será prescritivo, porque, se individualmente possa parecer que o dispositivo contém a descrição da situação fática e dos requisitos que autorizam a legítima defesa, enquanto parte de um conjunto (do texto legal) que é posto para regular condutas, será uma prescrição. Em outras palavras, o texto do artigo 25 do Código Penal não veio para descrever o que seja uma situação de legítima defesa, mas para *estabelecer ou impor aquilo que se deve compreender por legítima defesa no ordenamento concreto*²². É o *princípio da prioridade pragmática*.

Quer dizer, se o texto legal é, no todo, um texto prescritivo, cada uma de suas partes, em que pese a aparência narrativa ou descritiva, também será prescritiva, uma vez que tem por objetivo *organizar e dirigir condutas*. O peso do texto está na prescrição, as demais características são apenas suporte para a maior clareza da norma.

A identificação do conteúdo do texto – prescritivo, como no texto legal, ou narrativo, como na novela – é tarefa primeira do intérprete para que possa agir com correção na busca do sentido final do mesmo texto. Equivocar-se quanto a esta característica do texto compromete não só o resultado da interpretação, como impede a compreensão do próprio texto²³.

A segunda característica do *texto jurídico* é contar com a *força da decisão*.

Cada decisão é um novo sentido que se agrega ao texto já existente (é a saída da mimese – imitação do real – para a entrada no real – caso concreto), renovando constantemente o ordenamento jurídico. Tem-se a *decisão básica* que é

²¹ Legítima defesa: **Art. 25**. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

²² ROBLES, 2005, p. 31-32. O autor exemplifica o princípio da prioridade pragmática com o instituto da compra e venda no Código Civil. “No âmbito da totalidade de sentido do texto jurídico, um artigo do Código Civil que contenha esta mesma frase não está *descrevendo* o que é a compra e venda, mas está estabelecendo e impondo aquilo que se deve entender por compra e venda neste ordenamento concreto. O verbo é que aparece no artigo do código (“a compra e venda é ...”) está dotado de uma força pragmática muito diferente do que do é da frase isoladamente considerada ou que aparece num contexto narrativo.

²³ *Ibid.*, p. 32. Aqui o autor exemplifica com a possibilidade de erro do intérprete, ao tomar a *novela* de “Dom Quixote” como sendo um *texto histórico*. Poderá se lançar na busca insana dos personagens Dom Quixote e Sancho Pança na história e não logrará encontrar. São meros registros descritivos-ficcionais.

a *decisão constituinte*, donde provém a Constituição “que por sua vez estabelece as condições para a adoção das decisões posteriores”²⁴.

A decisão constituinte é apresentada como um *ato de fala* que, afora criar o ordenamento jurídico, estabelece as condições para a produção (válida) das decisões posteriores. Estas decisões não ficam limitadas à produção de novos textos de lei em sentido estrito, mas também às sentenças judiciais, súmulas vinculantes, etc.

Austin, como Wittgenstein, é contrário à tese de que a função da linguagem seja única ou essencialmente descrever o mundo. (...) considera que, para a análise de determinados usos da linguagem, é necessário um sistema ou uma estrutura conceitual (...) através da elaboração desse sistema conceitual que sua teoria alcança um grau consideravelmente maior de determinação e concreção frente à teoria dos jogos da linguagem. O conceito fundamental da teoria de Austin é o conceito de ato de fala. Ato de fala são ações que se realizam dizendo algo. Por exemplo, quem diz “Prometo que virei amanhã” ou “Eu lhe asseguro que vi o Peter” não está apenas dizendo algo, mas está também fazendo algo; no primeiro caso, está fazendo uma promessa, no segundo afirmando algo.²⁵

É o próprio Direito que, *a partir de sua decisão constituinte*, produz e (re) produz seus textos²⁶. Existe uma ação constante de *decidir* pela criação de um novo texto de lei e, de fato, *fazê-lo*. Soma-se a esta *ação de* (a) *decidir* e de (b) *criar* a (c) *ação que se encontra no texto* – prevista como relevante para o Direito.

No senso comum diz-se que a ação foi contemplada pela Lei. Por exemplo: matar alguém. É uma ação que existe por si.

O fato de ser inserida no Código Penal, artigo 121²⁷, a ação de matar alguém, pode sugerir que esta *ação foi contemplada* pelo Direito como indesejada. Todavia, ao inserir o “matar alguém” como ação proibida sob a ameaça de pena, o legislador *constituiu* uma figura criminosa, regulando a hipótese de sua ocorrência (se o cidadão *matar alguém*, fica sujeito à pena de 06 a 20 anos de reclusão).

²⁴ ROBLES, 2005, p. 33.

²⁵ ALEXY, 2005, p. 76

²⁶ Identidade de visão aqui, com o *caráter dinâmico do sistema jurídico* explicado por KELSEN: “... o processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado, o Direito no seu movimento. Deve, no entanto, observar-se a propósito, que este mesmo processo é regulado pelo Direito. É, com efeito, uma característica muito significativa do Direito o ele regular a sua própria produção e aplicação. A produção das normas jurídicas gerais, isto é, o processo legislativo, é regulado pela Constituição, e as leis formais ou processuais, por seu turno, tomam à sua conta regular a aplicação das leis materiais pelos tribunais e autoridades administrativas. Por isso, os atos de produção e de aplicação (que, como veremos, também é ela própria produção) do Direito, (...) a teoria dinâmica do Direito é dirigida a normas jurídicas, a saber, àquelas normas que regulam a produção e a aplicação do Direito. Cf.: KELSEN, 1998, p. 80. A propósito, também, Cf.: OST, 2005, p. 229.

²⁷ Art. 121 - Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos (Código Penal).

Não fosse o artigo 121 do Código Penal, *matar alguém* – nas condições e circunstâncias delimitadas pelo próprio texto da lei – não seria um homicídio.

Por fim, sob a ótica da teoria comunicacional do direito, o *texto jurídico*, embora tenha a mesma característica do *texto lúdico*, da regra do jogo, de ser *constitutivo-regulador*, a semelhança entre ambos fica nesta análise da forma (análise lógico-lingüística do texto).

Ao tempo em que o jogo descola-se da vida real, o direito é a *vida social real*²⁸. Influi na vida de cada um dos cidadãos componentes da sociedade por ele instituída, uma vez que *não existe para o direito ação que não tenha sido previamente determinada pela norma*²⁹.

Mesmo que a ação constante do texto legal não seja praticada/realizada pelo sujeito, potencialmente ela é possível para o Direito porque *prevista na lei*. A vigência do Direito – em tempo e espaço definidos – se trata de uma situação existencial do mesmo. Mas, mesmo que não vigente, como por exemplo, o Direito Romano – disciplina existente na grade curricular de muitas das faculdades de direito – ele continua a *ser direito em essência*. Porque “o *ser* do direito é ser texto, e não estar vigente ou implantado na realidade social, que é uma *qualidade a posteriori* e, por isto, eventual”³⁰.

Fixada a essência do Direito como texto, imperioso voltar a atenção para a linguagem que compõe, externa, este texto.

No dizer de Hassemer³¹,

“Direito e linguagem” é um tema eterno, apenas as conjunturas variam. O motivo é evidente: as leis, sua concretização no direito judicial e na dogmática jurídica, sua interpretação e aplicação nas decisões judiciais e na crítica das decisões – tudo é linguagem. Onde a linguagem termina, começa a violência”.

Formado por palavras, o texto da lei, depende da pessoa sujeita às suas prescrições que entenda as palavras que o compõe, o sentido de cada uma delas e o sentido de seu conjunto.

E aqui uma ressalva é importante: todas as pessoas que compõe a sociedade ficam sujeitas à sua Lei reguladora. Inclusive aquelas que participaram ativamente

²⁸ ROBLES, 2005, p. 42.

²⁹ Ibid., p. 43.

³⁰ Ibid., p. 44.

³¹ HASSEMER, 2008, p. 47.

do processo de produção da Lei, o que é traço distintivo do ordenamento jurídico em relação aos outros conjuntos de normas ou regras não jurídicos. É o caráter da universalidade do Direito, da igualdade de todos perante ele.

Assim sendo, imperioso alcançar o sentido do texto da Lei, no tempo e espaço delimitados para sua vigência, sob pena de permitir a negativa de eficácia a este mesmo Direito. O Direito existiu, mas não foi observado, por falta de compreensão de seu conteúdo.

Considerado que o Direito Penal, disciplina à qual se vincula o presente trabalho, tutela um dos direitos mais caros do cidadão contra o arbítrio do Estado – o direito da Liberdade – seu texto há de ser formulado de tal maneira que afaste, na maior medida possível, a obscuridade, ambigüidade ou incompletude.

(...) Direito Penal dispõe das mais agudas sanções contra a violação de normas: supressão da liberdade, na forma das penas restritivas de liberdade, subtração de dinheiro e de outros bens, na forma de sanção pecuniária, tratamentos compulsórios, (...) como conseqüências jurídicas da conclusão de um processo (...).

O Direito penal material e processual do estado de Direito, não é hoje apenas um meio da persecução penal ou mesmo do “combate” ao crime; ele é igualmente um meio de garantir da melhor maneira possível o respeito aos direitos fundamentais daqueles que participam de conflitos de natureza penal (...): direitos fundamentais não apenas da vítima, mas também das testemunhas e sobretudo dos suspeitos de comissão do delito.³²

2.3 DA ESPECIFICIDADE DO TEXTO DE LEI NO DIREITO PENAL

Embora nem todos os Países tenham adotado o sistema de codificação para todos os ramos do direito³³, ao aderir à Declaração Universal dos Direitos Humanos, os países comprometeram-se a, no mínimo, ter legislada a matéria penal, estabelecendo quais os crimes e suas sanções correspondentes³⁴ para, então, poder o Estado Jurisdição exercer o *jus puniendi*, quando necessário.

Assim é que, discorrendo sobre o Direito Inglês (com o destaque de ser a Inglaterra o expoente do *common law*), René David³⁵ depois de assinalar que a lei escrita é “uma segunda fonte do direito inglês, ao lado da jurisprudência”, ressalta

³² HASSEMER, 2008, p. 51-52.

³³ A referência aqui é aos países com tradição na *common law*, que tem na Inglaterra seu expoente.

³⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009.

³⁵ DAVID, 2002, p. 435.

que as leis vêm, na Inglaterra, para esclarecer, quando necessário, o conteúdo de algum princípio fixado na jurisprudência (lá, a primeira fonte do Direito). Ou seja, só se admite a interpretação literal do texto da lei. Tanto que se fala em “duplo princípio de interpretação literal”, seja porque a Lei só regula temas não esclarecidos de forma bastante pela jurisprudência, não podendo alongar seu alcance; seja porque decorre de seu próprio texto a interpretação restritiva a ser dada.

Na seqüência, o mesmo autor, menciona as *leis penais* como, mesmo com o duplo princípio da interpretação literal, o maior número os casos de interpretação de texto de lei. Isto confirma a existência do Direito Penal positivado também em países da *common law*.

2.3.1 O texto da lei penal no Brasil

Para nosso trabalho interessa o fato de o Brasil ser um país de tradição do direito escrito e ter uma Constituição rígida com expressa previsão de que “(...) *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* e que só será crime a conduta *previamente definida em lei*, bem como só será aplicada pena que tenha *prévia cominação legal*”³⁶. É a expressão do princípio da legalidade para o Direito Penal³⁷.

É um mínimo que se exige no Estado Democrático de Direito (assim declarado no artigo 1º da Constituição Federal): a existência de um texto escrito de lei com previsão dos crimes e das penas respectivas, para a segurança individual do cidadão frente ao Estado com poder de punir.

O Direito Penal constitui um dos ‘meios de controle social’ existente nas sociedades atuais (...) um meio de controle jurídico, altamente *formalizado* (...) o Direito Penal tende a evitar determinados comportamentos sociais indesejáveis, recorrendo para isto à ameaça de imposição de distintas sanções, caso tais condutas sejam realizadas; mas o Direito Penal caracteriza-se por prever as sanções, em princípio, mais graves – as ‘penas’ e as ‘medidas de segurança’ – como forma de evitar comportamentos que julga especialmente perigosos – os ‘delitos’. (...) uma forma de controle social cuja importância determinou, por um lado, sua *monopolização pelo*

³⁶ Art. 5º II e XXXIX, Constituição Federal.

³⁷ O histórico do Direito Penal no Brasil pode ser visto em HUNGRIA, 1976, p. 47 passim e em MARQUES, 1997, p. 131-147.

Estado e, por outro, que constituísse uma das parcelas fundamentais do poder estatal que desde a Revolução Francesa considera necessário delimitar-se com a máxima clareza possível como garantia do cidadão. Daí que o poder punitivo, reservado ao Estado, só possa ser exercido de acordo com o previsto nas 'normas legais', a serem aprovadas pelos representantes do povo nos países democráticos. Tais normas, que constituem o Direito Penal, devem determinar com maior precisão possível, que condutas podem ser constitutivas de delitos e que penas podem sofrer aqueles que as realizam. É o que conhecemos como '*princípio da legalidade*', e nisso consiste o caráter eminentemente formalizado que distingue o Direito Penal de outros meios de controle social.³⁸

O texto de lei fundamental, a Constituição Federal, reserva à União a competência para legislar sobre matéria penal (artigo 22, I, CF) e estabelece o procedimento legislativo a ser observado (artigos 59 e ss. da Constituição Federal).

Em sede infra-constitucional está, ainda, a Lei Complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998 que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona³⁹.

Ao legislar sobre a *matéria penal* a União dispõe sobre as condutas consideradas crimes e as respectivas sanções, mas também prescreve comandos gerais relativos à matéria. Por exemplo, firmando a idade mínima para que se considere imputável o sujeito (artigo 27 do Código Penal), as causas excludentes da ilicitude de uma conduta (artigo 23 do Código Penal) ou os prazos de prescrição para persecução das condutas tipificadas como crime ou da execução das penas respectivas (artigos 109 e 110 do Código Penal).

³⁸ Na mesma oportunidade, o autor cita "a família, a escola, a profissão, os grupos sociais" também como meio de controle social de "caráter informal que os distingue do meio de controle 'jurídico' altamente *formalizado* como é o Direito Penal". Cf.: SANTIAGO, 2007, p. 33-34.

³⁹ Retorna-se, aqui, à idéia de que o Direito é um sistema aberto, dinâmico em um processo contínuo de (re)produção a partir do texto constituinte primeiro. Cf.: ROBLES, 2005, p. 32-33. Neste sentido, também, a visão de Michel van de Kerchove e François Ost, tomando a idéia do Direito como sistema, sob a perspectiva de Luhman: "Niklas Luhmann, sociólogo do Direito do qual os primeiros trabalhos se inspiravam largamente nas concepções estrutural-funcionalistas de Talcott Parsons, adota daí em diante resolutamente o paradigma da autopoietica para pensar o sistema jurídico. Despojando esta tese de suas conotações bastante vinculadas ao processo biológico, Luhmann parte da idéia que o elemento mínimo constitutivo do sistema jurídico é uma espécie de átomo jurídico ... um sistema jurídico pode ser dito autopoietico em razão onde a auto-referência que o caracteriza não afeta somente suas estruturas, sua organização, mas seus elementos de base mesmo. O direito ao contrário de outro subsistema operacional e bem diferenciado, pressupõe-se e reproduz ele mesmo (...) só o sistema jurídico, por seu funcionamento autopoietico, está em razão de conferir a qualidade jurídica dos elementos que determina. Assim, reproduz-se um processo sem fim, e não intencional de reprodução dos elementos jurídicos por eles mesmos". LUHMANN, 1992 apud VIEIRA, 1995, p. 21-22.

Estes dispositivos da Lei de caráter genérico e não sancionador estão, em sua maioria, na chamada *parte geral* do Código Penal – artigos 1º a 120 e são referência para análise, interpretação e aplicação da lei condensada na chamada *parte especial*. As leis penais especiais, igualmente, podem conter em seu texto as disposições gerais referente à matéria específica que regulam. Como exemplo, o disposto na Lei 10.864, de 30 de maio de 2003, que criou uma causa suspensiva da pretensão punitiva estatal e uma nova forma de extinção de punibilidade para os, em tese, sonegadores de impostos que parcelassem, e quitassem, seu débito junto ao Estado⁴⁰.

O que se entende por norma-jurídica penal? (...) Uma *norma jurídica* é uma *mensagem prescritiva* – que ‘prescreve’ uma determinada atuação – expressada por meio de certos símbolos, normalmente consiste em enunciados. Os textos ou enunciados legais constituem o veículo de expressão das normas legais, a cuja classe pertencem as normas jurídico-penais. Tais enunciados recebem distintos nomes: “proposições jurídicas”, “preceitos legais”, “dispositivos legais”. Com frequência, também são denominadas “normas legais”, porém entendo preferível distinguir claramente entre o texto legal e a norma ou normas que o mesmo expressa. O enunciado legal é um conjunto de símbolos lingüísticos que convém diferenciar da mensagem prescritiva por ele transmitida, única que constitui a norma jurídica.

Por um lado, ‘nem todo o enunciado legal expressa uma norma jurídica completa’. No Código Penal, as disposições do Livro I (relativas à Parte Geral) geralmente não transmitem mensagem prescritivas completas. Tais dispositivos têm a função de precisar o alcance dos preceitos da Parte Especial do Código Penal – que prevêem os delitos e suas penas.⁴¹

Na chamada Parte Especial do Código Penal (e também nas leis especiais relativas à matéria) encontram-se os artigos de lei que descrevem os comportamentos proibidos (tidos como crimes na sociedade) com todas as suas características – objetivas, subjetivas, descritivas e normativas – e a respectiva sanção.

⁴⁰ **Art. 9o** É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1o e 2o da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1o A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2o Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios. (Lei 10.864/2003)

⁴¹ SANTIAGO, 2007, p. 41.

São os chamados tipos penais⁴².

2.3.1.1 O tipo penal

Interessa para nosso estudo fixar (a) o que é o tipo penal, (b) sua função e (c) quais seus elementos sob a ótica da teoria finalista da ação que hoje rege o ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Para que se possa compreender o conteúdo do tipo penal – como descrição da conduta proibida no ordenamento jurídico, dos elementos anímicos que determinaram a prática desta conduta e, eventualmente, de elementos adicionais de caráter descritivo ou normativo – que será o instrumental para o intérprete do texto da lei penal decidir se a conduta é passível ou não de sanção, tem-se como produtivo um passar de olhos pela evolução desta parte da doutrina⁴³.

Ao tratar do tipo penal, a regra é começar com a “doutrina do *Tatbestand*”, um modelo de tipo definido inicialmente por Beling como “constituído dos elementos objetivos contidos na enunciação normativa do delito”. Ou seja, o tipo penal tinha mera *função descritiva* da conduta proibida (matar alguém, p ex), o exame da tipicidade era apenas formal. Excluía, Beling, do tipo penal – da descrição da conduta que, praticada, seria tida como crime e passível de sanção - e, por conseqüência de sua redação, a possibilidade de existência de elementos subjetivos ou normativos na acusação do resultado dado como proibido (a morte de alguém).

⁴² O conceito de tipo (...) pode ser definido de três diferentes pontos de vista: a) como *tipo legal* constitui a descrição do comportamento proibido, com todas as suas características subjetivas, objetivas, descritivas e normativas, realizadas na parte especial do CP (e leis complementares); b) como *tipo de injusto* representa a descrição da lesão do bem jurídico, compreendendo os fundamentos positivos da tipicidade (descrição do comportamento proibido) e os fundamentos negativos da antijuridicidade (ausência de causas de justificação); c) *tipo de garantia* (tipo em sentido amplo) realiza a função político-criminal atribuída ao princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, CR), expressa na forma *nullun crimen, nulla poen, sine lege*, e compreende todos os pressupostos da punibilidade: além dos caracteres do tipo do injusto (tipicidade e antijuridicidade), também os fundamentos de reprovação do autor pela realização do tipo de injusto (culpabilidade), assim como as condições objetivas de punibilidade e os pressupostos processuais. Cf.: SANTOS, 2006, p. 103.

⁴³ Um apanhado da “doutrina do *Tatbestand*”, desde a origem do termo, em fins do século XVIII, à apropriação por Fuerbach e, na seqüência, em 1906, por Beling, quando era tido como o tipo objetivo e sem qualquer carga valorativa, até Hans Welzel, apontado como pai da teoria finalista da ação, que reconheceu no tipo não só a parte objetiva, mas também elementos objetivos e normativos. Cf.: LUISI, 1987. De forma bastante didática e bem menos densa, cf.: CAPEZ, 2007, p. 186-200.

Ou seja, seria crime aquilo que a redação do texto da lei externasse. Por exemplo: matar alguém = crime de homicídio. Em tendo uma pessoa morta caída (um cadáver, objeto material do crime de homicídio) e sabendo que esta morte não foi natural, em tese, estar-se-ia frente a um crime de homicídio.

Ocorre que, da mesma forma que a morte da pessoa que está caída pode ter sido causada por um disparo de arma de fogo que, deliberadamente, outra pessoa fez, visando à morte do ofendido, a morte poderia ter sido causada pela imprudência da própria vítima que, desgostosa, lançou-se contra o veículo causador de sua morte, buscando o suicídio.

Mantido o tipo original de Beling formado só por elementos objetivos, tanto (a) quem dispara um tiro contra outrem querendo matar, como (b) aquele que, desprovido de qualquer sentimento ou mesmo conhecimento com relação à pessoa que morreu, é usado como instrumento para a consumação de um suicídio, em tese, teriam praticado um crime de homicídio. Porque o crime, aqui, é o que o texto da lei descreve.

Esta inquietação levou à evolução da teoria do tipo, com a descoberta dos elementos subjetivos do tipo.

Ou seja, o crime é uma ação que causa um resultado no mundo (causal-naturalista), mas é preciso perquirir o elemento motivador desta ação.

Vai daí, que por volta de 1911, Hans Albert Fischer cria a teoria dos elementos subjetivos do tipo, mostrando que *o tipo do injusto pode depender da direção da vontade do autor*⁴⁴. E que para dizer se a conduta tipificada como crime, crime é de fato, necessário incluir no tipo penal, também, os elementos subjetivos – animadores da vontade do agente.

A partir de agora, frente a um cadáver e o causador daquela morte (retomando o exemplo: aquele que disparou um tiro visando matar a vítima e aquele, condutor do carro, contra o qual se lançou a pessoa agora morta), pode-se dizer que há uma diferença conceitual da morte produzida. No primeiro caso, trata-se de um homicídio; no segundo caso, não. Ainda assim, o tipo penal estava, certa forma, livre de qualquer outra indagação que importasse em juízo de valor. Houve morte; o resultado foi querido, desejado por aquele que, voluntariamente, dando corpo ao seu intento agiu, então, tem-se crime.

⁴⁴ SANTOS, 2006, p. 104.

Mas, nem todos os tipos penais esgotam-se em condutas de simples expressão, como o tipo básico do homicídio (art. 121 – matar alguém), no qual só se tem elementos objetivos e subjetivos.

Por vezes, para se delimitar o campo de incidência da lei penal (qual a conduta que, se praticada, trará desequilíbrio para o corpo social que regula), o texto da lei recorre a elementos outros que transbordam a acepção de “objetivos” no sentido de bastar o sentido literal, mas que não são, de todo, “subjetivos”. Como exemplo, o tipo básico do furto: “Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa⁴⁵.”

Entram em cena os elementos normativos do tipo, identificados por Max Ernest Mayer, em 1915.

A existência de elementos normativos no tipo legal, identificada por Mayer (por exemplo, o caráter *alheio* da coisa, no furto), descaracteriza a neutralidade do tipo livre-de-valor de Beling. (...) Os elementos normativos do tipo legal são muito mais numerosos do que originalmente se supunha, como demonstrou Wolf, porque mesmo supostos puros conceitos descritivos como *homem* ou *coisa*, são conceitos normativos, ou seja, exigem uma valoração jurídica orientada para a antijuridicidade: a extensão do conceito de *coisa* em relação a animais ou à energia, por exemplo, assim como o juízo de existência (já ou ainda) de um ser *humano*, como objetos de proteção do Direito Penal, não podem ser reduzidos a elementos meramente descritivos.⁴⁶

Para que se possa dizer se houve furto, é preciso analisar se o comportamento que de quem “subtraiu” a coisa, era animado pela vontade de ter para si uma coisa que sabia pertencer a terceiro. A qualidade de ser de terceiro a coisa subtraída – coisa “alheia” – vai demandar do intérprete da lei penal que esclareça o sentido do termo, para então determinar a incidência da lei penal. Luisi comenta:

Os elementos normativos são aqueles para cuja compreensão o intérprete não pode limitar a conhecer, isto é, a desenvolver uma atividade meramente cognitiva, subsumindo em conceitos o dado natural, mas deve realizar uma atividade valorativa. Não são, portanto, elementos que se limitam a descrever o natural, mas que dão à ação, ao seu objeto, ou mesmo às circunstâncias, uma significação, um valor.⁴⁷

⁴⁵ Código penal.

⁴⁶ SANTOS, 2006, p. 105.

⁴⁷ LUISI, 1987, p. 57.

Em síntese, pode-se dizer, no atual estágio da doutrina, que o tipo penal pode ser composto de elementos:

- a) objetivos⁴⁸;
- b) subjetivos;
- c) descritivos;
- d) normativos.

Sendo *objetivos* aqueles meramente *descritivos*, relativos ao aspecto material do fato, para os quais basta a apreciação da realidade para extrair o significado. Compreende o tipo objetivo, entre outros, a descrição da conduta proibida expressa no verbo a indicar a ação, que é considerada seu núcleo⁴⁹; *subjetivos*, aqueles que pertencem à vontade do autor, que motivam a prática da ação e *normativos*⁵⁰ aqueles que carecem de um juízo de valor para fixação de seu significado, não sendo possível ter seu alcance, dos elementos normativos (coisa *alheia*, p ex), pela mera observação, necessitando de conteúdos que devem ser buscados tanto do campo jurídico como extra-jurídico⁵¹.

Ementa - PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. ART. 38, DA LEI Nº 9.605/98. EXTENSÃO DA EXPRESSÃO FLORESTA.

O elemento normativo "floresta", constante do tipo de injusto do art. 38 da Lei nº 9.605/98, é a formação arbórea densa, de alto porte, que recobre área de terra mais ou menos extensa. O elemento central é o fato de ser constituída por árvores de grande porte. Dessa forma, não abarca a vegetação rasteira. (Precedentes).

Habeas corpus concedido⁵².

⁴⁸ A parte objetiva dos tipos penais apresenta, por um lado, requisitos comuns e necessários para sua configuração, e, por outro lado, elementos constitutivos de certos, específicos e singulares tipos, porém não comuns, que se poderão chamar (...) acessórios. Os primeiros, isto é, os elementos constitutivos comuns e necessários a todo o tipo penal são: (a) o sujeito ativo primário, (b) conduta externa, (c) bem jurídico protegido ou tutelado. Os segundos são elementos circunstâncias e normativos. Cf.: LUISI, 1987, p. 43.

⁴⁹ Ibid., p. 48.

⁵⁰ Dividem-se os elementos normativos do tipo (...) em tipos normativos propriamente ditos e tipos axiológicos ou (...) em tipos jurídicos e tipos culturais. Os primeiros são (...) elementos do tipo já valorizados (...) pelo ordenamento jurídico (...). Os segundos são conceitos que devem ser objeto de avaliações (...). Exemplos de juízos normativos propriamente ditos são as expressões "funcionário público", "estrangeiro", "poder público", etc. Exemplo de juízos realmente axiológicos, também chamados culturais, são os conceitos "honesto", "fraude", etc. Cf.: Ibid., p. 57-58.

⁵¹ Como não se pretende, aqui, esgotar a teoria do tipo, apenas se anota que há distinção doutrinária dos tipos, também pela natureza do elemento anímico do agente: do "tipo injusto doloso de ação", do "tipo de injusto imprudente" e "tipo injusto de omissão de ação". Cf.: SANTOS; MIR, 2007, p. 481-586.

⁵² BRASIL, 2007b.

Na análise individual do texto do artigo de lei, vê-se que os elementos do tipo penal convivem na descrição da conduta proibida, relacionam-se e, por vezes, imbricam-se, não sendo puros na classificação. Um elemento objetivo pode ser descritivo, como também um elemento normativo pode fazer parte do elemento subjetivo do agente.⁵³ É a construção geral do texto do artigo de lei, por sua característica semântica reduzida, que exige a mescla dos estilos na tentativa de propiciar o sentido único. São provocados diferentes sentidos do leitor para voltá-lo a determinado foco, que não deveria ser desviado.

O universo dos tipos penais – textos legais que descrevem a conduta proibida – admite diversas classificações. Já ao visualizar a disposição da definição legal dos crimes no Código Penal, tem-se a classificação dos crimes quanto ao *bem jurídico protegido*:

- a) dos crimes contra a pessoa – Título I;
- b) dos crimes contra o patrimônio – Título II;
- c) dos crimes contra a propriedade intelectual – Título III;
- d) dos crimes contra a organização do trabalho – Título IV;
- e) dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos – Título V;
- f) dos crimes contra os costumes – Título VI;
- g) dos crimes contra o casamento – Título VII;
- h) dos crimes contra a incolumidade pública – Título VIII;
- i) dos crimes contra a paz pública – Título IX;
- j) dos crimes contra a fé pública – Título X;
- k) dos crimes contra a administração pública – Título XI.

⁵³ O tipo de conduta proibida constitui uma unidade subjetiva e objetiva de elementos descritivos e normativos. O estudo do tipo legal como tipo objetivo e tipo subjetivo, integrado por componentes descritivos e normativos, hoje generalizado na ciência do Direito Penal, parece uma necessidade metodológica para compreensão de conceitos (...). É importante destacar que os elementos constitutivos do tipo se entrecruzam, de modo que elementos objetivos podem ser descritivos (*coisa*) ou normativos (*alheia*); igualmente, elementos subjetivos também podem ser descritivos (*o dolo*) ou normativos (*a intenção de apropriação*, na expressão, *para si ou para outrem*, do furto). Em alguns tipos penais as dimensões subjetiva e objetiva estão entrelaçadas: assim, o *artifício*, *ardil* ou *fraude*, no estelionato (art. 171), referem a acontecimentos externos impensáveis sem a consciência interna do engano; por outro lado, elementos descritivos possuem, também, componentes normativos, porque dependentes de valorações jurídicas (o mencionado conceito de *coisa*, p exemplo). Cf.: SANTOS, 2006, p.108.

Também assim, se considerar os artigos 228 a 244 que prevêem crimes no bojo da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, sob este ponto de vista pode-se dizer que se tratam de “crimes contra a infância e juventude”.

De todos os critérios classificatórios – (a) quanto ao momento consumativo do crime, (b) com relação à ação e ao resultado, (c) quanto aos sujeitos, ativo ou passivo, do delito, etc. – neste momento, basta fincar olhos no mais básico deles. Qual seja: *quanto aos elementos do tipo* – estes podem ser considerados:

- a) *tipo normal* ou *fechado*, aquele que contém somente elementos descritivos;
- b) *tipo anormal* ou *aberto*, o tipo que além dos elementos objetivos, contém também elementos subjetivos expressos e elementos normativos⁵⁴.

2.3.2 Tipo penal e princípio da legalidade

O ordenamento jurídico tem como farol a Constituição Federal, dela não podendo se distanciar sob pena de declaração de invalidade de suas disposições. Dentre os *Direitos e Garantias Fundamentais* expressos na Constituição Federal Brasileira, no artigo 5º, XXXIX, está assente o *princípio da legalidade* garantindo a todo cidadão brasileiro que *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*.

A Constituição, como é corrente, é a lei suprema do Estado. Na formulação teórica de Kelsen, até aqui amplamente aceita, a Constituição é o fundamento de validade de toda ordem jurídica. É ela que confere unidade ao sistema, é o ponto comum ao qual se reconduzem todas as normas vigentes no âmbito do Estado. De tal supremacia decorre o fato de que nenhuma norma pode subsistir validamente no âmbito de um Estado se não for compatível com a Constituição.⁵⁵

Questiona-se: qual o conteúdo deste princípio, da legalidade para o direito penal, afora a determinação de que os crimes sejam condutas descritas em texto de lei válido e que as penas, igualmente, encontrem suporte no texto legal?

⁵⁴ CAPEZ, 2007, p. 194.

⁵⁵ BARROSO, 1996, p. 54.

Buscando a origem do princípio, Puig⁵⁶ aponta o princípio da legalidade como conquista da Revolução Francesa, cunhado no artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem, de 26 de agosto de 1789.

(DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789)
 (...), a ASSEMBLEIA NACIONAL reconhece e declara, na presença e sob os auspícios do Ser Supremo, os seguintes direitos do Homem e do Cidadão:

Artigo 1º- Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.

(...)

Artigo 6º- A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger quer a punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Artigo 7º- Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela Lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser castigados; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da Lei deve obedecer imediatamente, senão torna-se culpado de resistência.

Artigo 8º- A Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Artigo 9º- Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.(...)⁵⁷

O momento histórico em que se deu a Revolução Francesa⁵⁸, quando chegava às raias do inadmissível o arbítrio dos governantes e a deliberada ignorância dos anseios e necessidades do povo, literalmente marcou época. A partir da Revolução Francesa com os ideais de *liberdade, igualdade e fraternidade* teve

⁵⁶ SANTIAGO, 2007, p. 87-90. Este autor, como a quase totalidade da doutrina ao tratar do histórico do princípio da legalidade, não deixa de mencionar a *Magna Charta Libertatum*, de 1215, e a *Constitutio Carolina* germânica, de 1532, todavia, ressalva, na p. 87: "...a Magna Carta inglesa não excluía o costume e, ao que parece, tinha significado de garantia processual, e a Carolina não proibia a analogia contra o réu. Mas, sobretudo, o atual significado político inspirador do princípio da legalidade diverge daqueles que possuíam os referidos documentos anteriores à Ilustração. Somente a partir da ideologia liberal por ela impulsionada e consagrada politicamente a partir da Revolução Francesa é que tal princípio passa a ser concebido como limite ao poder punitivo do Estado, dotado do sentido de garantia para a liberdade do cidadão".

⁵⁷ BRASIL,. Pela identidade com o tema, optou-se por fazer a transcrição de outros artigos do mesmo documento.

⁵⁸ entre 5 de Maio de 1789 e 9 de Novembro de 1799, disponível no site <http://pt.wikipedia.org>. Acesso em 04 jan. 2009.

início a Idade Contemporânea e não mais se aceitou, com a passividade de antes, o arbítrio dos governantes⁵⁹.

Notadamente, no que toca ao direito de Liberdade restou assegurado que toda a conduta que fosse proibida no grupo social, obrigatoriamente, deveria constar do texto de lei. Da mesma forma, eventual sanção a ser aplicada.

Mas, para se garantir efetividade a este princípio, critérios foram estabelecidos de forma que não se tornasse letra morta⁶⁰. Assim, a lei definidora de condutas proibidas e cominadora de sanções, obrigatoriamente, deve ser:

- a) prévia;
- b) escrita;
- c) estrita;
- d) certa⁶¹.

Sem estas características de:

- a) anterioridade da previsão legal da prática da conduta;
- b) existência em um texto válido de lei;
- c) vedação da analogia como método de criminalização ou de penalização;
- d) objetividade na descrição dos tipos penais, a lei penal torna-se inválida⁶².

tradicionalmente se distinguem quatro conseqüências ou repercussões do princípio da legalidade, plasmadas em forma de “proibições”, das quais as primeiras se dirigem ao juiz, e as duas últimas, ao legislador: a proibição de analogia, a proibição do Direito consuetudinário para fundamentar ou

⁵⁹ Acurado histórico do princípio da legalidade cf.: ROXIN, 2006, p. 141-147.

⁶⁰ Lembra-se, agora, do discurso de Lassalle, de que a Constituição não seja apenas um pedaço de papel assinado para se dizer que o País tem uma Constituição; mas que a Constituição seja verdade, no sentido de agregar os fatores reais do poder que compõe o País. Cf.: LASSALLE, 2002, p. 37 passim.

