

Desafios ao Princípio da Legalidade Penal ante a Imprecisão da Linguagem Jurídica

ALEXANDRE SANKIEVICZ

Especialista em Direito Público pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP,
Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público
– IDP.

RESUMO: O objetivo deste artigo é mostrar que nem mesmo o direito penal está imune à influência do costume, ao uso da analogia e a certa dose de incerteza quanto à motivação da decisão judicial. Para atingir essa finalidade, o texto inicia estabelecendo a distinção entre lei e norma jurídica. Mostra que uma descrição completamente denotativa do tipo penal é impossível devido à imprecisão da linguagem e à pluralidade de valores existentes na esfera pública. Dá alguns exemplos em que a mudança do costume pode acarretar o agravamento da situação do réu e critica a distinção feita entre analogia e interpretação analógica. Ao final, algumas sugestões para melhorar o atual método de interpretação utilizado são feitas.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da legalidade penal; hermenêutica; costume; fundamentação das decisões jurídicas; racionalidade.

ABSTRACT: The purpose of this paper is discuss the hermeneutical problems regarding the criminal law interpretation. It states that, despite the principle of legality, even the criminal law is not immune to the vagueness of language, analogies and the influence of custom. Accordingly to the text, the classical criminal interpretation rules do not guaranty rational and fair decisions and must be improved in order to provide more legitimacy to the judicial activity. The author gives some examples to stress how the change of custom may worsen the defendant's situation and, in the end, some suggestions to enhance the criminal interpretation method.

KEYWORDS: Principle of legality; criminal law; hermeneutics; judicial decisions; rationality.

SUMÁRIO: 1 Considerações iniciais; 2 A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito; 3 A proibição de leis vagas ou indeterminadas: o problema da linguagem; 4 A inevitável influência do costume, mesmo para agravar a situação do réu; 5 Analogia e direito penal: problemas hermenêuticos; 5.1 A distinção feita entre analogia, interpretação extensiva e analógica nos manuais de direito penal; 5.2 Crítica à distinção feita entre analogia, interpretação extensiva e analógica; 6 Algumas propostas para o desenvolvimento de uma hermenêutica penal menos decisionista; Referências bibliográficas.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O princípio da legalidade, base do Estado Democrático de Direito, é também alicerce fundamental de todo direito penal que aspire à segurança jurídica. O preceito, além de assegurar o prévio conhecimento das penas e das sanções, também garante que alguém somente terá a liberdade suprimida ou restringida nos estritos termos da lei¹.

A legalidade preserva a liberdade e a dignidade do homem e impede o uso arbitrário do direito penal. Ela obsta que a pena seja utilizada na contingência de uma luta política ou sirva como instrumento de opressão dos adversários. Nesse sentido, Roxin escreve que o preceito protege o homem, não só pelo direito penal, mas também do direito penal².

Para garantir a segurança jurídica, por sua vez, o princípio da legalidade recebe auxílio inestimável da dogmática penal, cuja função é dar consistência e objetividade ao sistema penal, coibindo a discricionariedade do juiz³. A discricionariedade é repudiada no direito penal: ele é o ramo do direito que confere menor liberdade ao magistrado, pois, de maneira geral, os penalistas consideram que a interpretação do texto deve ficar, ao máximo, restrita aos termos legais.

O objetivo desse artigo, entretanto, é mostrar que nem mesmo o mais parnasiano ramo do direito consegue eliminar a influência do costume, o uso da analogia e até mesmo certa dose de incerteza quanto à motivação subjetiva da decisão judicial. Para tanto, primeiro será necessário determinar o que o autor entende por norma penal, deixando clara a diferença entre texto legal e norma jurídica. Em segundo lugar, será importante fazer breves considerações, especificamente, sobre o uso do costume e da analogia no direito penal. Finalmente, formular-se-ão algumas propostas para o desenvolvimento de uma hermenêutica penal menos sujeita ao decisionismo.

2 A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Os modelos de interpretação modificam-se de acordo com o tipo de sociedade e a respectiva forma político-jurídica dominante em determinado tempo⁴. Sem a pretensão de fazer um exame exaustivo dos modelos hermenêuticos, interessa-nos, nesse tópico, esboçar como os modelos de interpretação evo-

1 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 65.

2 ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Madrid: Civitas, 1998. p. 137.

3 Nesse sentido, ver: NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da lei: a face obscura da sentença penal*. Rio de Janeiro: Renavan, 2004.

4 NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhman e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 196.

luíram no Estado Democrático de Direito, para, a partir de então, estabelecer como acreditamos ocorrer o processo de interpretação jurídica.

Beccaria, principal arauto da Escola Clássica, afirmava que “a autoridade de interpretar as leis não poderia ser atribuída nem mesmo aos juízes criminais, pelo simples fato de que eles não eram legisladores”. Para ele, nada era mais perigoso do que o axioma comum de que é necessário consultar o espírito da lei, pois cada homem tem seu ponto de vista, e o mesmo homem, em épocas diferentes, pensa de modo diferente. O espírito da lei seria, então, o resultado da boa ou da má lógica do juiz; dependeria da violência de suas paixões e de todas as mínimas forças que alteram as aparências de cada objeto no espírito indeciso do homem⁵.

“A desordem que nasce da rigorosa observância da letra de uma lei penal, não se compara com as desordens que nascem da interpretação. Tal momentâneo inconveniente leva à correção fácil e necessária das palavras da lei, causa incerteza, mas impede a fatal licença da razão, da qual nascem as arbitrárias e venais controvérsias.”

Após ele e outros iluministas, seguiram-se as duas principais vertentes da teoria do direito no século XIX: a escola da exegese e a jurisprudência dos conceitos. Nas palavras de Marcelo Neves, ambas as escolas buscaram construir um modelo de interpretação que valorizava as conexões sintáticas entre termos, expressões e enunciados normativos e pressupunha a univocidade semântica deles. Conforme as correntes, caberia ao intérprete descobrir o único sentido juridicamente possível dos signos legais, os problemas semânticos estariam subordinados aos sintáticos, não havendo casos difíceis a serem resolvidos. O ponto crucial do processo interpretativo residiria na concatenação horizontal e vertical entre termos e proposições legais (escola da exegese), ou entre conceitos tecnicamente precisos (jurisprudência dos conceitos)⁶.

Logo, porém, percebeu-se que o silogismo perfeito buscado por Beccaria não passava de um ideal utópico. Isso porque, por mais claro que seja um texto legal, ainda assim será indispensável a mediação do intérprete, pois a própria verificação da clareza de um texto já impõe, por si só, atividade hermenêutica.

Tendo isso em vista, na primeira metade do século XX, a hermenêutica jurídica, sem negar relevância à dimensão sintática do texto, começa a enfatizar o aspecto semântico da interpretação. Cabe falar, a partir de então, do surgimento de um modelo de interpretação que tem a Teoria Pura do Direito como o seu principal expoente. Nela, já se reconhece o problema da ambigüidade e

5 BECCARIA, Cesare. *Cesare Bonesana*. Dos delitos e das penas. 2. ed. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 33.

6 NEVES, op. cit., p. 197/198.

vagueza das expressões jurídicas, cabendo ao jurista determinar o quadro semântico das aplicações juridicamente corretas.

Ainda se acredita, porém, que a delimitação desse quadro semântico pode ser obtida puramente por meio de operações lógicas, que têm seus parâmetros estabelecidos nas regras da interpretação. Frente à racionalidade do legislador, caberia aos juízes a tarefa de interpretar cognitivamente o ordenamento jurídico. O aspecto pragmático é ainda deixado em segundo plano, tendo em vista que, na Teoria Pura, subjaz uma noção de juiz neutro, isento de pré-compreensões e voluntarismos diante das alternativas entre as variáveis possíveis de interpretação. Na Teoria Pura, a aplicação da lei é decorrente de uma análise desvalorada dos termos do ordenamento jurídico, cabendo à interpretação a busca do verdadeiro sentido da norma já anteriormente posto pelo Poder Legislativo.

