

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC – SP**

Roberto Martins de Barros

AXIOLOGIA E HERMENÊUTICA NO DIREITO PENAL

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2008

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC – SP**

Roberto Martins de Barros

AXIOLOGIA E HERMENÊUTICA NO DIREITO PENAL

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção de título de MESTRE em Direito Penal, sob a orientação do Profº Doutor Hermínio Alberto Marques Porto.

SÃO PAULO

2008

BANCA EXAMINADORA

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, pois sem Ele, nada seria possível e não estaríamos aqui reunidos, desfrutando, juntos, destes momentos que nos são tão importantes.

À minha esposa Cristina e aos meus filhos Nathália e Rodrigo pelo esforço, dedicação e compreensão, em todos os momentos desta caminhada.

AGRADECIMENTOS

Ao orientador Prof^o Doutor Hermínio Alberto Marques Porto, minhas homenagens pela sua humildade, compreensão e cultura, bem como, pelo apoio e valiosa contribuição sempre presentes.

Aos senhores Alberto Ginez de Almeida, Horácio Martins de Oliveira Campos, João Luiz Ribeiro Passos dos Santos e Sergio Paulo Zanetti Junior, os quais muito me ajudaram nesta jornada.

“A persistência é o caminho do êxito.”

Charles Chaplin

*"O único homem que não erra é aquele
que nunca fez nada."*

Franklin Delano Roosevelt

*"Não há progresso sem mudança. E,
quem não consegue mudar a si
mesmo, acaba não mudando coisa
alguma."*

George Bernard Shaw

RESUMO

O conceito de valores no Direito Penal evoluiu de acordo com as necessidades da sociedade.

Hoje em nosso mundo globalizado acabou por ocorrer a intergerência de outras culturas no conceito de valores.

Ocupa-se esta dissertação sobre a evolução da análise da axiologia e hermenêutica referente aos valores na interpretação da lei e aplicação da analogia no Direito Penal.

Nesse diapasão, encontram-se dificuldades na aplicação da analogia face o confronto dos positivistas e os progressistas, sendo certo que a melhor solução é a busca do equilíbrio, evitando-se os exageros que acabam por desfigurar o Direito Penal, caso ocorresse amplitude da aplicação da analogia *in bonam partem*, em face do princípio da reserva legal e da taxatividade penal.

Tanto a doutrina e a prática demonstram que existe escassez de casos concretos sobre a aplicação no Direito Penal da analogia *in bonam partem*, bem como, a interpretação extensiva.

Nesse trabalho busca-se acrescentar contribuição para enfrentar o termo em questão, evidenciando-se que apesar do Direito Penal não ser estático, os excessos da modernidade poderá trazer sérias consequências para o direito e como via de consequência para a própria sociedade.

Assim sendo, a solução para sua aplicação mesmo apesar das idéias inovadoras e avançadas do início deste século, deve-se ter a máxima cautela para não se causar danos irreparáveis, uma vez que a história não permite o retrocesso.

ABSTRACT

The concept of values in the Criminal Law has evolved to meet the needs of society.

Today in our globalised world finally comes to interference of other cultures in the concept of values.

He is this dissertation on the evolution of the analysis of axiology and hermeneutics relating values to the interpretation and application of the law of analogy in the Criminal Law.

In this tuning fork, are difficulties in applying the analogy of confrontation against the positivists and progressives, given that the best solution is the search for balance, avoiding the excesses that ultimately distort the Criminal Law, if occurred breadth of application the analogy *in bonam partem*, in the face of the principle of legal reserve and taxativity criminal.

Both the doctrine and practice show that there is scarcity of cases on the application in the Criminal Law of analogy *in bonam partem*, as well as the broad interpretation.

In this paper seeks to add contribution to addressing the term in question, showing that while Criminal Law is not static, the excesses of modernity can bring serious consequences to the right, and as a means of consequence to society itself.