⁶¹ Ao passo que o professor Juarez Cirino dos Santos aponta quatro dimensões constitucionais do princípio da legalidade: (a) *lex praevia*, (b) *lex scripta*, (c) *lex stricta* e (d) *lex certa* (p. 48); Santiago Mir Puig indica três *requisitos impostos* para elaboração da lei penal, com vistas no princípio da legalidade: (a) *lex praevia*, indicando a proibição da retroatividade da lei, (b) *lex scripta*, excluindo os costumes como fonte de delitos e de penas (c) *lex stricta* ao dizer da proibição da analogia no direito penal e da necessidade de precisão / determinação na descrição das condutas proibidas (p. 89-90).

⁶² SANTOS, 2006, p. 48.

agravar a pena, a proibição de retroatividade e a proibição de leis penais indeterminadas ou imprecisas.⁶³

Criou-se assim uma moldura para a elaboração da lei penal que (a) escrita, deve sê-lo, também e necessariamente, de forma (b) precisa, detalhada e específica.

Chega-se, aqui, a um ponto específico de interesse para o debate acerca da *Interpretação da Lei Penal e sua necessária demonstração como corolário do princípio da legalidade*.

Se é certo que somente poderá sofrer sanção penal o sujeito que violar o comando do texto da lei que descreve uma conduta proibida (*Lex scripta*), não menos certo, é que o conteúdo deste texto de lei deve ser acessível a seus destinatários, somando-se ao requisito de clareza da lei escrita, a precisão e determinação.

Assim, em tese, não poderia existir abertura ou indeterminação nos tipos penais⁶⁴. Em outras palavras, que bastasse a leitura do tipo para compreender a proibição nele contida e, por conseqüência manter seu comportamento, enquanto integrante de uma sociedade, livre de qualquer censura ou punição.

As proposições jurídicas que cominam uma pena a um determinado comportamento cumprem, sem dúvida, uma 'função de informação e aviso' ao cidadão. Entretanto, aqui nos interessa analisar unicamente sua função 'mais específica de transmissão de normas'. Nesse sentido não se dirigem literalmente ao cidadão, mas somente transmitem 'de forma expressa' um comando dirigido 'ao Juiz', obrigando-lhe a impor uma pena, se este for o caso. É o que ocorre com os preceitos da Parte Especial do Código Penal. Tomemos como exemplo do preceito que pune o homicídio (...) A cominação penal do homicídio transmite não só um aviso ao cidadão e a vontade normativa de que o Juiz aplique a pena, como, sobretudo, a vontade normativa de que os cidadãos não matem – salvo se existir uma causa de justificação. O enunciado legal que pune um fato com uma pena deve ser interpretado, pois, como forma de comunicação de duas normas distintas: de uma norma proibitiva, dirigida ao cidadão, que chamaremos de '*norma primária*', e de uma norma dirigida ao Juiz que o obriga a impor uma pena, a qual designaremos '*norma secundária*'.⁶⁵

⁶³ ROXIN, 2006, p. 140. "Tradicionalmente se distinguen cuatro consecuencias o repercusiones del principio de el legalidad, plasmadas en forma de "prohibiciones", de las cuales las dos primeras se dirigen al juez, y las dos ultimas, al legislador: la prohibición de analogia, la prohibición Del Derecho consuetudinário para fundamentar o agravar la pena, la prohibición de retroactividad y la prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas". (tradução nossa).

⁶⁴ A partir de agora sempre que se falar de "tipo penal" estar-se-á referindo ao texto legal que descreve a conduta proibida no direito e comina a sanção respectiva.

⁶⁵ SANTIAGO, 2007, p. 42-43.

Sob outra ótica, tendo em conta outro destinatário da norma, o Juiz que tem a obrigação de aplicar a pena ao autor do crime, depois de observado o devido processo legal, também para este o tipo legal deve, na maior medida possível, encerrar só um significado.

E, não é o que ocorre. Tanto que em sede recursal, quando é devolvido ao Tribunal Superior somente a matéria de direito para revisão, quando não mais será preciso aquilatar se o fato submetido a julgamento tem enquadramento na previsão legal, não é incomum a reforma da decisão (ou seja, a atribuição de um sentido diverso ao conteúdo do tipo legal, excluindo a conduta que antes alcançou). Ou mesmo, mantida a decisão, é possível a existência de votos divergentes entre componentes da mesma turma recursal, a indicar entendimento diferente do texto de lei que, por sua natureza, deveria ser certo, claro e preciso.

Todavia, nem sempre é possível ao legislador fazer a descrição abstrata da conduta proibida com elementos meramente descritivos de modo que, numa primeira leitura, se chegue ao sentido proposto.

Seja porque a Lei não vem para regular casos específicos, devendo assim ser formulada de modo que possa manter-se no tempo. Seja porque o tipo penal pode conter elementos que necessitem de um juízo de valor – o que varia de intérprete para intérprete.

A existência de certo grau de indeterminação na lei penal, bem como a necessidade de inserção de conceitos a serem valorados no tipo penal, é tida por Roxin como inexorável. Tratando da “determinação ou precisão dos pressupostos da punibilidade” e dando como “ponto nevrálgico” no tipo penal a existência de conceitos que “não proporcionam descrições da conduta proibida, senão que requerem do juiz um juízo valorativo” continua dizendo

admitir que o legislador não pode renunciar por completo a ditos conceitos valorativos em forma de cláusulas gerais, porque os mesmos fazem possível uma solução justa no caso individual. Se as leis só pudessem conter conceitos descritivos e não valorativos, então, ou bem teriam que ser infinitamente longas ou apresentar tal rigidez em sua aplicação que poderiam produzir-se resultados sumamente desafortunados em termos político-criminais⁶⁶.

⁶⁶ ROXIN, 2006, p.171. No mesmo sentido, MIR, 2007, p.251: “el principio de legalidad de los delitos y las penas es un principio que nunca es susceptible de plena realización. Esta exigiria un causismo excesivo de las figuras delictivas y la utilización exclusiva de elementos descriptivos. Por grande que fuera el casuismo, que haría a los Códigos penales sumamente farragosos, nunca podría el legislador comprender la rica variedad de los hechos que ofrece la vida real. (tradução nossa)

Retomando de onde se parou o olhar na classificação das normas – dos tipos normais ou fechados e, de agora para diante tratados somente como “fechados” e anormais ou abertos os quais, igualmente, serão chamados só de “abertos” – é o momento de enfrentar, com mais vagar, os tipos abertos e tipos fechados.

Tanto os tipos fechados quanto os tipos abertos admitem um certo grau de indeterminação em seus termos, de forma a levar obrigatoriamente o destinatário da mensagem – (a) o indivíduo para saber como pautar seu comportamento, (b) o juiz na interpretação judicial ou (c) o estudioso, na interpretação científica⁶⁷ - a interpretar o texto da lei, para descobrir seu significado, atingindo a compreensão.

Inconteste que este processo é mais singelo em tipos normais e fechados, como é o caso do artigo 121 do Código Penal. “Matar alguém” torna o autor do fato sujeito à prisão de 06 a 20 anos de reclusão.

Sabe-se, do senso comum, que “matar” é por fim a uma existência, e que “alguém” só pode ser um ser humano, nascido de mulher. Portanto, sabendo que o *objeto material do crime* – o cadáver – era um ser humano nascido de mulher, tem-se um homicídio. Poder-se-ia admitir alguma dificuldade de apuração do alcance do tipo penal, por exemplo, em carecendo de fixar se o objeto material do crime, que aqui coincide com o sujeito passivo, era uma pessoa nascida de mulher; ou se tratava de um ser humano, nascido de mulher, mas morto logo após o parto ou, finalmente, de um feto em vias de nascer. Porque na primeira hipótese seria homicídio (artigo 121 do Código Penal), na segunda, infanticídio (artigo 123) e, por fim, em admitindo o preenchimento do tipo penal⁶⁸, aborto (artigos 124 a 126 do Código Penal)⁶⁹.

⁶⁷ Fala-se, aqui, dos sujeitos da interpretação da lei penal, conforme o segmento a que pertence. Esta classificação encontra em SANTOS, 2006, p. 60 e aponta três como sendo os sujeitos da interpretação da lei penal: (a) o legislador, sujeito da interpretação autêntica, quando insere no texto da lei conceitos necessário à sua compreensão, ou dá seus motivos na justificativa ou exposição de motivos da lei; (b) o juiz, quando à vista do caso concreto, extrai o sentido da norma para dar conta da prestação jurisdicional e (c) os estudiosos do Direito – doutrinadores, professores – que produzem material científico acerca do sentido da norma posta. Embora a matéria da interpretação da lei penal seja objeto do capítulo que segue, onde serão analisados, dentre outros, os sujeitos envolvidos, causou surpresa não constar da doutrina nacional entre os sujeitos da interpretação o *destinatário da norma (os súditos, os cidadãos, os habitantes de um país, etc)*, conforme anotado por ALONSO, 2006, p. 43. (tradução nossa).

⁶⁸ Preenchimento do tipo penal vem a ser a prática da conduta proibida, tal e qual descrita no tipo penal, e a produção do resultado, se forem o caso, presentes ainda eventuais, na situação fática, circunstâncias ou elementares do crime.

⁶⁹ HUNGRIA, 1976, p. 36: “O *sujeito passivo* do homicídio é o “ser vivo, nascido de mulher”. A destruição do embrião ou feto no útero materno não é *homicídio*, contemplando-a a lei penal sob o

Doutra banda, os tipos abertos não economizam na exigência de busca de sentido. Tanto é de se fixar o sentido do verbo, para saber qual a ação proibida, como buscar o significado de elementos normativos que o componham, ou mais, ir na busca do diploma legal integrador, em se tratando de *norma penal em branco* ou da *análise do comportamento imprudente*, caso se trate de um tipo de crime culposos⁷⁰.

Como se disse, a retomada dos tipos fechados e abertos foi necessária para introduzir o tema do capítulo que segue: a interpretação da lei penal ou *estabelecer ou determinar o significado* do tipo penal⁷¹.

Mas antes, como já se percebeu, e com linhas apenas suficientes para permitir a compreensão, é de se dizer da variante dos tipo penal que muito exige do intérprete: a *norma penal em branco*⁷².

Será o tipo penal aberto considerado uma *norma penal em branco* quando a fixação de seu conteúdo, sua complementação, depender de disposições contidas em outro texto de lei. Seja da mesma fonte legislativa ou não⁷³.

Dado a esta *lacuna* na definição da conduta proibida, que depende da complementação por outro texto de lei, exsurge um maior esforço para fixar o significado do tipo penal desta natureza.

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. FABRICAÇÃO E DEPÓSITO DE PRODUTO EM CONDIÇÕES

nomen juris de aborto, menos severamente punido. Para a configuração objetiva do homicídio, é indiferente a *idade* da vítima (...). Deve-se notar, entretanto, que a eliminação do feto ou recém-nascido pela própria mãe, “sob a influência do estado puerperal, durante o parto ou logo após”, constitui *homicidium privilegiatum*, sob o título especial de *infanticídio* (art. 123).”

⁷⁰ Quanto ao tipo penal do crime culposos este se dá, de regra, numa fórmula genérica: “se o crime é culposos”. Como exemplos, a redação dos artigos 121, § 3º (se o homicídio é culposos) e 129, § 6º (se a lesão é culposa), ambos do Código Penal, enviando o intérprete, assim, ao artigo 18, II, do Código Penal (diz-se o crime: culposos, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia) para conferir se a situação fática sob exame se enquadra em alguma das modalidades de culpa. Não se encontra neste trabalho espaço bastante para dizer da riqueza de possibilidades na apreciação do tipo de crime culposos. Esta abordagem encontra-se, às minúcias, em PIREZ, 2006, p. 157-204.

⁷¹ AMADO, 2006, p. 31-73.

⁷² Integra, também, os tipos abertos, o tipo do crime culposos, cuja indeterminação, em aparência, é ilimitada, uma vez que o tipo limita-se a descrever: “se o crime é culposos...”, necessitando buscar um complemento de norma no próprio Código Penal (artigo 18, II, do CP) e valorar a conduta imputada ao agente e dita como culposa.

⁷³ HUNGRIA, 1976, p. 103-104: “Há certas leis penais que dependem, para sua exeqüibilidade, do complemento de outras normas jurídicas *in fieri* ou da futura expedição de certos atos administrativos (regulamentos, portarias, editais). É o que se chama “leis penais em branco”, “cegas” ou “abertas”. Contém a *sanctio* (cominação da pena), mas o *proceptum* (ou, pelo menor, a precisa fixação deste) é remetido à *lex ferenda* ou futuro ato administrativo. A pena é cominada à transgressão (desobediência, inobservância) de uma norma (legal ou administrativa) a emitir-se *in futuro*”.

IMPRÓPRIAS PARA O CONSUMO. INCISO IX DO ART. 7º DA LEI 8.137/90, COMBINADO COM O INCISO II DO § 6º DO ART. 18 DA LEI Nº 8.078/90. CONFIGURAÇÃO DO DELITO. CRIME FORMAL. PRESCINDIBILIDADE DA COMPROVAÇÃO DA EFETIVA NOCIDADE DO PRODUTO. REAJUSTAMENTO DE VOTO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA IMPROPRIEDADE DO PRODUTO PARA USO. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA. ÔNUS DA PROVA DO TITULAR DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. Agentes que fabricam e mantêm em depósito, para venda, produtos em desconformidade com as normas regulamentares de fabricação e distribuição. Imputação do crime do inciso IX do art. 7º da Lei nº 8.137/90. Norma penal em branco, a ter seu conteúdo preenchido pela norma do inciso II do § 6º do art. 18 da Lei nº 8.078/90. 2. (...). 3. Ordem concedida⁷⁴.

No dizer de Santos, a construção de normas penais em branco é uma *administrativização do direito penal*, uma vez que remete a terceiros, integrantes da Administração, a criação da norma geral e abstrata que vai complementar o tipo penal. O que, em seu entender viola o princípio da legalidade, uma vez que transfere ao Poder Executivo (e isto se dá somente em alguns casos) a competência constitucional em matéria penal, que é do Poder Legislativo.⁷⁵

Questiona-se a constitucionalidade deste tipo penal aberto, face ao princípio da legalidade, tendo em conta a fonte do texto de lei que venha a complementar o tipo principal, bem como a falta de taxatividade da conduta incriminada. Milanese,⁷⁶ numa revisão bibliográfica da doutrina espanhola, conclui ser inafastável o uso desta “técnica peculiar” de legislação para proteção de alguns bens jurídicos específicos – notadamente aqueles de interesse coletivo e noticia a confirmação pelo Tribunal Constitucional Espanhol de normas desta natureza, desde que, preservada a descrição do núcleo da conduta proibida no tipo penal, deixando para a norma geral abstrata de complemento somente a indicação de circunstâncias da figura delitiva.⁷⁷

⁷⁴ BRASIL, 2008a.

⁷⁵ SANTOS, 2006, p. 50.

⁷⁶ MILANESE, 2007, p. 55-65.

⁷⁷ MARQUES, 1997, p. 190: “... deve-se observar o seguinte, quanto às normas em branco: a) o claro da lei deve consistir em enunciação genérica da conduta punível; b) a instância legiferante complementar, que deve encher o claro da lei penal, deve determinar especificamente “as condutas puníveis dentro do círculo em branco”; c) o poder regulamentar se reduz a uma faculdade específica que abrange só as modalidades de *interesse secundário* ou de *pormenor*, indispensável à execução da vontade legislativa”. Mesmo considerado ser Frederico Marques um clássico do direito penal, a obra consultada foi atualizada, à luz da Constituição Federal de 1988 por renomados juristas – Antonio Claudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci e Sérgio Eduardo Mendonça de Alvarenga. Entretanto contém ensinamento que parece contrariar a aplicação do princípio da legalidade ao confiar ao diploma complementar – que nem sempre tem o *status* da legislação penal – a determinação específica da conduta punível. Salvo engano, esta posição choca-se frontalmente com o decidido pelo Tribunal Constitucional Espanhol e não resistiria, numa análise mais demorada, ao ditames constitucionais vigentes.

No Brasil, aceita-se a norma penal em branco como constitucional para tutela de bens jurídicos penalmente relevantes⁷⁸.

No Superior Tribunal de Justiça, que reflete o entendimento sedimentado da matéria, não se discute a legalidade do tipo quando o complemento é do mesmo nível da norma penal (a propósito o acórdão já transcrito), nem mesmo em se tratando de norma complementar de natureza diversa – *norma penal em branco heteróloga*.⁷⁹ Neste caso, tratava-se de processo para apuração de crime previsto na Lei de Drogas, que remete a complementação à Portaria do Ministério da Saúde.

Ementa - PENAL. RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 12 DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). "CLORETO DE ETILA". SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. NORMA PENAL EM BRANCO DE COMPLEMENTAÇÃO HETERÓLOGA. CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. VALIDADE DA PORTARIA Nº 344/98-SVS/MS. INEXISTÊNCIA DE CONFLITO DE NORMAS. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90 DECLARADA PELO STF.

I - O cloreto de etila é substância entorpecente de porte para uso próprio e comércio clandestino proibidos pela Lei de Tóxicos. (Precedentes).

II - As Convenções Internacionais incorporadas ao ordenamento nacional pelos Decretos nº 54.216/64 e 79.388/77 não proíbem o combate a outras substâncias que não estejam nelas expressamente previstas, restringindo-se a estabelecer um conteúdo mínimo que será alvo de cooperação na fiscalização pelos Estados celebrantes.

III - Assim, nada impede que, na órbita interna, em que prevalece a soberania da República Federativa do Brasil, o cloreto de etila tenha o seu consumo irregular ou comércio clandestino proibidos, sendo irrelevante que a mesma substância seja de produção e comercialização permitidos em outro país.

(...).

Recurso especial parcialmente provido.⁸⁰

⁷⁸ Pesquisa feita com diversos argumentos no site do Supremo Tribunal Federal não retornou resultado digno de nota. Ou seja, decisão na qual tenha se debatido com a observância do princípio da legalidade na elaboração da norma penal em branco.

⁷⁹ Do voto do relator, Ministro Félix Fischer: "Outrossim, forçoso asseverar que o argumento do recorrente - no sentido de que as Convenções Internacionais incorporadas ao ordenamento nacional pelos Decretos nº 54.216/64 e 79.388/77 não admitem a proibição do "cloreto de etila" - está equivocado. A uma, porque, no âmbito interno, tratando-se de norma penal em branco de complementação heteróloga, a lei confere ao ato administrativo emitido pelo ente estatal legitimidade para definir o que seja substância entorpecente ou psicotrópica. A duas, uma vez que as Convenções Internacionais não proíbem - nem o poderiam - o combate a outras substâncias que não estejam nelas expressamente previstas. Cuidam as referidas convenções de um conteúdo mínimo que será alvo de cooperação na fiscalização pelos Estados celebrantes. Ou seja, nada impede que, na órbita interna, em que prevalece a soberania da República Federativa do Brasil, substância tal ou qual tenha o seu consumo irregular ou comércio clandestino proibidos. É irrelevante, nesse particular, que a mesma substância seja de produção e comercialização permitidos em outro país. Destarte, inexistindo na hipótese o alegado conflito de normas, não há que se falar em prevalência das Convenções Internacionais, seja em razão do critério da hierarquia, seja por outro motivo." Disponível no site www.stj.jus.br (grifo nosso). Acesso em 12 nov. 2008.

⁸⁰ BRASIL, 2007b.

Todavia, houve rejeição de denúncia oferecida pelo Ministério Público contra administradores públicos, imputando-lhes a prática do crime previsto no artigo 359-D⁸¹ do Código Penal, não pelo caráter de norma penal em branco do tipo penal, mas sim, por falta de adequação da conduta com a norma complementar do tipo penal.

EMENTA - AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGALIDADE. PROVA ILÍCITA. INOCORRÊNCIA. PROCEDIMENTO DE NATUREZA INQUISITORIAL. VIOLAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. ARTIGO 359-D DO CÓDIGO PENAL. DESPESA NÃO AUTORIZADA POR LEI. ATIPICIDADE. PREVARICAÇÃO. ATIPICIDADE E INÉPCIA FORMAL DA DENÚNCIA. DENÚNCIA REJEITADA.

1. O respeito aos bens jurídicos protegidos pela norma penal é, primariamente, interesse de toda a coletividade, sendo manifesta a legitimidade do Poder do Estado para a imposição da resposta penal, cuja efetividade atende a uma necessidade social.

(...).

8. O tipo do artigo 359-D do Código Penal reclama, para sua configuração, a ordenação de despesa "não autorizada por lei".

9. O complemento legal necessário do tipo inserto no artigo 359-D do Código Penal, por força de sua própria letra, há de dizer direta e imediatamente da despesa proibida, em nada se identificando com norma jurídica outra, mesmo se referente a ato mediato que possa ser relacionado com a despesa pública, como seu antecedente, ainda que necessário.

10. Requisita, por sem dúvida, o tipo penal norma legal complementar de proibição expressa da despesa, afastando interpretações constitutivas e ampliadoras da tutela penal, que desenganadamente violam o princípio da legalidade, garantia constitucional do direito fundamental à liberdade, enquanto limite intransponível do *ius puniendi* do Estado.

11. Faltasse outro argumento, não seria, como não é, outro o resultado da interpretação sistemática do tipo do artigo 359-D do Código Penal, especialmente da elementar "despesa não autorizada por lei", pois que a Lei nº 10.028/2000 não só acrescentou o Capítulo IV ao Título XI do Código Penal, Dos Crimes contra as Finanças Públicas, mas também os itens 5 a 12 ao artigo 10 da Lei nº 1.079/50, relativamente aos crimes de responsabilidade do Presidente dos Tribunais, e os incisos XVI a XXIII ao artigo 1º do Decreto-Lei nº 201/67, aperfeiçoando especificamente a tutela jurídica das finanças públicas, que parte da Constituição da República, Capítulo II do Título VI, Das Finanças Públicas, principalmente o artigo 163, inciso I, e passa pela Lei Complementar nº 101/2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal.

12. Há de se declarar atípicas as condutas imputadas pelo Ministério Público Federal aos denunciados, que, de qualquer modo, quando e se contrataram, o fizeram, na letra mesma da denúncia, pautados "(...) em inúmeras leis estaduais que supostamente 'autorizariam' a criação dos cargos e, conseqüentemente, a nomeação dos servidores", às quais se acresceram leis orçamentárias discutidas e votadas pela Assembléia Legislativa, não se sabendo, afinal, qual a realidade e a verdadeira causa da situação legal-institucional da Justiça Maranhense, existente há mais de duas décadas de anos e sem qualquer notícia de propositura de ação civil

⁸¹ Art. 359-D. Ordenar despesa não autorizada por lei: (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000). Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000) – Código Penal.

pública ou de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público pelos legitimados.

13. Não se imputando o crime de prevaricação como definido na lei penal, porque não há confundir a prática de ato contra disposição expressa da lei, com o fundado em lei abstratamente afirmada inconstitucional, de rigor a rejeição da demanda penal.

14. É inepta a denúncia, por infringente ao artigo 41 do Código de Processo Penal e ao inciso LV do artigo 5º da Constituição da República, que não particularizou os atos de nomeação, não demonstrou a sua irregularidade à luz do seu título jurídico, não definiu o objeto do interesse ou do sentimento satisfeito pelos agentes, nem estabeleceu o alegado grau de parentesco que existiria entre os nomeados e o Presidente do Tribunal ou outro membro do Poder Judiciário, não ultrapassando os limites da acusação genérica.

15. Denúncia rejeitada⁸².

É de se ter por aceitável, até mesmo porque indispensável no atual estágio da sociedade, a normal penal em branco, nos exatos limites propostos pelo princípio da legalidade, com o núcleo do tipo, a conduta penal a ser perseguida, devidamente descrita no artigo da lei penal, deixando para o diploma complementar o que é de sua própria natureza: a complementariedade do tipo penal, com a fixação tão só de elementos circunstanciais ou detalhamento das elementares do tipo. No mais, em se confiando à legislação não penal complementar do tipo penal “o *proceptum* (ou, pelo menor, a precisa fixação deste)”, como apontava Hungria ser característica desta espécie de lei⁸³, a violação ao princípio da legalidade (*lex certa*) é flagrante.

Caminhando para o final deste capítulo, indeclinável abordagem da proibição do uso da analogia, em observância ao critério da *lex stricta* derivado do princípio da legalidade.

A analogia “significa a aplicação da lei penal a fatos *diferentes* dos previstos, mas *semelhantes* aos previstos”⁸⁴.

Ora, se o princípio da legalidade impõe a descrição prévia e certa da conduta proibida, não é possível, independente do grau de reprovabilidade social do comportamento questionado, alcançar com uma sanção penal aquele que pratica fato que não encontra molde no tipo penal.

É da essência da analogia a comparação, a valoração dos fatos *sub examen*, para concluir pela sua semelhança ou distanciamento. Concluída pela semelhança, não será a lei que determinará um tratamento igual, mas a valoração dada pelo intérprete.

⁸² BRASIL, 2006.

⁸³ HUNGRIA, 1976, p. 104.

⁸⁴ SANTOS, 2006, p. 63

(...) o problema característico da analogia não está na inferência (...) mas na fundamentação. (...) Os fatos hipotéticos semelhantes do ponto de vista jurídico devem ter as mesmas consequências jurídicas. (...) A analogia se baseia, pois, no princípio da universalidade ou princípio da igualdade (...) para a determinação da semelhança (...) podem-se analisar as estruturas lógicas das relações de semelhança, mas, não obstante, o estabelecimento da semelhança juridicamente relevante não pode derivar unicamente desta análise (...) a analogia pressupõe uma valoração. Para a fundamentação desta valoração são admissíveis todos os argumentos possíveis no discurso jurídico. isto não significa que a analogia seja supérflua como forma de argumento. É uma estrutura formal em que se pode valer de argumentos materiais que só podem ser eficazes nesta estrutura. Como tal, está unida ao conceito de discurso de duas maneiras. Por um lado se baseia no princípio da universalidade (...); por outro lado, só se pode aplicar argumentativamente⁸⁵.

Sob a égide de um Estado Democrático de Direito, jamais a interpretação valorativa da norma geral pode servir para enquadrar conduta não proibida como crime e submeter ao *jus puniendi* estatal.

Interessante discussão se travou quanto à concepção da “cola eletrônica” como crime. Tanto já se disse que a “cola eletrônica” é um meio fraudulento de se obter as respostas corretas de provas de vestibular, no decorrer de sua realização, com vistas ao ingresso (ir)regular em uma instituição de ensino superior. Assim, a adequação típica dá-se no artigo 171 do Código Penal⁸⁶, como crime de estelionato⁸⁷, como já se levou o mesmo comportamento para o campo da falsidade

⁸⁵ ALEXY, 2005, p. 271-272.

⁸⁶ **Art. 171.** Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa. (Código Penal)

⁸⁷ Neste sentido o voto do Ministro Paulo Galotti como Relator no “HC 41590 / AC HABEAS CORPUS 2005/0018168-3 , Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA, Data do Julgamento 04/05/2006, data da Publicação/Fonte DJ 12/06/2006 p. 544 . Ementa - HABEAS CORPUS. FRAUDE A VESTIBULAR POR MEIO DA CHAMADA "COLA ELETRÔNICA". PACIENTE DENUNCIADO POR VIOLAÇÃO DOS ARTS. 158, 171, 288 E 299, TODOS DO CÓDIGO PENAL; ARTS. 1º, I, E 2º, I, AMBOS DA LEI Nº 8.137/90; ART. 1º, V E VII, DA LEI Nº 9.613/98; ART. 70 DA LEI Nº 4.117/62; ARTS. 12 E 16, AMBOS DA LEI Nº 10.826/2003; E ART. 125, XIII, DA LEI Nº 6.815/80. PEDIDOS DE TRANCAMENTO DA AÇÃO E DE REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. WRIT JULGADO PARCIALMENTE PREJUDICADO E DENEGADO. (...) 2 - Paciente condenado por estelionato e formação de quadrilha por ter liderado gigantesco esquema de fraude ao vestibular de medicina da Universidade Federal do Acre - UFAC, realizado em junho de 2002, em que fornecera a diversos candidatos, mediante pagamento de elevadas quantias em dinheiro, gabaritos das provas por meio de micro-transmissores, fraude conhecida como "cola eletrônica". 3 - Inviável o trancamento da ação em relação a esses delitos, ao argumento de que o fornecimento de "cola eletrônica" é conduta atípica, tendo em conta a complexidade fática do caso, que não versa pura e simplesmente sobre a conduta de quem se utiliza desse tipo de fraude para lograr aprovação em vestibular, tratando-se, na verdade, de organização criminosa, encabeçada pelo paciente, que já atua no ramo da venda de gabaritos, inclusive em âmbito nacional, há mais de 18 anos, tendo já fraudado cerca de 32 instituições de ensino superior nesse período. 4 - Nesse sentido, o argumento de que não teria existido vítima certa ou prejuízo determinado não pode subsistir, tendo em conta que ao menos a

(artigo 299 do Código Penal), havendo entendimento de que se trata de comportamento atípico.

Ao chegar no Supremo Tribunal Federal, invocando a proibição de analogia, no caso concreto, o fato foi dado como atípico. Mas, não foi unanimidade este posicionamento.

EMENTA: Inquérito. 1. Denúncia originariamente oferecida pela Procuradoria-Regional da República da 5ª Região contra deputado estadual. 2. Remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal (STF) em face da eleição do denunciado como deputado federal. 3. Parlamentar denunciado pela suposta prática do crime de estelionato (CP, art. 171, § 3o). Peça acusatória que descreve a suposta conduta de facilitação do uso de "cola eletrônica" em concurso vestibular (utilização de escuta eletrônica pelo qual alguns candidatos - entre outros, a filha do denunciado - teriam recebido as respostas das questões da prova do vestibular de professores contratados para tal fim). 4. O Ministério Público Federal (MPF) manifestou-se pela configuração da conduta delitiva como falsidade ideológica (CP, art. 299) e não mais como estelionato. 5. A tese vencedora, sistematizada no voto do Min. Gilmar Mendes, apresentou os seguintes elementos: i) impossibilidade de enquadramento da conduta do denunciado no delito de falsidade ideológica, mesmo sob a modalidade de "inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante"; ii) embora seja evidente que a declaração fora obtida por meio reprovável, não há como classificar o ato declaratório como falso; iii) o tipo penal constitui importante mecanismo de garantia do acusado. Não é possível abranger como criminosas condutas que não tenham pertinência em relação à conformação estrita do enunciado penal. Não se pode pretender a aplicação da analogia para abarcar hipótese não mencionada no dispositivo legal (analogia in malam partem). Deve-se adotar o fundamento constitucional do princípio da legalidade na esfera penal. Por mais reprovável que seja a lamentável prática da "cola eletrônica", a persecução penal não pode ser legitimamente instaurada sem o atendimento mínimo dos direitos e garantias constitucionais vigentes em nosso Estado Democrático de Direito. 6. A tese vencida, iniciada pelo Min. Carlos Britto, e acompanhada pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, baseou-se nos seguintes argumentos: i) o acusado se defende de fatos, e não da respectiva capitulação jurídica. É indiferente à defesa do acusado a circunstância de a denúncia haver inicialmente falado de estelionato, enquanto sua ratificação, pelo Procurador-Geral da República, redefiniu a questão para focá-la na perspectiva da falsidade ideológica. Para a tese vencida, os fatos narrados não passaram por nenhuma outra versão, permitindo, assim, o desembaraçado manejo das garantias do contraditório e da ampla defesa; ii) o caso tem potencialidade de acarretar prejuízo patrimonial de dupla face: à Universidade Federal da Paraíba, relativamente ao custeio dos estudos de alunos despreparados para o curso a que se

Universidade Federal do Acre teve um prejuízo, como se vê da sentença condenatória, de aproximadamente R\$ 450.000,00 (quatrocentos e cinqüenta mil reais), resultante dos dois anos em que os 28 alunos aprovados ilicitamente ali cursaram, até o advento de decisão, proferida em ação civil pública, que os afastou das cadeiras universitárias, integrando, em seu lugar, os candidatos classificados idoneamente. (...)" neste mesmo julgamento, o Ministro Paulo Medina, em voto separado, concluiu pela atipicidade, enquanto que o Ministro Nilson Naves, expressamente, manifestou-se pelo enquadramento da conduta no artigo 171 do Código Penal. Disponível em www.stj.jus.br, acesso em 28.01.2009.

habilitariam por modo desonesto, de parelha com o eventual dever de anular provas já realizadas, e, assim instaurar novo certame público; e àqueles alunos que, no número exato dos "fraudadores", deixariam de ser aprovados no vestibular; iii) incidência de todos os elementos conceituais do crime de estelionato: obtenção de vantagem ilícita, que, diante do silêncio da legislação penal, pode ser de natureza patrimonial, ou pessoal; infligência de prejuízo alheio, que há de ser de índole patrimonial ou por qualquer forma redutível a pecúnia, pois o crime de estelionato insere-se no Título do Código Penal destinado à proteção do patrimônio; utilização de meio fraudulento; e induzimento ou manutenção de alguém em erro; iv) seja no delito de estelionato, ou no de falso, a denúncia parece robusta o suficiente para instaurar a ação penal; e, por fim, v) a tramitação de projeto de lei no Congresso Nacional para instituir um tipo criminal específico para a cola eletrônica não se traduz no reconhecimento da atipicidade da conduta do acusado. 7. Denúncia rejeitada, por maioria, por reconhecimento da atipicidade da conduta descrita nos autos como "cola eletrônica"⁸⁸.

Ao passo que se afasta a analogia enquanto “criação ou formação de direito novo, isto é, aplicação extensiva da lei a casos de que esta não cogita”, por ser, neste quadrante, “um *processus* integrativo e não interpretativo da lei⁸⁹” admite-se, em sede de interpretação da lei penal a analogia quando o resultado interpretativo for benéfico para o acusado. A chamada *analogia in bonam partem* “**permitida pelo princípio da legalidade**, sem nenhuma restrição: nas justificações de ações típicas, nas exculpações de ações típicas e antijurídicas e em qualquer outra hipótese de extinção ou redução da punibilidade do comportamento humano⁹⁰”. Mas, como se vê, a analogia não pode alcançar a conduta proibida por lei.

⁸⁸ BRASIL, 2008b.

⁸⁹ HUNGRIA, 1976, p. 95.

⁹⁰ SANTOS, 2006, p. 64

3 DA INTERPRETAÇÃO DO TEXTO DA LEI

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Admitido que o direito (é) se expressa no texto e que este texto não é hermético e, ainda, que se faz preciso ditar o alcance dos comandos contidos em cada norma geral para compreensão e (esperada) observância por seus destinatários, tem-se a interpretação como instrumento sempre presente e indispensável na matéria jurídica⁹¹.

Em termos gerais, *interpretação* é a “possibilidade de referência de um signo ao que ele designa, ou também a operação por meio da qual um sujeito (intérprete) estabelece a referência de um signo ao seu objeto (designado)”⁹².

Dois são os sentidos que apresenta o vocábulo *interpretação*, segundo Noriji.⁹³ Um primeiro, como *interpretação-atividade* e vem a ser o próprio ato de interpretar, da busca do significado do texto da lei em análise; e o outro, que seria a *interpretação-produto*, ou seja o resultado interpretado, conhecido, que passa a fazer parte do significado dado ao texto legal no caso concreto. Conforme a qualidade do intérprete, este segundo significado da interpretação – o produto da operação mental – passa a ser institucionalizado ou não (adiante será objeto de discussão o sujeito da interpretação e a influência de sua qualidade no resultado final da interpretação).