As teorias do século XIX e da primeira metade do século XX acabavam por ser demais ingênuas ao desconsiderar a importância da subjetividade do intérprete e da influência do contexto histórico na definição do sentido normativo de um texto. Por certo, já há algum tempo se sabe que um juiz neutro, asséptico e imparcial é uma impossibilidade antropológica⁷. A atividade cognitiva do intérprete não é dissociável da subjetividade, já que o conhecimento não se realiza libertando-se dos afetos. O juiz a todo o momento faz escolhas diante do caso concreto, o qual, até mesmo inconscientemente, é analisado sob seu prisma ético, moral e religioso⁸.

“Não cabe dúvida alguma de que todos nós somos vítimas de nosso próprio sistema de preconceitos; todos consideramos muitas coisas como evidentes por si mesmas; de que as aceitamos sem espírito crítico e, inclusive, com a convicção ingênua e arrogante de que a crítica é completamente supérflua; e, infelizmente, os homens da ciência não são exceção à regra, mesmo quando hajam conseguido purgar-se superficialmente de alguns de seus preconceitos no terreno particular de seus estudos.”⁹

Reconhecer a influência do inconsciente do julgador no momento da interpretação e ir ao encontro de um juiz humano, portador de subjetividade,

-
- 7 COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso avançado de direito constitucional* – VII. 1ª parte. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2004.
- 8 NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da lei: a face obscura da sentença penal*. Rio de Janeiro: Renavan, 2004. p. 86. “A evolução dos estudos da psicologia social fez perceber que não só as classes sociais, mas qualquer corporação ou grupo em qualquer tempo e lugar – e até mesmo os indivíduos por si mesmos – pensam ideologicamente. Todos nós pensamos condicionados por nossa vivência social. Esse condicionamento é natural e, portanto, inevitável. Nós pensamos ideologicamente, sem querer, nem perceber. Ou seja, esse condicionamento não se dá por caso pensado. De fato, até um certo ponto, o pensamento reflete a experiência de vida do seu autor. A ideologia é um fenômeno natural. Não é má, não é boa, mas simplesmente é o que é: um fato natural” (BARROS, Sérgio Resende de. Disponível em: <www.intelligentiajuridica.com.br/v3/artigo_visualizar.php?id=882&pagina=artigo_busca_form.php>. Acesso em: 09.07.2007)
- 9 POPPER, Sir Karl R. *A sociedade aberta e seus inimigos*. São Paulo: Universidade de São Paulo, p. 224. 2. v.

para encontrar emoções, complexos e desejos é o primeiro passo na busca de um método que garanta transparência ao processo interpretativo, uma vez que não há sentido fazer de conta que o problema não existe¹⁰.

A partir da segunda metade do século XX, diversos autores começam a desmascarar mitos como o da objetividade e neutralidade do julgador. Nesse processo, o primeiro autor a destacar a influência da história na hermenêutica jurídica foi Gadamer¹¹. Para Gadamer, o intérprete é, antes de tudo, um ser histórico. Tendo isso em vista, a primeira constatação a se fazer é a de que a razão absoluta é uma impossibilidade da humanidade, pois o homem somente tem a possibilidade de conhecer historicamente. Não há algo externo à sociedade ou a história, e isso faz com que a interpretação nunca seja a apreensão de um dado preliminar isenta de pressuposições. Gadamer ressalta que há uma diferença insuperável entre o intérprete e autor de um texto que é dada pela distância temporal. Cada época tem o entender de um texto transmitido de uma maneira peculiar, pois o texto forma parte do todo da tradição cultural, cabendo ao juiz adaptar a lei às necessidades do presente¹².

Para Marcelo Neves, entretanto, não obstante tenha dado um grande passo ao elevar a historicidade da compreensão a um princípio hermenêutico, Gadamer subestimou o papel construtivo do intérprete em face dos textos normativos¹³. De fato, apesar de ter reconhecido que o sentido do texto varia no decorrer do tempo, Gadamer não deu tanto valor ao fato de que, em uma mesma época, intérpretes diferentes atribuem sentidos distintos a um mesmo texto jurídico, devendo-se, portanto, haver critérios para se determinar quais são, entre as concretizações possíveis, aquelas que podem ser atribuídas ao texto em determinada época. Segundo Neves, a solução a essa questão somente encontra resposta satisfatória no plano pragmático, haja vista a relação discursivo-dialógica entre intérpretes, sejam estes agentes ou destinatários da decisão, e a multiplicidade de expectativas que se contradizem e conflitam com relação ao texto da norma¹⁴.

De fato, a incerteza quanto ao sentido normativo de um texto não resulta apenas da plurivocidade semântica das palavras que o formam, mas também da pluralidade de valores existentes na esfera pública. Häberle, nesse sentido, contribuiu para ressaltar o aspecto eminentemente pragmático da interpretação,

10 No mesmo sentido, ver: PLETSCH, Natalie Ribeiro. *Formação da prova no jogo processual penal: atuar dos sujeitos e construção da sentença*. São Paulo: IBCCrim, 2007. p. 107/117.

11 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 401.

12 Idem, p. 436/448. "Há uma diferença insuperável entre intérprete e autor que é dada pela distância histórica. Cada época tem o entender de um texto transmitido de uma maneira peculiar, pois o texto forma parte do todo da tradição, na qual cada época tem um interesse pautado na coisa e onde também ela procura compreender-se a si mesma".

13 NEVES, op. cit., p. 200.

14 Idem, p. 203.

ao dizer que todos os órgãos, cidadãos, poderes públicos estão potencialmente envolvidos no processo interpretativo. A constituição material – em nosso caso, a constituição material penal – surge também da multiplicidade de interesses e funções, estando no primeiro plano do processo interpretativo, segundo Häberle, a esfera pública pluralista, e não o texto constitucional¹⁵.

Por sua vez, Inocêncio Mártires Coelho alerta-nos para a evidente ingenuidade de analisar objetivamente as coisas do espírito, quando tal objetividade não se sustenta sequer nas ciências exatas¹⁶. Dizer, portanto, que as regras de interpretação são capazes de nos levar sempre a uma única decisão correta significa negar que vivemos em uma época de contextos sociais altamente diferenciados, cambiantes e marcados por alto grau de contingência e indeterminação. Há vários cenários de concretização possíveis, e o problema da interpretação está exatamente em identificar as fronteiras entre as interpretações justificáveis e as que não são atribuíveis aos textos constitucionais.

Tendo isso em vista, Marcelo Neves nos propõe a adoção de duas perspectivas para se delimitar a fronteira entre enunciados interpretativos válidos e inválidos. A primeira perspectiva é interna, adotada a partir do próprio sistema jurídico (Luhmann). Uma decisão, para ser válida, deve ser congruente com outras soluções no interior do sistema; deve haver consistência. Impõe-se uma continuidade do sistema assegurada por um mínimo de redundância, construída com amparo em argumentos. Não haveria, portanto, decisionismo/subjetivismo, pois o sistema é uma conexão complexa de comunicações que limita as possibilidades de decisão subjetivas do magistrado.