⁹¹ Sobre a interpretação como condição de compreensão do texto legal: “... algumas idéias básicas da estrutura de uma teoria do direito que procura combinar hermenêutica e analítica a partir da compreensão do direito como texto. Atribuindo à pragmática a prioridade que ela merece, a teoria da decisão jurídica é elevada à categoria de ponto de partida, do qual as normas e as instituições que estas configuram, não são mais que o resultado da ação de decisão. A decisão geradora do texto jurídico limita o sentido deste. O ordenamento, como texto bruto, precisa de uma elaboração dogmática, que por sua vez só é possível com o modelo teórico das normas jurídicas. Estas e o sistema que compõem são produto da construção hermenêutica (...). Contemplado estaticamente o ordenamento, a dogmática aperfeiçoa os valores institucionalmente assumidos, reproduzindo hermenêuticamente o *sistema axiológico*, que por sua vez atua nos processos de decisão intra-sistêmicos. No centro, está a idéia do direito como texto, que possibilita o desenvolvimento de uma teoria hermenêutico-analítica ou comunicacional do direito.” Cf.: ROBLES, 2005.

⁹² ABBAGNANO, 1998, p. 579. No mesmo sentido, BOBBIO, 1995, p.212: “interpretar significa remontar do signo (signum) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por ele indicada”.

⁹³ NOJIRI, 2005, p. 121.

Embora a interpretação se dê de forma necessária e inafastável nos mais diversos campos do saber, e tenha, além do olhar solipsista,⁹⁴ outros paradigmas como os aspectos históricos, econômicos ou mesmo lingüísticos, por exemplo, a busca de um conceito da *interpretação no campo do direito* passa por duas concepções das quais derivam as concepções teóricas respectivas. A saber:

- a) *a interpretação deve restringir-se a buscar, nas palavras da lei, a vontade expressa pelo legislador. É a teoria subjetivista, mais antiga, que busca compreender o pensamento do legislador. Seus efeitos são ex-tunc, “desde o aparecimento da norma pela positivação da vontade legislativa”⁹⁵;*
- b) *o intérprete é quem deve atribuir o sentido à lei, a partir de dados retirados do contexto social no qual está inserida a norma. É a teoria objetivista, uma vez que busca o sentido da lei em fatores objetivos, na sociedade. Seus efeitos são ex-nunc, “desde agora, tendo em vista a situação e o atual momento de sua vigência”⁹⁶.*

Analisadas estas doutrinas e questionado o Poder Judiciário dentro do modelo da tripartição de poderes, conclui o autor (Noriji) que, embora não sendo função típica sua, o Poder Judiciário também cria o Direito em suas decisões, valendo-se do processo de interpretação das normas gerais e abstratas (e aqui o traço distintivo entre a criação do Direito pelo Poder Judiciário e a criação do Direito pelo Poder Legislativo, é que o Poder Judiciário só atua quando provocado pelos interessados e produz normas individuais e concretas, ao passo que o Poder Legislativo tem a livre iniciativa e produz normas de carácter geral e abstrato)⁹⁷.

Este carácter criador de Direito, embutido na decisão judicial, afasta a idéia de mera “descoberta” do direito (ou da vontade contida na lei). Portanto, passa a decisão judicial a ser encarada como *constitutiva* de uma nova norma jurídica, agora

⁹⁴ “Tese de que só eu existo e de que os outros entes (homens e coisas) são idéias minhas (...) Na realidade, o pressuposto do positivismo que dá origem ao solipsismo é reflexo da tese idealista na teoria da linguagem: os elementos da linguagem são signos de experiências imediatas, **porque as experiências imediatas são a única realidade**”. Cf.: ABBAGNANO, 1998, p. 918-919 (grifo nosso).

⁹⁵ NOJIRI, 2005, p. 123-124.

⁹⁶ Ibid., p. 124.

⁹⁷ Esta afirmação se dá baseado na perspectiva da teoria dinâmica do Direito, de Kelsen, na qual a decisão jurídica se dá no encadeamento da criação de normas, “um estágio intermediário de um processo que começa com o estabelecimento da Constituição e segue, por meio da legislação e costume, até a decisão judicial e desta até a execução da sanção”. Ibid., p. 134. Na mesma linha de pensamento quanto à criação do direito no Poder Judiciário: CAPPELETTI, 1999.

particular e concreta. Com este raciocínio, Noriji afirma que “interpretar é atribuir um significado a um texto normativo. Não se cuida, pois, de *desvendar* ou *descobrir* um sentido encoberto na lei, mas de *imputar*, *conferir* um significado ao enunciado legal”.⁹⁸ Adiante, depois de reler Gadamer e Fernandez-Largo na obra de Lênio Luiz Streck, procurador de justiça no Rio Grande do Sul, o conceito é reafirmado:

a interpretação jurídica consiste na atribuição de significado(s) a signo(s) lingüístico(s) expreso(s) em texto(s) normativo(s). Portanto, não se trata de descobrir o *verdadeiro* significado da prescrição legal, como querem alguns. Não há uma *verdade* por detrás da norma (...). Interpretar é, pois, *construção* de sentidos e não apenas e tão-somente *reprodução* de sentidos⁹⁹.

Um tanto adiante, em termos conceituais, vai Ávila¹⁰⁰. Depois de diferenciar texto e norma, reconhecer a interpretação do texto normativo como inafastável e constituinte de significado, diz que o intérprete do texto da lei não somente constrói um significado. Ele reconstrói!

O raciocínio vem escalonado da seguinte maneira:

- a) não se pode dizer que o texto legal tenha um significado prévio, embutido em sua estrutura. O significado do texto da lei é fruto de seu uso e interpretação, tanto que se modifica no tempo e espaço, originando, inclusive, discussões dogmáticas a respeito e câmbio de jurisprudência;
- b) não se pode buscar o significado do texto da lei na vontade do legislador, porque não existe *uma* vontade, *um* legislador. A edição da lei é fruto de um processo legislativo complexo, no qual não há como identificar *uma* vontade específica;
- c) assim, “a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como ato de decisão que *constitui* a significação e os sentidos de um texto”¹⁰¹;
- d) essa constituição de significados não se dá de modo arbitrário, mas também não se encerra em mero processo de *leitura* de significados evidentes do texto;

⁹⁸ NOJIRI, 2005, p. 139.

⁹⁹ Ibid., p. 140.

¹⁰⁰ ÁVILA, 2006, p. 30-35.

¹⁰¹ Ibid., p. 32.

- e) existem “traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem”¹⁰² que fazem com que a atividade do intérprete tenha um ponto de partida e termine por (re) construir o significado do texto da lei, a partir do significado mínimo e prévio nele contido.

Vai daí que a interpretação é um processo de *reconstrução* do texto da lei – porque constrói o significado, da norma concreta e individual, a partir de algo. Quer dizer, porque

- a) tem como “ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção dos sentidos”;
- b) porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentido*, que são, por assim dizer, constituído pelo uso e preexistem ao processo interpretativo individual”.¹⁰³

Não se trata de ciência a interpretação – é dita como *arte* por Maximiliano¹⁰⁴ e como *prudência*, por Eros Grau¹⁰⁵ –, mas faz parte de uma ciência especial, a Hermenêutica, que serve à ciência do Direito. Portanto, em que pese o termo *hermenêutica* ser tomado como sinônimo de *interpretação*, com ela não se confunde.

A interpretação, como as artes em geral, possui a sua técnica, os meios para chegar aos fins colimados (...). A arte ficou subordinada em seu desenvolvimento progressivo a uma ciência geral, o Direito obediente, por sua vez, aos postulados da sociologia; e a outra, especial, a Hermenêutica. Esta se aproveita das conclusões da Filosofia Jurídica; com o auxílio delas fixa novos processos de interpretação; enfeixa-os num sistema (...).

¹⁰² ÁVILA, 2006, p. 32-33: “Wittgenstein refere-se aos *jogos de linguagem*: há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação (...). Heidegger menciona o *enquanto hermenêutico*: há estruturas de compreensão existentes de antemão ou *a priori*, que permitem a compreensão mínima de cada sentença sob certo ponto de vista já incorporado ao uso comum da linguagem. Miguel Reale faz uso da condição *a priori intersubjetiva*: há condições estruturais preexistentes no processo de cognição, que fazem com que o sujeito interprete algo anterior que se lhe apresenta para ser interpretado. (...) Como lembra Arnio, termos como “vida”, “morte”, “mãe”, “antes”, “depois”, apresentam *significados intersubjetivados*, que não precisam, a toda nova situação ser fundamentados. (...) é importante dizer que as condições e uso da linguagem funcionam como condições dadas de comunicação (...). Por conseguinte, pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso lingüístico e construídos na comunidade do discurso.”

¹⁰³ Ibid., p. 34.

¹⁰⁴ MAXIMILIANO, 2007, p. 1.

¹⁰⁵ GRAU, 2003, p. 40.

Do exposto, ressalta o erro dos que pretendem substituir uma palavra pela outra; almejam, ao invés da Hermenêutica – Interpretação. Esta é a aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar¹⁰⁶.

Especificamente da *Hermenêutica Jurídica*, ocupa-se Hassemer¹⁰⁷ em capítulo próprio (capítulo 3), de seu livro “Direito Penal – fundamentos, estrutura, política”. Depois de apontar as relações desde os primórdios do *Direito* com a *hermenêutica*, por meio da *hermenêutica filosófica* e também da relação da *teoria hermenêutica* com a dogmática jurídica, marca o século XX como período no qual a Hermenêutica aprofunda seu interesse pelos “problemas fundamentais da ciência jurídica”, antes voltado mais para as dificuldades da teologia e da história. E, a partir daí o trato da hermenêutica (especificamente) como jurídica – em que pese o emprego corrente, anterior ao século XX da expressão *hermeutica juris* – ainda não se tinha a organização da teoria da *hermenêutica jurídica*. Em suas palavras, “a hermenêutica jurídica é a filha temporã da teoria hermenêutica geral”. Como objeto da hermenêutica jurídica, Hassemer destaca:

Uma teoria jurídica ou metodologia que una uma aplicação de normas legais a situações de fato a regras de interpretação é, apesar de tudo, uma precursora da hermenêutica jurídica, ainda que não lhe constitua a base: quem estabeleça que o trabalho com a lei deva atentar para a literalidade, o contexto sistemático, a vontade do legislador e o sentido objetivo da lei [divisão clássica dos métodos de interpretação, como anotado em rodapé pelo autor]; quem conecte a interpretação da lei aos pontos de vista da autonomia (objetividade) e unidade da lei; quem confira importância à origem, ao significado técnico do texto e à comparação – esta pessoa pressupõe que a lei é interpretável e carente de interpretação e que diversos métodos de interpretação podem levar a diversos resultados exegéticos.¹⁰⁸

¹⁰⁶ MAXIMILIANO, 2007, p. 1.

¹⁰⁷ HASSEMER, 2008, p. 71-98.

¹⁰⁸ Ibid., p. 74.

3.2 EVOLUÇÃO DA INTERPRETAÇÃO DO TEXTO DA LEI

Tendo no Iluminismo,¹⁰⁹ e na promulgação do *Código de Napoleão*, o marco da codificação dos textos de Lei,¹¹⁰ o corte para análise das escolas de interpretação, será o século XIX.

Antes disto, diga-se, sempre houve a busca pela “vontade da lei”. O brocardo *in claris cessat interpretatio*¹¹¹ – “lei clara não carece de interpretação” – sugere a possibilidade de aceitação pura e simples do que se lê no texto da lei, em sendo clara sua redação. A qual (redação clara), por consequência, traria um sentido claro, facilmente perceptível.

Perceba-se, entretanto, que há um raciocínio anterior para firmar se texto da lei é claro ou não. Ou seja, houve um procedimento interpretativo prévio do texto de lei que concluiu ser ele claro e de fácil compreensão seu significado¹¹².

O direito romano é marcado pela interpretação não só de textos *obscurus ou lacunosos*. Opõe-se a este brocardo, a lição de Ulpiano.¹¹³ “*Quamvis sir*

¹⁰⁹ BOBBIO, 1995, p. 54-55: “O fato histórico que constitui a causa imediata do positivismo jurídico deve, ao contrário, ser investigado nas grandes codificações ocorridas entre o fim do século XVIII e o início do século XIX, que representaram a realização política do princípio da onipotência do legislador (...). Os iluministas consideraram possível e necessário substituir o acúmulo de normas consuetudinárias por um direito constituído por um conjunto sistemático de normas jurídicas deduzidas pela razão e feitas valer através da lei.”

¹¹⁰ Sobre “os primeiros textos legais e sua interpretação”, NOJIRI, 2005, p. 31-55.

¹¹¹ Maximiliano, destaca que este brocardo não é romano, sem, contudo identificar sua origem. Cf.: MAXIMILIANO, 2007, p. 27.

¹¹² Neste sentido, Nojiri, antes de afirmar que “toda aplicação pressupõe uma interpretação, uma vez que não posso aplicar aquilo que não compreendo”, contestando o exemplo dado por Hernandez Marin, de que a ordem “sente-se” não comporta interpretação, diz que “a aplicação do direito requer, necessariamente, uma interpretação preliminar para que possa ocorrer a captação do sentido da norma a ser aplicada”. No comando “sente-se”, antes de ser obedecido, comporta três indagações: “quem recebeu a ordem irá querer saber quem está ordenando, já que as pessoas só cumprem ordens de quem tem competência para expedi-las. Em segundo lugar, é necessário saber se há condições materiais para cumprimento da ordem, saber, por exemplo, se há algum lugar para sentar, uma vez que só cumprimos ordens passíveis de serem realizadas. E, ainda, há que se indagar pela eventual sanção pelo descumprimento do comando recebido (o que acontecerá comigo caso não cumpra a ordem?)”. E, com todas as letras, na p. 142: “até os textos claros são interpretados, mesmo porque, há uma prévia atividade interpretativa para saber se são claros!”. Cf.: NOJIRI, op.cit., p. 141-142. No mesmo sentido escreveu HUNGRIA, 1976, p. 63-64: “Mesmo textos aparentemente mais claros não estão isentos da necessidade de explicação, pois o seu verdadeiro alcance pode ficar aquém ou além das letras (...). O *interpretatio cessat in claris* é um conceito superficial, que, na realidade da vida jurídica a cada passo se desacredita. (...) Notadamente em matéria penal (...) a lei, por mais cuidada na forma e no fundo, dificilmente se exime à diversidade de entendimento”.

¹¹³ Eneo Domitius Ulpianus, (Tiro, 150 — Roma, 228) foi um jurista romano. Tem como expoente jurídico o princípio contido no ditame: “Tais são os preceitos do direito: viver honestamente (*honeste vivere*), não ofender ninguém (*neminem laedere*), dar a cada um o que lhe pertence (*suum cuique tribuere*)”. – site <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ulpiano>.

manifestissimum edictum proetoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus”. “Embora claríssimo o edito do pretor, não se deve descurar da interpretação respectiva”. No mesmo sentido, Maximiliano traz de Cícero: *Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac postestatem* – “saber as leis não é conhecer-lhes as palavras, porém a sua força e poder’, isto é o sentido e o alcance respectivos”,¹¹⁴ arrematando que só graças a esta exegese de todos os textos de lei – “largueza de vistas dos jurisconsultos” – que o texto do Digesto¹¹⁵ sobreviveu séculos.

3.2.1 Escola da Exegese

Retomando a interpretação do texto da lei no Direito Moderno¹¹⁶, contemporâneo ao Código de Napoleão surgiu a Escola da Exegese. O nome – exegese – não foi uma escolha de seus membros, mas fruto de uma crítica pelo método adotado (o interpretar minuciosamente de cada palavra do texto da lei) que acabou por batizar o grupo de juristas belgas e franceses que atuaram no propósito de interpretação da lei, do surgimento do Código de Napoleão (24.03.1804¹¹⁷) até o início do século XX (1903).

Para os *exegetas* o texto da lei conteria todas as normas necessárias para a regulação que pretende. A interpretação a ser feita seria declarativa e presa aos termos da própria lei. Ficou, assim, caracterizada a escola da exegese por sua técnica de interpretação “de um exacerbado positivismo legalista, que entendia que a interpretação confundia-se com a mera exegese do texto legal (...) no sistema legal já está *implícito* algo que competiria ao intérprete tornar *patente* ou *explícito*.”¹¹⁸ A interpretação / aplicação do direito na forma silogística era aceita sem reservas pelos

¹¹⁴ MAXIMILIANO, 2007, p. 27.

¹¹⁵ O Digesto, conhecido igualmente pelo nome grego Pandectas, é uma compilação de fragmentos de jurisconsultos clássicos. É obra mais completa que o Código tem e ofereceu maiores dificuldades em sua elaboração. Digesto vem do latim digerere - pôr em ordem. - O Corpus Iuris Civilis (em português Corpo de direito civil) é uma obra jurídica fundamental, publicada entre os anos 529 e 534 por ordens do imperador bizantino Justiniano I. Consulta no site <http://pt.wikipedia.org/wiki/Digesto>.

¹¹⁶ GRAU, 2003, p. 99-101: “Quando faço alusão do ‘direito moderno’ estou a referir *um modelo de direito positivo, direito posto pelo Estado* (...) *Direito moderno*, aqui, conota o direito (positivo) produzido pelo chamado *Estado moderno*, datado da Revolução Francesa”.

¹¹⁷ NOJIRI, 2005, p. 43.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 50.

integrantes deste movimento. Afinal, em tese, o sistema codificado seria “completo e fechado” segundo a visão do exegetismo.¹¹⁹

É possível dividir em três fases de atuação esta escola, sendo que a divisão se dá em razão da grandeza de seus integrantes, e não da mudança ou desenvolvimento do método empregado. O segundo período da escola, de 1830 a 1880 é, segundo Noriji, o que congregou os maiores nomes. Não há um grande nome de destaque que possa ser tomado como representante único (como a Escola Histórica do Direito, precursora do direito positivado, tem em Carlos Frederico von Savigny¹²⁰) em nenhuma das fases da escola exegética¹²¹.

Como o método de interpretação utilizado era basicamente o literal (lógico/dedutivo), não se admitindo nenhum sentido que fugisse à intenção do legislador primeiro, o modelo preferido, senão único, de aplicação do direito era o silogismo jurídico (premissa maior, a norma geral e abstrata; premissa menor – a situação de fato: conclusão – a solução encontrada na lei).

Embora superada a Escola da Exegese, porque inadmissível que se mantivesse, como na origem, limitado o sentido da lei à literalidade de suas palavras, inegável que esta forma de interpretação subsiste e até mesmo é necessária, num primeiro momento. Firmado o sentido das palavras que dão corpo à lei, é de se complementar o processo interpretativo com outros critérios¹²².

3.2.2 Sociologia Jurídica

Com a Revolução Industrial e a observação de que a sociedade está em constante mudança e evolução, abriu-se campo para a constatação de que o direito

¹¹⁹ NOJIRI, 2005, p. 55.

¹²⁰ BOBBIO, 1995, p. 51

¹²¹ Ibid.: “A história da Escola da Exegese (...) pode ser dividida, segundo Bonnacase, em três períodos: os primórdios (de 1804 a 1830), o apogeu (de 1830 a 1880) e o declínio (de 1880 em diante, até próximo o fim do século passado). Os maiores expoentes desta escola, cujas obras apareceram precisamente durante a segunda fase de sua história são: - Alexandre Durantou (...). – Charles Aubry e Frédéric Charles Rau (...). – Jean Ch. F. Demolombe. (...) E, enfim Tropolog, autor de *O direito civil explicado segundo a ordem dos artigos do Código*, uma obra em 27 volumes publicada a partir de 1833. Tropolog é considerado o “filósofo”, isto é, o teórico da escola da exegese.

¹²² Diante se terá a abordagem específica dos critérios de interpretação do texto da lei.

positivado (por mais que carregue um grau de generalidade em suas normas) não tem condições de regular todas as possíveis situações de fato.

O silogismo jurídico passa a ser contestado, quando não execrado.

Muda-se a perspectiva do jurista, da lei até então considerada como repositório de todas as soluções, para os fatos.

De grande importância, nesta virada de paradigma, é a contribuição de Jhering¹²³ ao contrapor ao método lógico-formal (então utilizado às escâncaras), o método realístico ou teleológico. Ou seja, ao passo que reconhecia o Direito como norma posta a ser observada, a interpretação do texto da lei não poderia se divorciar dos fins do próprio Direito. Segue daí que a interpretação literal e neutra que marcou a Escola da Exegese, ancorada na idéia da completude do ordenamento jurídico, restou abalada quando se passou a considerar, na interpretação e aplicação dos textos legais, os valores que os mesmos encerram.

É Philipp Heck o nome citado por Noriji¹²⁴ como expoente destas idéias, nominadas como “jurisprudência dos interesses” em contraposição à “jurisprudência dos conceitos”, que preferem “o estudo e a valoração da vida” à mera aplicação lógica da lei¹²⁵.

Surge a *sociologia jurídica*, neste passo, para reforçar a cunha posta na exegese. Eugen Ehrlich (1862-1992) com a obra “Fundamentos da Sociologia do Direito” sustentou que o Estado não detém o poder criativo do direito na sociedade. Isto se dá em outras instâncias (não formais) como a família, por exemplo. Razão

¹²³ Rudolf von Jhering (Aurich, Frísia, 22 de agosto de 1818 — Gotinga, 17 de setembro de 1892), jurista alemão. Site: http://pt.wikipedia.org/wiki/Rudolf_von_Jhering, acesso em 28.12.2008.

¹²⁴ NOJIRI, 2005, p. 56.

¹²⁵ FEITOSA, 2008, p. 6-7:” Os primeiros passos para a mudança originaram-se no pensamento de Rudolf Von Jhering e desenvolveram-se fortemente com a obra de Philipp Heck. Sob forte influência de Jhering, Heck criticava a limitação do trabalho do juiz à mera subsunção de fatos aos conceitos jurídicos e à idéia de direito como um sistema fechado, hermético. Defendia a apreciação da *ação do direito sobre a vida, tal como ela se realiza nas decisões judiciais*. Em sua teoria, conhecida como ***jurisprudência de interesses***, afirmava que as leis resultariam *dos interesses de ordem material, nacional, religiosa e ética, que, em cada comunidade jurídica, se contrapõem uns aos outros e lutam pelo seu reconhecimento* (HECK *apud* LARENZ, 1997, PP. 64-65). Para proferir uma decisão haveria a necessidade fundamental de se conhecer os reais interesses motivadores da criação daquela lei. Esses interesses expressariam na verdade, forças sociais de onde adviria a causa da ação legislativa. A ordenação dos interesses em luta entre si exigiria a concepção de uma *ordem a promover* pelo legislador e determinada por juízos valorativos. (...) A obra de Heck, infiltrada na formação acadêmica do pensamento jurídico alemão, permitiu um novo horizonte ao Judiciário. Serviu de fundamentação, dentro do corpo de juristas, para uma orientação mais permeável a fatores *externos do direito*, aos aspectos econômicos, aos valores em jogo nas demandas judiciais e, fundamentalmente, ao próprio questionamento da abrangência e validade das normas produzidas pelo Legislativo. (...) O desdobramento da *jurisprudência de interesses* de Heck formaram o modelo hoje predominante na Corte Constitucional alemã chamado de *jurisprudência de valores*”.

pela qual, seria a sociologia do direito o eixo, o palco, para o desenvolvimento do direito, uma vez que “não se deve restringir à observação das palavras, mas dirigir sua observação para os *atos*”; com esta ordem de idéias é de Ehrlich a expressão “direito vivo”¹²⁶.

3.2.3 Movimento do direito livre

Realizado verdadeiro salto evolutivo – da escola da exegese à sociologia jurídica – depara-se, agora, com o *movimento do direito livre*, que tem em Hermann Kantorowicz¹²⁷ e Oskar von Bülow¹²⁸ seus maiores representantes. Em suma, advogam o caráter dinâmico do direito que não encontra amarras no texto posto da lei. Daí, a denominação *direito livre* que vai além da interpretação literal das normas, na busca de seu sentido no contexto social. Noriji comenta:

Oskar Bülow (...) chamou muita atenção ao defender que a lei não logra criar logo o direito, mas somente uma preparação, uma tentativa de realização da ordem jurídica. Afirmava, também, que sob o véu ilusório de uma mesma palavra, a lei oculta uma pluralidade de significações, ficando a critério do juiz proceder a uma escolha e que esse critério deve ser objetivo e, em certa medida controlável (embora ele nunca tenha dito no que consiste este critério). Oportuno lembrar que (...) para Kantorowicz, o pensamento jurídico de matiz sociológico (...) pode trazer contribuições importantes para o direito (...) devendo ser uma ciência valorativa a serviço da vida social¹²⁹.

Ainda, na escola do *direito livre*, citado como seu precursor, está François Géný¹³⁰. Isto porque, foi crítico da Escola da Exegese por não reconhecer a *completude* do sistema defendida por aquela. Embora tivesse como fim da interpretação, também, a vontade do legislador – uma vez que verificada a lacuna no texto da lei, além de verificar as circunstâncias do fato submetidas ao conhecimento do juiz, não se poderia perder de vista os *ideais de justiça e utilidade comum* visados

¹²⁶ FEITOSA, 2008, p. 60.

¹²⁷ Hermann Kantorowicz (1877-1940), Disponível em <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/311554/Hermann-Kantorowicz>. Acesso em 19 nov. 2008.

¹²⁸ Oskar von Bülow (1837-1907). Disponível em <http://de.wikipedia.org/wiki/Special:Search?search=oskar+von+bulow&go=Go>. Acesso em 19 nov. 2008.

¹²⁹ NOJIRI, 2005, p. 62.

¹³⁰ François Géný (1861-1959). Consultado no site <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/229429/Francois-Geny>. Acesso em 29 dez. 2008.

pelo legislador – Gény dizia ser insuficiente o direito positivo, mostrando-se contrário ao movimento de codificação.

Não sendo o direito positivo suficiente como fonte formal do direito, em seu pensar, a “natureza das coisas” deveria ser admitida como critério de interpretação. Salvo engano, não precisou o que entendia por “natureza das coisas”¹³¹.

3.2.4 Realismo americano

Saindo da Europa, identifica-se o *realismo americano* como mais uma das correntes contrárias ao formalismo exacerbado. De matiz sociológico, seus seguidores buscavam a aproximação do direito com a realidade.¹³² A ênfase se dava nos fatos jurídicos, e não mais na lei; admitia-se o direito como resultado das decisões judiciais e o reconhecimento de que fatos subjetivos, econômicos ou sociais é que movem o direito.

John Dewey¹³³, filósofo, psicólogo e pedagogo, apontado fundador desta corrente, sustentou que o “direito é um fenômeno social em sua origem, em sua finalidade e sua aplicação¹³⁴”; a lógica não dispõe de uma racionalidade completa devendo ser usada em favor do homem e que o Poder Judiciário é só uma das instâncias em que se desenvolve o direito, identificando na própria sociedade as demais. Transpôs para o campo jurídico estas idéias Oliver Wendell Holmes Jr¹³⁵, juiz da Suprema Corte Norteamericana, estabelecendo bases para a *jurisprudência sociológica*, segundo a qual o direito deve ser considerado “como instrumento para a vida social, para a realização de fins humanos”.¹³⁶ Seus estudos, reconhecendo o caráter racional do direito, chamavam a economia e a sociologia como colaboradores de sua compreensão.

¹³¹ NOJIRI, 2005, p. 63.

¹³² Ibid., p. 64.

¹³³ John Dewey (1859-1952). Disponível em <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/160445/John-Dewey> Acesso em 29 nov. 2008.

¹³⁴ NOJIRI, loc. cit.

¹³⁵ Oliver Wendell Holmes (1841-1935), Jr. Consultado site <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/160445/John-Dewey>. Acesso em 29 nov. 2008.

¹³⁶ NOJIRI, op. cit., p. 65.

Trilhando o mesmo caminho, Benjamin Nathan Cardozo¹³⁷, advogado e jurista americano, igualmente, tinha no uso da lógica um instrumento para a compreensão do direito, na busca da justiça e bem-estar; condenando o abuso da lógica no direito, quando seus métodos e fins (da lógica) é que são tomados como verdadeiros valores. Tido como o nome de destaque do *realismo americano*, Roscoe Pound¹³⁸ entendia ser obrigação da ciência jurídica focar-se no ser humano e não nos valores e verdades do direito. Competiria ao jurista identificar quais as necessidades do grupo social, dispondo, então o direito, da forma como supri-las.

Ficou como característica deste grupo, do *realismo jurídico*, a preocupação do direito como fenômeno social em constante movimento, formado por “procedimentos de criação, interpretação e aplicação de regras”. De modo pragmático buscavam interpretar a lei em favor da sociedade, descurando de questões teóricas acerca da natureza desta interpretação e sua metodologia. Tinham o direito como um campo aberto de trabalho – *questão da indeterminação do direito* tanto no texto posto como nos precedentes¹³⁹ –, advogando a tese de que o juiz não só poderia, mas deveria construir o direito, a norma a ser aplicado no caso concreto, quando de sua análise.

3.2.5 A contribuição de Hans Kelsen

Conhecido pela elaboração da “Teoria Pura do Direito”, na década de 1930, quando a escola exegética já se encontrava superada, Hans Kelsen declarou seus propósitos no Prefácio à primeira edição desta sua obra¹⁴⁰. Elaborar uma teoria do Direito “purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos da ciência

¹³⁷ Benjamin Nathan Cardozo (1870-1938). Disponível no site <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/95663/Benjamin-Nathan-Cardozo>. Acesso em 29 nov. 2008.

¹³⁸ Roscoe Pound (1870-1964). Consulta no site <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/473081/Roscoe-Pound>. Acesso em 03 dez. 2008.

¹³⁹ “no que diz respeito aos precedentes, a indeterminação deve-se, fundamentalmente, à flexibilidade dos fatos, à ausência de formas verbais “fixas” (...). Já no caso das leis, a indeterminação origina-se da vaguidade e da ambiguidade das expressões utilizadas, das lacunas ou inconsistências, da imprecisão do objetivo perseguido pela lei ou pela dificuldade de qualificação das situações de fato”. Cf.: NOJIRI, 2005, p. 67.

¹⁴⁰ Hans Kelsen (1881 —1973) foi um jurista austro-americano, um dos mais importantes e influentes do século XX. Consulta no site http://pt.wikipedia.org/wiki/Hans_Kelsen. Acesso em 03 dez. 2008.

natural, uma teoria jurídica consciente de sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto”¹⁴¹.

Incompreendido a seu tempo – e não raro também hoje – a importância da obra e a influência de todo o pensamento de Kelsen é reconhecida até nossos dias. Em que pese leituras apressadas tomarem Kelsen como um *positivista sectário* em termos de concepção da norma jurídica, seu pensamento não adere ao da escola exegetica.

Crítico sistemático do formalismo e do positivismo confesso, o ministro Eros Roberto Grau¹⁴² penitencia-se publicamente, no livro “O Direito Posto e o Direito Pressuposto” quando diz (à semelhança do que muitos juristas, sem dúvida, já passaram mas sem oportunidade de externar):

Fui um crítico exacerbado de Kelsen, ousadamente, até o momento em que verifiquei que há dois Kelsen: o verdadeiro, crítico formal do Direito, e aquele em que o transformam alguns de seus leitores. Percebi, então, que minhas críticas a Kelsen deveriam não a ele ser destinadas, porém a alguns supostos kelsenianos, aqueles que fazem com que a teoria de Kelsen seja importante não pelo que estuda, mas sim pelo que deixa de estudar.¹⁴³

Mesmo assim, ao dar o devido valor ao trabalho de Kelsen, Grau não reconhece colaboração de Kelsen para a interpretação do direito. Uma vez que Kelsen dispôs, em sua teoria, sobre as normas jurídicas e que, em seu olhar, as normas estariam despidas de qualquer valor, não seria possível cogitar da interpretação das mesmas porque “tais cogitações estão para além da teoria pura”.¹⁴⁴ A crítica de Grau continua:

Os kelsenianos são vítimas também da postura metodológica que assumem diante do direito, como objeto do conhecimento, divisando-o apenas como forma. Isso conduz, inexoravelmente, a um método peculiar de apreciação das noções jurídicas: a lógica dessas noções é buscada exclusivamente na razão teórica. É, no entanto, evidente que o direito e as normas jurídicas não podem ser consideradas apenas em sua estrutura abstrata, sem referência à sua função no contexto social¹⁴⁵.

¹⁴¹ KELSEN, 1998, p. XI-XV.

¹⁴² Eros Roberto Grau (19 de agosto de 1940, Santa Maria - RS) é ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil, indicado pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva, na vaga decorrente da aposentadoria do Ministro Maurício Corrêa, tendo tomado posse em 30 de junho de 2004. Consultado no site http://pt.wikipedia.org/wiki/Eros_Grau. Acesso em 03 dez. 2008.

¹⁴³ GRAU, 2003, p. 32.

¹⁴⁴ Ibid., p. 33.

¹⁴⁵ Ibid.

Compreensível a posição deste autor, até mesmo pelo título da obra na qual está inserida – *O Direito Posto e o Direito Pressuposto* – na qual o direito posto, legislado, é considerado a partir dos princípios vigentes na sociedade para a qual se destina. Resta flagrante o compromisso axiológico e histórico deste autor, Eros Grau, ao tratar do Direito Posto. Portanto, não teria, em coerência de pensamento, como dizer de forma diversa da obra de Kelsen.

Doutra banda, Sérgio Noriji esquematiza a *teoria da interpretação de Kelsen*, presente em sua obra, a partir da divisão do sistema normativo em *estático* e *dinâmico*¹⁴⁶. Num sistema normativo do tipo estático, as normas são válidas e espera-se dos indivíduos a ela sujeitos, a observância, por conta do aspecto material. As normas teriam um conteúdo “auto-evidente” demonstrativo de sua validade que atrairia os cidadãos. Já, num sistema de normas do tipo dinâmico, como aponta Kelsen ser o sistema das normas jurídicas, as normas teriam validade (não mais a partir de um conteúdo auto-evidente desta qualidade, mas) porque foram criadas por uma autoridade competente para criar a norma, nos termos da Constituição (ou da norma imediatamente anterior).

É o resumo da *teoria da norma fundamental*, na qual o fundamento de validade de uma norma jurídica está no fato de poder criar outra norma jurídica, sempre de forma legítima e escalonada, estando no ápice a *norma fundamental*.

Esta constante (re)produção das normas, legitimadas por elas próprias numa relação de superior/inferior, é dita como uma “figura espacial de linguagem”. Assim sendo, a criação de normas jurídicas se dá por “atos de vontade, implica opções hermenêuticas diversas, não redutíveis a uma única solução possível”¹⁴⁷.

Dado o caráter formal do sistema dinâmico de produção da norma jurídica, quanto ao seu conteúdo, a questão não seria mais de “*caráter técnico-jurídico*, mas *político-jurídico*”. Considerando que a decisão judicial produz uma norma jurídica particular a ser aplicada no caso concreto, a norma superior pode determinar a forma (competência), mas não o conteúdo da norma inferior,

no processo em que uma norma jurídica geral positiva é individualizada, o órgão que aplica a norma jurídica geral tem sempre necessariamente de determinar elementos que nessa norma geral ainda não estão determinados e não podem por ela ser determinados¹⁴⁸.

¹⁴⁶ NOJIRI, 2005, p. 72.

¹⁴⁷ Ibid., p. 73.

¹⁴⁸ KELSEN, 1998, p. 272.

Assim sendo, a norma jurídica geral é admitida como “uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual”¹⁴⁹.

O espaço da *moldura* a ser preenchido pelo intérprete na criação da norma jurídica individual é o campo da interpretação para Kelsen no qual, dentre as várias soluções possíveis, o intérprete há de optar por uma que se contenha aos limites da moldura. Ou melhor, que se amolde à norma jurídica de caráter geral.

A lei, geral e abstrata, é concebida nesta ordem de idéias, como um *marco de possibilidades* de interpretação, todas igualmente válidas; isto porque o sentido verbal, o significado lingüístico da norma legal, não é unívoco. Na realidade, o órgão tem de aplicar a norma, ao interpretar, encontra-se perante várias significações possíveis. Essa pluralidade de significações fez com que Kelsen criasse a imagem de uma “moldura” na qual cabem várias possibilidades de interpretação.¹⁵⁰

Arrematando, Kelsen diferencia a *interpretação autêntica* que ocorre na produção da norma jurídica particular da *interpretação científica*, feita pelos juristas. Na primeira, na autêntica, a interpretação é fruto de um ato de vontade, consubstanciado na escolha de uma das normas possíveis para preenchimento da moldura. Este ato de vontade cria o direito, concretizado na decisão judicial. Ao contrário, a interpretação científica é um ato de conhecimento, desprovido de capacidade constitutiva do direito.

3.2.6 Panorama atual

Nem tanto ao mar, nem tanto à terra, fato é que este olhar panorâmico da interpretação do texto legal no tempo, leva à conclusão de que o ordenamento jurídico, mesmo com seu (indeclinável) grau de generalidade quando da elaboração do texto legal, não cobre todas hipóteses possíveis de ocorrência de fato, que podem reclamar sua aplicação. Embora intocável o positivismo jurídico na sua forma, resta superada a idéia de que existe uma única resposta correta para cada situação (exceção feita a Dworkin e seu juiz hercúleo).

¹⁴⁹ KELSEN, 1998, p. 272.

¹⁵⁰ NOJIRI, 2005, p. 75

Entre nós, um dos intérpretes autênticos do ordenamento jurídico nacional Eros Grau, ministro do STF, leciona que interpretar é mais que compreender. Importa em mostrar algo, extrair do texto da lei uma norma para aplicação no caso concreto. O surgimento da norma e sua conseqüente aplicação exteriorizam uma expressão de poder. Poder este que, valendo-se da classificação de Kelsen, diz que somente o intérprete autêntico, o juiz, tem¹⁵¹ e se exterioriza no momento em que define normas de decisão¹⁵².

Tomado conhecimento das possibilidades contidas no texto da lei (interpretação cognoscitiva), por um ato de vontade o aplicador (agora intérprete) do direito¹⁵³ escolhe uma das interpretações possíveis para aplicar ao caso concreto. “É este ato de vontade que peculiariza a interpretação autêntica”¹⁵⁴.

Quase no mesmo sentido é a conclusão de Nojiri, quando da “tentativa de sistematização das teorias apresentadas¹⁵⁵”. Para o autor, a decisão judicial não é somente um *ato de vontade*; todavia não acredita ser possível demonstrar uma total racionalidade nela contida (aqui já avançando para as teorias da argumentação). A busca em seu estudo (como imagino, é de todos os que se debruçam sobre o tema) é do “meio-termo destas duas concepções” com a busca de “critérios de racionalidade possíveis para se *justificar*, à luz de controles de razoabilidade prática, decisões judiciais com inegável conteúdo político, de vontade.”¹⁵⁶

3.3 DOS SUJEITOS DA INTERPRETAÇÃO DO TEXTO DA LEI

Se é certo que o texto da lei é promulgado para regular a vida de uma determinada sociedade, em determinado espaço de tempo e lugar, vários são os sujeitos que podem/devem fazer a interpretação do que nele está contido.

¹⁵¹ GRAU, 2003, p. 207.

¹⁵² Ibid., p. 208.

¹⁵³ Neste capítulo, ao falar de “direito” na locução “intérprete do direito” ou “interpretação do direito” estar-se-á referindo à interpretação do texto da lei.

¹⁵⁴ GRAU, loc. cit.

¹⁵⁵ Ibid., p. 110-120.

¹⁵⁶ Ibid., p. 119-120.

Juarez Cirino dos Santos apresenta os sujeitos da interpretação a partir da interpretação que se pretende:¹⁵⁷

- a) *interpretação autêntica* feita pelo *legislador* e que pode se dar de duas formas:
- interpretação autêntica contextual quando o legislador insere no texto da lei a descrição do que considera ser o termo que emprega. Por exemplo, o conceito de causa no artigo 13 do Código Penal¹⁵⁸ (este exemplo é do autor, podendo-se, ainda citar, a título ilustrativo, o artigo 150, §§ 4º e 5º¹⁵⁹, do CP e 327¹⁶⁰, ambos do Código Penal e o artigo 2º, caput, da Lei 8.069/90¹⁶¹);
 - interpretação autêntica paralela, contida na Exposição de Motivos ou Justificativas de Lei quando o legislador apresenta os motivos que originaram o texto legal.
- b) *interpretação judicial*, aquela feita pelo *Poder Judiciário* na apreciação do caso concreto (sendo sujeito o Juiz competente), que se concretiza nas decisões de casos particulares, jurisprudência e súmulas (vinculantes ou não);
- c) *interpretação científica* do direito confiada aos *especialistas da ciência jurídica* em todos os seus ramos (ou subsistemas) que, a partir do estudo do texto legal, criam “categorias científicas necessárias ou úteis” para compreensão e aplicação do Direito.

¹⁵⁷ SANTOS, 2006, p. 60.

¹⁵⁸ **Art. 13** - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

¹⁵⁹ **§ 4º** - A expressão "casa" compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

§ 5º - Não se compreendem na expressão "casa":

I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior;

II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero. (Código Penal)

¹⁶⁰ **Art. 327** - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

Parágrafo único. Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. (Código Penal)

¹⁶¹ Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. (Lei 8069/90)

Outro clássico do Direito Penal Brasileiro, José Frederico Marques¹⁶² segue o mesmo critério de Santos, apresentando os sujeitos da interpretação a partir da interpretação produzida. Coincide na terminologia de (a) interpretação autêntica que parte do próprio órgão que promulgou o preceito interpretado e de (b) interpretação judicial, feita pelos juízes e tribunais à luz do caso concreto. A interpretação científica de Santos é denominada por Marques como (c) interpretação doutrinária, feita pelos teóricos do Direito quando do estudo dos textos legais à luz da dogmática jurídica¹⁶³.

Anota Marques que alguns autores (mas não identifica quais) tem sob uma mesma rubrica as interpretações judicial e doutrinária, sendo a primeira, a judicial, vista sob o ponto de vista prático dos juízes e a segunda, como interpretação teórico-científica e feita pelos juristas.

Poderia aqui se objetar que os sujeitos da interpretação estão sendo apresentados a partir da ótica de penalistas. A interpretação da norma penal, que é o objeto deste estudo, embora guarde certas especificidades – destacando, desde logo, a estrita vinculação do princípio da legalidade, com proibição do uso de analogia – não se afasta da teoria geral da interpretação da norma. Em que pesem todos os avanços conquistados na seara penal, em termos de interpretação e aplicação do texto da lei, em especial dos tipos incriminadores, continua válida a lição trazida por Marques, citando Petrocelli: “a interpretação da norma penal se baseia nos mesmos princípios que regem a interpretação de todas as normas jurídicas”.¹⁶⁴

Invocando Kelsen, Grau diz que será o interprete autêntico do direito aquele que tem poder para, mantendo o texto legal como referência de sua interpretação, dele extrair um significado normativo. E como quem tem este poder é o juiz/tribunal (quando faz a norma para o caso concreto com força definitiva), há uma troca de designações. Quando parece pacífico que ao juiz compete a interpretação judicial e ao legislador a interpretação autêntica¹⁶⁵ encontra-se o uso, por este autor, de

¹⁶² MARQUES, 1997, p. 204-208.

¹⁶³ Neste passo, segue a mesma denominação, HUNGRIA, 1976, p. 70-72: “Distingue-se a interpretação, quanto aos *órgãos* de que emana, em *autêntica, judicial e doutrinal* (ou *científica*). *Autêntica* se diz a interpretação que procede do próprio legislador (...). *Judicial* é a interpretação que deriva dos órgãos judiciários (juízes e tribunais). (...) *Doutrinal*, finalmente, é a interpretação feita pelos escritores de direito, nos seus comentários à lei escrita”.

¹⁶⁴ MARQUES, op. cit., p. 202.

¹⁶⁵ Também apontando o legislador como sujeito da interpretação autêntica: CANOTILHO, 1995, p. 233; e, dando o legislador como sujeito da interpretação autêntica e o juiz como sujeito ativo da interpretação literal: NORONHA, 1993, p.70.

autêntica para a interpretação da lei plasmada na decisão judicial. Todavia esta aparente inversão justifica-se porque Grau traz da obra de Kelsen a designação de *autêntica* para a interpretação feita pelo Juiz na produção da norma individual e concreta, dentro da moldura dada pela lei.

Todavia, o que se colhe de diverso na obra de Grau – afora deslocar a denominação de autêntica, da interpretação feita pelo legislador, para aquela feita pelo juiz – é a menção expressa do cidadão como um dos sujeitos da interpretação do texto da lei penal a que se subordina.

Reconhece Grau que todos temos um grau de interpretação do texto da lei e lembra o exemplo de Carnelutti do homem faminto “que ao passar por uma banca de frutas, não arrebatada uma maçã nada mais faz que interpretar/aplicar o direito. Nesse caso, entretanto, a interpretação/aplicação do direito é precedida para evitar conflitos”¹⁶⁶ e não como expressão do poder, como faz o intérprete autêntico.

Tem-se que para o presente trabalho, a discussão não pode ser alongada, mas a consideração do indivíduo destinatário da norma como intérprete do direito é fundamental. Sob a égide da ficção legal de conhecimento da lei por todos (uma vez que não se pode alegar o desconhecimento da lei como causa de sua não observância) o alcance da compreensão do direito por Todos – aqui é proposital tratar este Todos como nome próprio – enseja discussão, frente ao caráter lingüístico da norma e os matizes da sociedade para a qual foi criada.

A esta altura (e só por garantia) é de se afirmar que o presente trabalho tem seu interesse voltado para a interpretação *judicial* do direito penal (tratada como interpretação autêntica por Kelsen e Grau).

Mas, antes de ingressar em quais sejam (a) os critérios para a interpretação judicial, (b) os limites da interpretação e (c) as conseqüências da eleição de cada critério, uma observação derradeira sobre o sujeito da interpretação judicial.

¹⁶⁶ GRAU, 2003, p. 39.

3.3.1 Da (inexistente) discricionariedade na interpretação judicial

É voz corrente na doutrina que o texto de lei contém uma margem de indeterminação, para que o juiz possa desenvolver sua interpretação e na qual ocorre a “criação” do direito para o caso concreto. Para este espaço interpretativo a doutrina reserva, em sua maioria, a expressão *discricionariedade judicial*. Ou seja, onde e quando o juiz teria a liberdade de fazer escolhas entre possibilidades discursivas para resolução do caso concreto.

Se entender que a escolha interpretativa será feita de forma limitada, nos contornos da norma geral abstrata aplicável ao caso ou, em não sendo coberta a situação de fato por uma previsão hipotética na lei, pelos princípios consagrados no ordenamento jurídico, diz-se que houve uma criação fraca do direito. Doutra banda, registra-se a possibilidade de uma criação forte do direito, quando o juiz se vale de seus próprios critérios subjetivos como limite para a opção entre os discursos possíveis na decisão, deixando de lado o texto da lei escrita. Nesta diferenciação, Nojiri, diz que ser no último caso – de criação forte do direito – “a discricionariedade judicial é mais ampla”. Anotando, no rodapé, que

alguns autores preferem falar em discricionariedade judicial em sentido forte e fraco. Dworkin, por exemplo utiliza estas expressões em seus *Los Derechos em serio*, p. 84-85. De minha parte, prefiro falar em criação judicial, já que o uso da palavra discricionariedade comporta muitos problemas que não podem ser resolvidos neste trabalho.¹⁶⁷

Discricionariedade é um termo emprestado do Direito Administrativo, que adjetiva o ato administrativo.

Ato discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização. A rigor, a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público¹⁶⁸.

Opõe-se o ato administrativo discricionário ao ato administrativo vinculado.

Em largas linhas, pode-se dizer que o ato vinculado

¹⁶⁷ NOJIRI, 2005, p. 145 (grifo nosso).

¹⁶⁸ MEIRELLES, 1995, p. 150-151.

ou regrado são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa.¹⁶⁹

Eros Grau discorda da existência de discricionariedade do juiz no ato de interpretar/aplicar o direito. Isto porque, são da natureza do ato discricionário os elementos de oportunidade e conveniência da Administração para a prática do ato administrativo. E, não se concebe que o juiz, no desenho de Estado em que se encontra o Brasil, possa fazer um juízo de oportunidade frente o caso a decidir. Sempre, independente de se reconhecer o caráter criativo no direito da decisão judicial (ou, em negando este caráter fica mais evidente) ao juiz só é dado fazer um juízo de legalidade, porque vinculado o juízo ao texto da lei.¹⁷⁰

Deixa-se de falar de discricionariedade do juiz quando da interpretação judicial do direito para dizer de opção por uma das possibilidades discursivas.

3.4 CRITÉRIOS E LIMITES PARA INTERPRETAÇÃO DO TEXTO DE LEI

Pode soar como lugar comum neste trabalho, dizer que o direito se concretiza em texto. E, texto é linguagem. Uma linguagem especial, a do direito, frente à linguagem cotidiana e que, para manter-se nos lindes do princípio da legalidade, precisa nortear sua aplicação a partir da compreensão da linguagem. O que se dá por interpretação¹⁷¹.

Do princípio da legalidade (*lex certa, lex praevia, lex scripta e lex stricta*), Hassemer aponta como expectativa de sua observância (a) a vinculação do juiz à lei e (b) a transparência na determinação do direito e em sua justificação¹⁷².

Assim, limitada a atividade do intérprete judicial no espaço desenhado na lei, garante-se a segurança jurídica porque “obtem-se melhor previsibilidade e, simultaneamente, controlabilidade do que se passa na legislação e jurisdição

¹⁶⁹ MEIRELLES, 1995, p. 149.

¹⁷⁰ GRAU, 2003, p. 209.

¹⁷¹ Acerca da linguagem jurídica, DIAS, 2006, p. 83-90.

¹⁷² HASSEMER, 2008, p. 53-54.

penais”¹⁷³. Estes predicados da jurisdição – transparência e controlabilidade – são apontados como princípios da atividade penal, ao lado do princípio da legalidade.

Como forma de assegurar a efetividade destes princípios, dois caminhos foram eleitos: a (a) teoria jurídica e metodologia, onde se encontra a teoria da interpretação e a (b) doutrina penal, que acolhe, além de outros temas relacionados com a linguagem do direito penal, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, o que se dá, na ótica deste trabalho, pela argumentação jurídica¹⁷⁴ (que, salvo engano, enquanto teoria da argumentação jurídica, deve ter seu lugar ao lado da interpretação).

Para Juarez Cirino Santos a interpretação da norma penal consiste em determinar o significado da lei penal expressa no texto da lei. Para tanto, apresenta três pontos de vista para alcançar o sentido da linguagem que constitui o texto da lei. A saber:

- a) *abordagem semântica*, como meio de obter o significado isolado das palavras;
- b) *abordagem sintática*, para determinar o significado conjunto das palavras que formam o texto da lei;
- c) *abordagem pragmática*, com o fim de esclarecer a adequação prática das palavras empregadas na lei.¹⁷⁵

Ocorre que estas abordagens – semântica, sintática e pragmática – não logram em todos os casos esclarecer a natural ambigüidade dos termos constantes da lei penal, sendo fixadas (na terminologia de Santos) *técnicas de interpretação*. Quais sejam:

- a) interpretação literal;
- b) interpretação sistemática;
- c) interpretação histórica;
- d) interpretação teleológica da lei, como instrumentos para determinar o significado da lei penal.

¹⁷³ HASSEMER, 2008, p. 53

¹⁷⁴ Ibid., p. 54.

¹⁷⁵ SANTOS, 2006, p. 58-59.

Estas, por si só, dizem de seu alcance e significado. A primeira, dando o significado literal de cada palavra contida no texto; a segunda, fixado o significado individual do texto da lei, busca a relação do mesmo com o ordenamento jurídico do qual faz parte; a terceira, histórica, vai ao processo criativo da lei averiguar a vontade do legislador¹⁷⁶. E, por fim, a interpretação teleológica para firmar os fins que se pretendem com a edição de determinado texto de lei.

Com olhos no princípio da legalidade, Hassemer apresenta como cânones da interpretação basicamente as mesmas técnicas dadas por Santos, às quais acrescenta a interpretação conforme a Constituição.¹⁷⁷

(...) os juristas desenvolveram instrumentos metodológicos de validade geral para fazer jus à importância da linguagem para Direito. Dentre estes instrumentos, são relevantes as teorias que devem assegurar a aplicação uniforme das leis – as teorias da interpretação. Elas são simultaneamente simples e indeclináveis:

“Realize a literalidade da lei na sua interpretação”: essa exigência “gramatical” é a consequência das circunstâncias de a lei ser uma criação lingüística e de o juiz estar vinculado a ela;

“Atente para o contexto sistemático no qual a palavra, frase ou a norma está”: esse preceito “sistemático” extrai consequências do fato de que o legislador, de forma mais ou menos precisa, introduz suas normas num ordenamento e, através desse ordenamento, frequentemente fornece informações substanciais sobre a semântica.

“Siga a vontade do legislador histórico”: essa obediência “subjetivo-histórica” é o mínimo que o legislador pode exigir de um juiz que deve aplicar a lei¹⁷⁸.

“Prolongue o sentido da lei na realidade”: essa teoria “objetivo-teleológica” é a mais óbvia das exigências metodológicas dirigidas ao Juiz; ela requer “obediência pensante”.

“Nunca abandone os limites da Constituição em sua interpretação da lei”: uma obviedade numa ordem jurídica em que as leis ordinárias se medem pela Constituição – tanto mais verdadeira então, quando se trata de sua interpretação.

Na exposição das técnicas interpretativas, Maximiliano¹⁷⁹ denomina de “processos” os meios pelos quais se faz a interpretação do direito. Basicamente,

¹⁷⁶ Faça-se aqui a observação de que hoje se tem por superada esta visão de “vontade de legislador” uma vez que a lei é fruto de decisão de muitos, em tese. Porque, da forma como tem decidido o *parlamento* brasileiro, a vontade pode ser do melhor lobby, da bancada, ou dos que ficaram para a votação.

¹⁷⁷ LARENZ apud ALEXY. Inclui o “mandamento de interpretação conforme a Constituição” como o quinto cânone interpretativo. Cf.: ALEXY, 2005, p. 35.

¹⁷⁸ Interessante que Hassemer não justifica esta asserção de “é o mínimo que (...) pode exigir de um juiz (...)”. e, não se encontra, no contexto da obra, justificativa para isto. (e, tem críticas na doutrina sobre a “vontade do legislador” uma vez que não se pode identificar este legislador, pelo modo como são produzidas as leis, ou a vontade, obrigatoriamente, deve ser atualizada, tendo em conta a permanência (desejada) da lei por muito tempo.

¹⁷⁹ MAXIMILIANO, 2007, p. 87-86.

apresenta dois: (a) o processo gramatical ou filológico e (b) o processo lógico, subdividindo-se este em (b.1) lógico propriamente dito e (b) lógico social ou sociológico. Ao final da exposição destes, traz ainda (c) o processo sistemático¹⁸⁰ e (d) o Direito Comparado como acessório para a interpretação, sob o ponto de vista sistemático¹⁸¹.

Escrito em 1925¹⁸², época na qual a Escola Exegética já conhecia a decadência na Europa, mas a notícia disto levaria mais um tempo para aqui chegar, Hermenêutica e a Aplicação do Direito desce às minúcias do processo gramatical ou filológico.

Em breve apanhado, o autor começa afirmando a preocupação com a letra do dispositivo, em contraste com o espírito da norma, que seria objeto do processo lógico. E, por ser esta letra uma forma de exteriorização da linguagem, após pequena discussão, acrescenta “exegese” ao processo que analisa: “se originou o processo verbal, ou filológico, de exegese”.¹⁸³

Quatro são os requisitos dados para a possibilidade de realização do processo gramatical, filológico ou exegético:

- a) o conhecimento perfeito, na totalidade, da língua empregada, tanto das palavras como da gramática e demais particularidades da língua;
- b) informações minuciosas, e sendo possíveis seguras, sobre o autor;
- c) notícia geral, inclusive histórica, do assunto que se trata;
- d) certeza de autenticidade do texto.

Superado o exame da presença destes requisitos, mais anotações quanto a particularidades da língua considerados tempo, lugar, estrutura do idioma, etc., seguem “alguns preceitos orientadores da exegese literal” dentre os quais, deveras detalhistas, encontram-se:

- a) que cada palavra pode ter mais de um sentido, ou ao contrário, muitas palavras podem ter o mesmo sentido;

¹⁸⁰ MAXIMILIANO, 2007, p. 104.

¹⁸¹ Ibid., p. 107-109.

¹⁸² Disponível no site http://pt.wikipedia.org/wiki/Carlos_Maximiliano_Pereira_dos_Santos. Acesso em 12 dez. 2008.

¹⁸³ MAXIMILIANO, op. cit., p. 87.

- b) deve-se dar preferência, na interpretação, ao sentido que se encontra para a palavra na linguagem comum, militando a presunção de que o legislador assim o quis;
- c) só frente a termos técnicos deve-se desprezar o sentido encontrado na linguagem comum;
- d) havendo conflito de sentidos de uma mesma palavra no mesmo texto, dar preferência ao sentido usualmente adotado pelo autor;
- e) para o uso em sentido geral ou particular de uma palavra, deve-se conhecer a evolução lingüística desta mesma palavra;
- f) em caso de mudança de significado no decurso do tempo, deve-se preferir o sentido da palavra quando da elaboração do texto no qual se encontra;
- g) privilegiar os regionalismos, na fixação do sentido da palavra;
- h) “presume-se que a lei não contenha palavras supérfluas”;
- i) em caso de dúvida, manter um sentido de uso geral da palavra e não de exceção;
- j) em casos de erros, engano ou lapso na redação do texto interpretado esta circunstância deverá ser demonstrada, uma vez que não se presume a possibilidade de erro;
- k) sem elementos a indicar em sentido diverso, o intérprete sempre deve guiar-se pelo teor literal;
- l) se a lei é clara não comporta interpretação, salvo para evitar mal maior. Ou seja, a produção de uma decisão contrária ao espírito dos dispositivos, examinados em conjunto;
- m) o processo gramatical não pode ser exclusivo na interpretação do texto, devendo cingir-se ao caso típico, principal, ficando o intérprete com a obrigação de ultrapassar o núcleo da interpretação com outros processos.¹⁸⁴

Mesmo sendo produto de um pensamento do primeiro quarto do século XX, rasgos de progresso se vislumbram na obra de Maximiliano quando este diz, ainda na interpretação gramatical, filológica ou exegética, da falibilidade deste processo¹⁸⁵,

¹⁸⁴ MAXIMILIANO, 2007, p. 89-93.

¹⁸⁵ “A letra não traduz a idéia, na sua integridade: *provoca*, em alheio cérebro, o abrolhar de um produto intelectual *semelhante*, jamais idêntico, ao que a fórmula é chamada a exprimir (...) os limites

invocando um olhar generalizado sobre o texto para localização dos princípios em boa hora cristalizados em normas positivas como reitores da aplicação do direito.

Não deixa, por óbvio, de acentuar, a propósito da pouca renovação, ser o processo gramatical o mais antigo e indispensável na interpretação do direito.

Quanto ao processo lógico, pouca coisa é dita. Isto porque, o significado do texto é buscado no próprio texto, sem o auxílio de nenhum outro elemento que não o próprio dispositivo de lei, valendo-se das regras da lógica geral. Resume que se aplicado este processo em sua pureza, o Direito ficaria reduzido a brocardos extraídos de silogismos¹⁸⁶.

Dos defensores do processo lógico social sabe-se, por Maximiliano, que na crítica a seus antecessores, inseriram elementos sociológicos na interpretação do direito. Mas repetiram o pecado de cair no excesso. Ao passo que os primeiros, do processo lógico puro, buscavam “transformar simples princípios dirigentes da pesquisa no sentido e alcance dos textos em fórmulas matemáticas, incoercíveis, de efeito direto, fatal, único”, os segundos, derraparam perdendo contato com seus pares, e “perdida a brida, sem ponto de apoio resvalaram até a livre indagação, ao julgamento independente dos Códigos, aos arestos *proeter* e também *contra legem*”¹⁸⁷.

do campo verbal são indefinidos (...) resulta imperfeita a obra legislativa; as Câmaras funcionam com intermitência, deliberam às pressas (...) fixado o acordo sobre estes, deixam passar sem exame sério o restante: descuram do fundo, e talvez mais da forma, que é a base de interpretação pelo processo filológico. (...) nada de exclusivo apego aos vocábulos. O dever do juiz não é aplicar parágrafos isolados, e, sim, os princípios jurídicos em boa hora cristalizados em normas positivas”. Cf.: MAXIMILIANO, 2007, p. 96-97.

¹⁸⁶ Próximo, temporalmente, de Maximiliano, (a primeira edição de seus *Comentários...* é de 1948) HUNGRIA, 1976, p. 80-90: “Quanto aos meios de que se utiliza, a interpretação se divide em *gramatical* e *lógica* (ou *teleológica*, porque se propõe, principalmente, a pesquisa da razão finalística da lei). A primeira vale-se da letra e sintaxe da norma legal para deduzir seu sentido (...) Deve preceder a qualquer outra, pois é de presumir-se, *prima facie*, que o legislador tenha sabido traduzir devidamente seu pensamento. (...) A interpretação lógica ou teleológica consiste na indagação da vontade ou intenção realmente objetivada (...). Imprescindível é, igualmente, o chamado *elemento sistemático*, ou seja o cotejo do dispositivo a interpretar com outras da mesma lei ou de lei distinta, mas atinente ao mesmo objeto ou assunto, e com os próprios princípios gerais de direito (...). Ainda outro elemento de utilidade é o *histórico* (...) têm afinidade os “trabalhos preparatórios” (...) e as “exposições de motivos” (...). Não se pode recusar, seja qual for a lei, a denominada *interpretação evolutiva* (*progressiva*, *adaptativa*). A lógica da lei, conforme acentua MAGGIORE, não é estática e cristalizada, mas dinâmica e evolutiva (...) o “direito justo” (...) deve ser alcançado *com* a lei e não *contra* a lei. (...) Outro elemento ponderável da interpretação lógica é o *direito comparado* (...). Finalmente, pode a interpretação lógica valer-se até mesmo de *elementos extrajurídicos*, desde que a lei os pressuponha ou a eles se reporte (ex.: diretrizes do regime político sob a qual foi criada a lei, vocabulário e conceitos de ciências extrajurídicas em que o legislador se louvou, etc).”

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 104.

Por fim, e sem ter feito menção no início da matéria, Maximiliano trata do processo sistemático que, à primeira vista, sugere corresponder à interpretação sistemática de Santos e ao preceito sistemático de Hassemer.

Todavia, ao tempo em que Hassemer tem o processo sistemático como a busca do sentido do texto considerada a frase ou a norma geral onde se encontra o dispositivo¹⁸⁸, Maximiliano acrescenta ser o processo sistemático a comparação do texto em interpretação com outros “do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto”. Ou seja, é a busca do significado em todo o ordenamento, do qual o texto interpretado é parte.

Neste processo sistemático de interpretação, inclui o autor do “um elemento moderníssimo – o Direito comparado” como ferramenta para esclarecer, tendo em conta a “legislação dos povos cultos”, o sentido do texto da lei. A justificativa é que o direito é uma ciência quase universal e que países com a mesma raiz civilizatória compartilham os mesmos princípios e formas legislativas.

Como era de se esperar, e se visualiza em parte nesta altura do trabalho, não existe “unidade a respeito da classificação e do conteúdo das teorias de interpretação”¹⁸⁹. O que Santos apresentou como técnicas de interpretação, Hassemer trouxe como cânones de interpretação e Maximiliano como processos, Barroso nomina métodos de interpretação, limitando-os aos quatro clássicos: gramatical, sistemático, teleológico e histórico. Diz serem objetivos os métodos sistemático e teleológico e subjetivo o método histórico. Razão pela qual, aqueles devem preceder este quando da interpretação. Quanto à interpretação conforme a Constituição não é apontada como método interpretativo, mas como princípio.¹⁹⁰

¹⁸⁸ MAXIMILIANO, 2007, p. 55.

¹⁸⁹ ALEXY, 2005, p. 229: “Os cânones da interpretação têm sido, desde Savigny, objeto de muitas discussões até hoje não há acordo quanto ao seu número, sua formulação precisa, sua hierarquia e calor”. No mesmo sentido HASSEMER, 2008, p. 84.

¹⁹⁰ BARROSO, 1996, p. 118 passim.

3.4.1 Da interpretação conforme a Constituição

Das formas de interpretação apresentadas, passa-se a análise da última, mas não menos importante - talvez, até, a reitora neste momento de constitucionalização do direito em que se contra o Brasil¹⁹¹ - a interpretação conforme a Constituição.

Ao passo que Hassemer optou por apontar a interpretação conforme a Constituição como um cânone, Barroso e Canotilho¹⁹² tratam como princípio. E, sendo princípio, pode-se dizer que o valor a ser dado à matéria é outro.

Segundo Canotilho, o princípio de interpretação das leis conforme a Constituição tem duas facetas:

- a) como princípio de controle, uma vez que sua aplicação ao final do processo interpretativo confere se a possibilidade interpretativa eleita na decisão do caso concreto, independente do método que se valeu o intérprete, está de acordo com o disposto na Constituição’;
- b) em situação autônoma na impossibilidade de se obter, usados todos os métodos interpretativos disponíveis, um resultado inequívoco, optar por aquele que tenha o significado mais conforme à Constituição.

Só se legitima a interpretação conforme a Constituição de forma autônoma quando houver espaço de decisão com várias possibilidades interpretativas, sem suporte direto no texto da norma abstrata geral, mas sem contrariar o resultado visado pelo legislador. Caso contrário, ao admitir a invocação indiscriminada deste princípio para afastar o texto geral da lei, numa leitura independente deste no caso concreto, mas, em tese, conformada com a Constituição – “salvar uma lei contrária à Constituição” – seria negar vigência a outros instrumentos de constitucionalidade previstos na Lei e subverter a ordem legislativa¹⁹³. Há necessidade de “um mínimo de base na letra da lei”¹⁹⁴.

Referido princípio guarda identificação com o método sistemático segundo Miranda, uma vez que “cada norma legal não tem somente que ser captada no

¹⁹¹ BARROSO; BARCELLOS, 2008.

¹⁹² CANOTILHO, 1995, p. 229-230.

¹⁹³ BARROSO, 1996, p. 178.

¹⁹⁴ MIRANDA, 2005, p. 455.

conjunto de normas da mesma lei e no conjunto da ordem legislativa; tem, outrossim, que se considerar no contexto da ordem constitucional” apontada a Constituição como “centro de energias dinamizadoras das demais normas na ordem jurídica positiva”¹⁹⁵.

A busca pelo fundamento deste princípio leva aos princípios:

- a) da unidade do ordenamento jurídico;
- b) da supremacia da Constituição¹⁹⁶.

Reunidos os cânones, ou técnicas, ou métodos ou processos interpretativos e de cada um deles, na medida do necessário, feita a especificação, dois pontos não de ser destacados para finalizar esta parte do estudo:

- a) não existe um método melhor ou pior para a interpretação, nem se encontra estabelecido em qualquer lugar a prevalência de um sobre outro (destaque seja feito à interpretação conforme a constituição apontada antes como princípio do que como técnica). É uma relação dinâmica, de complementação e apoio quando da utilização dos mesmos no processo interpretativo.

Há consenso entre a generalidade dos autores de que a interpretação, a despeito da pluralidade de elementos que devam ser tomados em consideração, é uma. Nenhum método deve ser absolutizado: os diferentes meios empregados ajudam-se uns aos outros, combinando-se e controlando-se reciprocamente. (...) Em palavras de Raúl Canosa Usera, a transcendental missão do intérprete consiste em ordenar a pluralidade de elementos que se acham a sua disposição¹⁹⁷;

- b) conforme o método de interpretação eleito pelo intérprete será o resultado de sua aplicação¹⁹⁸. Por conta da falta de unidade das teorias da interpretação, anotada por Hassemer¹⁹⁹, não se pode dizer, tão somente com base no método empregado para alcançar o sentido da norma, que a decisão adotada é a melhor das possibilidades interpretativas obtidas. Falta

¹⁹⁵ MIRANDA, 2005, p. 454.

¹⁹⁶ BARROSO, 1996, p. 177-178.

¹⁹⁷ Ibid., p. 118.

¹⁹⁸ Incluindo modelos de decisões diversas a partir do método aplicado, LEITE; RIOS, 2008.

¹⁹⁹ HASSEMER, 2008, p. 84.

um critério para escolha do método interpretativo e, assim, aqui começa a margem de liberdade do intérprete – por qual via seguirá para chegar ao resultado.

Por conta disto, diz Hassemer que as regras de interpretação só vinculariam o juiz se houvesse uma “metarregra” para a interpretação dizendo qual das regras (ou técnicas, ou métodos, ou processos, ou cânones) seria o correto no caso em análise. Como não existe esta “metarregra” de interpretação, esgotam-se as regras postas para “legitimar resultados desejados (e encontrados de outro modo) que legitimam a vontade do legislador, a literalidade da lei, etc. Elas são meios de exposição, não de produção da interpretação da lei”.²⁰⁰

Sem prevalência entre os métodos interpretativos²⁰¹ e sendo certo que a eleição do método determina o resultado obtido, Alexy agrega a (c) imprecisão dos cânones interpretativos, como fator de debilidade deste método para fundamentar decisões. Em seu dizer, “uma regra como ‘interprete cada norma de modo que cumpra seu objetivo’ pode levar a resultados contrários se dois intérpretes tem concepções diferentes sobre o objetivo da norma em questão”²⁰². Inafastável, assim, a demonstração pelo intérprete dos motivos que o levaram a escolher o método utilizado para interpretação e opção da possibilidade discursiva, como corolário do princípio da legalidade. Tanto é, que a Constituição faz exigência expressa da fundamentação – e aqui, advoga-se, pela fundamentação não só legal da decisão, mas com os argumentos necessários para demonstrar a correção da opção realizada. E, isto só se terá com o adequado uso da argumentação.

²⁰⁰ HASSEMER, 2008, p.85, sendo que, na mesma obra, p. 56 é mencionada como “metacânnon”: “Uma vez que a escolha de determinado meio de interpretação (como a interpretação histórica, ao invés da gramatical) implica tipicamente determinado resultado na interpretação (que seria outro, na escolha de outro meio de interpretação), os cânones de interpretação somente poderiam ser relevantes para o resultado da interpretação caso existisse algo como um “metacânnon”: um conjunto de regras que não apenas descrevesse e pusesse à disposição os diversos cânones, mas que, além disso, prescrevesse com exatidão qual o cânnon deveria ser usado em qual situação de decisão. Somente assim o comportamento interpretativo do juiz seria metodologicamente determinado pela lei. Esse metacânnon não existe. Assim, a escolha do meio de interpretação – e com isto também de seu resultado – seria um exercício meramente arbitrário. As regras de interpretação serviriam à justificação, mas não à descoberta do Direito; seriam modos de falar, instrumentos para a exposição, mas não para a produção do resultado da decisão”.

²⁰¹ Não se ignora a posição de Barroso, colocando os métodos objetivos – sistemático e teleológico – em relação de preferência ao subjetivo – histórico –. Todavia, não se encontrou mais nenhuma indicação de ordem de preferência dos métodos interpretativos nos demais autores consultados. Cf.: BARROSO, 1996, p. 119.

²⁰² ALEXY, 2005, p. 35.

4 ARGUMENTAÇÃO

4.1 APRESENTAÇÃO

Já é consenso de que não existe uma resposta única para cada caso a ser resolvido na esfera judiciária. O que há são possibilidades interpretativas dentro da “moldura” dada pelo Direito, que o juiz tratará de escolher para aplicar ao caso concreto. A escolha se dá, sem questionamentos, matizada por valores pessoais do intérprete, os quais:

- a) devem ser utilizados na medida do necessário;
- b) limitados pelo direito;
- c) com a escolha fundamentada racionalmente.