A segunda perspectiva é externa e aponta para a relevância da esfera pública na construção de sentidos jurídicos. Isso porque o sistema jurídico não vive isolado de outros sistemas sociais, não podendo oferecer soluções “estranhas”, não-aceitáveis pela esfera pública. A interpretação é estranha, para Marcelo Neves, e, portanto incorreta, quando a sua estranheza impede que a esfera pública pluralista possa compreendê-la como expressão de uma regra do jogo extraível do respectivo texto constitucional ou legal. A estranheza importa que a decisão não possui capacidade de generalizar-se como critério para tratamento de outros casos em que se recorre aos mesmos dispositivos. Uma solução interpretativamente estranha e incorreta apresenta-se antes como introdução arbitrária de uma nova regra do jogo, rompendo com a constitucionalidade e a legalidade como princípios do Estado Democrático de Direito. Estranho não significa negar a flexibilidade, incerteza e improbabilidade da interpretação jurídica. Estranho, para o autor, tem sinônimo de absurdo, inteiramente implausí-

15 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

16 COELHO, op. cit., p. 17.

vel, totalmente insuscetível de ser atribuível ao texto na esfera pública. Solução estranha é aquela que não é generalizável¹⁷.

Em nosso sentir, entretanto, nem mesmo a consistência e a continuidade exigidas pelo sistema jurídico, nem mesmo a constante troca de comunicações entre ele e a esfera pública pluralista na construção de sentidos impede por completo a existência de um incômodo subjetivismo na motivação da decisão judicial.

Recentemente, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal modificou sua compreensão a respeito da constitucionalidade da antiga lei de crimes hediondos. Após afirmar que a proibição da progressão de regime não acarretava violação ao princípio constitucional da individualização da pena por mais de uma década, modificou o entendimento para declarar a inconstitucionalidade da norma exatamente por violação a esse princípio. Ao que parece, a mudança de entendimento foi conseqüência exclusivamente da modificação da composição da mais alta Corte do País. Não surgiram novos argumentos nem ocorreu qualquer alteração significativa de cenário na esfera pública pluralista sobre o tema. Apenas argumentos que antes eram defendidos pela minoria agora o são pela maioria, e isso, a nosso ver, não pode ser considerada uma solução estranha. Nos Estados Unidos, por seu turno, a reviravolta jurisprudencial a respeito das cotas para os negros nas escolas e universidades também ocorreu aparentemente apenas em razão da modificação dos integrantes da Suprema Corte daquele país.

O próprio Marcelo Neves destaca a existência de uma relação complexa entre intérpretes em sentido amplo e intérpretes em sentido estrito (magistrados), ressaltando a importância fundamental do papel seletivo que os participantes, “em sentido estrito”, exercem no procedimento de interpretação da Constituição perante o público:

“Em princípio, no Estado Democrático de Direito, o procedimento oficial de interpretação constitucional está aberto a todas as interpretações que emergem na esfera pública, mas o seu resultado importa sempre uma seletividade que rejeita expectativas relevantes.”¹⁸

Ora, é exatamente no momento em que essa seletividade ocorre que entra de maneira inevitável a subjetividade do magistrado. No processo interpretativo, a subjetividade está intrincada com a racionalidade e ambas trabalham conjunta e indissociavelmente no momento das decisões. A definição do sentido de um texto, portanto, não é apenas um problema semântico, mas depende do contexto histórico (Gadamer), da pluralidade de valores da esfera

17 NEVES, op. cit., p. 211.

18 NEVES, op. cit., p. 204.

pública (Häberle/Häbermas/Marcelo Neves), da racionalidade interna do sistema jurídico, da necessidade de continuidade e coerência com outras decisões (Luhman/Marcelo Neves) e, por fim, de um incômodo resto de subjetividade de quem decide.

É essencial também destacar que, embora haja divergências de como ocorre o processo interpretação jurídica, mesmo entre os autores mais festejados, há quase um consenso de que:

- a) A definição do sentido de um texto normativo não é um problema apenas semântico, mas também pragmático. A norma jurídica não está completamente contida no texto, mas depende de interações recíprocas entre dados lingüísticos e não-lingüísticos.
- b) A incerteza de sentido, por sua vez, não resulta apenas da vagueza das palavras utilizadas no texto, mas também da pluralidade de valores existentes na esfera pública.
- c) Não existe apenas uma decisão correta para cada caso; é possível mais de uma decisão à luz de princípios e regras constitucionais¹⁹. O problema da interpretação, portanto, está exatamente em determinar as fronteiras entre as interpretações justificáveis e as que não são atribuíveis aos textos constitucionais. Por sua vez, as fronteiras não são estáticas, mas dinâmicas.
- d) O sentido normativo de um texto não decorre apenas de operações lógicas, fornecidas pelas regras de interpretação, mas de operações dialógicas. Não se deve desprezar a participação da esfera pública na construção de sentido dos textos normativos. A aplicação/concretização da norma não é apenas um processo cognitivo, mas também construtivo de sentido. A interpretação, assim, é inevitavelmente criativa.
- e) Tendo em vista os itens anteriores, não há como negar uma clara diferença entre texto legal e norma jurídica – em nosso caso, texto e norma penal. O texto legal é apenas o início, e não o fim do processo de construção da norma jurídica, podendo até se falar que a norma não é a lei, mas a sentença. Interpretar significa substituir uma regra por outra. A norma jurídica é o resultado, e não o pressuposto da interpretação, sendo a norma o sentido prescritivo do texto normativo.

3 A PROIBIÇÃO DE LEIS VAGAS OU INDETERMINADAS: O PROBLEMA DA LINGUAGEM

É corolário do princípio da legalidade a proibição de incriminações vagas ou indeterminadas. Nilo Batista nos ensina que a função de garantia indi-

19 Em sentido oposto, ver Habermas e Dworkin.

vidual exercida pelo preceito estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem com clareza denotativa as condutas proibidas. Formular tipos penais valendo-se de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, diz, equivale a nada formular, pois a obediência ao princípio da legalidade pressupõe a descrição precisa das condutas proibidas no tipo penal, com a eliminação de palavras que não tenham precisão semântica²⁰.

“Com toda a procedência se observa, diante das graves medidas restritivas que se abatem sobre o acusado num processo criminal, que a criação de incriminações vagas e indeterminadas transcende a violação do princípio da legalidade para ofender diversos direitos humanos fundamentais.”²¹

Com efeito, recomenda-se ao legislador a utilização de termos taxativos, claros e delimitados na formulação dos tipos penais, evitando expressões ambíguas, que possam ensejar diferentes entendimentos sobre o proibido. A precisão da norma evita o arbítrio judicial em sua aplicação e impõe o respeito ao princípio da separação dos poderes.

Infelizmente, porém, conforme deixa antever o tópico anterior, uma total determinação do tipo é impossível devido à própria dinâmica da linguagem e da pluralidade de valores existentes na esfera pública.

Para descrever situações do cotidiano ou prescrever condutas, o legislador, via de regra, não utiliza linguagem científica, mas usa termos comuns²² – muitas vezes valorativos²³ – que não possuem um significado exato. Por sua vez, mesmo os termos mais apurados²⁴, freqüentemente, não admitem interpretação literal, sob pena de levar o intérprete a resultados incompatíveis com a realidade social.

20 BATISTA, op. cit., p. 78.

21 Idem, p. 80.

22 Nas palavras de Juarez Tavares, “o sistema de valores sobre os quais se apóia a norma só pode ser compreendido pelo sujeito, se a linguagem que expressa esse injusto for a linguagem cotidiana e não a linguagem construída por outrem e se os elementos da delimitação da conduta proibida forem traçados por todos, num processo de participação democrática e não a construção efetuada por uma elite” (*Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 103).

23 De acordo com Roxin, “de um modo geral, admite-se que o legislador não possa renunciar por completo a ditos preceitos valorativos em forma de cláusulas gerais, porque estes fazem possível a resolução justa do caso individual. Se as leis só pudessem conter conceitos descritivos e não valorativos, então, ou bem teriam de ser infinitamente amplas, ou sua rigidez poderia produzir resultados desafortunados de política criminal. Ademais, existem fenômenos, como as ‘injúrias’, que sensivelmente não se podem descrever mediante formulações menos valorativas. Por outro lado, não podemos nos conformar com uma utilização qualquer de conceitos que precisem complementação valorativa” (apud SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*, p. 243).