Longe vai o tempo do absolutismo, no qual a simples palavra do monarca era bastante para convencer seus súditos a observarem o direito posto. Mais distante ainda a irracionalidade como marca na apuração da responsabilidade penal.²⁰³ Com a Revolução Francesa, marcada pelos valores de igualdade, liberdade e fraternidade, a garantia da igualdade e da liberdade não mais seria abstrata. O indivíduo passa a exigir do Estado que lhe dê as razões determinantes de (in)gerência em sua esfera de liberdade.

Evoluem os direitos individuais e, na Constituição de 1988, resta positivado – ao lado do princípio da legalidade – o dever de fundamentação das decisões judiciais²⁰⁴ que constitui a contraface do direito à transparência destas mesmas decisões para o indivíduo.

²⁰³ ZAFFARONI; PIERANGELLI, 1997, p. 180-228.

²⁰⁴ **Art. 93.** Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

A motivação das decisões, no Estado Democrático de Direito não se trata só de garantia política, de controle do povo sobre as decisões judiciais, mas também de uma garantia processual (endoprocessual), que assegura a ampla transparência no exercício do poder jurisdicional e garante às partes o acesso às razões da decisão, permitindo-lhes a sua plena impugnação.²⁰⁵

Doutro lado, pode-se dizer que a publicidade dos atos judiciais²⁰⁶, garantidora do controle da jurisdição, também só pode se dar se expostos, de forma racional, os motivos determinantes da decisão.

A exposição dos motivos, a fundamentação da sentença geradora de norma particular e concreta no caso penal, só pode se dar através da linguagem.

Voltamos ao ponto, segundo Hassemer, de “por que a linguagem é tão importante para o Direito” e, assim o sendo, de “como tentar assegurar a linguagem correta”²⁰⁷.

Para este autor, não basta socorrer-se das teorias de interpretação da norma penal aplicáveis ao Direito Penal. Isto porque, em seu sentir, a escolha do critério interpretativo é um exercício meramente arbitrário e, por conseqüência, desta qualidade resta eivada a decisão.

A busca do Direito justo pela linguagem correta, se expressa na indagação posta por Hassemer: “o emprego de uma linguagem correta constitui garantia suficiente para se atingir um resultado correto na interpretação da lei?”²⁰⁸.

A resposta, sem dúvida, é negativa. Não basta uma *linguagem* correta. A verdade a ser produzida no processo judicial e, em particular, nas lides de direito penal há de ser racionalmente demonstrada, sem dúvida, que a partir de um procedimento próprio, que terá, ao lado da aplicação lógica da lei, conteúdo axiológico e de ser fundamentado.

Não se olvide que sob as melhores palavras – “pura”, por exemplo – já se desenvolveram as mais execráveis ideologias – a busca da raça ariana, p. ex. E, contando com as palavras corretas, porque com raízes no texto da lei, se justificaram atos bárbaros contra a humanidade.

²⁰⁵ HARTMANN, 2008.

²⁰⁶ **Art 5º . (...)**

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

²⁰⁷ HASSEMER, 2008, p. 47-69.

²⁰⁸ *Ibid.*, p.14.

A linguagem correta não produz Direito justo. Linguagem incorreta, contudo, pode excluir o Direito justo (...). O meio 'linguagem' é um fator de falsificação e não de verificação nos afazeres da aplicação da lei. Ela não produz nenhuma justiça nos resultados de interpretação, mas fornece indícios de falsidade (...).²⁰⁹

Indiscutível a subjetividade do intérprete contida na construção da norma particular, a exigência mínima de demonstração de correção deste ato – correção aqui como qualidade ou atributo do que é correto e não como ato, processo ou efeito de corrigir²¹⁰ – há de se traduzir numa demonstração racional.

Na busca deste intento, de construir um modelo demonstrativo racional da correção das decisões, com a fixação de regras e formas para o discurso de justificação, surgiram teorias da argumentação voltadas para o discurso jurídico²¹¹.

4.1.1 Da retórica à argumentação

A retórica como arte de persuadir com o uso de instrumentos lingüísticos é criação dos sofistas no século V a.C.²¹². O uso da retórica, em sua forma original, não implicava qualquer compromisso com a disponibilidade de provas ou de argumentos que produzissem conhecimento real ou convicção racional. O objetivo do retórico cingia-se à persuasão de seu auditório com as melhores figuras de linguagem que se pudesse produzir, sem preocupação com o conteúdo de seu discurso ou com a vinculação do mesmo ao real, ao possível ou ao racional.

Assim foi, que Platão²¹³ depois de comparar a retórica com a culinária – mais apta a satisfazer o gosto do que melhorar a pessoa – propôs uma retórica pedagógica ou educativa, aproximando-a da filosofia, que seria “a arte de guiar a

²⁰⁹ HASSEMER, 2008, p. 74- 57.

²¹⁰ Disponível no site <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=corre%E7%E3o&styp=k>. Acesso em 20 nov. 2008.

²¹¹ NOJIRI, 2005, p. 88-120.

²¹² “Protágoras (481 a.C.-420 a.C.), Górgias (483 a.C.-376 a.C.), e Isócrates (436 a.C.-338 a.C.) estão entre os primeiros sofistas conhecidos. A conhecida frase “o homem é a medida de todas as coisas” surgiu dos ensinamentos sofistas. Uma das mais famosas doutrinas sofistas é a teoria do contra-argumento. Eles ensinavam que todo e qualquer argumento poderia ser contraposto por outro argumento, e que a efetividade de um dado argumento residiria na verossimilhança (aparência de verdadeiro, mas não necessariamente verdadeiro) perante uma dada platéia”. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Sofista>. Acesso em 11 nov. 2008.

²¹³ Platão de Atenas (428/27–347 a.C.). Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Plat%C3%A3o>. Acesso em 11 nov. 2008.

alma por meio de raciocínios, não somente nos tribunais e nas assembleias populares, mas também nas conversações particulares”²¹⁴. Não limitava o campo de utilização da retórica.

Deve-se a Aristóteles²¹⁵ a aproximação da retórica com a dialética, o qual considerava a retórica como “a faculdade de considerar, em qualquer caso, os meios de persuasão disponíveis”.

Até o Renascimento a retórica manteve seu status de arte de persuadir, vinculada, agora, à filosofia e uso da dialética. A partir de então, observa-se seu declínio, que resulta num quase sepultamento com o dogmativo racionalista de Descartes²¹⁶.

Com o abandono paulatino do racionalismo exacerbado, a retórica volta a cena, sendo os estudos de Chaim Perelmann citados como um marco²¹⁷.

Reconhecida que a natureza humana não é só razão e, portanto, não se reduz às demonstrações racionais os discursos dos homens, restabelece-se o lugar da retórica.

O direito sempre foi tido como um bom palco para o exercício da retórica. Os tribunais registram célebres embates – notadamente em julgamentos de crimes contra a vida – nos quais, antes de qualquer argumento passível de prova, usou-se da linguagem para convencer²¹⁸.

Com a evolução do Direito, passou a ser insuficiente meras figuras de linguagem para submeter o indivíduo ao poder do Estado.

Mesmo não catalogada nas ciências naturais, onde a prova é passível de aferição no binômio falso/verdadeiro, procurou o Direito desenvolver meios de demonstrar a correção de seus resultados, dentro do procedimento próprio de sua natureza de ciência normativa²¹⁹.

²¹⁴ ABBAGNANO, 1998.

²¹⁵ Aristóteles (Estagira, 384 a.C. - 322 a.C.). Filósofo grego, aluno de Platão e professor de Alexandre, o Grande, é considerado um dos maiores pensadores de todos os tempos e criador do pensamento lógico. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Arist%C3%B3teles>. Acesso em 11 nov. 2008.

²¹⁶ René Descartes (1596 —1650), também conhecido como Renatus Cartesius (forma latinizada), foi filósofo, físico e matemático francês. Consultado site <http://pt.wikipedia.org/wiki/Dcartes>. Acesso em 11 nov. 2008.

²¹⁷ ABBAGNANO, op.cit., p. 856-857

²¹⁸ ROBERT, 2002.

²¹⁹ Sobre a forma de construção das verdades no Direito, a partir do julgamento de Édipo, cf.: FOUCAULT, 2003.

Chega-se à argumentação. Tratada por Perelman como a nova retórica, os estudos desenvolvidos nesta área buscam no campo do direito (por ser o discurso jurídico um caso especial do discurso prático geral²²⁰), munir a retórica de regras e formas para seus argumentos de justificação de modo tal que se permita, ao final, visualizar a correção da decisão lançada no caso concreto.

4.1.2 Teoria da argumentação jurídica

Manuel Atienza²²¹ afirmando que a prática do Direito consiste basicamente em argumentar, que um bom jurista é aquele que tem “capacidade para idear e manejar argumentos com habilidade”²²² externa um certo melindre pelo desinteresse científico da matéria.

Fixa como objeto da teoria da argumentação (ou teorias da argumentação como ressaltado pelo próprio) as “argumentações que tem lugar em contexto jurídico” e que seriam, basicamente, três campos de desenvolvimento:

- a) quando da produção das normas jurídicas gerais e abstratas;
- b) quando da aplicação das normas jurídicas gerais e abstratas no caso concreto;
- c) na dogmática jurídica.

O primeiro campo de desenvolvimento da argumentação jurídica – quando da produção legislativa – comporta uma subdivisão

- a) a fase pré-legislativa, na qual os argumentos têm um caráter mais político e moral do que jurídico. Exemplifica com os debates passíveis de ocorrência, p ex., na discussão prévia de uma lei despenalizadora do aborto;
- b) a fase legislativa, quando então os argumentos serão mais técnico-jurídicos, por conta da forma estatuída a ser observada.

²²⁰ Este é o entendimento de Alexy, de ser o discurso jurídico um *caso especial* do discurso prático geral.

²²¹ ATIENZA, 2005.

²²² Ibid., p.1.

No segundo campo de desenvolvimento da argumentação jurídica, estão os juízes e tribunais, no exercício de suas funções típicas. Também aqui, duas formas de argumento são identificadas:

- a) aquela relativas aos problemas dos fatos que são levados ao juízo;
- b) a argumentação de direito, propriamente dita, na qual reside a interpretação do direito correspondente ao caso concreto e onde se encontra a teoria da argumentação.

Ressalta o autor que a preocupação dominante na teoria da argumentação jurídica atual está nos casos difíceis. Pode-se dizer que este segundo campo de desenvolvimento da argumentação jurídica é o “âmbito privilegiado da argumentação”. Conforme Cella “os juízes são os únicos que verdadeiramente argumentam suas decisões ou, pelo menos, são os únicos que tem produzido um estilo mais depurado ou persuasivo”²²³. Embora não se concorde, de todo, com a primeira parte da afirmação – de que os juízes são os únicos que verdadeiramente argumentam, de fato, é forçoso reconhecer o espaço judicial, da aplicação da norma jurídica, como privilegiado para a teoria da argumentação jurídica, tendo em conta a necessidade de justificadamente dar conta da correção dos argumentos utilizados e angariar a adesão dos envolvidos no embate.

Por fim, quanto à dogmática, dentro de sua tríplice função – “(a) fornecer critérios para a produção do direito, (b) fornecer critérios para a aplicação do Direito e (c) ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico”²²⁴ – é na segunda que se localiza a teoria da argumentação jurídica, ou seja, quando fornece critérios para a produção do direito. A diferença do discurso jurídico dogmático e seu respectivo processo argumentativo, com o discurso jurídico dos juízes (considerados em termos amplos), é que os primeiros produzem sua teoria sobre casos abstratos, enquanto os juízes argumentam à vista de casos concretos. Todavia, o dogmático pode buscar um caso concreto – já decidido ou a decidir – para fundamentar seu

²²³ CELLA, 2008.

²²⁴ Ibid., p. 2. “La dogmática es, desde luego, una actividad compleja en que cabe distinguir esencialmente estas três funciones: 1) suministrar criterios para la producción del derecho en las diversas instancias en que ello tiene lugar; 2) suministrar criterios para la aplicación Del derecho; 3) ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico” (tradução nossa).

discurso; ao passo que o julgador pode ser confrontado com uma demanda teórica para decisão – controle de constitucionalidade por via de ação ou controle abstrato, p ex²²⁵.

4.1.3 Contexto de descobrimento e contexto de justificação

Para compreensão da teoria da argumentação é pressuposto se distinguir (a) o contexto de descobrimento do (b) contexto de justificação nas teorias científicas. O descobrir precede o justificar e não se submete a uma análise lógica; apenas demonstra como surgiu e desenvolveu o conhecimento científico. Doutro lado, justificar o conhecimento descoberto para demonstrar sua validade, se desenvolve no campo, também, da lógica mas através de regras de método científico.

4.1.4 Descobrimento e justificação²²⁶

Trazendo esta distinção – do descobrir e do justificar – para a teoria da argumentação (a) de início, se estabelece uma premissa ou conclusão e, (b) na seqüência, através de um procedimento próprio, busca-se justificar a premissa ou conclusão descoberta.

Os contextos de descobrimento quanto de justificação podem ter relação tanto com o discurso descritivo como o discurso prescritivo. Frente a uma decisão, pode-se dizer quais foram seus fundamentos (descrever) como também indicar quais as mudanças necessárias para correção do decidido (prescrever). Ainda permitem, dentro das ciências sociais onde se encontra o direito, explicar o processo de tomada de decisões através de argumentos.

Contudo, são outras disciplinas, em que se localiza a teoria da argumentação, que estudam quais as condições para que um argumento possa ser considerado

²²⁵ BONAVIDES, 2007, p. 307-311.

²²⁶ ATIENZA, 2005, p. 4-7.

justificado. Sendo certo que esta justificação do argumento pode se dar de duas formas:

- a) justificação formal, quando o argumento é formalmente correto onde se localiza;
- b) justificação material, quando o argumento é aceitável em um determinado campo de uso.

O que se busca, em sede de teoria da argumentação (jurídica mais especificamente) é mostrar como se justificam de forma racional as decisões (por meio de seus argumentos) e/ou como deveriam se justificar. Note-se que aqui está superado, em termos, o contexto do descobrimento da decisão, ficando o alcance da teoria da argumentação no contexto de justificação desta.

Dentre as teorias da argumentação, Atienza destaca aquelas elaboradas por Neil MacCormick e Robert Alexy (esta última será objeto de explanação na sequência) como as mais atuais e opositoras do determinismo metodológico e do decisionismo metodológico.

Pelo *determinismo metodológico* as decisões dispensam fundamentação porque provêm de autoridade legítima e não precisam ser justificadas. Ao passo que para o *decisionismo metodológico* as decisões são puros atos de vontade e não comportam justificação.

Desde logo, diga-se, nem um nem outro destes critérios podem conviver com a ordem jurídica brasileira, frente ao princípio da legalidade. A fundamentação das decisões judiciais, como já dito, vem tanto para dar os motivos pelos quais se chegou ao veredicto (correção e clareza da decisão), como para o controle próprio da jurisdição pelos demais indivíduos que, somado a isso, tomam a decisão precedente como pauta de conduta.

Ao passo que o juiz pode se defrontar com o que se chama de caso fácil, de singela justificação o procedimento decisório; pode, também, ter submetido ao seu crivo um caso difícil cuja solução demandará mais que uma “operação lógica” de aplicação do direito. Todavia, não será a dificuldade que irá permitir abster-se de justificar o resultado final que deu ao caso.

Doutro lado, já restou demonstrado neste trabalho que as decisões judiciais não são meros atos de vontade. Contém parcela da vontade do juiz, mas limitadas

pela vinculação com a lei (que deve ser demonstrada a obediência). Tanto em casos fáceis quanto em casos difíceis o processo de descobrimento há de vir demonstrado em sua justificação.

Sugere oportuno, neste passo, fazer uma distinção, mesmo que singela, entre os *casos fáceis* e *casos difíceis* tratados pela doutrina como campos de decisão e, por decorrência, de desenvolvimento da argumentação²²⁷.

O ponto de partida da hermenêutica, é pacífico, é a relação entre a norma e a situação de fato²²⁸. Especificamente no campo das decisões judiciais isto se dá quando à vista do caso concreto, o julgador é chamado a cotejar com o ordenamento jurídico vigente.

Num primeiro momento (a) identifica-se a norma correspondente ao caso (b) submete-se à situação de fato à norma identificada e, (c) aplica-se o comando emergente da norma, decidindo a questão posta.

Tradicionalmente tratado como subsunção do fato à norma – ao que se opõe Hassemer, pelo caráter dinâmico da relação entre a norma e a situação de fato²²⁹ – e hoje reconhecido como concretização da norma no caso concreto, em havendo identificação da situação de fato (re)produzida no processo e o dispositivo legal encontrado, pode-se dizer que se está perante um *caso fácil*. De regra, o caso fácil evoca a figura do silogismo quando de sua resolução, mas a ele não se resume/restringe.

Doutro lado, para solucionar um *caso difícil* o julgador pode, em tese, segundo Maccormick enfrentar-se com “problemas de interpretação, de pertinência, de prova ou de qualificação. Os dois primeiros afetam a premissa normativa e os dois últimos, a premissa fática”²³⁰.

O problema da pertinência seria anterior ao processo de escolha da norma, porque não se encontra uma norma abstrata e geral, no ordenamento, aplicável ao caso a ser decidido. Encontrada a norma, esta pode “admitir mais de uma leitura”

²²⁷ A propósito, já se trava discussão doutrinária de ser artificial a distinção de casos fáceis e difíceis. Todavia, como os autores de base deste estudos aceitam sem reservas – e muitas vezes lançam mão desta distinção – para desenvolvimento do tema, mantêm-se os conceitos. Sobre a inexistência da distinção: MATOS, 2009.

²²⁸ O que já não é mais pacífico é o caráter desta relação. Ao passo que no raciocínio que lógico-dedutivo que reduz a aplicação da norma geral pelo juiz ao “silogismo”, como processo mecânico de adequação; na visão pós-positivista ou constitucionalista, esta relação é dinâmica, de (re)construção da situação de fato num processo para concretização da norma no caso julgado. A propósito, HASSEMER, 2005, p. 125-147.

²²⁹ Id., 2008, p. 81.

²³⁰ ATIENZA, 2005, p. 112-114. Para este autor, existem, ainda, os *casos trágicos*.

frente à mesma situação fática. Superados os problemas dos *hard cases* com relação à premissa normativa, no que diz respeito aos fatos ou não se consegue estabelecer a premissa fática com os dados colhidos, por falta de coerência entre os mesmos ou, provado os fatos primeiros alegados, séria dúvida se estabelece com relação a fatos secundários, mas relevantes para a decisão do caso penal.

Uma classificação proposta por Alonzo indica que os casos difíceis podem ocorrer:

- a) por questões de identificação:
 - ambigüidade da norma geral;
- b) por questão de sistematização:
 - contradições normativas, seja pela presença de
 - lacunas normativas:
- c) por questão de coerência, frente a:
 - lacunas axiológicas;
 - contradições axiológicas ou
 - outras incoerências²³¹.

Atienza pretende construir sua própria teoria da argumentação jurídica e, para tanto, depois de uma breve introdução ao tema, cinco autores são apresentados:

- a) Theodor Viehweg e a tópica do raciocínio jurídico;
- b) Perelman e a nova retórica;
- c) Toulmin e sua teoria da argumentação;
- d) Neil MacCormick e uma teoria integradora da argumentação jurídica;
- e) Robert Alexy e a argumentação jurídica como discurso racional.

Pela vinculação estreita da teoria de Alexy com o pensamento de Habermas, faz breve explanação, na sequência, da teoria do discurso de Habermas, necessária para se ter o conceito de verdade como consenso.

²³¹ ALONSO, 2006, p.312-315. Este autor desenvolve todo seu estudo na identificação e sistematização de casos difíceis no direito penal e as possibilidades de justificação do direito descoberto. Detalhista, e também, complexo, embora seja de grande valia a obra, para o tema em estudo basta a distinção do que se tem por casos fáceis e difíceis, podendo aguardar o estudo das classificações deste último para um trabalho de maior fôlego.

Dos autores analisados é o próprio Atienza que qualifica MacCormick e Alexy como os representantes atuais da “teoria padrão” da argumentação jurídica²³², reservando aos três primeiros a condição de precursores.

Foi esta a razão, depois de conhecer a obra de Atienza, de optar por Robert Alexy para aprofundamento do tema. Ser ele considerado como um dos nomes atuais de maior relevância no tema e, embora não imune à críticas²³³ – com as quais todos os autores analisados por Atienza receberam a devida parcela – trazer regras práticas para formação de um discurso racionalmente motivado.

4.1.5 A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica

Robert Alexy nasceu em 09 de setembro de 1945 em Oldenburg, Alemanha²³⁴. Sua Teoria da Argumentação Jurídica foi apresentada como tese na Faculdade de Direito da Universidade Georg-August de Göttingen, em 1976.

Para chegar ao “Esboço de uma Teoria do Discurso Prático Racional”, parte II de sua obra, Alexy refletiu sobre as:

- a) teoria do discurso prático na ética analítica analisando os escritos de Stevenson²³⁵, Wittgenstein²³⁶ e Austin²³⁷, Hare²³⁸, Toulmin²³⁹, Baier²⁴⁰;
- b) a teoria consensual da verdade de Habermas²⁴¹;

²³² ATIENZA, 2005, p XIV.

²³³ O próprio Habermas estabelece um “diálogo” com a teoria de Alexy, ora de aproximação, ora de afastamento, que tem os pontos principais expostos por FERREIRA, 2006, p. 85-101.

²³⁴ Disponível no site http://pt.wikipedia.org/wiki/Robert_Alexy. Acesso em 10 dez. 2008.

²³⁵ Charles Leslie Stevenson (1908–1979). Disponível no site (http://en.wikipedia.org/wiki/Charles_Stevenson). Acesso em 28 nov. 2008.

²³⁶ Ludwig Wittgenstein. (1889 – 1951). Disponível no site <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/646252/Ludwig-Wittgenstein>. Acesso em 28 nov. 2008.

²³⁷ John Langshaw **Austin** (1911-1960) Disponível no site <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/43606/John-Langshaw-Austin>. Acesso em 28 nov. 2008.

²³⁸ Richard Mervyn Hare (1919 – 2002). Disponível no site <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/255203/Richard-Mervyn-Hare>. Acesso em 28 nov. 2008.

²³⁹ Stephen Edelston Toulmin (Londres, 1922- ...). Disponível no site <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/600670/Stephen-Edelston-Toulmin>. Acessado em 28 nov. 2008.

²⁴⁰ Kurt Baier (1917 - ...). Disponível no site http://en.wikipedia.org/wiki/Kurt_Baier. Acessado em 28 nov. 2008.

²⁴¹ Jürgen Habermas (1929 - ...) . Disponível no site (<http://pt.wikipedia.org/wiki/Habermas>). Acessado em 28 nov. 2008

- c) a teoria da deliberação prática da Escola de Erlanger;
- d) a teoria da argumentação de Chaim Perelman²⁴².

Todavia, como assinalado por Atienza, embora tenha se valido de diversas fontes, Alexy teve como influência maior a teoria consensual da verdade de Habermas²⁴³.

Para elaborar um esboço de uma teoria do discurso prático racional geral como passo prévio para a construção de uma teoria da argumentação jurídica, Alexy utiliza fontes muito variadas (...). Mas, de todas elas, a influência fundamental é, sem dúvida, a de Habermas. A teoria de Alexy vem a significar, por um lado, uma sistematização e reinterpretação da teoria do discurso habermasiana e, por outro lado, uma extensão desta tese ao campo específico do Direito.²⁴⁴

4.1.6 Da influência do pensamento de Habermas

Quanto à teoria da verdade para Habermas – que serviu de apoio para a teoria de Alexy – as valorações podem ser fundamentadas racionalmente, tanto quanto as proposições normativas. Ao passo que estas buscam a verdade, para aquelas, as valorações – correntes na produção da norma concreta e particular pelo juiz – almejam a correção.

Fundada sua teoria nos atos de fala, Habermas desloca a verdade do “sentido das proposições ou das normas”, e traz para a fundamentação desta proposição contida no ato de fala²⁴⁵.

Sempre apresentando a linguagem como o *meio pelo qual os integrantes de uma comunidade entendem-se entre si sobre algo no mundo*, Habermas tem na participação aberta e sem coação dos falantes a possibilidade de se alcançar a

²⁴² Chaim Perelman (1912 -1984) Disponível no site http://pt.wikipedia.org/wiki/Chaim_perelman. Acesso em 28 nov. 2008.

²⁴³ SANTOS, 2007. A leitura desta dissertação, em especial das p. 50-136 mostra com clareza a identidade da teoria de Alexy com o pensamento de Habermas.

²⁴⁴ ATIENZA, 2005, p. 150: “A fin de elaborar um bosquejo de una teoría del discurso práctico racional general como paso prévio para la construcción de una teoría de la argumentación jurídica, Alexy utiliza fuentes muy variadas (...). Pero, de todas ellas, la influencia fundamental es, sin duda, la de Habermas. La teoría de Alexy viene a significar, por un lado, una sistematización y reinterpretación de la teoría del discurso habermasiana y, por otro lado, una extensión de esa tesis al campo específico del derecho”(tradução nossa)

²⁴⁵ ALEXY, 2005, p. 121.

verdade (em se tratando do discurso teórico) ou a correção (em se tratando do discurso prático) através do consenso.

O passo que o conceito de racionalidade comunicativa permite fazer é considerar a capacidade que tem o discurso de, sem coações, unicamente através de razões, gerar consenso, em que diversos participantes superam a subjetividade inicial de seus respectivos pontos de vista e, devido a uma comunidade de convicções racionalmente motivada, asseguram-se, ao mesmo tempo, da unidade do mundo objetivo, do mundo social, do mundo subjetivo, e da intersubjetividade do contexto em que desenvolvem suas vidas²⁴⁶.

Todavia, para obter o consenso conferidor da verdade, os falantes devem se submeter a quatro pretensões de validade. A saber:

- a) as expressões utilizadas devem ser inteligíveis para todos os participantes do ato de fala;
- b) o conteúdo do ato de fala deve ser verdadeiro para o falante;
- c) o falante deve acreditar no conteúdo de sua fala e transmitir esta confiança para o outro;
- d) o falante deve escolher a manifestação correta à luz dos valores e normas vigentes onde se desenvolve o ato de fala, para que possa ser aceito pelo outro e coincidam na compreensão do conteúdo do ato de fala²⁴⁷.

Caso seja questionada a pretensão de validade de qualquer ato de fala, surge o dissenso, transmuda-se a ação comunicativa para a realização de um discurso. E, no discurso é necessário fundamentar sua proposição, se pretende verdadeira; ou demonstrar sua correção (conforme seja o discurso teórico ou prático).

O discurso para Habermas é uma série de atos de fala e a argumentação, além de ser um encadeamento de proposições, é também um tipo de comunicação.

²⁴⁶ SANTOS, 2007, p. 64

²⁴⁷ ATIENZA, 2005, p. 152.

4.1.7 Bases da Teoria de Alexy

Alexy coloca o problema da racionalidade do discurso jurídico – uma vez que as decisões contêm uma carga de valores – como objeto de sua obra, nos seguintes termos: “(1) onde e em que medida são necessárias estas valorações, (2) como atuam essas valorações nos argumentos qualificados como “especificamente jurídicos” e (3) se tais valorações são passíveis de fundamentação racional”²⁴⁸. Ainda, parte do pressuposto que as valorações necessárias contidas nas sentenças são moralmente relevantes e o julgador deve orientar-se por elas num sentido juridicamente relevante.

Desde logo, firma que sua teoria – do discurso racional – é do tipo normativo, porque visa estabelecer e fundamentar os critérios para aferição da racionalidade do discurso. Todavia, não se exclui o caráter analítico, considerado este como a parte que trata da estrutura lógica dos argumentos realmente utilizados e dos argumentos possíveis²⁴⁹. Para Atienza, a teoria de Alexy é do tipo procedimental, “isto quer dizer que um enunciado normativo é correto ‘se e somente pode ser resultado de um procedimento P’,²⁵⁰.

Para Alexy as regras do discurso prático do tipo geral *sempre* vão fazer parte da demonstração de racionalidade do discurso jurídico²⁵¹. Isto porque, o discurso jurídico é um *caso especial* do discurso prático geral²⁵². Daí a necessidade de estabelecimento de regras para o primeiro que, observadas, indicarão a correção do discurso jurídico no qual serão utilizados. Note-se que a grande *diferença do discurso jurídico* em relação ao *discurso prático* – ou o que torna o *discurso jurídico* um *caso especial* do discurso prático geral – é o fato de este, o discurso jurídico dispor de *três procedimentos* (ou desenvolver-se em três instâncias) a mais que o discurso prático geral – (a) a criação estatal das normas jurídicas, (b) a argumentação jurídica ou o discurso jurídico e (c) o processo judicial.

No primeiro, com o auxílio de uma teoria da argumentação, o direito seleciona as normas discursivamente possíveis (à vista das regras estabelecidas) para compor

²⁴⁸ ATIENZA, 2005, p. 39.

²⁴⁹ ALEXY, 2005, p. 184.

²⁵⁰ ATIENZA, op. cit., p. 1654 (tradução nossa).

²⁵¹ ALEXY, op. cit., p. 198. Exclui, apenas, expressamente da composição do discurso jurídico sua elaboração de formas de argumento.

²⁵² Ibid., p. 45.

o ordenamento jurídico. Ocorre que (a) por indefinição da linguagem jurídica, (b) imprecisão das regras do método jurídico e (c) impossibilidade de previsão abstrata de todas as situações possíveis, restam espaços em aberto no ordenamento jurídico, a ser preenchido, à vista do caso concreto para resolução, pelo segundo procedimento: a *argumentação jurídica*. Como na argumentação, igualmente, é possível obter mais de uma resposta racionalmente justificada, surge como necessário o processo judicial, onde *resta apenas uma resposta dentre as juridicamente possíveis*²⁵³.

Agregados estes procedimentos ao discurso prático, pretende-se ter por superadas os limites presentes no discurso prático geral – (a) *seja de conhecimento*, quando mesmo usadas todas as formas e regras do discurso prático geral não se obtém um acordo acerca da discussão prática discutida, ou (b) *seja de cumprimento*, quando usadas as formas e regras do discurso prático geral se chega a um acordo (solução) da questão prática discutida, mas não se tem a garantia do cumprimento deste acordo.

Por conta disto, Alexy agrega ao discurso prático geral os procedimentos do discurso jurídico (que mantém todas as regras e formas do discurso prático geral), que, por seu caráter institucional (em especial no que pertine à criação das normas jurídicas e o processo judicial) conferem ao discurso os predicados de definitividade²⁵⁴ e obrigatoriedade.

O traço distintivo fundamental do discurso prático em geral com o discurso jurídico (tendo este como “caso especial” daquele) é o fato de que, ao passo que no discurso prático admite-se a discussão de todas as questões práticas sob determinadas regras e formas, o discurso jurídico encontra *limites para a discussão*. Este limite primeiro, por óbvio, é a lei. Por exemplo, no curso de um processo judicial não são todas as questões que podem ser discutidas, de regra, só as questões controversas (artigo 334 do Código de Processo Civil) e há um tempo delimitado para se produzir o discurso, como na audiência judicial. Também característica do discurso jurídico, para Alexy é a *pretensão* (se não exigência) *de correção* da decisão tomada em relação à questão prática decidida. E como a decisão é tomada com base nos limites da lei, estará correta se fundamentada racionalmente nos

²⁵³ ATIENZA, 2005, p. 164.

²⁵⁴ Definitivo no tempo e espaço no qual foi produzido. O próprio autor adverte da possibilidade de mudança.

limites impostos pela *moldura* do ordenamento jurídico, de acordo com o procedimento pré-estabelecido. Por fim, embutido está na pretensão de correção a busca da Justiça²⁵⁵.

Uma teoria nos moldes da proposta por Alexy regula um discurso de forma a impedir, p. ex., que se faça uma argumentação *ad infinitum*. Para tanto, coloca regras na produção do discurso que, se observadas, garantem que o discurso seja racional, o que “não significa que seja absolutamente correto”²⁵⁶. No campo jurídico, a teoria do discurso racional traça parâmetros para que a decisão seja justificável se produzida dentro de seus limites – a lei, os precedentes judiciais e a dogmática. Trata-se de um instrumento aferidor não da certeza da decisão, mas da correção do procedimento para eleição da possibilidade discursiva adotada.

Para que se possa fazer uma análise da correção das decisões à luz do que seja o discurso jurídico, na concepção de Alexy, faz-se um breve apanhado das regras por este esquematizadas (breve, porque a consistência da teoria formulada não permite no espaço e propósito deste trabalho que se proponha a esgotar o tema). Primeiro para o discurso prático geral, do qual deriva (o autor fala em *transição* de um discurso para o outro) o discurso jurídico.

As regras do discurso prático racional geral estão organizadas em cinco grupos, num total de vinte e duas regras (o autor formulou um quadro com seis formas de argumento; todavia restringiu expressamente as formas de argumento para uso em discussão de questões práticas; em outras palavras, não alcançam o discurso jurídico e, portanto, são somente mencionados) O último destes grupos chama-se “regras de transição” e é o momento no qual o autor reconhece que alguns problemas não podem ser resolvidos pelo meio da argumentação prática.

²⁵⁵ Aproximando sua teoria da teoria comunicacional de Habermas, mesmo este não considerando o processo como espaço de discurso e sim de ação estratégica, ALEXY, 2005, p. 216-217: “... Habermas interpreta o processo não como um discurso, mas como ação estratégica. À primeira vista, essas razões parecem irrefutáveis (...) A argumentação diante dos tribunais se distingue basicamente da que, por exemplo ocorre nas negociações de contrato. As partes ou seus advogados formulam com suas intervenções uma pretensão de correção Ainda que só persigam interesses subjetivos (...). Esta situação especial intermediária do processo exclui a possibilidade de ser designado simplesmente como discurso, mas significa por outro lado que o processo não pode ser compreendido teoricamente sem referência ao discurso. Isso porque há pretensão das partes de argumentar racionalmente. (...) Portanto, a teoria do discurso não se mostra apenas adequada, mas inclusive necessária para a compreensão teórica da argumentação. Com isso fica claro que a teoria do discurso racional, como teoria da argumentação jurídica (...) somente que nas discussões jurídicas os debates ocorram sob a pretensão de correção e, por isso, têm como referência condições ideais”.

²⁵⁶ ATIENZA, 2005, p. 156.

Permeia a obra o olhar crítico do próprio autor quanto às vantagens, desvantagens, força e debilidade do quadro construído. Na *transição* do discurso jurídico para o discurso prático, com humildade peculiar, reconhece que suas regras podem não ter aplicação plena, o modelo apresentado ser lacunoso e que “se os resultados encontrados no discurso não podem pretender ter uma certeza definitiva, é necessário que sua revisão seja sempre possível”²⁵⁷ (o mesmo fundamento que se invoca no direito para sustentar o *duplo grau de jurisdição*). E, para esta revisão impõem-se, também, a observância das mesmas regras de aferição da racionalidade.

4.2 REGRAS DO DISCURSO PRÁTICO GERAL

São *regras fundamentais do discurso prático* aquelas que dão condição de possibilidade de qualquer comunicação lingüística em que se trate de verdade ou correção:

- a) a lógica ou não contradição;
- b) a sinceridade;
- c) universalidade e coerência da fala e
- d) uso comum da linguagem.

Estas regras referem-se, basicamente, à lógica do discurso.

- (1.1) Nenhum falante pode contradizer-se.
- (1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita.
- (1.3) Todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes.
- (1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com a diferentes significados²⁵⁸

Seguem as *regras da razão* que “definem um ideal que deve ser perseguido com o auxílio da prática e de medidas organizadoras²⁵⁹” tratam das asserções²⁶⁰ nos

²⁵⁷ ATIENZA, 2005, p. 207.

²⁵⁸ ALEXY, 2005, p. 191.

discursos e dá as condições principais para racionalidade da fala. Regulam (a) de forma geral a fundamentação do ato de fala, (b) a admissão no discurso, (c) da liberdade de discussão e da (d) proteção do discurso.

A regra geral de fundamentação pressupõe a aceitação do *outro* no discurso. E, embora regras da admissão e da liberdade de discussão só se cumpram de forma aproximada na discussão prática, funcionando melhor no discurso jurídico, reproduzem, em conjunto com a proteção do discurso a situação de ideal fala de Habermas.

- (2) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação;
- (2.1) Quem pode falar, pode tomar parte no discurso.
- (2.2) a) Todos podem problematizar qualquer asserção.
- (b) Todos podem introduzir asserção no discurso.
- (c) todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades.
- (2.3) A nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos fixamos nas regras 2.1 e 2.2, mediante coação interna e externa do discurso²⁶¹.

As regras *sobre a carga de argumentação do discurso* regulam a extensão e distribuição da carga de argumentos e fundamentação durante a fala. Sua observância evita que qualquer dos envolvidos, de forma constante e sem fundamentar, problematize asserções. Consistem em:

- a) princípio da generalização, impondo a obrigação de fundamentar caso um dos falantes queira tratar uma pessoa de forma diferente que a outra. Serve para justificar o afastamento da regra de igualdade no discurso;
- b) princípio da inércia de Perelmann, segundo o qual uma proposição ou norma que seja faticamente pressuposta como verdadeira ou válida e que não esteja na discussão só pode ser questionada se dada razão para isto;

²⁵⁹ GIL, 2006, p. 60.

²⁶⁰ **Acepções**

■ substantivo feminino

1 afirmação categórica; assertiva, asserto

2 Rubrica: lingüística.

valor modal de um enunciado predicativo, positivo ou negativo, cuja validade o locutor assume totalmente, e que está em oposição a outros valores modais, como a interrogação, a ordem, o pedido, a dúvida, a exclamação etc.; declaração

3 Rubrica: lógica.

proposição afirmativa ou negativa de sentido completo e intenção declarativa, que pode ser verdadeira ou falsa. Disponível no

<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=asser%E7%E3o&stipe=k>. Acesso em 11 jan. 2009.

²⁶¹ ALEXY, 2005, p. 195

- c) só há obrigação de nova fundamentação se houver demanda por isto e
- d) asserções e comentários pessoais sem ligação com o discurso, pela liberdade de discussão podem ser incluídas no discurso, ficando com a obrigação de fundamentar, se pedido.

(3.1) Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente da pessoa B está obrigado a fundamentá-lo.

(3.2) Quem ataca uma proposição ou norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isto.

(3.3) Quem aduziu um argumento, está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos.

(3.4). Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se apresentem como argumento a uma manifestação anterior, tem, se lhe for pedido, de fundamentar porque tal manifestação foi introduzida na afirmação²⁶².

Os outros dois grupos de regras do discurso prático – de *fundamentação* e de *transição* – são expostos depois das formas de argumento.

As formas de argumento para fundamentar um discurso prático geral – e aqui o próprio autor exclui o alcance para o discurso jurídico²⁶³ – vem construídas em proposições lógicas, demonstrativas de quando se faz a fundamentação da proposição normativa (N) com uma regra (R) ou quando se fundamenta a partir das conseqüências da proposição normativa (F).

Considerada a exclusão feita pelo próprio autor de aplicação destas regras do discurso jurídico – campo de trabalho desta dissertação – reproduz-se os exemplos dados por Atienza, num e noutro caso²⁶⁴, limitando-se a anotar o fato de que ambas as construções argumentativas derivam de uma forma geral que diz que “um enunciado normativo qualquer é fundamentado apresentando-se uma regra de qualquer nível e uma razão”.

T = A mentiu
R = mentir é mau
N = A agiu mal.

²⁶² ALEXY, 2005, p. 197.

²⁶³ “deve-se ressaltar que aqui só se trata de formas de argumento específicas para o discurso prático geral. Há muitas formas de argumento que aparecem tanto no discurso prático geral como também em outros discursos”. Cf.: Ibid., p. 198.

²⁶⁴ Ibid., p. 159.

Se a opção for por fundamentar a proposição normativa singular (N) com suas próprias conseqüências (F)²⁶⁵:

F = ao mentir, A causa sofrimento desnecessário.
 R = causar sofrimento desnecessário é mau.
 N = A agiu mal.

O quarto grupo de regras do discurso prático geral são as *regras de fundamentação* e vem para, certa forma, suprir o grau de generalidade das anteriores. As três primeiras são *variantes do princípio da universalidade* e expressam, respectivamente:

- a) princípio da troca de papéis de Hare;
- b) princípio do consenso de Habermas e
- c) princípio da publicidade de Baier²⁶⁶.

(5.1.1) Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para satisfação dos interesses de outras pessoas, deve poder aceitar as conseqüências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas;

(5.1.2) As conseqüências de cada regra para a satisfação do interesse de cada um devem ser aceitas por todos;

(5.1.3) Toda regra deve ser ensinada de forma aberta e geral²⁶⁷.

Como as regras de fundamentação não determinam quais as convicções normativas que serão o ponto de partida do discurso – porque isto pertence ao falante -, não garantem um consenso e exclui poucas regras morais, é criado um subgrupo das mesmas, visando conferir racionalidade às regras a partir de sua gênese.

(5.2.1) As regras morais que sevem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-crítica. Uma regra moral não resiste a tal comprovação:

- a) Se originariamente se pudesse justificar racionalmente, mas perdeu depois sua justificação, ou
- b) Se originariamente não se pode justificar racionalmente e não se podem apresentar também novas razões suficientes.

(5.2.2) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua formação histórica individual.

²⁶⁵ ALEXY, 2005, p. 159.

²⁶⁶ ATIENZA, 2005, p, 161.

²⁶⁷ ALEXY, op. cit., p. 204.

Uma regra moral não resiste a tal comprovação se se estabeleceu com base apenas em condições de socialização não justificáveis²⁶⁸.

O que sejam condições de socialização não justificáveis é uma questão que permanece em aberto. A última das regras deste grupo refere-se às condições de realização da questão prática.

(5.3) Devem ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados²⁶⁹.

Por fim, as regras de transição reconhecem que as questões práticas debatidas podem exigir a mudança do discurso prático geral para (a) o discurso teórico, em se apresentando problemas fáticos, (b) para o discurso de análise da linguagem ou (c) para a própria teoria do discurso.

(6.1) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico).

(6.2) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de análise da linguagem.

(6.3) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de teoria do discurso²⁷⁰.

4.3 O DISCURSO JURÍDICO

Para o discurso jurídico como caso especial do discurso prático racional, Alexy formulou duas ordens específicas de regras, que tem por objeto justificar a proposição normativa contida na decisão. Uma visando a justificação interna da decisão e, a segunda, a justificação externa. De forma simples, a *justificação interna* presta-se a firmar se a decisão decorreu das premissas que a fundamentam, enquanto que a *justificação externa* importa na fundamentação das próprias premissas (lembrando que, embora as regras formuladas especificamente para o discurso jurídico remetam às decisões judiciais, é incontestável que durante todo o

²⁶⁸ ALEXY, 2005, p. 205.

²⁶⁹ Ibid., p. 206.

²⁷⁰ Ibid.

processo, o fenômeno argumentativo visando a satisfação pessoal da parte ocorre, também, por meio do discurso²⁷¹).

4.3.1 A justificação interna

As regras de justificação interna da decisão – ou de como, racionalmente, se chegou às premissas base da decisão – tem como norte o asseguramento da universalidade no discurso²⁷² e referem-se à estrutura formal da fundamentação jurídica. São apresentadas na forma de silogismo e em dois grupos. Um de aplicação nos chamados *casos fáceis* e outros para os *casos difíceis*.

Das primeiras, o autor traz o seguinte exemplo para montagem do silogismo e justificação das premissas da decisão (o fundamento destas premissas fica para a segunda fase da justificação, a externa)²⁷³:

- (1) o soldado deve dizer a verdade em questões de serviço (§ 13, ap. 1, da Lei do Soldado).
- (2) O Senhor M é um soldado.
- (3) O senhor M deve dizer a verdade em questões de serviço. (1) (2)

As premissas .(1) e .(2) compõe-se das variáveis “X”, como o indivíduo no domínio das pessoas naturais e jurídicas; “A” uma constante de indivíduo; “T” um predicado que representa a suposição de fato da norma e “R” que é um predicado que expressa o que tem de fazer o destinatário da norma. Este mesmo “R” aparece

²⁷¹ ALEXY, 2005: “Por isso, em relação às discussões da Ciência do Direito podem-se apresentar boas razões em favor da tese do caso especial. Muito mais problemático é se isto vale também para a argumentação que se dá nos diferentes tipos de processo, em que existem limitações pelas regras processuais, os limites de tempo e a freqüente motivação dos participantes de não e interessarem por um juízo correto ou justo, mas vantajoso para eles, assim como, no que se refere ao processo penal, à distribuição assimétrica de papéis já mencionados anteriormente. (...) As partes e seus advogados formulam com suas intervenções uma pretensão de correção ainda que só persigam interesses subjetivos (...) os argumentos formulados diante do tribunal são comumente recolhidos na fundamentação judicial; e torna-se difícil duvidar que ela se situe conforme a pretensão de correção. Os diferentes tipos de processo não parecem por isso que se possam qualificar nem como discurso nem como ação estratégica (...). Esta situação especial intermediária do processo exclui a possibilidade de ser designado simplesmente como discurso, mas significa por outro lado que o processo não pode ser compreendido teoricamente sem a referência ao conceito de discurso”.

²⁷² Ibid., p. 191: “(1.3) Todo falante que aplique um predicado F a algum objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto A em todos os aspectos relevantes”.

²⁷³ Ibid., p. 219.

na conclusão, agora de forma individual e concreta para o portador do predicado “T”.
Visualizando²⁷⁴:

(J.1.1) .(1) (x) (x→ORx)
. (2) Ta
(2) ORa (1), (2)

(J.1.1) .(1) (x) (x→ORx) . (2) Ta (3) ORa (1), (2)	.(1) o soldado deve dizer a verdade em questões de serviço (norma universal) . (2) o senhor M é um soldado (predicado que representa a hipótese de fato contida na norma geral) (3) o senhor M deve dizer a verdade em questão de serviço (regra impondo o que deve fazer o destinatário da norma) ²⁷⁵
--	---

Embora possa parecer um retorno à visão estática do direito, onde a figura do silogismo lógico seria padrão para justificar a decisão, não é o que ocorre.

Outro equívoco consiste em pensar que o modelo acima estabelecido não leva suficientemente em consideração a inter-relação entre fato e norma. Parte de forma excessivamente unilateral da norma a ser desenvolvida e por isso não satisfaz a exigência do “ir e vir do equilíbrio”. Tampouco isto é acertado. Para fundamentar as regras necessárias para cada nível particular de desenvolvimento é preciso entrar com profundidade nas especificidades do fato como nas particularidades da norma. Isto ocorre na justificação externa, na qual são possíveis todos os argumentos admissíveis no discurso jurídico. As regras expostas na fundamentação interna, que fazem uma ponte entre o abismo existente entre a norma e a descrição do fato, podem, se assim se deseja, ser vistas precisamente como resultado do processo caracterizado com a metáfora do ir e voltar do equilíbrio.²⁷⁶

Para esta forma simples da justificação interna, quando há identificação da norma no sistema positivo, sem necessidade de recorrer a outras premissas demonstrativas do raciocínio, duas são as regras de fundamentação:

²⁷⁴ O sinal “→”, usado na construção do silogismo, refere-se à condicional “se ... então”; “x” é a variável individual. Ainda, os pontos à esquerda significam que se trata de uma premissa. Estes esclarecimentos são dados cf.: ALEXY, 2005, p. 88; ATIENZA, 2005, p. 65.

²⁷⁵ Embora possa sugerir excesso, se considerou útil partir da visualização direta do exemplo com a forma lógica apresentada, uma vez que no Direito nem sempre o leitor está familiarizado com a obtenção de significados através de signos lógicos.

²⁷⁶ ALEXY, op. cit., p. 225. Fazendo alusão à mesma “imagem”, HASSEMER, 2008, p. 81: “Na mais recente metodologia jurídica, seu novo conceito científico foi preparado especialmente pelos trabalhos de Engisch, cuja imagem, sempre citada com gosto, do “ir e vir do olhar entre a premissa maior (i. e., a lei, W.H.) e a situação de fato”, põe diante de nossos olhos o de que se trata: norma e caso (que, para a metodologia tradicional, sempre se encaixavam após a subsunção dedutiva da norma ao caso) não de ser paulatinamente colocados em relação um com o outro no ato de achamento do Direito, concretizam-se um com base no outro para se desenvolver e, nesta medida, pressupõem um ao outro. Com isso, a relação entre norma e situação de fato se dinamiza. A aplicação da norma se converte na concretização da norma (na situação de fato); a decisão da situação de fato se transforma em constituição do caso (com ajuda da norma). Norma e situação de fato produzem uma a outra no processo de aplicação da norma ou de decisão da situação de fato”.

(J.2.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica deve-se apresentar pelo menos uma norma universal.

(J.2.2) A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições²⁷⁷.

Para os casos complicados, quando não se pode fazer a adequação direta, outras três regras são acrescentadas para demonstração da racionalidade das premissas colocadas. São:

(J.2.3) Sempre que houver dúvida sobre se A é um T ou M1, deve-se apresentar uma regra que decida a questão.

(J.2.4) São necessárias as etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível.

(J.2.5) Deve-se articular o maior número de etapas de desenvolvimento.

Por óbvio. Se no “ir e vir do olhar” da norma geral abstrata para a situação de fato a ser dirimida, não é possível concluir que esta está contida, como hipótese de fato da daquela, seja:

- a) porque a norma contém diversas alternativas ao fato hipotético;
- b) porque a norma precisa ser complementada por outras normas jurídicas explicativas, limitativas ou extensivas;
- c) quando são possíveis diversas conseqüências jurídicas;
- d) a norma é constituída de expressões ambíguas²⁷⁸, outros passos são exigidos para a justificação das premissas auxiliares para solução do caso. Exemplifica-se com o modelo trazido por Atienza que encontra paralelo no Código Penal Brasileiro, artigo 121, § 2º, IV – homicídio qualificado pela traição²⁷⁹.

²⁷⁷ ALEXY, 2005, p. 219.

²⁷⁸ Ibid., p. 220; GIL, 2006, p. 73

²⁷⁹ **Homicídio simples**

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena (...)

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

- (1) Quem comete um assassinato deve ser castigado com a pena de reclusão maior.
- (2) Quem mata traiçoeiramente comete assassinato.
- (3) Quem se aproveita da falta de defesa ou da boa fé de outrem age traiçoeiramente.
- (4) Quem mata uma pessoa enquanto ela está dormindo, aproveita-se do seu estado de falta de defesa.
- (5) X matou Y enquanto este estava dormindo.
- (6) Deve-se impor a X a pena de prisão maior²⁸⁰.

Para a demonstração lógica do raciocínio, como se vê da regra (J.2.3) mais variáveis são agregadas às já existentes: “Sa” que é a descrição dos fatos; “M” e seus expoentes representam as várias propriedades alternativas do fato a serem enquadradas na norma.

(1)	(x) (Tx→ORx)	(1)	Quem comete um assassinato deve ser castigado com a pena de reclusão maior.
(2)	(x) (M1x → Tx)	(2)	Quem mata traiçoeiramente comete assassinato.
(3)	(x) (M2x → M1x)	(3)	Quem se aproveita da falta de defesa ou da boa fé de outrem age traiçoeiramente.
(4)	(x) (Sx → Mnx)	(4)	Quem mata uma pessoa enquanto ela está dormindo, aproveita-se do seu estado de falta de defesa.
(5)	Sa	(5)	X matou Y enquanto este estava dormindo.
(6)	ORa (1)-(5) ²⁸¹	(6)	Deve-se impor a X a pena de prisão maior

Para se demonstrar, no exemplo dado que X matou Y de forma traiçoeira ((J.2.3)), três premissas foram somadas às originais. Não há limitação para o número das premissas a serem utilizadas para decisão. O que se exige é que se faça de o uso de tantas quantas forem necessárias para detalhar a situação, de forma a não deixar margem para discussões (regras (J.2.4) e (J.2.5)).

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Fosse a situação de fato um homicídio simples – artigo 121, *caput*, do Código Penal – a adequação típica se resolveria na fórmula de (J.1.1). Todavia como a situação de fato apresenta uma particularidade – a traição – é preciso buscar numa outra norma jurídica a adequação típica, por extensão, para fixação da pena.

²⁸⁰ ATIENZA, 2005, p. 166.

²⁸¹ Ibid.

4.3.2 A justificação externa

Encerrada a justificação externa da decisão, passa-se à justificação externa que nada mais é que a fundamentação das premissas apresentadas. É onde se dá o *juízo de racionalidade da decisão*²⁸².

As premissas podem ser de três tipos:

- a) normas jurídicas de carácter geral e abstrato, positivadas, quando o que se exige é a demonstração de sua validade no sistema
- b) enunciados empíricos, que se fundamentam com os métodos da ciência empírica, máximas de presunção racional e regras relativas ao ônus da prova no processo e
- c) *premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo*; na classificação de Atienza “reformulações de normas”, que se fundamentam a partir da *argumentação jurídica* e para as quais são criadas seis grupos de regras e formas de justificação externa²⁸³.

A relação entre as premissas é constante. Por exemplo, ao passo que para fundamentar uma norma do direito positivo pode ser preciso usar de regras interpretativas do critério de validade; para o terceiro grupo de premissas pode ser necessário tanto as regras do direito positivo como o uso de enunciados empíricos.

As formas de argumento e as regras de justificação externa podem classificar-se, *grosso modo*, em seis grupos: regras e formas (1) de interpretação, (2) da argumentação da Ciência do Direito (dogmática), (3) do uso dos precedentes, (4) da argumentação prática em geral e (5) da argumentação empírica, assim como as (6) das chamadas formas especiais de argumentos jurídicos. Para designar estes grupos com uma só palavra, podemos eleger as palavras: (1) lei, (2) Ciência do Direito, (3) precedente, (4) razão, (5) empiria e (6) formas especiais de argumentos jurídicos²⁸⁴.

Quanto à argumentação empírica, dada a largueza de seu alcance, Alexy ressalta sua importância e indispensabilidade. Todavia, não formula regras; vigoram

²⁸² GIL, 2006, p. 75.

²⁸³ ATIENZA, 2005, p. 166.

²⁸⁴ ALEXY, 2005, p. 227.

as de presunção racional – “assim como no discurso prático geral, também aqui permanece a questão de como se deve proceder no discurso empírico”²⁸⁵.

4.3.3 Os cânones de interpretação

Neste grupo, Alexy inicia dando a conhecer a estrutura lógica do cânone de interpretação que vem expressa pelo modelo simples de justificação interna (adiante esquematizado).

Frente à diversidade de trato e de classificações dos cânones interpretativos, Alexy limita-se a registrar a discussão existente e dar como objeto do estudo “tornar mais clara a função destas formas de argumentação no mundo jurídico”, que é a de justificar a passagem da regra (R) para a norma concreta (R’), o que se faz com a regra do uso da linguagem (W)²⁸⁶. Para tanto, forma seis grupos para análise:

- a) interpretação semântica;
- b) genética;
- c) histórica;
- d) comparativa;
- e) sistemática e
- f) teleológica.

(J.1.2') . (1) $(Tx \rightarrow ORx)$ (R)
 .(2) $(Mx \rightarrow Tx)$ (W)
 .(3) Ma
 .(4) ORa (1)-(2)²⁸⁷

Vai daí que “a partir de (1), a norma R, e de (2), a regra do uso de palavras, W, se segue a norma concreta R’”. Representando: “(2') (x) $(Mx \rightarrow ORx)$ ”. Continuando, “R’ pode-e designar como ‘interpretação de R através de W’ (IR/W)

²⁸⁵ ALEXY, 2005, p. 229.

²⁸⁶ Ibid., p. 230: “A regra W deve entender-se aqui como uma *especificação* da linguagem natural ou de uma linguagem técnica, em particular a da Ciência do Direito”.

²⁸⁷ Ibid., p. 229.

Em se tratando de *interpretação semântica* três podem ser as formas dos argumentos, conforme sua finalidade: justificar, criticar ou mostrar que uma interpretação é admissível.

- (J.3.1) R' deve ser aceita como interpretação de R, com base em Wi.
 (J.3.2) R' não pode ser aceita como interpretação de R com base em Wk.
 (J.3.3) É possível aceitar R' como interpretação de R e é possível não aceitar R' como interpretação de R, por não regem Wi nem Wk²⁸⁸.

Com os *argumentos genéticos* se justifica a interpretação R' de R, porque ela corresponde à vontade do legislador. Podem dar-se porque (a) R' é o objeto direto da vontade do legislador ou (b) R' é necessária para realizar algo. Duas são as formas esquematizadas, sendo Z inserido na última, a finalidade objetiva que se fundamenta referenciando uma norma. O símbolo \neg tem significado de validade²⁸⁹:

- (J.4.1) . (1) R' (= I r/w) é querido pelo legislador
 . (2) R'
 (J.4.2) . (1) Com R o legislador pretende alcançar Z
 . (2) \neg R' (= I r/w) \neg Z
 (3) R'

Como, de regra, o resultado da interpretação semântica e genética (espécies da fundamentação empírica) levam à afirmação de que expressa “o teor da norma, a vontade do legislador ou o fim da norma”, tem-se por incompleta a justificação. Surge o *requisito de saturação* que nada mais é exigir, para considerar justificado o argumento, que neste estejam contidas todas as premissas a ele referentes naquela forma de interpretação.

Os *argumentos históricos* dizem respeito à *história do problema discutido* como base interpretativa. Se, em outro momento da história, o problema foi resolvido de determinada forma que não se mostrou a mais adequada e, no momento da interpretação as condições históricas são semelhantes, não se aceita a decisão anterior. A isto chama-se *caso de aprendizado na história*. Envolve premissas empíricas e normativas²⁹⁰.

Nos *argumentos comparativos* são tomadas como referência interpretativa situações de outra sociedade. Não é raro a argumentação histórica derivar para a

²⁸⁸ ALEXY, 2005, p. 230-231.

²⁸⁹ GIL, 2006, p. 79.

²⁹⁰ ALEXY, op. cit., p. 287.

comparativa que, igualmente, se vale de argumentos empíricos em conjunto com os normativos.

Argumentos sistemáticos em sentido estrito são os que se *referem unicamente às relações lógicas entre as normas*, encontrando expoente na *indicação de uma contradição normativa*. Em se considerando, também, a *relação teleológica de uma norma com outras normas, fins e princípios* ter-se-á argumentos sistemáticos-teleológicos.

Assinala o autor a necessidade de fixar os conceitos de *fim* e de *meio* para estabelecer um conceito de *argumento teleológico*. Todavia, afasta esta tarefa pela necessidade de uma investigação detalhada não cabível na teoria. Ao passo que existem argumentos *teleológicos* derivados de argumentos genéticos – quando dizem das finalidades pretendidas pelo legislador histórico – reconhece outros de forma autônoma, os *argumentos teleológicos-objetivos* que estabelecem quem está legitimado a tomar decisões com base em uma argumentação racional. Aqui os argumentos são normativos porque dizem de fins que estão determinados na lei. A representação da interpretação teleológica vem desta maneira:

$$\begin{aligned} \text{(J.5) . (1) } & OZ \\ & \text{. (2) } \neg R' (= I r/w) \rightarrow \neg Z \\ & \text{(3) 'R' } \end{aligned}$$

Todavia, se o argumento teleológico-objetivo trazer embutida a argumentação do meio para chegar ao fim passará a conter argumentos empíricos.

Afastado o caráter de regras dos cânones, mas dito que são mais do que *pontos de vista*, a categorização se dá como esquemas ou formas de argumento. Também, ao passo que se reconhece que a eleição do cânone determina o resultado, e que não existe regra para a escolha do cânone respectivo e nem hierarquia entre os mesmos, exige-se que, feita a escolha, sejam esgotadas todas as premissas possíveis daquele campo e permite-se que os envolvidos fixem, racionalmente, os pesos dos cânones eleitos. São fixadas mais quatro regras de interpretação, a partir do papel dos cânones no mundo jurídico. A saber:

$$\text{(J.6) Deve ser saturada toda forma de argumento que houver entre os cânones da interpretação²⁹¹ .}$$

²⁹¹ ALEXY, 2005, p. 241.

(J.7) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre os outros argumentos a não ser que possam ser apresentados motivos racionais que dêem prioridade a outros argumentos²⁹².

(J.8) A determinação de peso de argumentos diferentes formas deve ocorrer segundo regras de ponderação.

(J.9) Devem-se levar em consideração todos os argumentos possíveis que possam ser incluídos por sua forma entre os cânones de interpretação²⁹³.

4.3.4 A argumentação dogmática

Num apanhado consiste são demonstradas por Alexy (a) as atividades que compõe a tarefa dogmática jurídica, (b) as dimensões em que se dão estas atividades, (c) as tarefas a ela confiadas, para dizer que não existe um conceito bastante para “o uso das palavras dominantes pelos juristas”²⁹⁴. Em cinco categorias, ainda, indica quais seriam (d) os enunciados “grosso modo” que podem ser tidos como dogmáticos, porque relacionados com as definições dos conceitos genuínos do direito, de outros conceitos secundários presentes nas normas gerais e em normas não extraídas da lei, descrição do modo das coisas que afetam a produção ou conservação de normas e aqueles que servem para a formulação de princípios.

Segue, dizendo do uso dos enunciados dogmáticos na forma pura – quando o enunciado a ser fundamentado segue de outro enunciado também dogmático – e na forma impura – quando é seguido de enunciado do tipo prático geral.

Ressalta a constante relação dos enunciados dogmáticos com aqueles do tipo prático geral, dizendo que estes são a base dos enunciados dogmáticos. Por fim, relaciona as funções da dogmática – (1) de estabilização, (2) de progresso, (3) de descarga – pelo fato de não precisar voltar, em cada situação, discutir todo o contexto normativo, (4) técnica – pela apresentação unificada e sistemática da matéria, (5) de controle – na confrontação das decisões com decisões anteriores e (6) heurística – por conter modelos de decisão e sugerirem novas perguntas e respostas²⁹⁵.

²⁹² ALEXY, 2005, p. 242.

²⁹³ Ibid., p. 243.

²⁹⁴ Ibid., p. 245-263.

²⁹⁵ ATIENZA, 2005. p. 169.

Depois desta construção, três regras são formuladas para o uso dos enunciados dogmáticos:

(J.10) Todo enunciado dogmático, se é posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego de, pelo menos, de um argumento prático de tipo geral.

(J.11) Todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática, tanto em sentido estrito como em sentido amplo.

(J.12) Se são possíveis argumentos dogmáticos, devem ser usados²⁹⁶.

A definição de dogmática que resulta da análise de Alexy é “uma dogmática do Direito é: (1) uma série de enunciados que (2) se referem à legislação e aplicação do Direito, mas que não podem se identificar com sua descrição, (3) estão entre si numa relação de coerência mútua, (4) formam-se e discutem dentro de uma Ciência do Direito que funciona institucionalmente e (5) têm conteúdo normativo”²⁹⁷.

4.3.5 Uso dos precedentes

Quanto aos precedentes, sem adentrar na discussão se são fontes do direito ou não, Alexy destaca a importância fática, fundamentando seu uso no princípio da universalidade: em sendo as circunstâncias relevantes de um caso igual às circunstâncias de outro caso a decidir, o afastamento do uso do precedente exige fundamentação. A carga de argumentação fica para aquele que decidir pelo não uso (princípio da inércia de Perelman).

(J.13) Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve fazê-lo.

(J.14) Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga de argumentação.

²⁹⁶ ALEXY, 2005, p. 257-264.

²⁹⁷ Ibid., p. 249.

4.3.6 O uso de formas de argumentos jurídicos especiais

Três são os argumentos jurídicos especiais:

- a) argumento a contrário;
- b) a analogia;
- c) a redução ao absurdo.

Argumento a contrário, diz-se daquele que permite excluir do âmbito da norma geral as condutas que não estejam previstas em seu texto. A *analogia*, regra geral, é a aplicação da norma a caso não previsto em lei a situação semelhante e, por fim a *redução ao absurdo* se dá quando se afirma que a interpretação de uma regra não é possível pela regra do uso da palavra, porque essa regra leva a um resultado inaceitável, se não proibido.

$$(J.15) . (1) (x) (OGx \rightarrow Fx) \\ . (2) (x) (\neg Fx \rightarrow \neg OGx) (1)^{298}$$

No *argumentum a contrario*, (1) indica a norma de que se parte; sendo a primeira premissa que a norma legal, só se x é F é que se dará a consequência da norma.

$$(J.16) . (1) (x) (Fx \vee F \text{ sim } x \rightarrow OGx) \\ . (2) (x) (Hx \rightarrow F \text{ sim } x) \\ . (3) (x) (Hx \rightarrow OGx) (1), (2)^{299}$$

Para compreensão da inferência lógica da analogia, tem-se representando “F”um contrato de compra e venda; “F sim” um contrato semelhante ao da compra e venda; “H”um contrato de transmissão onerosa de local de negócios; OG é a norma a ser aplicada para o contrato de compra e venda e “x”a variável a das ações. Assim, pode-se ler:

.(1) Para todo x : se x é um contrato de compra e venda (F) ou um contrato semelhante ao de compra e venda (F sim), então devem ser aplicáveis a x os parágrafos 433 e seguintes, do BGB.

²⁹⁸ ALEXY, 2005, p. 269.

²⁹⁹ Ibid., p. 270.

.(2) Para todo x : se x é um contrato que tem por objeto a tramissão de um local de negócios (H), então x é um contrato semelhante ao de compra e venda (F sim).

.(3) Para todo x : se x é um contrato de que tem por objeto a transmissão onerosa de um local de negócios (H), então se lhe devem aplicar os parágrafos 433 e seguintes, do BGB (1), (2)³⁰⁰.

Por fim, o argumento ao absurdo vem expresso na demonstração que segue, considerado “Z” o resultado absurdo, proibido, devendo demonstrar que R’ tem realmente Z como consequência.

(J.17) .(1) $O \rightarrow Z$
 . (2) $R' \rightarrow Z$
 . (3) $\neg R'$ ³⁰¹

Dado à fragilidade destes argumentos, seu uso só será considerado racional se forem saturados e que os enunciados inseridos para a saturação tenham fundamentação racional jurídica. Decorre daí, a regra

(J.18) As formas de argumento jurídico especiais devem ser saturadas³⁰².

No apêndice de sua obra³⁰³, Alexy apresenta a Tabela das Regras e Formas Elaboradas tanto para o discurso prático geral, como para o discurso jurídico como *caso especial* daquele.

A construção de toda esta teoria, restou claro, é a busca pela segurança jurídica a partir de um critério aferidor de correção das decisões judiciais. Esta correção vem com os contornos próprios da lei, da dogmática e dos precedentes e será limitada aos participantes do discurso.

Sempre conectado aos argumentos práticos do tipo geral, caminha o discurso jurídico, ora olhar firme no horizonte, ora claudicante, na busca de sua racionalidade. Se não tem o instrumental das Ciências da Natureza para tanto, com o trabalho de Alexy, passa a contar com um catálogo de condições, critérios e regras que observadas, na medida do possível, tornem mais próximo seu ideal (e, como disse o autor, *tratar deste tema não é tarefa desta investigação*).³⁰⁴

³⁰⁰ ALEXY, 2005, p. 270-271.

³⁰¹ Ibid., p. 272.

³⁰² Ibid., p. 273.

³⁰³ Ibid., p. 282-288.

³⁰⁴ Ibid., p. 281.

4.4 A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA PRÁTICA JUDICIAL-PENAL

Embora se tenha começado este trabalho com a visão geral do Direito como texto, apresentando seus intérpretes, a caminhada já começou com um norte – a interpretação judicial do direito penal e sua justificação racional, como reclamo do princípio da legalidade.

Isto porque uma situação em particular chamou a atenção no que diz respeito à interpretação de dois dispositivos penais pelo Superior Tribunal de Justiça, que encontram pontos comuns: o crime de corrupção de menores da Lei 2.252/54 e aquele da Lei 8.069/90, mas tiveram soluções diversas.

Não se encontrava fundamento para a adoção de diferentes significados para o mesmo verbo “corromper” em tipos penais diferentes, mas com a mesma objetividade jurídica (artigo 218 do Código Penal e artigo 1º da Lei 2.252/54). Intuitivamente, também não se via coerência na interpretação dada ao artigo 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente, excluindo de seu alcance, como objeto material, as *bebidas alcoólicas*.

Repassada a bibliografia quanto à interpretação judicial, as possibilidades discursivas e os limites desse discurso, permite-se, na sequência, fazer uma análise da posição tomada pelo Superior Tribunal de Justiça nos casos apontados.

5 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO PENAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5.1 ANÁLISE DE DOIS TIPOS PENAIIS SUBMETIDOS AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Já se disse que o Direito Penal, dentre os ramos do direito, é particularmente destacado no cenário jurídico por seu caráter sancionador e garantidor. Ao passo que prevê sanções para o caso de violação de suas normas, garante o cidadão contra o arbítrio do Estado.

Sua interpretação se dá sob as luzes dos critérios analisados nos capítulos anteriores e a decisão será racional se observadas as regras de argumentação.

Um dos escopos desta investigação é fazer o necessário diálogo da teoria com a prática, na tentativa de demonstrar como o princípio da legalidade espraia suas diretivas no campo penal e como sua recepção é demonstrada quando da criação da norma particular.

Assim, optou-se pela análise de decisões pelo Superior do Tribunal de Justiça – quando não mais se discute matéria de fato – a fim de verificar os critérios de interpretação utilizados e a obediência às regras de argumentação.

Foram selecionados acórdãos relativos ao julgamento de dois crimes: (a) corrupção de menores – artigo 1º, Lei 2.252/54 e (b) da venda de produtos com componentes passíveis de causar dependência, para criança e adolescente – artigo 243 da Lei 8.069/90.

LEI Nº 2.252 - DE 1 DE JULHO DE 1954 – DOU DE 3/7/54

Dispõe sobre a corrupção de menores.

(...)

Art. 1º Constitui crime, punido com a pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa de Cr\$1.000,00 (mil cruzeiros) a Cr\$10.000,00 (dez mil cruzeiros), corromper ou facilitar a corrupção de pessoa menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando, infração penal ou induzindo-a a praticá-la.

(...)³⁰⁵.

³⁰⁵ Disponível no site <http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/42/1954/2252.htm>. Consultado em 29 jan 2009.

LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990.

Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

(...)

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária³⁰⁶.

(...)

Art. 243. Vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida:

Pena - detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave. (Redação dada pela Lei nº 10.764, de 12.11.2003)

A escolha dos tipos se deu (1) pela circunstância de ambos terem como bem jurídico tutelado a *peculiar condição de pessoa em desenvolvimento* do sujeito passivo – criança ou adolescente. Ou, no dizer do próprio tipo de corrupção de menores, *pessoa menor de 18 anos*. O que, numa primeira leitura já invoca a regra da universalidade e igualdade (1.3).

Pela condição especial do sujeito passivo – pessoa menor de 18 anos – a interpretação, pressuposta *ab initio* sob os ditames do princípio da legalidade (artigo 5º, XXXIX), não pode perder de vista o disposto no artigo 227 da Constituição Federal (mais um cânon interpretativo, agora expresso, a ficar para cotejo do resultado da decisão).