24 Juarez Tavares ainda destaca: “Independentemente da discussão que se trava na teoria da linguagem acerca de seus variados vértices, estruturas e contradições, parece pacificado o entendimento, no atual estágio da semiologia, de que a linguagem, ao contrário do que sempre se acreditou, não é mais predominantemente denotativa, mas conotativa, isto é, não se resume a indicar ou definir objetos, senão representar também suas significações latentes e suas relações com o sistema de significados enunciados” (*Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 101).

Além disso, a linguagem que utilizamos é sempre uma herança das gerações que nos precederam e está em constante transformação. Como já vimos, o significado de uma palavra altera-se em razão do tempo, do espaço e do grupo social que a emprega, não havendo relação metafísica necessária entre significante e significados.

Desse modo, apesar de toda norma pretender ser composta de uma linguagem unívoca, se apresenta como algo passível de sofrer leituras distintas. A verdade é que, em maior ou menor grau, a indeterminação dos tipos penais é inevitável, uma vez que até mesmo os termos descritivos ou as elementares objetivas comportam sempre valoração judicial²⁵.

Segundo Ferrajoli, por seu turno, em todas as leis existe, junto a um núcleo “luminoso”, “uma zona de penumbra”, que cobre “casos discutíveis”, nos quais as palavras da lei, embora não sejam prontamente aplicáveis, não são também claramente excluíveis. A penumbra, contudo, pode ser reduzida ou aumentada, razão pela qual devemos falar em graus de taxatividade e de verificabilidade jurídica²⁶. Não obstante, saber quando o grau de indeterminação do tipo viola o princípio da taxatividade, assim como definir a fronteira entre interpretações válidas e inválidas, é tarefa das mais espinhosas, pois já observamos que não há objetividade absoluta nessa seara²⁷.

4 A INEVITÁVEL INFLUÊNCIA DO COSTUME, MESMO PARA AGRAVAR A SITUAÇÃO DO RÉU

Em diversos ramos do Direito, o costume é fundamental para a solução das controvérsias. O direito comercial, por exemplo, é eminentemente costumeiro. O direito civil, por sua vez, socorre-se do costume para julgar as lides em caso de omissão da lei. No direito penal, contudo, em virtude do princípio da legalidade (*nullum crimen nulla pena sine lege stricta*), a maioria esmagadora da doutrina afirma que somente a lei escrita pode ser considerada fonte ime-

25 SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 249.

26 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 99.

27 O Tribunal Constitucional alemão, por exemplo, tem afirmado que a necessidade de determinação cresce à medida que aumenta a pena prevista para o delito. Tal critério, contudo, é criticado por Andrei Schmidt, que defende ser o mandado de determinação um princípio aplicável a todo o direito penal, e não só aos crimes mais graves, até porque o rótulo penal ocorre independentemente da pena imposta. Schmidt também assevera que o limite da taxatividade sempre dependerá da ideologia seguida pelo intérprete. Se a norma for interpretada com base na aplicação de um direito penal máximo, admitir-se-á a compatibilidade com o princípio da taxatividade até mesmo de tipos que incriminem o “mau cidadão” ou o “inimigo do povo”. Ao contrário, se for adotado o “direito penal mínimo”, sempre que o intérprete, em virtude da vagueza de um termo, deparar-se com a necessidade de definição ou redefinição da norma, encontrará na resposta ao “por que” e ao “como proibir” o melhor parâmetro para aferir a constitucionalidade. Outros ainda defendem o uso da proporcionalidade entre a justa resolução do caso concreto e a necessária defesa da segurança jurídica. (*O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 250-255).

diata da criação de crimes e penas, não podendo o costume ser invocado para agravar a situação do réu.

Essa afirmação, entretanto, somente pode ser considerada correta se o jurista ainda acreditar que a interpretação ocorre de acordo com os modelos predominantes na primeira metade do século XX, desconsiderando o papel criativo do intérprete e da esfera pública pluralista na construção do sentido do texto normativo.

Primeiro, a lei não é um texto isolado, mas está sempre inserida dentro de um contexto, tanto discursivo quanto social. Embora o texto permaneça o mesmo, o âmbito do legalmente proibido se transforma no decorrer do tempo, tendo em vista a contínua transformação do contexto histórico. Nesse sentido, o costume exerce função importantíssima na construção da norma penal, e sua influência é cada vez mais problemática em sociedades pluralistas, onde os valores não são uniformes dentro de uma mesma comunidade jurídica²⁸.

Os costumes, por exemplo, são instrumentos indispensáveis para construir o sentido de diversos termos e expressões do Código Penal, tais como “ato, escrito ou objeto obsceno” (arts. 233 e 234 do CP), reputação (art. 139 do CP), dignidade ou decoro (art. 140 do CP), incitação pública (art. 286 do CP), ato libidinoso (art. 214), “casa mal afamada”, pessoa de má vida, e pudor (art. 246 do CP), “perigo moral” (art. 245 do CP), “mulher honesta” (art. 213 revogado) etc. Tais casos são exemplos incontestáveis de que o sentido da norma penal não está completamente inserido dentro do texto.

A expressão “mulher honesta”, por sua vez, é exemplo de como a mudança do costume pode ampliar o âmbito de aplicação/incidência de determinado crime, prejudicando a situação do autor de determinado delito. Na década de quarenta, quando editado o Código Penal, a expressão “mulher honesta” restringia-se às mulheres virgens ou casadas: qualquer mulher fora desses grupos, portanto, não poderia ser vítima de estupro. O início dos movimentos feministas provocou a ampliação do conceito de “mulher honesta”, que passou a abranger um número cada vez maior de mulheres em situações distintas. Durante um longo tempo, contudo, as meretrizes não puderam ser vítimas de estupro, pois não se enquadravam no conceito. Aos poucos, entretanto, o sentido da expressão foi modificado para abarcar qualquer mulher que não consentisse com o ato sexual para, depois, vir a ser finalmente revogado do Código Penal.

É claro que ninguém discute o mérito da evolução interpretativa da expressão. Porém, também não se pode negar que a modificação de sentido implicou, progressivamente, a criminalização de condutas que antes não eram se-

28 ZAFARONI, Eugênio Raul. *Direito penal brasileiro I: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 209.

quer consideradas típicas. Também é incontestável que a definição da expressão “mulher honesta” sempre ocorreu no plano pragmático, e não no semântico.

Por seu turno, os costumes exercem função central nos crimes culposos “sempre que a atividade dentro da qual ocorreu o fato não esteja positivamente regulamentada de modo exaustivo”²⁹. No caso do acidente aéreo envolvendo o avião da Gol, por exemplo, há extensa e minuciosa regulamentação definindo quais eram os procedimentos a serem tomados por controladores de voo e pilotos. Todavia, quando não há regulamentação, é o costume que nos indica qual é o cuidado devido que deveria ter o sujeito ativo, sendo essencial para individualizar a conduta³⁰. A qualificação como dolo eventual em casos de homicídio por excesso de velocidade ou embriaguez ao volante, atos que antes eram sem discussão qualificados como culposos – é exemplo de que o próprio fato jurídico é uma construção decorrente de interpretação. Os crimes culposos estão em constante reelaboração, e essa modificação de sentido ocorre, novamente, no plano pragmático.

Não nos esqueçamos também da influência exercida pelo costume na antijuridicidade, já que o crime, de acordo com a maior parte da doutrina nacional, é um fato típico e antijurídico.