Igualmente, ambos encontram tipos penais muito similares no ordenamento jurídico, como referência em alguns elementos para eventual interpretação sistemática: (a) o artigo 218 do Código Penal, de corrupção de menores, reproduz a mesma ação típica proibida, *corromper ou facilitar a corrupção*, tendo sujeito passivo próprio, embora numa faixa etária mais concentrada que o tipo geral de corrupção

³⁰⁶ <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm> - grifo nosso, visando dar destaque no artigo 3º. ao princípio da proteção integral e no artigo 4º à prioridade absoluta.

de menores, na forma geral. As disposições do artigo 218 do Código Penal alcançam *pessoa maior de 14 (quatorze) e menor de 18 (dezoito)*. Entretanto, ainda permanece na condição de adolescente. Por sua vez, (b) o crime de venda de produtos com potencialidade para causar dependência física ou psíquica pode, no que couber, socorrer-se da interpretação do artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Por fim porque, em ambos, o resultado a que se chegou no Superior Tribunal de Justiça sugere, com o respeito que é devido aos ambientes de Justiça, estarem afastados das conclusões que se obteriam, de forma racional.

Feitas estas considerações iniciais, ao trabalho!

5.1.1 Crime previsto no artigo 1º da Lei 2.252/54

Art. 1º Constitui crime, punido com a pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa de Cr\$1.000,00 (mil cruzeiros) a Cr\$10.000,00 (dez mil cruzeiros), corromper ou facilitar a corrupção de pessoa menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando, infração penal ou induzindo-a a praticá-la.

O crime de corrupção de menores tem como núcleo do tipo os verbos “*corromper*” ou “*facilitar a corrupção*”. Pode-se tomar como significado destes verbos, no sentido comum, acessível a todos os que estão sujeitos à lei, o fato de *alterar para pior as características originais* de algo ou de alguém. Quando muito, admitir que a corrupção – o produto do corromper – tem graus que passam, obrigatoriamente, pela corrupção primeira do objeto, evoluindo para a decomposição e putrefação³⁰⁷

Facilitar verbo que está agregado à segunda modalidade do crime, segundo o mesmo Aurélio, é “2. apresentar uma coisa como sendo mais fácil do que é na realidade. 3. Tornar ou fazer fácil, ou mais fácil”³⁰⁸.

Seguindo a análise do tipo, *corromper* ou *facilitar a corrupção* de pessoa menor de 18 anos – ou seja, criança ou adolescente, devendo a condição ser comprovada documentalmente – numa situação particular: “com ela praticando infração penal ou induzindo-a a praticá-la”.

³⁰⁷ FERREIRA, 2003, p. 486: “Corrupção. (Do lat. *Corruptione*] S. f. 1. Ato ou efeito de corromper; decomposição; putrefação. 2. Devassidão, depravação, perversão”.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 751.

A interpretação gramatical aqui não demanda grande esforço. É fixar o que seja *praticar, induzir e infração penal* (este último termo, um elemento normativo do tipo): “1. Levar a efeito; fazer, realizar, cometer, executar³⁰⁹”, define o ato de praticar; “1, causar, inspirar, inculcar. (...) 4. Mover, levar, arrastar³¹⁰”, o ato de induzir e, as condutas descritas como crime ou contravenção na legislação penal, fazem parte do gênero “infração penal”.

Portanto, aquele que comete crime ou contravenção, em companhia de pessoa menor de 18 anos, ou induz uma pessoa desta qualidade a praticar, de forma a corrompê-la ou facilitar sua corrupção, em tese preenche o tipo penal, ficando sujeito à sanção respectiva, se ausentes causas que excluam a ilicitude de sua conduta ou sua culpabilidade.

Dentro da classificação dos crimes, em nosso entender, o crime cometido na modalidade de “corromper” é de natureza material. Ou seja, demanda de prova da corrupção de caráter do menor de 18 anos. Se praticado na modalidade de “facilitar a corrupção” trata-se de crime formal, bastando que se prove a ação do sujeito sobre a pessoa menor de 18 anos.

Todavia uma questão se põe: é possível corromper o que, ou quem, já está corrompido? Parece-nos que não. A corrupção se dá e, como se encontra no Aurélio, se muito, pode evoluir para decomposição e putrefação.

Isto diz respeito com a qualidade (pressuposta) do sujeito passivo na infração em tela. Se o crime se dá pela corrupção ou pelo facilitamento da corrupção; em outras palavras, pressupõe-se que a pessoa menor de 18 anos tivesse íntegro seu caráter.

Caso contrário, a prática de crime com pessoa menor de 18 anos, ou a indução para que esta pessoa pratique o crime, sendo ela já de caráter corrompido, porque iniciada no mundo do crime – e aqui, numa interpretação estrita como exige o Direito Penal – não seria possível porque ausente uma qualidade indispensável do objeto – a possibilidade de corrupção. Tratar-se-ia de *crime impossível por absoluta impropriedade do objeto* – artigo 17 do Código Penal.

Sendo requisitos da Lei Penal ser, além de prévia, escrita, estrita e certa, não se concebe, sem violar o princípio da legalidade a condenação do agente que pratica infração penal com pessoa menor de 18 anos, ou induz a mesma a praticar,

³⁰⁹ FERREIRA, 2003, p. 1377.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 940.

caso esta pessoa já conte, p ex., de forma documentada com antecedentes pela prática de ato infracional. Seria a punição arbitrária e ilegal.

Ocorre que, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, o princípio da proteção integral estreado no ordenamento jurídico, o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 182.471-PR³¹¹, em que foi Relator o (então) Ministro Vicente Chernicchiaro, após uma (a) abordagem histórica do tipo penal – tendo sido tipificada a conduta face ao crescimento galopante do jogo do bicho, na década de 50 –, faz (b) a interpretação literal, esclarecendo que a *infração penal* constante do texto da lei “alcança qualquer comportamento de atração do menor (...) crime ou contravenção”, vai socorrer-se (c) na *peculiar condição de pessoa em desenvolvimento* do sujeito passivo e com o argumento – prático – de que (f) “o delinqüente não ganha carta de crédito aberta para atrair menores porque, antes o adolescente incursionara no caminho do crime”, elastece o significado da conduta proibida – “acentuar, concretizar, consolidar a corrupção, corrupção é. A teleologia da lei busca impedir a atração de jovens (não se esgota em uma vez para a criminalidade” – confirma a condenação, mesmo sendo o sujeito passivo já corrompido.

A justificação da sentença foi de caráter teleológico, mas equivocado, uma vez que não poderia *manchar* o que *manchado está*, em analogia com o verbo núcleo do tipo.

Em julgado anterior, Recurso Especial 12.651-SP³¹², o mesmo Ministro Vicente Cernicchiaro, julgando o crime de corrupção de menores do artigo 218 do Código Penal – “Art. 218. Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo” – fazendo a interpretação gramatical da norma, concluiu ser material o crime na modalidade de “corromper” e formal quando de “facilitar a corrupção”, embora não tenha enfrentado a questão da qualidade do sujeito passivo.

Ignorando a qualidade do sujeito passivo e privilegiando o fim da norma, com base em precedente, o Ministro Arnaldo Esteves de Lima no Habeas Corpus 113.341-DF 2008/0178337³¹³, em julgado recente, 28 de novembro de 2008,

³¹¹ Inteiro teor do voto no anexo.

³¹² Inteiro teor do voto no anexo.

³¹³ Inteiro teor do voto no anexo.

fundamentou sua decisão de manter a condenação (a) na finalidade da norma que “se destina a ... impedir tanto o ingresso como a permanência do menor no mundo criminoso” e, (b) expressamente, desconsiderou a prova de anterior envolvimento em infração penal pelo sujeito passivo, o que, em nosso entender exclui a tipicidade da conduta.

Numa significativa evolução, no julgamento do Recurso Especial 1.043.849-PR³¹⁴, sendo Relator o Ministro Félix Fischer, colocando o crime de corrupção de menores na categoria dos crimes de perigo, depois de desfiar argumentos de natureza prática, escudados no caráter teleológico da norma – de proteção da moral penal dos menores – reconhece: “Quem já foi corrompido, por óbvio, não pode ser vítima do delito sob exame”. A presunção é **júris tantum**, ficando a cargo da acusação fazer a prova.

No mesmo sentido foi a decisão no Recurso Especial 882.408-PR (2006/01506186), relatado pelo Ministro Hamilton Carvalhido que, escorado em precedentes, (a) afirmou o caráter protetivo da norma penal em relação aos menores, mas (b) interpretou de forma literal concluindo (c) “a pré-existente corrupção, declarada pelo Tribunal Estadual, exclui o crime”.

Se do nada, sem conhecimento das rotinas do Superior Tribunal de Justiça, se tomasse conhecimento destas decisões, ao menos um juízo seria inexorável. Os julgamentos se fazem com os olhos nos princípios constitucionais. Na situação particular, em que a criança e o adolescente são vítimas a aplicação da norma penal que os proteja é valorizada.

5.1.2 Crime previsto no artigo 243 da Lei 8.069/90

Ocorre que quando se trata do crime do artigo 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que até pelo diploma legal onde está inserido, protetor do mesmo bem jurídico, a *peculiar condição de pessoa em desenvolvimento* que é o sujeito passivo, a interpretação da lei segue caminho diverso.

³¹⁴ Inteiro teor do voto no anexo.

Veja-se. Nos termos do artigo 243 da Lei 8.069/90, comete crime quem: “vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida”, ficando sujeito a uma pena de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave”.

O faro penalista, no primeiro contato identifica (a) ser um crime de condutas múltiplas, ou seja, pode ser cometido através de vários comportamentos – “vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma – e é um (b) crime expressamente subsidiário, uma vez que se lê, no final de sua forma “se o fato não constitui crime mais grave.

Também, (c) trata-se de um tipo aberto, que contém elementos que necessitam de valoração, (c.1) o objeto material – o que seja *produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida* – e, também (c.2) a expressão *justa causa*.

Flagrante mesmo, a condição especial do sujeito passivo, que é a pessoa menor de 18 anos – criança ou adolescente, nos termos do artigo 2º da Lei 8069/90 e, por conseqüência, o objeto jurídico tutelado – a moralidade do menor envolvido.

O mesmo Ministro Arnaldo de Lima que no Habeas Corpus 113341/DF (2008/0178337-0³¹⁵) sustentou incondicionalmente a incidência do tipo penal pelo caráter finalístico da norma, no julgado do Habeas Corpus 19661-MS (2006/0120886-6³¹⁶) ao relatar processo no qual se discutia o crime do artigo 243 do ECA, usando de argumentos dogmáticos, porque invocou o parecer do SubProcurador Geral da República que estava nos autos, afastou a condenação. Na situação de fato, o acusado vendeu bebidas alcoólicas para pessoa menor de 18 anos.

Começou o julgador a (a) declarar o tipo penal, 243 do ECA, como uma norma penal em branco; depois (b) invocou o critério da especialidade da norma penal para resolução de conflitos penais, deslocou a tipificação para o artigo 63 da Lei das Contravenções Penais, onde, expressamente, se pune a venda de bebidas alcoólicas a pessoa menor de 18 anos e (c) manteve-se silente quanto à finalidade da norma. Por óbvio, afastou a condenação.

³¹⁵ Inteiro teor do voto no anexo.

³¹⁶ Inteiro teor do voto no anexo.

Dois pesos, duas medidas e *coxias* para o princípio da universalidade.

A primeira premissa adotada não se sustenta. O tipo penal em estudo é um tipo aberto, dependente de valoração, mas sem necessidade de complementação por outro diploma legal. O tipo penal, voltado para a proteção da saúde pública, que reclama a classificação dos produtos que veda o comércio esteja prevista em outro diploma legal – norma penal em branco de caráter heterólogo, como consta de outro julgado transcrito no corpo deste trabalho – é o artigo 33 da Lei de Drogas. A propósito, a parte final de sua redação (... *em desacordo com determinação legal ou regulamentar*).

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Sendo o crime do artigo 243 do ECA expressamente subsidiário, e não exigindo *determinação legal ou regulamentar* para descrição dos produtos potencialmente viciantes, que são o objeto material do crime, tem-se que a valoração é de ser feita com base em conhecimentos empíricos.

Tanto é assim, que visando absolver, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelação Crime 70023857758, 6ª C.Crim³¹⁷), lançou mão de argumento sistemático, localizou o artigo 81 da mesma Lei 8.069/90 que proíbe a venda a criança e adolescente de “I – armas, munições e explosivos; II – bebidas alcoólicas; III – produtos que possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida”, entre outros e valendo-se desta divisão – incisos II e III – sustentou não ser a bebida alcoólica alcançada pela expressão *produtos que possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida*, porque separado o trato quando se trata de infração administrativa.

No mais, foi em busca do princípio da mínima intervenção penal e alegou ser o tipo penal uma norma penal em branco, classificação esta que não se sustenta.

Voltando para o julgado em análise, do Superior Tribunal de Justiça, também desprovido de racionalidade o segundo argumento levantado. Não existe conflito de

³¹⁷ Inteiro teor do voto no anexo.

normas a ser resolvido, na medida em que *a norma posterior revoga a norma anterior* e o artigo 243 é posterior à Lei das Contravenções Penais. E, aceito que este tipo penal é um tipo aberto, mas não uma norma penal em branco, sendo a valoração quanto ao objeto material do crime dependendo de argumentos empíricos, não se pode retirar a bebida alcoólica do conceito de produto potencialmente viciante. Basta socorrer-se das disposições da Organização Mundial de Saúde que, no ano de 1967, incluiu o alcoolismo como doença, reconhecendo que bebidas alcoólicas causam dependência física e psíquica.

Por fim, desta feita, o critério eleito para sustentar a decisão anterior – a finalidade da norma – sequer foi abordado, restringindo-se à uma análise (equivocada) sistemática. Tendo partido de uma premissa equivocada – ser o tipo penal uma norma penal em branco, sem considerar sua classificação de tipo aberto e subsidiário – e sem ter saturado sua argumentação, à luz das teorias estudadas carece de racionalidade a decisão tomada.

6 CONCLUSÃO

Quando pensou em estudar a interpretação da lei e a vinculação com o princípio da legalidade, estava na verdade, esta que escreve, buscando material teórico para sua faina diária.

Na prática, constata-se que a maioria das decisões judiciais no campo penal se dá, ainda, na velha forma do silogismo, reduzindo a fundamentação na fala dos participantes da situação fática posta em julgamento ou, se muito, de testemunhas, deixando de lado a análise do tipo penal.

Assim, ou seria muito pobre o material de trabalho – o tipo penal; ou seria muito rasa sua abordagem, no cotidiano (não se está aqui a falar de votos que são verdadeiros compêndios do direito, como aquele do Ministro Joaquim Barbosa, no caso do mensalão).

Infelizmente, parece que a última constatação é a que procede.

O reconhecimento do direito como texto abre um leque de possibilidades de estudo, seja da linguagem, seja da construção de uma linguagem jurídica, ou da formação do discurso jurídico.

Uma observação (talvez desnecessária): não foi em busca da retórica que se lançou ao estudo. Foi em busca de conhecer o estudo da argumentação jurídica. Ter chegado a Robert Alexy acalmou o espírito ao ver assentado que, na impossibilidade de localizar uma única alternativa correta de interpretação da lei, é possível demonstrar que se fez a melhor escolha, dentre as disponibilizadas na *moldura* do Direito.

Ora, se o Direito Penal não é pobre; pobres não podem ser seus operadores.

Adiante, e aqui já extrapola a abordagem desta dissertação, Alexy superou o limite do discurso jurídico, invocando os princípios como passíveis de fundamentar a decisão jurídica, de forma racional, no que denominou de *argumentação jusfundamental*. Esta teoria está no seu “*Teoría de los Derechos Fundamentales*”, que não foi, saliente-se, explorada neste momento, seja pelo recorte na teoria da argumentação jurídica, seja pela própria limitação de quem agora escreve, a necessitar de maior tempo e maior aporte teórico para desenvolver um estudo da interpretação da lei penal sob este viés.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 2. ed, São Paulo : Martins Fontes, 1998.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica** – a teoria do discurso racional como teoria de justificação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

ALONSO, Juan Pablo. **Interpretación de las normas y derecho penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

AMADO, Juan Antonio Garcia. Interpretar, Argumentar, Decidir. In: POZO, José Hurtado. **Interpretación y aplicación de la ley penal** – anuário de derecho penal 2005. Lima: Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Catolica del Peru, 2006.

ATIENZA, Manuel. **Las razones Del derecho** – teorías de la argumentação jurídica, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. amp. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEVEDO, Reinaldo. **Isto não é um cachimbo ou “Ainda acabaremos relinchando”**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blogs/reinaldo/2006/12/isto-no-um-cachimbo-ou-ainda.html>>. Acesso em: 15 jan. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** – o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://www.jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547&p=2>>. Acesso em: 25 fev. 2008.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história** - a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 15 out. 2008.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BOAVENTURA, Bruno José Ricci. A gênese das idealizações ocidentais da lei e do legislador. **Jus Vigilantibus**. abr. 2008. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/32869/1>>. Acesso em: 08 jan. 2009.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico** – lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Ação Penal 398 / MA** - 2004/0180188-3. DJ 09 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 set. 2008.

_____. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacaopfdc/docs_declaracoes/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2008.

_____. **HC 74950 / SP - HABEAS CORPUS 2007/0011007-4**. DJ 10/09/2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 08 jan. 2009.

_____. **HC 90779 / PR – PARANÁ - HABEAS CORPUS**. DJe-202, 24 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 08 jan. 2009.

_____. **Inq 1145 / PB - PARAÍBA INQUÉRITO**. DJe-060, 04 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 28 jan. 2009.

_____. **Recurso Especial 875463 / DF** - 2006/0099730-7. DJ 21 maio 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 13 set. 2008.

_____. **Vade Mecum**. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra : Almedina, 1995.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** – parte geral. 11. ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2007. 1 v.

CAPPELETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CELLA, José Renato Gaziero. **Auto-precedente e argumentação racional**. Disponível em: <http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_86.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2008.

CONDE, Francisco Muñoz. **La búsqueda de la verdad em el proceso penal**. 2. ed. atual. Buenos Aires: Hamurabi, 2003.

_____. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIAS, Flávia Maurícia Pereira de Carvalho. A linguagem jurídica como ato comunicativo: uma concepção sintático-semântica e pragmática. **Revista Direito e Liberdade - ESMARN – Região Oeste – Mossoró**, v. 2, n. 1, p. 01-368, jan./jun. 2006. Disponível em <http://mossoro.esmarn.org.br/revista_direito_liberdade/edicoes/Revista_Direito_e_Liberdade_volume_2.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2009.

FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. Crise no modelo de Justiça: Paradigma Procedimental da Construção Normativa e o Novo Papel dos Operadores do Direito. **Revista Urutágua** – Revista acadêmica multidisciplinar. Maringá, p. 6-7, dez./jan./fev./mar. Disponível em: <http://www.urutagua.uem.br//005/02dir_feitosa.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio**: séc. XXI. São Paulo: Nova Fronteira, 2003.

FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. O Discurso Jurídico como discurso prático: aspectos do debate entre Robert Alexy e Jurgem Habermas. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VII, n. 9, p. 85-101, dez. 2006.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

GIL, Lise Anne Borba Franzoni. **O garantismo jurídico de Ferrajoli e a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy**: uma aproximação teórica. Florianópolis, 2006. Dissertação de Mestrado apresentada ao curso de Filosofia e Teoria do Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

GIORGI, Raffaele de. **Direito, Tempo e Memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRINOVER, A.P.; FERNANDES, A.S.; FILHO, A.M.G. **As nulidades do processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **A Ética da discussão e a questão da verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HARTMANN, Érica de Oliveira. A motivação das decisões penais e a garantia do artigo 93, IX, da Constituição da República. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Disponível em: Google Acadêmico. Acesso em: 22 nov. 2008.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal** – fundamentos, estrutura e política. Porto Alegre: [s.n.], 2008.

_____. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2005.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Arts. 1º ao 10 por Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. 1 v.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALLE, Fernandinan, **O que é uma Constituição?** Belo Horizonte: Líder, 2002.

LEITE, Larissa; RIOS, Rodrigo Sanchez. **A atividade interpretativa no direito penal: uma necessidade do constante exercício da crítica racional.** Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/larissa_leite.pdf>. Acesso em: 15 out. 2008.

LUIZI, Luis. **O tipo pena:** a teoria finalista e a nova legislação penal. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1987.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal** – propedêutica penal e norma penal. 1. ed. atual. São Paulo: Bookseller, 1997. 1 v.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **Dos casos fáceis e dos casos difíceis ou de como os juízes praticam sua arte.** Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/artuqivos/anais/nelson%20juliano%20cardoso%20matos.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MILANESE, Pablo. Apontamentos sobre a constitucionalidade da norma penal em branco frente ao princípio da legalidade. **Revista Jurídica da Faculdade de União**, ano 1, n. 1, p. 55-65, out. 2007. Disponível em: <<http://http://www.uniao.edu.br/revistajuridica/pdf/artigo4.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2008.

MIR, José Cerezo. **Derecho Penal** : parte general. São Paulo: Revista dos Tribunais; Lima: ARA, 2007. (Coleção Obras Completas).

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NOJIRI, Sérgio. **A interpretação Judicial do Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal** – introdução e parte geral. 30. ed. São Paulo : Saraiva, 1993. 1 v.

OLIVEIRA, Adriane Stoll de. A codificação do direito. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <[http:// jus2.uol.com.br /doutrina/texto/asp?id=3549](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto/asp?id=3549)>. Acesso em: 08 jan. 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/2/deconu.html>>. Acesso em: 11 jan. 2009.

OST, François. **O tempo do Direito**. São Paulo: EDUSC, 2005.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PERELMAN, Chaïm. **Tratado da argumentação**. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

PIRES, Wagner Pinotti. **Culpa, Direito e Sociedade**. 1. ed. Curitiba : Juruá Editora, 2006.

POZO, José Hurtado. **Interpretación y aplicación de la ley penal** – anuário de derecho penal 2005. Lima: Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Catolica del Peru, 2006.

PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal** – fundamentos e teoria do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROBERT, Henri. **Grandes julgamentos da história**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROBLES, Gregório. **O direito como texto**: quatro estudos de teoria comunicacional do direito. São Paulo: Manole, 2005.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Argumentação Jurídica**: técnicas de persuasão e lógica informal. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal** – parte general. Madrid: Civitas, 2006. 1 v.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade Penal e Sociedade de Risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006

SANTIAGO, Mir Puig. **Direito Penal**: fundamentos e teoria do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 2003.

SANTOS, Fábio Eulálio. **A fundamentação da moral em Jürgen Habermas**. Belo Horizonte, 2007. Dissertação de Mestrado em filosofia da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/1843/ARBZ-7FYNVR/1/disserta__o_fabio_eul_lio_dos_santos.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2009.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal** – parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

_____; MIR, José Cerezo. **Derecho Penal** – parte general. 1. ed. bras, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Disponível em: <<http://www.mundojurídico.adv.br>>. Acesso em: 25 fev. 2008.

SCHUMACHER, Aluisio A.. Sobre moral, direito e democracia. **Lua Nova**, n. 61, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a05n61.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2009.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VIEIRA, José Ribas. **Teoria do Estado**: a regulação jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

ZAFFARONI, Eugénio Raul; PIERANGELLI, José Enrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ANEXO A - RECURSO ESPECIAL 182.471-PR

Superior Tribunal de Justiça

Golden/Raquel: 09.04.99

RECURSO ESPECIAL Nº 182.471 - PARANÁ (98/0053372-9)

RELATOR : MIN. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO
RECTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
RECDO : ALZEMIRO DO NASCIMENTO DO ESPIRITO SANTO
ADVOGADO : LUIZ ALBERTO AYUB SANTOS - DEFENSOR PÚBLICO

VOTO

O EXMº SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (RELATOR): Em trabalho doutrinário, analisei a Lei nº 2.252/54 – Dispõe sobre a corrupção de menores – conforme texto abaixo:

“A Lei nº 2.252/54, de 1º de julho de 1954, apesar da ementa – Dispõe sobre a corrupção de menores – nada tem de comum, não se confunde com o crime de Corrupção de Menores, cujo art. 218 do Código Penal dispõe: “Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo”. Este delito, na estrutura do Código Penal, integra os Crimes contra os Costumes. Busca-se impedir, na referida faixa etária, a pessoa realizar atos da vida sexual, ou de outro modo, ali relacionado, contato com o comportamento libidinoso; com isso, enfraquecer-se-á o comportamento moral. O saudoso Hungria, empregando feliz imagem, compara a situação, como se o menor fosse colocado em um plano inclinado. A queda seria mera questão de tempo.

A mencionada lei, como tudo tem sua história; inspirada na conduta de banqueiros do jogo do bicho; a fim de evitar a prisão em flagrante, dada a natureza de contravenção penal dessa atividade, contratavam menores, ou seja inimputáveis. Com isso, o movimento de levar, ou buscar apostas, até certo ponto, cassava a eficácia da autoridade policial.

Desnecessário registrar, tal atividade, a pouco e pouco, ia minando a formação e a resistência moral dos menores, acostumando-os à prática de ilícito penal. Evidente, seria estímulo ao “avião”; com o tempo, participaria da atividade do jogo de azar.

A lei especial, por analogia, empregou o verbo integrante do tipo do Código. Apesar disso, os conceitos são distintos. O art. 218 pensa somente o desregramento da conduta sexual. A Lei nº 2.252/54 visa a impedir que o menor, com a respectiva atividade, a pouco e pouco, incursione no terreno da ilicitude; embora não pratique infração penal, pelas razões mencionadas, em ali permanecendo, certamente, habituar-se-á naquele setor, afastando-se, cada vez mais, do terreno recomendado pelo Direito. A conduta proibida é – praticar infração penal com pessoa menor de 18 (dezoito) anos, ou induzi-la a praticá-la. O “corromper, ou facilitar a corrupção” é o resultado típico. O bem jurídico, por

Superior Tribunal de Justiça

seu turno, a preservação da formação moral do menor, desviando-a dos padrões éticos da sociedade.

Tratar de ilícito penal, obrigatoriamente, crítica científica, reclama projetar classificação. Durante muito tempo, a doutrina penal estava dividida quanto ao conceito de – resultado. Sem dúvida, todo crime, no estágio atual da teoria do delito, reclama projeção da conduta no mundo exterior. CARRARA, em sua definição de crime, incluiu importante particularidade – fato politicamente danoso. Os italianos enfatizam – “pensiero non paga gabella”. A teoria moderna inclina-se de modo quase vertical para encarar o resultado no sentido normativo, quando ocorrer dano, ou perigo (probabilidade – inconfundível com a possibilidade) de dano. Cumpre, por isso, rever o conceito de – crime formal. A ação (sentido amplo), por si mesma é insuficiente. Nessa linha, como conseqüência lógica, decorre o crime impossível. Entende-se a ineficácia da conduta, olhando o resultado.

Todo crime é crime de resultado. Não basta a conduta. Imprescindível ocasionar impacto no objeto jurídico, trazendo dano, ou perigo de dano. Fora desse limite, o comportamento se faz atípico. Não há resultado presumido. Existe, ou não existe! Relativamente à conduta descrita na Lei nº 2.252/54, é “corromper ou facilitar a corrupção”. Tem-se, pois, pluralidade alternativa de eventos típicos. O primeiro significa afetar o caráter do menor, de modo a ajustá-lo ao terreno do ilícito penal; o segundo é ensejar oportunidade para que isso aconteça.

Não obstante a origem histórica, o texto repressivo alcança qualquer comportamento de atração do menor para a prática de infração penal. Crime, ou contravenção, pouco importa, não obstante, na aplicação da pena o pormenor se evidencia relevante.

Desse modo, não basta o menor de 18 anos concorrer (fisicamente) com o delinqüente. Imprescindível a efetiva corrupção, ou a potencialidade de que isso aconteça.

A regra geral, mercê das máximas da experiência, é o menor retornar à atividade ilícita. Importante particularidade, realçada pelos estudos criminológicos: de um modo geral o adolescente é pessoa carente economicamente (não exclui, insista-se, o rol dos menores). Exemplificativamente: participar de “gang”, fenômeno crescente em centros urbanos, envolvendo também jovens de outras classes sociais. Algumas infrações penais, como a cócega, e só começar!

Importante deter-se nas circunstâncias da infração penal. Alguns mostram-se isoladas no comportamento da pessoa. Outras, entretanto, e mais uma vez invoquem-se as pesquisas da Criminologia, levam a acreditar no retorno à criminalidade. Nesse âmbito, colocam-se os crimes contra o patrimônio. Os agentes atuam com animus de lucro. Raramente se mostra eventual. Ainda que não leve à corrupção, sem dúvida, facilita a corrupção do menor; cria para ele clima propício para encorajá-lo a permanecer na criminalidade. O que normalmente acontece não se confunde com simples hipótese acadêmica, traduz análise de fatos concretos. Esse parâmetro não se confunde, não se identifica com perigo abstrato. Ao contrário, é concreto, averiguável no plano da realidade. Nessas considerações – corromper – é ajustar a personalidade do menor à prática de infração penal; de outro lado – facilitar a corrupção – criar o perigo de a mesma se concretizar.

Superior Tribunal de Justiça

A criança e o adolescente, como modernamente, o menor é apresentado, porque a personalidade está em formação, não podem ser atraídos, particularmente, com a promessa de lucro fácil.

O agente que atrai menor para auxiliá-lo na prática do roubo, crime contra o patrimônio, facilita, estimulando, encorajando, o jovem na senda criminosa. Ainda que o fato seja isolado, não haja repetição. Facilitar, aqui, é dar oportunidade para ingressar na senda negra da criminalidade. Evidente, se houver retorno também, estará configurada a corrupção. A distinção, entretanto, não invoca o velho crime formal. Na hipótese, há resultado, qual seja, a probabilidade da corrupção. Lógico, a extensão do evento pode ser maior, compreendendo também a atração, o estímulo e o fornecimento de meios para a execução mostrar-se eficaz.

Há importante particularidade. O delinqüente não ganha carta de crédito aberta para atrair menores porque, antes, o adolescente incursionara no caminho do crime. Acentuar, concretizar, consolidar a corrupção, corrupção é. A teleologia da lei busca impedir a atração de jovens (não se esgota em uma só vez) para a criminalidade. A corrupção vai se consolidando a medida em que alguém busca a colaboração do menor para a prática do ilícito penal. Não há limites estanques. Enseja graduação. A repetição da conduta delituosa vai, a pouco e pouco, corroendo a personalidade. O tipo penal se faz presente, assim, também quando o jovem é atraído, mais uma vez, para o campo da delinqüência. Não há perfeita igualdade com o crime do mencionado art. 218 do Código Penal, onde vozes há que excluem a criminalidade se a vítima estiver integrada na prática da vida sexual. Importante: o objeto jurídico é outro. Na lei nº 2.252/54 busca-se impedir o estímulo de ingresso, ou permanência na criminalidade."

No caso dos autos, a r. sentença, prestigiada pelo v. acórdão, conclui "não haver provas de que o acusado tenha contribuído para a corrupção de seu irmão menor" (fls. 86). Acrescenta, na motivação:

"Isto porque, seu irmão Luiz Carlos Nascimento, mostrou tratar-se de menor já corrompido, tendo respondido à outros procedimentos perante a Vara de Infância e Juventude, por prática de diversos furtos em companhia de comparsas diversos." (fls. 90)

A corrupção, conceito normativo, não tem limites estanques. Ao contrário, enseja graduação. A repetição da conduta delituosa, sem dúvida, vai, a pouco e pouco, corroendo a personalidade.

O delinqüente não ganha carta de crédito aberta para atrair menores para executar infrações penais porque, antes, o adolescente incursionara no caminho do crime. Acentuar, concretizar, consolidar a corrupção, corrupção é.

Superior Tribunal de Justiça

No caso sub judice, o Recorrido, não foi a primeira vez, valeu-se do auxílio do irmão menor para cometer crime.

Data venia, diviso evidente a corrupção referida na Lei nº 2.252/54.

O Recorrente combate o bom combate.

Configura-se, portanto, concurso formal. A teor do disposto no art. 70 do Código Penal, considerando que, isoladamente, a sanção seria no grau mínimo, acresço a mais grave de um sexto, perfazendo, por isso, trinta meses, ou seja dois (2) anos e seis (6) meses de reclusão.

Conheço do Recurso Especial e lhe dou provimento.



MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

ANEXO B - RECURSO ESPECIAL 12.651-SP

6ª TURMA : 17.09.91

PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 12.651 - SP (91.0014419-3)

000089

RELATOR : O EXMº SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDA : SANDRA BATISTA LEME

091001440
019333000
001265100

V O T O

O EXMº SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (RELATOR):
Sr. Presidente, o debate sobre a natureza jurídica do crime de
Corrupção de Menores (Cód. Penal, art. 218) é resultante da polê-
mica a respeito de evento ou resultado.

Na doutrina, digladiam-se duas concepções. A con-
cepção naturalística reclama sempre, como efeito da ação, modi-
ficação física. Daí, a afirmação categórica de não haver crime
sem alteração do mundo exterior. A concepção normativa, por seu
turno, despreza o sentido material do termo, conceituando-o como
conseqüência jurídica. Nessa linha, todo delito tem resultado por
que o evento decorre da ação criminosa.

A infração penal, como fato jurídico, compreende a
conduta (ação ou omissão) e o evento (resultado). Juridicamente
entendido, reúne três características; a) dano ou perigo ao obje-
to jurídico; b) objeto material; c) sujeito passivo.

A inexistência de um desses requisitos impede a con-
figuração do crime, como acontece com o denominado "crime impos-
sível", ou no consentimento do proprietário para a entrega da
coisa alheia móvel porque o furto requer oposição da vítima à
pretensão de terceiro.

Todo crime, então, jamais se esgota apenas com a
conduta. Esta é indispensável, todavia, insuficiente. Urge decor-
rer o evento ou resultado. Por sua vez, visto, na grandeza normati-
va (jamais física), dele deve acontecer pelo menos perigo, ou se

RESP Nº 12.651 - SP

VOTO

Fls. 02

PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

000090

ja, probabilidade (não possibilidade) de dano.

MANTOJANI, atual professor titular da Universidade de Florença, escreve:

"É poichè il reato sarebbe, per definizione, offesa dell'interesse protetto, l'evento in senso giuridico esisterebbe in tutti i reati, anche in quelli di pura condotta, essendo ravvisabile un nesso logico di causalità tra condotta ed offesa all' interesse protetto anche senza alcun evento naturale".
(Diritto Penale, Cedam, 1988, 2ª ed., pág. 168).

Registre-se, no tocante ao perigo, a literatura que leciona dentre as classificações de crime, duas categorias: a) crime de perigo concreto; b) crime de perigo abstrato (presumido). No primeiro, é efetivo o risco de prejuízo do bem tutelado; no segundo, haveria presunção juris et de iure de que a ação sempre ocasiona a probabilidade de dano.

Hoje, notadamente no quadrante do chamado Direito Penal da Culpa, banida a responsabilidade objetiva, o agente responde pelo que efetivamente fez (ou deixou de fazer). Jamais por aquilo que se possa presumir que pudesse ter feito (ou deixado de fazer).

O Direito Penal da culpa é incompatível com qualquer presunção de fato. Fato é fenômeno. Aconteceu ou não aconteceu. Não há meio termo.

Em consequência, apesar de ilustrados com lições de ilustres autores, que não podem faltar em qualquer biblioteca especializada, as duntas razões do recurso apoiam-se em concepções que retratam um momento da doutrina penal, hoje, revistas e projetadas de maneira diversa.

REsp Nº 12.651 - SP

VOTO

Fls. 03

PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

000091

Punir alguém por conduta inócua relativamente à integridade do objeto jurídico é considerar somente uma parte do fato jurídico-crime. O ilícito penal atrai a sanção porque inverte contra o que o Direito deseja preservar. Se a conduta não afeta, ou coloca em risco a proteção, é lógico, mostra-se irrelevante.