No início da década de quarenta, por exemplo, não havia possibilidade de o marido cometer estupro contra a sua esposa, pois a conjunção carnal, ainda contra a vontade da mulher, era considerada exercício regular do direito. O marido traído, ao matar a esposa e o seu amásio, também não praticava homicídio, porquanto agia amparado pela legítima defesa da honra. A modificação do contexto histórico, nesses casos, impediu a aceitação dessas excludentes supraleais de ilicitude, que antes eram largamente utilizadas por quem praticava esse tipo de conduta. O resultado foi, mais uma vez, a criminalização de atos sem a modificação do texto legal. Roxin nos diz que:

“Cada alteração na ordem jurídico-penal ou civil, cada revisão das leis de polícia, cada variação nas concepções acerca do direito de castigar, da vacinação obrigatória, da esfera privada e dos direitos de protestar publicamente *criam ou eliminam* causas de justificação. Este processo ocorre não só através das modificações na lei positiva, mas também por criação do direito costumeiro e jurisprudencial.”³¹

O costume é capaz de ampliar tipos penais e eliminar causas de justificação, o que, na verdade, implica a piora da situação de quem pratica o crime³².

29 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 70.

30 ZAFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 483.

31 ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 51-52.

32 Embora seja inevitável a influência do costume sobre a antinormatividade da conduta, a excessiva vagueza de certas expressões utilizadas no Código Penal e outras leis esparsas acabam por transferir à “moral” de

Embora não tenha força para derogar ou criar textos legais³³, ele modifica o sentido normativo ao exercer influência sobre a concepção de tipicidade e antijuridicidade de determinada conduta, o que acaba por alterar o âmbito de aplicação da norma penal. O direito consuetudinário atua, assim, como causa de modificação da antinormatividade da ação, sendo inegável a sua influência na situação do réu, para melhor ou pior.

José de Souza Brito nos ensina que o caso nunca é um puro fato, mas uma unidade de sentido socialmente relevante mais ou menos complexa e normalmente integrada por elementos culturais³⁴. A interpretação do fato, portanto, nunca é isenta de pressuposições ou analisada de uma forma puramente objetiva, o que faz com que, a despeito de o princípio da legalidade impedir o uso do costume como fonte primária do direito penal, não consiga evitar por completo a sua repercussão na aplicação das sanções.

5 ANALOGIA E DIREITO PENAL: PROBLEMAS HERMENÊUTICOS

5.1 A DISTINÇÃO FEITA ENTRE ANALOGIA, INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA E ANALÓGICA NOS MANUAIS DE DIREITO PENAL

Analogia é um método utilizado pelo intérprete para integrar uma lacuna existente na lei através do uso da comparação e da constatação de semelhança entre duas situações distintas. A analogia possibilita a regulação de determinado caso que não se encontra diretamente tratado pelo preceito lingüístico, pois permite a ampliação do âmbito da norma a situações similares aos fatos contidos no preceito.

Não obstante seja comum nos demais ramos do direito, no âmbito penal, o uso da analogia encontra óbice no princípio da legalidade estrita, pois, haja vista ser a liberdade regra no Estado Democrático de Direito e a sua restrição exceção, a norma penal somente pode ser aplicada quando a conduta se amoldar perfeitamente à ação abstratamente descrita no tipo.

determinada época e grupo social todo o poder de determinar o conteúdo do proibido. Afinal, o que significa o “estado de perigo moral” previsto no art. 245 do CP ou o que é um “espetáculo capaz de perverter ou ofender o pudor de alguém menor de dezoito anos” (art. 247)? Nesses casos, a inconstitucionalidade é manifesta, pois não há obediência ao princípio da segurança jurídica e tampouco há separação entre moral e direito.

- 33 “PENAL – PROCESSUAL PENAL – JOGO DO BICHO – IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO EM RAZÃO DO COSTUME – RECURSO PROVIDO POR AMBAS AS ALINEAS – I – O sistema jurídico brasileiro não admite possa uma lei parecer pelo desuso, porquanto, assentado no princípio da supremacia da lei escrita (fonte principal do direito), sua obrigatoriedade só termina com sua revogação por outra lei. Noutros termos, significa que não pode ter existência jurídica o costume *contra legem*.” (REsp 30705/SP, 6ª T., Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ 14.03.1995, Data da publicação/Fonte DJ 03.04.1995, p. 8150, RT v. 715, p. 539)
- 34 BRITO, José de Sousa. A lei penal na constituição. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos sobre a constituição*, p. 244.

A vedação da analogia decorre também do princípio da fragmentariedade, porquanto a função do direito penal não é tutelar todos os bens jurídicos da coletividade, mas somente os mais relevantes e expressamente escolhidos pelo legislador. Assim, em relação às normas proibitivas, a analogia é expressamente proibida, cabendo a sua aplicação apenas em benefício do agente.

Ocorre que, embora haja consenso em referência à proibição do uso da analogia *in mala partem*, larga maioria da doutrina admite sem maiores problemas o uso da interpretação extensiva e analógica, defendendo existir uma clara diferença entre essas formas de interpretação.

É corrente a afirmação de que, na interpretação extensiva, há vontade da lei em prever o caso, mas o seu texto disse menos do que o desejado, ou seja, a norma existe e o intérprete apenas amplia o seu sentido para alcançar o fato analisado, ao passo que, na analogia, não existe vontade da lei em regular o caso concreto, devendo o intérprete ampliar esta vontade até este.

Nas palavras de Damásio de Jesus, a interpretação extensiva pressupõe que o caso concreto, muito embora pareça à primeira vista excluído do âmbito do texto, possa ser toda via ser nele enquadrado, enquanto a analogia pressupõe que o caso em tela não possa enquadrado dentro da norma³⁵. Francesco Ferrara, por sua vez, leciona que a interpretação extensiva revela o sentido daquilo que o legislador realmente pensava, ao passo que a analogia tem relação com casos não pensados pelo legislador. Segundo o autor, a primeira completa a letra e a segunda, o pensamento da lei³⁶. Na interpretação extensiva, assim, o juiz não estaria criando o direito, e sim o adequando à situação fática abrangida por sua regulação.

Segundo diversos renomados penalistas, há ainda outras diferenças: a) quanto ao método: a interpretação parte do método dedutivo, ou seja, adapta o comando geral da norma à realidade fática, ao passo que a analogia possui como método, inicialmente, a indução, partindo das peculiaridades do caso concreto para a norma, para, após, voltar a deduzir dela a solução para o caso concreto; b) quanto à função: a interpretação analógica tem função adaptadora da norma, visto que supre uma obscuridade ou deficiência da lei; já a analogia tem função complementadora, pois supre a omissão da lei³⁷.

Finalmente, a interpretação analógica é apenas espécie de interpretação extensiva, ocorrendo quando o legislador, de forma expressa, faz seguir à hipótese casuística uma genérica, que compreende casos semelhantes ao mencionado por aquela. No art. 171, por exemplo, o legislador autoriza a interpretação

35 JESUS, E. Damásio. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2002. p. 44.

36 FRANCESCO, Ferrara. *Interpretação e aplicação das leis*. São Paulo: Saraiva, 1934.

37 SCHMIDT, Andrei Zenkner. Hermenêutica e o princípio da legalidade. In: *Revista da Ajuris*, a. XXVI, n. 80, p. 20, dez. 2000.

analgógica quando afirma que o agente pratica estelionato mediante artifício, ardil, ou *qualquer outro meio* fraudulento. O mesmo ocorre no art. 251, quando a lei utiliza a expressão “substância de efeitos análogos”.

5.2 CRÍTICA À DISTINÇÃO FEITA ENTRE ANALOGIA, INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA E ANALÓGICA

Não obstante a autoridade dos autores que defendem a diferença entre analogia, interpretação extensiva e analógica, não há como concordar com os argumentos que amparam essa distinção.

Dizer que, na interpretação extensiva, o significado da norma decorre do próprio texto, enquanto na analogia isso não ocorre, implica incidir ainda na crença de que existe um significado intrínseco nos textos legislados. Nas palavras de Lênio Streck, tais juristas ainda acreditam que a norma possui um sentido unívoco e que a interpretação consiste em descobrir seu sentido e alcance, ou que interpretar é tirar da norma o que ela contém, tudo baseado na firme crença de que os métodos dogmáticos de interpretação são um caminho seguro para alcançar o correto sentido dos textos. Para total desespero, esses juristas ainda defendem ser possível descobrir a vontade da norma – o que isso significa ninguém sabe explicar – e que o legislador possui um espírito³⁸.

Andrei Schmidt, por sua vez, aduz que o ponto de partida de autores que defendem a distinção entre analogia e interpretação analógica é a idéia de que o sentido do texto pode ser alcançado de forma essencialista, ou seja, de que toda norma possui um sentido imanente, como uma espécie de elo que une significante e significado. Entretanto, com o surgimento da filosofia da linguagem³⁹, percebe-se a total ausência de relação metafísica entre as palavras e as coisas, até mesmo porque a linguagem somente adquire significado quando se relaciona a algum evento concreto⁴⁰.

De fato, não compreendemos, interpretamos ou aplicamos um texto por etapas. Não compreendemos primeiro o texto para depois inserir-lhe os fatos.

38 STRECK, Lênio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 172.

39 A linguagem sempre foi considerada um instrumento secundário do conhecimento humano, entendida como mero meio de mediação entre o sujeito e o objeto, mecanismo de captação da essência dos objetos e do mundo. A linguagem, nesse contexto, refletia uma cópia do mundo, uma captação das coisas “em si”. A partir de Wittgenstein, entretanto, essa concepção mudou. O filósofo considerava impossível a existência de um mundo “em si”, independentemente da linguagem. A linguagem é o limite de nosso mundo, pois nosso pensamento é limitado por nossa própria linguagem. Nós só temos o mundo na linguagem, nunca temos o mundo em si. Desde então, a linguagem deixa de ser considerada um mero instrumento de comunicação do conhecimento já realizado para elevar-se à condição de possibilidade do próprio conhecimento. Rompe-se, assim, com o essencialismo, o que permite a percepção das vaguezas e ambigüidades da linguagem, além da possibilidade de adaptação a conceitos não previstos (OLIVEIRA, Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 120).

40 SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 176/179.

O ato de interpretar e aplicar é único, pois o sentido de um texto sempre se dá no caso concreto⁴¹. A interpretação jurídica não pode ser tratada como um problema meramente semântico de determinação das significações dos textos jurídicos. O significado do texto, por mais que o legislador se empenhe nesse sentido, jamais é unívoco, mas sim plurívoco e equívoco, de modo que a interpretação não reproduz ou descobre o ‘verdadeiro’ espírito da lei ou vontade do legislador, mas exerce papel criativo na construção de sentido. O significado do texto não é apenas autônomo, mas também heterônomo⁴².

Conseqüentemente, é inviável afirmar que existe uma diferença ontológica entre analogia e interpretação analógica simplesmente porque é impossível pensar que uma palavra possa descrever com precisão uma gama limitada de fatos, ficando outros, embora semelhantes, fora dela.

O mito na univocidade significativa do texto visa, na verdade, ocultar a inevitável vagueza e ambigüidade inscrita na linguagem, bem como o inegável caráter político do Direito⁴³. Andrei Schmidt destaca que o penalista constrói um discurso de aparência científica, mas que, na verdade, está impregnado de categorias pseudo-explicativas⁴⁴.

Veja, por exemplo, que o Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que admite o uso de um *clips* como chave para fins de qualificação de furto⁴⁵, rejeita a tese de que o uso da cola eletrônica visando aprovação em concurso público é estelionato⁴⁶. O mais interessante nisso tudo é notar que o art. 171 admite o uso da interpretação analógica ao usar a expressão “qualquer outro meio fraudulento”, ao passo que não há qualquer abertura dada pelo legislador nesse

41 STRECK, op. cit., p. 176.

42 RAMALHO, Marques Neto Agostinho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise. In: *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996. p. 29.

43 CARVALHO, Thiago Fabres de. Direito penal, hermenêutica e Estado Democrático de Direito. In: *Olhares hermenêuticos sobre o direito: em busca de sentido para os caminhos do jurista*. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 255.

44 SCHMIDT, op. cit., p. 190.

45 “PENAL E PROCESSUAL PENAL – FURTO QUALIFICADO – USO DE CHAVE FALSA – VIOLAÇÃO DO ART. 155, § 4º, III, DO CÓDIGO PENAL RECONHECIDA [...] – 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, para a caracterização da qualificadora descrita no art. 155, § 3º, III, do CP, considera-se chave falsa todo instrumento, com ou sem forma de chave, utilizado para abrir fechadura ou dispositivo análogo, que possibilite a execução do crime.” (REsp 667479/RS, 5ª T., Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 19.03.2007, p. 383)

46 “Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, rejeitou denúncia apresentada contra deputado federal, em razão de ter despendido quantia em dinheiro na tentativa de obter, por intermédio de cola eletrônica, a aprovação de sua filha e amigos dela no vestibular de universidade federal, conduta essa tipificada pelo Ministério Público Federal como crime de estelionato (CP, art. 171), e posteriormente alterada para falsidade ideológica (CP, art. 299) – v. *Informativos* 306, 395 e 448. Entendeu-se que o fato narrado não constituiria crime ante a ausência das elementares objetivas do tipo, porquanto, na espécie, a fraude não estaria na veracidade do conteúdo do documento, mas sim na utilização de terceiros na formulação das respostas aos quesitos. Salientou-se, ainda, que, apesar de seu grau de reprovação social, tal conduta não se enquadraria nos tipos penais em vigor, em face do princípio da reserva legal e da proibição de aplicação da analogia *in malam partem*. Vencidos os Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que recebiam a denúncia. Inq 1145/PB, Rel. Orig. Min. Maurício Corrêa, Rel. p/o Ac. Min. Gilmar Mendes, 19.12.2006.” (*Informativo do STF* nº 453)

sentido no art. 155 do Código Penal. Onde o legislador permitia certa abertura, o Judiciário considerou-a analogia; onde essa abertura nunca foi mencionada, os juízes aplicam a lei, considerando que se trata de interpretação extensiva.

Não há uma fronteira precisa para a interpretação dos textos legais, fazendo com que o argumento da vedação da analogia *in mala partem*, ao contrário do que afirma a doutrina tradicional, seja sustentável apenas nos casos em que o intérprete ultrapassa essa fronteira de maneira acentuada⁴⁷.

6 ALGUMAS PROPOSTAS PARA O DESENVOLVIMENTO DE UMA HERMENÊUTICA PENAL MENOS DECISIONISTA

Uma metodologia adequada para solucionar o problema da fundamentação das decisões jurídicas deve ser capaz de apresentar regras ou procedimentos que possibilitem uma transição racional de um texto geral (lei) para um caso particular. Durante muito tempo, acreditou-se que essa transição ocorria de maneira segura por meio das regras fornecidas pela dogmática, principalmente àquelas relacionadas à interpretação dos textos legais.

Conforme os tópicos anteriores deixam antever, entretanto, as regras de interpretação, embora sejam instrumentos necessários e valiosos para conferir maior objetividade às decisões jurídicas, por si só, são insuficientes para garantir racionalidade a essas decisões.

O uso de técnicas de interpretação diferentes pode levar a resultados diversos, sendo claro que um texto, quando interpretado gramaticalmente, obtém sentido distinto do que quando interpretado teleologicamente – apenas para exemplificar. Como a dogmática não estabelece ordem hierárquica entre os cânones de interpretação, não possui meios para controlar o seu uso. Por sua vez, dois intérpretes usualmente têm concepções diferentes sobre o objetivo de um texto ou o espírito do legislador.