É clássica a distinção, aliás, sempre repetida, de crime material, crime formal e crime de mera conduta.

O crime material reclama modificação (física) do mundo exterior. O homicídio e as lesões corporais sempre são invocadas como ilustração.

O crime formal contentar-se-ia com a conduta vedada no tipo, despreciando qualquer consideração quanto ao evento. Daí, alguns autores denominá-lo crime de mera conduta, embora Grispigni registre a seguinte distinção: Estes seriam sem resultado; os outros, exigiriam o resultado.

Hoje, a distinção se posta nos seguintes termos: o crime material impõe dano ao bem tutelado. O crime formal dispensa esse dano, todavia, a conduta deve acarretar a probabilidade de dano. Sem esse pormenor, a ação ou omissão se revela atípica.

O art. 218 do Código Penal contempla duas condutas: a) corromper; b) facilitar a corrupção.

A polêmica da jurisprudência, data venia, decorre de conceitos doutrinários antigos e de desatenção àquela pluralidade.

"Corromper", evidentemente, significa afetar o comportamento da vítima, em termos de costume, de modo a enfraquecer sua resistência, afastando-a das exigências mínimas da socie

REsp Nº 12.651 - SP

VOTO

Fls. 04

PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

000092

dade quanto ao comportamento sexual. Dir-se-á - crime material.

Não basta, assim, praticar atos de libidinagem com a vítima, induzi-la a praticá-lo ou assistir a eles.

O fato-crime requer a conduta. Desta, ademais, a modificação no mundo exterior (física e normativa), qual seja a alteração da vítima relativamente aos costumes.

Daí a coerência da doutrina e da jurisprudência de não reconhecer o crime quando a vítima era corrompida, vale dizer, não guardava o mínimo de recato, historicamente imposto.

Essa ressalva consta explicitamente do Código Penal da Itália (art. 530).

No tocante ao "facilitar a corrupção", sem dúvida, é crime formal, vale dizer, da conduta, embora dispensada a corrupção, imprescindível se faz o perigo de perverter moralmente o menor.

No caso dos autos, a denúncia imputou à ré, ora recorrida, a conduta "corromper". Leia-se às fls. 2:

"Consta do incluso inquérito policial nº 18/88, que no período de agosto a outubro de 1987, em horários não precisados, na Rua Bulgária, 32, Parque das Nações, nesta cidade, SANDRA BATISTA LEME, qualificada a fls. 10, corrompeu a menor Vilma Ferreira de Lima, de 16 anos de idade, praticando com a mesma atos de libidinagem consistentes em beijos no rosto e na boca, bem como carícias nos seios e nas partes pudendas."

Em sendo assim, o recurso se torna restrito para o juízo de conhecimento.

Não se admite, pois, raciocinar com a modalidade "facilitar a corrupção".

Os acórdãos-paradigma, por seu canto, merecem análise

REsp nº 12.651 - SP

VOTO

Fls. 05

PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

000093

se individual, restritos à indicação das ementas:

"Corrupção de menor. A prática de atos se xuais com menor honesta e não corrompida, aptos a corrompê-la, incidem na sanção do art. 218 do Código Penal" (RE 82.664-DF, 2ª T., Min. CORDEIRO GUERRA, J. 10.2.76, RT 509:466)." (fls. 125).

O aresto refere-se a "facilitar a corrupção" por quanto menciona ser bastante atos "aptos a corrompê-la".

A hipótese sub judice, como registrado na denúncia é de a vítima haver sido corrompida.

A crítica analítica, portanto, revela casos diferentes.

O acórdão seguinte é este:

"Criminal. Corrupção de menor. Não se exige, para a tipificação do crime, que sobrevenha a efetiva perversão de sentimentos e a depração da vítima, conseqüente da conjunção carnal. Tal corrupção é presumida juris et de jure da simples prática do ato libidinoso. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal" (RE 109.099-PR, 2ª T., Min. CARLOS MADEIRA - j. 23.5.86, RTJ 119:864)." (fls. 125).

Na espécie, o Egrégio Tribunal consagrou a tese de bastar a conduta porque o resultado proibido é presumido de modo absoluto.

Aquí, sem dúvida, evidencia-se a divergência. Enquanto o v. acórdão recorrido reclama resultado acontecido, o paradigma o dispensa, entendendo-o sempre presente.

A terceira indicação é insuficiente. Não é indicada a hipótese decidida, ou seja, qual das condutas proibidas no tipo foi objeto de decisão.

REsp nº 12.651 - SP

VOTO

Fls. 06

PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

000094

Observa-se, com facilidade:

"Corrupção de menores. Código Penal, artigo 218. Tratando-se de delito formal, prescindese, para sua configuração, da prova da efetiva corrupção. A conjunção carnal inclui-se entre os atos de libidinagem compreendidos no alcance da norma; no caso um plus na corrupção.

Precedentes do STF" (RE 114.019/PR, 2ª T., Min. CÉLIO BORJA, j. 15.4.88, RTJ 126:1.097)" (fls. 125/126).

Nesse quadrante, conheço do recurso quanto ao dissí
dio.

As razões de decidir relativas à interpretação do art. 218 do Código Penal, todavia, são bastantes para refutar, data venia, a conclusão de presunção de modificação física, pro
vocada pela ação.

Em sendo assim, conheço, em parte, do recurso, con
tudo, para negar-lhe provimento.



MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

ANEXO C - HABEAS CORPUS 113.341-DF 2008/0178337

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 113.341 - DF (2008/0178337-0)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. PRÉVIA CORRUPÇÃO DO ADOLESCENTE. IRRELEVÂNCIA À TIPIFICAÇÃO. CRIAÇÃO DE NOVO RISCO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA E TELEOLÓGICA DA NORMA PENAL INCRIMINADORA. TIPICIDADE DA CONDUTA RECONHECIDA. ORDEM DENEGADA.

1. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em recente julgamento (REsp 1.031.617/DF, de minha relatoria, DJ de 4/8/08), ratificou o entendimento de que o crime tipificado no art. 1º da Lei 2.252/54 é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos.
2. Além disso, na mesma ocasião, o Colegiado manifestou o entendimento de que a citada norma penal incriminadora objetiva impedir tanto o ingresso como a permanência do menor no universo criminoso, sendo, portanto, irrelevante à tipificação do delito a participação anterior da criança ou do adolescente em ato infracional, porquanto do comportamento do maior de 18 anos advém a criação de novo risco ao bem jurídico tutelado.
3. Ordem denegada.

VOTO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator):

Conforme relatado, pretendem os impetrantes a absolvição do paciente, pela inexistência de prova de que ele tenha contribuído para a inserção do inimputável na faculdade do crime.

Não lhes assiste razão, todavia.

A denúncia narrou o ilícito penal nos seguintes termos (fls. 8/9):

1. Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 02 de junho de 2006, por volta das 23h, na SEP/N 505 Norte, Brasília/DF, o denunciado e o menor Messias Marco de Souza tentaram subtrair para ambos, com inequívoco "animus furandi", agindo mediante concurso de pessoas, cabos de condução de energia elétrica, de cobre, baixa tensão, pertencente à vítima Companhia Energética de Brasília.

2. Apurou-se que o denunciado entrou em uma caixa de alta tensão e, em seguida, utilizando de alicate e uma serra cortava os cabos de baixa tensão, entregando-os para o menor Messias, que os colocava em uma carroça.

3. Os policiais militares chegaram ao local e encontraram o denunciado, o menor Messias, ferramentas diversas e 39 (trinta e nove) metros de cabos de condução de energia elétrica na carroça, oportunidade em que impediram a

Superior Tribunal de Justiça

consumação do crime e prenderam o denunciado em flagrante delito.

4. Por fim, o denunciado corrompeu e facilitou a corrupção de Messias Marco de Souza, menor de 18 (dezoito) anos, uma vez que praticou com ele o crime de furto tentado, acima mencionado.

A sentença, quanto ao tema, assim decidiu (fl. 14):

O crime de corrupção de menores também está devidamente comprovado. Com efeito, a jurisprudência dos nossos Tribunais vem entendendo que se trata de crime formal, sendo indiferente, assim, o fato de ter ou não o menor antecedentes, tendo em vista que a cada nova ação criminosa praticado haveria um facilitamento de seu desvio moral com a corrupção pelo maior imputável praticada.

Com efeito, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em recente julgamento (REsp 1.031.617/DF, de minha relatoria, DJ de 4/8/08), ratificou o entendimento de que o crime tipificado no art. 1º da Lei 2.252/54 é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos.

Além disso, na mesma ocasião, o Colegiado manifestou o entendimento de que a citada norma penal incriminadora objetiva impedir tanto o ingresso quanto a permanência do menor no universo criminoso, sendo, portanto, irrelevante à tipificação do delito a participação anterior da criança ou do adolescente em ato infracional, porquanto do comportamento do maior de 18 anos advém a criação de novo risco ao bem jurídico tutelado. Transcrevo, a seguir, a ementa desse julgado:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. PRÉVIA CORRUPÇÃO DO ADOLESCENTE EM GRAU CORRESPONDENTE AO ILÍCITO PRATICADO COM O MAIOR DE 18 ANOS. INEXISTÊNCIA. CRIAÇÃO DE NOVO RISCO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA E TELEOLÓGICA DA NORMA PENAL INCRIMINADORA. TIPICIDADE DA CONDUTA RECONHECIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. É firme a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o crime tipificado no art. 1º da Lei 2.252/54 é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos.

2. Na hipótese, as instâncias ordinárias consignaram que as passagens anteriores do menor pela Vara da Infância e da Juventude, por atos infracionais praticados mediante violência ou grava ameaça, aliadas ao seu comportamento no fato descrito na denúncia – roubo –, revelariam a prévia corrupção moral do adolescente, caracterizadora do crime impossível.

3. Procedimentos judiciais em curso na Vara da Infância e da Juventude não podem ser considerados como prova de prévia corrupção do menor, por decorrência lógica de não serem sequer prova de sua participação em ato

Superior Tribunal de Justiça

infracional.

4. Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “A remissão não implica reconhecimento de responsabilidade, nem vale como antecedente, ex vi do art. 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente” (REsp 909.787/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 3/9/07).

5. Tratando-se de criança ou adolescente, não existe pretensão punitiva estatal propriamente, mas apenas pretensão educativa, que, na verdade, é dever não só do Estado, mas da família, da comunidade e da sociedade em geral, conforme disposto expressamente na legislação de regência (Lei 8.069/90, art. 4º) e na Constituição Federal (art. 227).

6. É nesse contexto que se deve enxergar o efeito primordial das medidas socioeducativas, mesmo que apresentem, eventualmente, características expiatórias – efeito secundário –, pois o indiscutível e indispensável caráter pedagógico é que justifica a aplicação das aludidas medidas, da forma como previstas na legislação especial (Lei 8.069/90, arts. 112 a 125), que se destinam essencialmente à formação e reeducação do adolescente infrator, também considerado como pessoa em desenvolvimento (Lei 8.069/90, art. 6º), sujeito à proteção integral (Lei 8.069/90, art. 1º) por critério simplesmente etário (Lei 8.069/90, art. 2º, caput).

7. O art. 1º da Lei 2.252/54, que tem como objetivo primário a proteção do menor, não pode, atualmente, ser interpretado de forma isolada, tendo em vista os supervenientes direitos e garantias menoristas inseridos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Afora os direitos já referidos anteriormente, importa registrar que à criança e ao adolescente são asseguradas todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento, físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (Lei 8.069/90, art. 3º).

8. Diante disso, dessume-se que o fim a que se destina a tipificação do delito de corrupção de menores é impedir o estímulo tanto do ingresso como da permanência do menor no universo criminoso. Assim, o bem jurídico tutelado pela citada norma incriminadora não se restringe à inocência moral do menor, mas abrange a formação moral da criança e do adolescente, no que se refere à necessidade de abstenção da prática de infrações penais.

9. Por conseguinte, mesmo na hipótese da participação anterior de criança ou adolescente em ato infracional, reconhecida por sentença transitada em julgado, não haveria razão para o afastamento da tipicidade da conduta, porquanto do comportamento do maior de 18 anos advém a criação de novo risco ao bem jurídico tutelado.

10. De fato, a criança e o adolescente estão em plena formação de caráter e personalidade e, por essa causa, a repetição de ilícitos age como reforço à eventual tendência infracional anteriormente adquirida.

11. Nesse contexto, considerar inexistente o crime de corrupção de menores pelo simples fato de ter o adolescente ingressado na seara infracional equivale a qualificar como irrecuperável o caráter do inimputável – pois não pode ser mais corrompido – em virtude da prática de atos infracionais. Em outras palavras, é o mesmo que afirmar que a formação moral do menor, nessa hipótese, encontra-se definitiva e integralmente comprometida.

12. Todavia, tal entendimento, como visto, fere o espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo-se observar que até mesmo a internação, medida socioeducativa privativa de liberdade e de maior gravidade aplicável ao menor infrator, está sujeita aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (Lei 8.069/90, art.

Superior Tribunal de Justiça

121, caput).

13. Recurso especial parcialmente provido para reconhecer a tipicidade da conduta.

Dessa forma, deve subsistir o entendimento firmado nas instâncias ordinárias, em face da ausência de constrangimento ilegal.

Ante o exposto, **denego** a ordem.

É como voto.

ANEXO D - RECURSO ESPECIAL 1.043.849-PR

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.043.849 - PR (2008/0065643-4)

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 1º DA LEI Nº 2.252/54. CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME DE PERIGO.

I - O crime previsto no art. 1º da Lei nº 2.252/54 é de perigo, sendo despicienda a demonstração de efetiva e posterior corrupção penal do menor (**Precedentes**).

II - A norma inculpada no art. 1º da Lei nº 2.252/54, uma dentre tantas que se destinam à proteção da infância e da juventude, tem por objetivo que os maiores não pratiquem, em concurso com menores, infrações penais e que, também, não os induzam a tanto. Exigências adicionais para a tipificação são extra-legais e até esbarram no velho brocado **commodissimum est, id accipi, quo res de qua agitur, magis valeat quam pereat** ("Prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, ao invés da que os reduz à inutilidade").

Recurso especial provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: No presente apelo nobre, alega o recorrente, a par de divergência jurisprudencial, que o v. acórdão guerreado contrariou o art. 1º da Lei nº 2.252/54. Sustenta que o crime de corrupção de menores é formal, consumando-se com a simples prática de delito na companhia de menor inimputável. Requer o provimento do recurso a fim de condenar o recorrido também pela prática do crime de corrupção de menores.

A irresignação, a meu ver, merece acolhida.

Tenho que a exegese abraçada no v. decisório increpado, a par de ensejar despicienda contradição, reduz, sem justificativa jurídica, o dispositivo legal (art. 1º da Lei nº 2252/54) quase que à total inutilidade. E nunca é demais lembrar o velho brocardo **commodissimum est, id accipi, quo res de qua agitur, magis valeat quam pereat** ("Prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, ao invés da que os reduza à inutilidade").

O nosso sistema jurídico, de forma realista em virtude dos inegáveis e gravíssimos

Superior Tribunal de Justiça

problemas que envolvem ou afligem grande massa de crianças e adolescentes do nosso país, apresenta uma série de normas alicerçadas, na maioria, no senso comum e denotadoras de motivadas preocupações. (v.g., **ECA**; arts. 224 a 227, 107, 228 § 2º, 230, § 1º, 231 § 1º, 232, 244, 245, 246, 247, 248, 121, § 4º, **in fine**, 61, h, 158 § 1º, etc, do Código Penal; arts. 19 § 2º, letras b e c, 60, parágrafo único, etc., da **LCP**, art. 227 § 4º da **Carta Magna**). Todas buscando que os penalmente responsáveis se afastem do cometimento de abusos, fraudes, violências, etc. contra menores, bem como do aproveitamento destes por aqueles na realização de atos que atentem contra a moral sexual ou, ainda, penal. Aliás, todos ou quase todos, independentemente de grau de instrução sabem que o censurável envolvimento com menores, via de regra, acarreta ou pode acarretar conseqüências jurídicas. O uso, inclusive, por parte daqueles dotados de pouca instrução da expressão “de menor” dá a exata e generalizada conotação da repulsa aos atos proibidos nos dispositivos legais mencionados. E, neste contexto, se insere a norma incriminadora do **art. 1º da Lei nº 2.252/54**.

A **lex specialis** almeja que os maiores não pratiquem, em concurso com menores, infração penais e que, também, não os induzam a tanto. Este é o seu objetivo na proteção da moral, dita por alguns, de moral penal (para diferenciar da moral sexual pertinente ao art. 218 do C.P.). Embora haja divergência na doutrina e na jurisprudência, o delito enfocado, sob pena de se tornar inviável ou meramente teórico, é de **perigo** e, aí, de **perigo presumido**, não se devendo confundir **resultado natural** (com a classificação dos crimes em **materiais, formais e/ou de mera conduta**) com **resultado jurídico** (aqui, não se tratando de mudança no mundo exterior/natural acarretada pela conduta mas, isto sim, de ofensa a bem jurídico, e, então, quando os crimes são classificados em delitos de **dano** e de **perigo**). Esta parte da **quaestio** tem os seus contornos delineados nas ensinanças de **Assis Toledo** (in “Princípios Básicos de Direito Penal”) e de **Walter Coelho** (in “Teoria Geral do Crime”), valendo sublinhar que entre as taxionomias inexistente, evidentemente, uma relação biunívoca necessária (v.g., no caso de moeda falsa, o delito é material e de perigo presumido - desde que o **falsum** não seja grosseiro - para a “fé pública”; no caso de incêndio, a infração é material e de perigo concreto). Assim, com a **prática do delito “em concurso”**, que é o **resultado material**, os menores se corromperam ou tiveram a sua corrupção facilitada. A configuração do tipo não exige comprovação de que os menores se tenham transformado em delinquentes perigosos ou renitentes. A realização daquele ato acarretou a presunção **iuris et de iure** da corrupção ou de sua facilitação. O texto legal indica o que é **corromper ou facilitar a corrupção**, dando as formas (“**com ela praticando infração penal ou induzindo-a a praticá-la**”). A cláusula normenorizada na descrição do

Superior Tribunal de Justiça

conduta proibida, dando a conseqüente – em relação às forma indicadas – valoração, mostra que se trata de crime de perigo presumido e não de perigo concreto (v. **REsp. 140.899-PR.**, relator Ministro **José Arnaldo da Fonseca**, 5ª Turma, DJU de 27/4/98, p. 182).

Requisitos adicionais para a tipificação são extra-legais. Se, **por um lado, verbi gratia**, diante do texto, fosse exigível a **efetiva corrupção penal**, criado estaria um paradoxo totalmente descartável. Absolvido o réu por falta de comprovação da efetiva corrupção (que é valoração e não resultado material), poderia ele repetir, impunemente, a sua conduta visto que, na reiteração, o mesmo menor, pela participação no delito anterior, já estaria, agora, então, corrompido...

Por outro lado, a hipotética necessidade da demonstração da **efetiva corrupção** dos menores, sob alegação de ser o **crime material** (a valoração corrupção, curiosamente, funcionando como resultado natural), a par de inviabilizar ou de quase inviabilizar a aplicação da regra incriminadora, torna esta última uma norma destituída de finalidade ou de utilidade prática. A adequação típica dependeria de circunstâncias e fatores **post factum**, bem assim, da personalidade, formação e caráter das vítimas (menores). Tudo isto, em boa parte, na maioria das vezes, fora da área de influência do sujeito ativo. A **efetiva corrupção** funcionaria assim, como estranha condição objetiva de punibilidade. Além do que, qual seria o conteúdo, o significado, da **efetiva corrupção**? A repetição de atos penalmente puníveis ou a simples realização contínua de atos anti-sociais? Por aí se percebe, de imediato não ser recomendável a exegese criticada pelo recurso especial.

Quanto à anterior inocência moral do menor, esta se presume **iuris tantum** (e, aí, não **iuris et de iure**) como pressuposto fático do tipo. Quem já foi corrompido, por óbvio, não pode ser vítima do delito sob exame. Todavia, é de difícil aceitação que o réu, adulto, tenha a seu favor a presunção de inocência e o menor envolvido tenha contra si uma presunção oposta.

Por outro lado, o tipo insculpido no art. 1º da Lei nº 2.252/54 deixa nítida a sua condição de congruente (cfe. **G. Jakobs, R. Maurach, S. Mir Puig**) ou de **congruente simétrico** (cfe. **E. R. Zaffaroni e J.H. Pierangelli**), esgotando-se o **tipo subjetivo no dolo** e sendo prescindível qualquer outro elemento subjetivo (**Waldir de Abreu**, in “Corrupção Infante-Juvenil”, fala de “dolo de caráter genérico”, na tradição causalista).

Neste sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. RECURSO PROVIDO.

Superior Tribunal de Justiça

1. É firme a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o crime tipificado no art. 1º da Lei 2.252/54 é formal, ou seja, a sua caracterização independe da efetiva corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 (dezoito) anos.

2. Recurso conhecido e provido para restabelecer a decisão de primeiro grau."

(REsp 852716/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 19/03/2007).

"CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CRIME FORMAL. PRESCINDIBILIDADE DE PROVA DA EFETIVA CORRUPÇÃO DO MENOR. RECURSO PROVIDO.

I - O objeto jurídico tutelado pelo tipo em questão é a proteção da moralidade do menor e visa coibir a prática de delitos em que existe sua exploração. Assim, a corrupção de menores é crime formal, o qual prescinde de prova da efetiva corrupção do menor.

II - Recurso provido, nos termos do voto do relator."

(REsp 853350/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 18/12/2006).

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 1º, DA LEI Nº 2.252/54 (CORRUPÇÃO DE MENORES). ABSOLVIÇÃO. CRIME DE PERIGO. ANTERIOR INOCÊNCIA MORAL DO MENOR. PRESUNÇÃO **IURIS TANTUM**.

I - O crime previsto no art. 1º da Lei nº 2.252/54 é de perigo, sendo despicienda a demonstração de efetiva e posterior corrupção penal do menor.

II - No entanto, a anterior inocência moral do menor se presume **iuris tantum** como pressuposto fático do tipo. Quem já foi corrompido não pode ser vítima do delito sob exame (Precedentes).

III - **In casu**, restou cabalmente demonstrado, através de documentos, conforme reconhecido tanto na sentença condenatória quanto no v. acórdão guerreado, que os menores que participaram da conduta delituosa já contavam com diversas passagens pelo Juízo da Infância e da Juventude pela prática de atos infracionais graves, inclusive com aplicação de várias medidas sócio-educativas.

IV - Comprovado que os menores já eram corrompidos, não se verifica a prática do delito previsto no art. 1º da Lei nº 2.252/54.

Recurso desprovido."

(REsp 822977/RJ, 5ª Turma, de minha relatoria, DJU de 30/10/2006).

Assim, é de rigor a condenação do recorrido pela prática do delito previsto no art.

Superior Tribunal de Justiça

Diante dessas considerações, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a r. sentença, que condenou o recorrido, como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal e art. 1º da Lei nº 2.252/54, na forma do art. 70 do Código Penal, à pena de **07 (sete) anos e 05 (cinco) meses de reclusão**, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 67 (sessenta e sete) dias-multa.

É o voto.



ANEXO F - HABEAS CORPUS 19661-MS (2006/0120886-6)

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 19.661 - MS (2006/0120886-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. VENDA DE BEBIDA ALCOÓLICA A MENOR DE 18 ANOS. CONDUTA QUE CARACTERIZA CONTRAÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO EVIDENCIADA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DESCUMPRIMENTO DE ALVARÁ JUDICIAL. INGRESSO E PERMANÊNCIA DE MENORES EM CASA DE ESPETÁCULOS. PREVISÃO DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA EM LEI ESPECÍFICA. FATO ATÍPICO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O trancamento da ação penal por esta via justifica-se somente quando verificadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria e prova da materialidade, o que não se vislumbra na hipótese dos autos. Precedentes.
2. Não há falar em trancamento da ação penal iniciada por denúncia que satisfaz todos os requisitos do art. 41 do CPP, sendo mister a elucidação dos fatos que em tese caracterizam a contração penal prevista no art. 63 do Decreto Lei 3.688/41, à luz do contraditório e da ampla defesa, durante o regular curso da instrução criminal.
3. Não caracteriza crime de desobediência (art. 330 do Código Penal) o descumprimento de determinação constante em alvará judicial que regula o ingresso e a permanência de menores em casa de espetáculos se, para tal descumprimento, há previsão de sanção de natureza administrativa no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo o fato atípico. Precedentes.
4. Ordem parcialmente concedida apenas para determinar o trancamento da ação penal quanto ao crime previsto no art. 330 do Código Penal.

VOTO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator):

O trancamento da ação penal pela via do *habeas corpus* só se justifica quando verificadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria e prova da materialidade (HC 38.895/RS, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 14/3/2005, p. 400; RHC 16.833/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 14/3/2005, p. 386; RHC 15.568/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 14/3/2005, p. 383).

Nesse sentido, adoto como razões de decidir os argumentos constantes do parecer exarado pelo Subprocurador-Geral da República Wagner Natal Batista, *in verbis* (fls. 70/75):

O recurso deve ser processado. É tempestivo e a matéria foi debatida no

Superior Tribunal de Justiça

Tribunal de origem.

O primeiro fundamento da ordem deve ser rechaçado de plano. É consagrada na legislação, doutrina e jurisprudência a independência das instâncias penal, civil e administrativa, não havendo necessidade de expressa previsão na norma para tanto, salvo em casos especiais. Aliás o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente prevê sanções penais e administrativas para condutas idênticas.

O art. 243 do referido diploma dispõe da seguinte forma:

"Vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida:

Pena - detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave".

Sendo a conduta do paciente a venda de bebidas alcoólicas a menores, afirma o recorrente que bebidas alcoólicas não estão compreendidas no elemento normativo do tipo, posto que o art. 81 do mesmo Estatuto diferencia bebidas de "produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica", senão vejamos:

"Art. 81. É proibida a venda à criança ou ao adolescente de:

I - *omissis*

II - bebidas alcoólicas

III - produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida".

A venda de bebidas alcoólicas a crianças e adolescentes é expressamente vedada pelo ECA. Resta saber se tal conduta caracteriza crime a ensejar a ação penal.

A norma do art. 243 do ECA classifica-se como norma penal em branco, cujo preenchimento deve ser feito por norma infralegal oriunda do Ministério da Saúde, a quem compete dizer o que está contido no elemento normativo "produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica". As bebidas alcoólicas não estão compreendidas neste conceito, segundo regulamentação da ANVISA. Assim, não pode ser imputada ao paciente a conduta prevista no supramencionado artigo.

A solução de conflitos aparentes de normas em matéria penal resolve-se pelos critérios da consunção, subsidiariedade e especialidade. No caso, há norma penal específica para a punição da venda de bebidas alcoólicas a menores, o art. 63 do DL 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais).

Apesar de a denúncia dar capitulação errônea ao fato descrito, ela efetivamente descreve fato que constitui contravenção penal, não sendo o trancamento da ação a solução recomendada. É que conforme dispõe o art. 383 do Código de Processo Penal, o juiz pode dar ao fato capitulação diversa da contida na exordial acusatória.

Vejamos precedente desta Casa versando sobre semelhante situação:

RECURSO DE HABEAS CORPUS. CONTRAVENÇÃO PENAL - ART. 63, DO DECRETO-LEI N. 3.688/41. VENDER OU SERVIR BEBIDA ALCOÓLICA A MENOR DE 18 ANOS.

Se a denúncia revela indício de contravenção penal, com autoria certa, não pode ser trancada a respectiva ação. Inexiste constrangimento ilegal.

Recurso improvido. (RHC 1.858/SP, Rel. Min. JOSÉ CÂNDIDO DE CARVALHO FILHO, DJ 22/6/1992)

Deve, portanto, a ação penal prosseguir em relação à conduta do paciente

Superior Tribunal de Justiça

de vender bebidas alcoólicas a menores.

Por fim, resta saber se o descumprimento do alvará judicial caracteriza ou não o crime de desobediência.

Percebemos que as ordens contidas no alvará judicial apenas regulam proibições já previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, proibindo a entrada de menores de 16 anos no estabelecimento do paciente, condicionando a entrada de maiores de 16 anos e menores de 18 à autorização dos pais e determina a afixação do alvará no estabelecimento.

Para o descumprimento de tais proibições, há previsão de punições administrativas (arts. 252 e 258 do ECA), inclusive o paciente já responde por essas infrações.

Assim, incide o entendimento desta Corte de que se houver previsão de responsabilização administrativa ou cível para o descumprimento de determinação de funcionário público, o fato é atípico, não configurando o crime de desobediência, salvo ressalva expressa da lei, senão vejamos:

PENAL – CRIME DE DESOBEDIÊNCIA – DETERMINAÇÃO JUDICIAL ASSEGURADA POR SANÇÃO DE NATUREZA CIVIL – ATIPICIDADE DA CONDUTA. As determinações cujo cumprimento for assegurado por sanções de natureza civil, processual civil ou administrativa, retiram a tipicidade do delito de desobediência, salvo se houver ressalva expressa da lei quanto à possibilidade de aplicação cumulativa do art. 330, do CP. Ordem concedida para cassar a decisão que determinou a constrição do paciente, sob o entendimento de configuração. (HC 16.940/DF, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, DJ 18/11/2002)

PENAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. DETERMINAÇÃO JUDICIAL ASSEGURADA POR MULTA DIÁRIA DE NATUREZA CIVIL (ASTREINTES). ATIPICIDADE DA CONDUTA.

Para a configuração do delito de desobediência, salvo se a lei ressaltar expressamente a possibilidade de cumulação da sanção de natureza civil ou administrativa com a de natureza penal, não basta apenas o não cumprimento de ordem legal, sendo indispensável que, além de legal a ordem, não haja sanção determinada em lei específica no caso de descumprimento. (Precedentes).

Habeas corpus concedido, ratificando os termos da liminar anteriormente concedida. (HC 22.721/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 30/6/2003).

Alberto Silva Franco, sobre o tema, assim se manifestou, *verbis*:

"Se, pela desobediência de tal ou qual ordem oficial, alguma lei comina determinada penalidade administrativa ou civil, não se deverá reconhecer o crime em exame, salvo se a dita lei ressaltar expressamente a cumulativa aplicação do art. 330 do CP" (v.g. "Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, vol. 1, Tomo II, 6ª ed., p.3.697).

Na mesma esteira, merecem destaque as considerações de Celso Delmanto, que salientou, *verbis*:

"As determinações cujo cumprimento for assegurado por sanções de natureza civil ou processual civil quanto às administrativas, retiram tipicidade do delito de desobediência (TACrSP, RT 713/350) (cf. "Código Penal Comentado", 6ª ed., p. 661).

Sendo atípico o descumprimento do alvará judicial, não há justa causa para o processamento do paciente pelo crime de desobediência.

Superior Tribunal de Justiça

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem apenas para determinar o trancamento da ação penal quanto ao crime previsto no art. 330 do Código Penal.

É o voto.

ANEXO G - APELAÇÃO CRIME 70023857758, 6ª C.CRIM



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



NJG
Nº 70023857758
2008/CRIME

O recurso é tão-somente da defesa. Não há irresignação ministerial. Portanto, inviável a possibilidade de aumento da pena privativa de liberdade, sob pena de reformatio *in pejus*.

O recorrente Dorneles foi condenado à pena de dois anos de detenção. A própria magistrada fez menção, no final da sentença, acerca da necessidade de retorno dos autos para apreciação da prescrição (fl. 215).

Contudo, os despachos posteriores não analisaram a extinção da punibilidade.

Ocorre que em virtude do encaminhamento do voto no sentido da absolvição do apelante Dornelles – solução mais benéfica para o réu – deixo de analisar a prescrição.

DA VENDA DE BEBIDAS ALCOÓLICAS

A acusação é pelo artigo 243 do ECA:

“Vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, à criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida.”

Com efeito, o tipo prevê a conduta de “vender, fornecer ainda que, gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida”.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



NJG
Nº 70023857758
2008/CRIME

Contudo, os mesmos termos podem ser localizados no artigo 81, do mesmo dispositivo legal, onde, dentre outras condutas, proíbe a “venda à criança ao adolescente de:” (...) “I - bebidas alcoólicas; **II - produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida.**”

Além disso, nunca é demais lembrar que nesse dispositivo legal estamos diante de uma infração administrativa, sujeita à sanção diversa da penal. Além disso, cabe-nos a seguinte indagação, ou seja, será que a extensão da proibição penal contida no artigo 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente abrange, efetivamente, a venda ou o fornecimento de bebida alcoólica?

Creemos que não. As razões que seguem são, de certo modo simples, mas em todo caso suficientes para captar e desvelar uma parcela, pequena parcela, da normatividade e das suas condições de possibilidade interpretativas contidas no referido tipo-de-ilícito.

Nesse sentido, cremos ser desnecessária qualquer ponderação acerca dos limites que o princípio da legalidade impõe em matéria penal. Temos, como suficiente, que a legalidade penal cristaliza, em todos os casos, limites interpretativos que um ilícito-típico pode possuir. Por um lado, define, de modo abstrato o rol de condutas passíveis a ofender ao bem jurídico protegido; e, por outro, impõe limites, na medida em que contém toda e qualquer arbitrariedade por parte do Estado, sendo, nesse contexto, expressão máxima de uma secularização do direito penal, já manifestada por BECCARIA.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
 PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA



NJG
 Nº 70023857758
 2008/CRIME

Ou seja, diante disso, o limite inerente ao crime contido no artigo 243 do Estatuto da Criança encontra-se, precisamente, na expressão, **“produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida”**, de modo que seria possível indagar quanto aos limites interpretativos diante dessa expressão normativa.

Creemos, em todo o caso, que não seria possível estender a interpretação abrangendo, também, a venda ou a oferta de bebidas alcoólicas, na medida em que uma tal interpretação estenderia os limites que legalidade penal impõe. Afinal, qual seria a razão de, em dispositivo anterior, determinar a distinção entre produtos que causem dependência e bebida alcoólica?

Nesse sentido, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, assim pronunciou-se:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. OFENSA AO ART. 243 C/C ART. 81 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. ART. 243 DO ECA. EXCLUSÃO DE BEBIDAS ALCÓOLICAS.

Não esbarra no óbice da Súmula 07/ STJ a pretensão recursal que visa o reconhecimento de que o art. 243 do ECA que proíbe, de forma genérica, a venda de bebidas alcoólicas a crianças e adolescentes. A exegese do aludido dispositivo revela que, ao estabelecer as condutas delituosas em espécie, o legislador excluiu, deliberadamente, a venda de bebidas alcoólicas.”

Recurso conhecido, mas desprovido”. (REsp 331794/RS; Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca Órgão Julgador: Quinta Turma. Data do Julgamento 25/02/2003. Data da Publicação/Fonte DJ 24.03.2003 p. 262).

Em suma, o artigo 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente não incluiu a venda, fornecimento ou entrega à criança ou



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



NJG
Nº 70023857758
2008/CRIME

adolescente, de bebida alcoólica. Apenas se refere a produtos, cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica.

O álcool, embora tenha capacidade de gerar dependência, é uma droga lícita e, evidentemente não está listado em nenhuma portaria do Ministério da Saúde como proibido.

Em não havendo previsão expressa no artigo supracitado acerca do álcool, não há como fazer interpretação extensiva para prejudicar o réu.

Portanto, a venda de bebida alcoólica somente pode ser enquadrada nos incisos do artigo 81 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ainda que não se falasse em absolvição do réu Dorneles, o feito estaria prescrito em face da pena concretizada na sentença.

DA SUBMISSÃO À PROSTITUIÇÃO

A irresignação das defesas diz respeito, essencialmente, à ausência de provas para manter o decreto condenatório.

As apelantes ROSENILDA DA SILVA e CLEOMAR MARIA RIBEIRO foram denunciadas nas sanções do artigo 244-A, *caput*, do ECA:

Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no *caput* do artigo 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)