A debilidade das regras de interpretação não significa que devam ser descartadas como sem valor, mas também exclui a possibilidade de usá-las como regras suficientes por si mesmas para a fundamentação das decisões jurídicas⁴⁸. Atualmente, em quase todos os estudos sobre metodologia ressalta-se que a jurisprudência e a ciência do Direito não podem prescindir de valorações. Nesse sentido, já vimos as lições de autores como Gadamer, Häberle e Marcelo Neves. Larenz, por sua vez, também destaca que “aplicação da lei não se esgota na subsunção, mas exige em grande medida valorações do aplicador”⁴⁹. Muller,

47 SCHMIDT, op. cit., p. 21.

48 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silca. São Paulo: Landy, 2005. p. 36.

49 Apud ALEXY, op., cit., p. 38.

por fim, acredita que uma jurisprudência sem decisões nem valorações não seria nem prática nem real⁵⁰.

Por sua vez, quando falamos da interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito, defendemos a tese de que, na obtenção de uma decisão jurídica, não há como afastar um incômodo resto de subjetividade do magistrado. Dissemos que, embora o sentido de um texto dependa também do contexto histórico, da pluralidade de valores da esfera pública, da exigência de respeito à racionalidade interna do sistema jurídico, da necessidade de continuidade e coerência com outras decisões, o magistrado, no momento em que seleciona/cria, dentre as diversas interpretações criativas que emergem na esfera pública e no sistema jurídico, aquela que considera correta, exerce, inevitavelmente, a sua subjetividade.

Em resumo, não obstante a definição do sentido do texto não esteja à livre disposição do julgador – porque ele é também produto de uma correlação de forças que ocorre dentro de um círculo hermenêutico (Gadamer) –, não há como afastar a subjetividade do processo decisório. Afirmar o contrário significa, por exemplo, dizer que as decisões a respeito do sentido da Constituição não dependem dos integrantes da Corte Constitucional, o que não parece ser verdadeiro.

Porém, admitir o fato de que a subjetividade do juiz não é eliminada durante o processo não implica, de maneira alguma, compactuar com a possibilidade de ele dizer “qualquer coisa sobre qualquer coisa”, conferindo ao texto significados de maneira arbitrária⁵¹. Desse modo, passa a ser tarefa da hermenêutica jurídica encontrar maneiras que busquem afastar ao máximo o decisionismo.

Nessa caminhada, o primeiro passo é admitir que a objetividade das decisões jurídicas não pode resultar dos esforços de um juiz individual por ser “objetivo”, mas da cooperação de todos aqueles que são afetados pelas decisões judiciais⁵². Se nós somos inevitavelmente animais perspectivadores, a procura do todo deve ser obtida por meio da soma das diversas perspectivas. A busca da objetividade jurídica possível, portanto, depende, inevitavelmente, de um método que garanta um procedimento intersubjetivo, pois, na medida em que ocorre o intercâmbio de argumentos, perdem o peso as concepções prévias que se convertem em objeto do próprio discurso⁵³.

50 Idem.

51 STRECK, op. cit., p. 166.

52 O magistrado, mesmo que não saiba, tende a selecionar na lei os artigos, parágrafos, incisos e alíneas compatíveis com as suas expectativas, não havendo como eliminar por completo suas pré-compreensões. (BASTOS, José Caldeira. *Curso crítico de direito penal*)

53 PERELMAN apud ALEXY, op. cit., p. 171.

No controle concentrado de constitucionalidade, por exemplo, vale ressaltar a importância de procedimentos que garantem à Corte Constitucional a possibilidade de requisitar informações ou designar audiências públicas para ouvir pessoas da sociedade civil com notória experiência em determinada matéria. A medida, como no caso do aborto nas hipóteses de anencefalia, aproxima Poder Judiciário e sociedade civil, permite maiores discussões sobre temas de interesse público e diminui a probabilidade de a Corte vir a atuar como superego da comunidade⁵⁴. No controle difuso, noutro turno, ganha importância a discussão sobre a causa de pedir aberta no recurso extraordinário, já que agora as decisões da Corte nessa seara podem dar origem a súmulas vinculantes.

O segundo passo para a diminuição do grau de decisionismo é o estabelecimento de regras que garantam maior controle sobre a argumentação jurídica. Afinal, já que é impossível eliminar a valoração das decisões judiciais, é preciso encontrar meios que obriguem o juiz, ao menos, a fundamentá-la.

Um enunciado normativo deve ser sempre fundamentado, e o juiz, quando fundamenta a decisão, tem a convicção de que a sua argumentação é a correta. O magistrado, apesar da subjetividade, tem ao menos a pretensão de que a sua interpretação é a verdadeira e está amparada por argumentos racionais capazes de convencer as partes, seus pares e a sociedade civil⁵⁵. Em que medida essa argumentação é satisfatória, é exatamente a medida do grau de aceitação das decisões judiciais⁵⁶. É claro que a resposta ao nível mínimo de fundamentação de uma decisão judicial ultrapassa em muito os limites do presente artigo. Porém, é possível aqui esboçar algumas propostas.

Perelman nos ensina que quem se dirige ao auditório universal está dirigindo-se também a si mesmo, visto que é um membro deste auditório. Afirma também que quem atua com parcialidade, desde que sincero, convence só aqueles entre os quais ele se encontra. Quem quer convencer a todos deve ser imparcial e isso pressupõe o dever de apresentar e refutar os respectivos contra-argumentos.

Daqui se extrai a primeira sugestão. O dever de imparcialidade não deve ser mais entendido como a neutralidade em relação a valores, pois isso é impossível. Atuar com imparcialidade, portanto, significa atuar com a obrigação de apresentar e refutar os argumentos contrários a sua tese jurídica.

54 Nesse sentido, ver: MAUS, Ingerborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. In: *Novos Estudos*, n. 58, p. 183-202, 2000.

55 Aqui, adota-se a teoria consensual da verdade de Habermas, segundo a qual eu só posso atribuir um predicado a um objeto se qualquer outro que puder entrar num diálogo comigo atribuir ao mesmo objeto o mesmo predicado. A condição para a verdade das proposições é o acordo potencial de todos os demais, já que não existe relação direta entre os enunciados e o mundo.

56 ALEXY, op. cit., p. 38.

Alexy, noutro turno, destaca que nos casos difíceis o Poder Judiciário recorre a uma série de premissas – empíricas ou normativas – que não podem ser deduzidas do direito positivo. A legitimidade do uso dessas premissas, entretanto, depende, inevitavelmente, de adequada fundamentação. Segundo o professor alemão, por exemplo, quem recorre à “vontade do legislador” para justificar a interpretação de um texto, primeiro, deve dizer o que considera por vontade do legislador – maioria dos parlamentares, autor da lei, comissões do executivo que elaboram o anteprojeto etc.; segundo, tem o ônus de demonstrar empiricamente essa vontade por meio de atas de discussão, votações nas comissões temáticas etc. Fundamentações empíricas são igualmente importantes quando há a especificação de um uso de linguagem, quando se fala sobre estados anteriores de coisas jurídicas ou sobre o estado do direito em outros países, assim como quando se traz hipóteses que servem de base a afirmações sobre conseqüências⁵⁷. As premissas normativas não extraídas do direito positivo também demandam fundamentação. Deve-se exigir, por exemplo, a justificação do porquê da escolha de um método interpretativo em detrimento do outro, já que não há ordem hierárquica entre eles.

O terceiro passo proposto parte da admissão de que não há como cuidar de hermenêutica jurídica sem tratar do hermeneuta.

Nas palavras de Alexy, a fundamentação judicial tem a função de tratar um ser racional racionalmente, isto é, explicando-lhe por meio de razões por que se chegou a uma decisão que afeta negativamente seus interesses. Luhmann considera necessário que, mesmo aqueles que não são diretamente afetados pela decisão, os não participantes, cheguem ao convencimento de que tudo acontece com normalidade, de que a verdade e o direito se determinam com esforço sério, sincero e árduo e que eles, se fosse o caso, poderiam fazer valer o seu direito com a ajuda desta instituição.

A fundamentação, contudo, não é essencial apenas para legitimar a decisão, convencendo as partes afetadas e os outros não diretamente interessados. Algo importante, mas freqüentemente negligenciado, é o fato de que a fundamentação racional, além de requisito de legitimidade da decisão jurídica, é o único instrumento que possibilita a sua refutação.

Habermas, com base na filosofia da linguagem, afirma que a fundamentação de uma proposição não deve depender da verdade da proposição, como se propunha tradicionalmente; ao contrário, a verdade da proposição depende da fundamentação da proposição. Ademais, diz que o conceito de fundamentação racional está intimamente entrelaçado ao conceito de discussão racional, baseada em condições ideais de fala.

57 Idem, p. 240.

Filosoficamente, discute-se se as condições ideais de fala estabelecidas por Habermas ou feitas perante o auditório universal de Perelman são capazes de garantir o resultado correto. Aqui, não é preciso chegar a tanto, pois é claro que a discussão jurídica não ocorre sob essas condições. Primeiro, porque as disputas jurídicas são feitas com limitações quanto à amplitude dos argumentos. Segundo, porque o processo de argumentação é limitado temporalmente. Terceiro, o dever de veracidade das partes é limitado. Quarto e o mais importante: na disputa jurídica, o melhor argumento não é obtido por meio de deliberação de um auditório universal (Perelman) ou do potencial consenso de todos os envolvidos (Habermas), mas selecionado por um intérprete em sentido estrito (Marcelo Neves), a quem é atribuído papel desigual dentro do processo de discussão.

Nesse ponto, vale lembrar que, por mais intensa que seja a discussão, por mais forte que seja a interação entre sistema jurídico e outros sistemas sociais, estes fatos conseguem apenas refinar os preconceitos de quem seleciona/cria uma entre várias interpretações criativas possíveis, mas jamais consegue eliminá-los. Por seu turno, esse fato se torna especialmente importante quando tratamos de Cortes constitucionais, compostas por um número reduzido de magistrados que determinam o sentido do texto fundamental do ordenamento.

Se Popper já destacava que, mesmo nas ciências da natureza, a verdade é produto da cultura humana, não havendo proposições incontestáveis; no campo jurídico, onde não estão presentes as condições ideais do discurso, um enunciado normativo, mesmo quando convence, deve sempre ser considerado apenas provisoriamente fundamentado. Não há uma única decisão correta de maneira definitiva.

Da provisoriedade das decisões jurídicas surge o postulado de que todo o resultado deve estar aberto à crítica (Perelman). E essa crítica, a nosso ver, para ser realizada de maneira adequada, não depende apenas das discussões feitas no meio acadêmico e jurídico sobre as decisões da Corte Constitucional, mas se sujeita também à troca periódica dos próprios membros que a compõem.

Isso porque, se quem seleciona/cria uma interpretação entre algumas possíveis é inevitavelmente perspectivador, não consegue por completo eliminar suas pré-compreensões⁵⁸ e, a partir de certo momento, começa a considerar as críticas completamente supérfluas; como diz Popper, torna-se necessária a criação de uma tecnologia social que permita submeter os resultados jurídicos à prova.

58 A principal dificuldade a respeito dos preconceitos é que não há um meio tão direto de nos livrarmos deles... A idéia de que um estudo sociológico ou psicológico ou antropológico ou qualquer outro estudo dos preconceitos possa ajudar-nos a expeli-los é inteiramente errônea, pois muitos que se dedicam a tais estudos estão cheios de preconceitos; e não só a auto-análise não nos ajuda a vencer a determinação do inconsciente de nossas concepções, como muitas vezes nos leva mesmo a auto-ilusões mais sutis. (POPPER, op. cit., p. 230)

Tendo em vista que as tensões entre as perspectivas interna (sistema jurídico) e externa (esfera pública) constituem um dos principais fatores de mutação e reconstrução de sentidos do texto constitucional e que, freqüentemente, a resistência dos intérpretes em sentido estrito conduz à reforma do texto ou no caso limite à ruptura constitucional⁵⁹, a alternância de Ministros é certamente um dos meios para diminuir essas tensões. Conferir mandato aos juízes da Suprema Corte é um modo de impedir o engessamento e dar maior abertura a quem determina o sentido do texto que faz o acoplamento estrutural do sistema jurídico com os sistemas político e social, pois alguém com diferentes pré-compreensões tem condições de testar enunciados normativos anteriormente fundamentados, submetendo-os a novas problematizações e perspectivas, ainda que seja para chegar à mesma conclusão.

Noutro turno, a alternância não conduz à instabilidade, como se poderia imaginar, já que uma idéia que tenha sido aceita uma vez não pode ser rejeitada sem um motivo suficiente, sendo irracional abandonar sem motivo uma idéia – precedente aceito até então (Perelman). A modificação do precedente exige dupla argumentação: para dizer os motivos pelos quais ele está equivocado e as razões pelas quais é melhor outra solução. A mudança sempre exige justificação.

Fato é que o respeito ao princípio da legalidade penal, ante a imprecisão da linguagem e a inevitável subjetividade que permeia o processo interpretativo, passa, inevitavelmente, por um maior controle sobre o procedimento necessário à produção das decisões jurídicas. Tendo em vista que a lei não é o fim do direito, mas apenas o início de um processo que culminará na norma jurídica aplicada no caso concreto, a garantia de um procedimento intersubjetivo, um melhor controle sobre a argumentação dos juízes e a mudança periódica dos juízes da Corte Constitucional são, a nosso ver, passos indispensáveis para conferir maior racionalidade às decisões penais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIETA, Vânia Siciliano. *A indução e a analogia no campo do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silca. São Paulo: Landy, 2005.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

59 NEVES, op. cit., p. 213.

- BASTOS, José Caldeira. *Curso crítico de direito penal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.
- BECCARIA, Cesare. *Cesare Bonesana*. Dos delitos e das penas. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BRITO, José de Sousa e. A lei penal na Constituição. In: *Estudos sobre a Constituição*. Lisboa: Petrony, v. 2, 1979.
- CARVALHO, Thiago Fabres de. Direito penal, hermenêutica e Estado Democrático de Direito. In: *Olhares hermenêuticos sobre o direito: em busca de sentido para os caminhos do jurista*. Ijuí: Unijuí, 2006.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.
- _____. *Curso avançado de direito constitucional – VII*. 1ª parte. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FRANCESCO, Ferrara. *Interpretação e aplicação das leis*. São Paulo: Saraiva, 1934.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GOMES, Luís Flávio. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- JESUS, E. Damásio. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2002.
- MAUS, Ingerborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. In: *Novos estudos*, n. 58, p. 183-202, 2000.
- NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da lei: a face obscura da sentença penal*. Rio de Janeiro: Renavan, 2004.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhman e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Lucie Olbrechts-Tyteca. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- PLETSCH, Natalie Ribeiro. *Formação da prova no jogo processual penal: atuar dos sujeitos e construção da sentença*. São Paulo: IBCCrIm, 2007.
- OLIVEIRA, Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996.
- POPPER, Sir Karl R. *A sociedade aberta e seus inimigos*. São Paulo: Universidade de São Paulo.

RAMALHO NETO, Agostinho. Subsídios para pensar possibilidade de articular direito e psicanálise. In: *Direito e neoliberalismo: elementos para um leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Madrid: Civitas, 1998.

_____. *Política criminal e sistema jurídico penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Hermenêutica e o princípio da legalidade. *Revista da Ajuris*, São Paulo, a. 26, n. 80, dez. 2000.

STRECK, Lênio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

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

ZAFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.