Therefore, the solution to its application even though the innovative ideas and advanced the beginning of this century we should take the utmost care not to cause irreparable damage, since the story does not allow the reverse.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 – AXIOLOGIA JURÍDICA.....	13
1.1 ETIMOLOGIA DE VALOR	13
1.2 VALORES E SUAS APLICAÇÕES	14
<i>1.2.1 Origens Antropológicas.....</i>	<i>15</i>
<i>1.2.2 Análise e dicotomia entre valores</i>	<i>18</i>
1.3 ETIMOLOGIA DE PRINCÍPIO	19
1.4 PRINCÍPIOS E SUAS APLICAÇÕES	20
<i>1.4.1 Princípios Jurídicos.....</i>	<i>21</i>
<i>1.4.2 Princípios Constitucionais</i>	<i>24</i>
1.5 MUDANÇAS NO EIXO AXIOLÓGICO.....	25
1.6 NATUREZA PSICOLÓGICA DOS VALORES	36
2 - HERMENÊUTICA JURÍDICA.....	40
2.1 HERMENÊUTICA OU INTERPRETAÇÃO?	41
2.2 INTERPRETAÇÃO DAS EXPRESSÕES DO DIREITO.....	41
<i>2.2.1 Imperatividade da interpretação</i>	<i>44</i>
<i>2.2.2 Vontade do Legislador</i>	<i>45</i>
2.3 HERMENÊUTICA CONTEMPORÂNEA.....	47
<i>2.3.1 Sistemas Interpretativos</i>	<i>50</i>
2.3.1.1 Sistema Dogmático, Exegético ou Jurídico-tradicional.....	50
2.3.1.2 Sistema Histórico-evolutivo	52
2.3.1.3 Sistema da Livre Indagação Científica do Direito.....	54

2.3.2 Regras de Interpretação	56
2.3.2.1 Interpretação segundo o intérprete ou quanto ao sujeito	58
2.3.2.2 Interpretação segundo os métodos	60
2.3.2.3 Interpretação segundo o resultado	61
3 - LACUNAS DA LEI NO DIREITO PENAL	68
3.1 SUPERAÇÃO DAS LACUNAS DA LEI	69
3.1.1 Princípios Gerais do Direito como ferramenta de Integração	71
3.1.2 Equidade como ferramenta de Integração	73
3.2 DIREITO NATURAL	76
3.2.1 Direito Natural e as lacunas da Lei	78
4 - ENCRUZILHADAS DA CIÊNCIA JURÍDICA PENAL.....	89
4.1 ESCOLHER UM CAMINHO: DIREITO PENAL JUSTO OU CONVENIENTE?	89
4.2 QUANDO A LEI POSITIVADA NÃO É O BASTANTE.....	92
4.2.1 O que é crime organizado?	93
4.2.2 O que é terrorismo?.....	94
4.3 RISCOS DO POSITIVISMO EXACERBADO APLICADO AO DIREITO PENAL.....	95
CONCLUSÃO.....	98
BIBIOGRAFIA.....	102
ANEXO I	108

INTRODUÇÃO

A incidência de crimes e suas nefastas conseqüências perseguem o homem desde a antiguidade. Para os adeptos no criacionismo judaico-cristão, o fratricídio de Cain perpetrado contra seu irmão Abel foi o primeiro delito da humanidade. Entre os evolucionistas, não há registro preciso, mas provavelmente se deu entre alguma raça primata humanóide que já possuísem regras mínimas de convivência e que, tivessem tais normas transgredidas. O fato é que, se para um ascendente do *Homo Sapiens* a sobrevivência da espécie era o mais importante, furtar alimentos ou mesmo estuprar fêmeas incautas de outros grupos ou clãs, mesmo que sendo atos reprováveis, poderiam ser comportamentos não passíveis de sanção. Porém para os primeiros ancestrais semitas a simples predileção de Deus, com relação a um dos filhos de Adão teria servido de motivação para um homicídio. Como o valor, enquanto objeto axiológico, é importante na formulação das teorias penais? Disto trata o tema inicial dessa dissertação, além de discorreremos sobre a influência dos valores sobre os princípios e como as mudanças axiológicas influenciam as normas positivas.

Tão importante quanto compreender a problemática axiológica na formação do direito penal e entendermos como ela participa da gênese dos princípios que norteiam os sistemas jurídicos. No item seguinte abordaremos a hermenêutica e teremos como objetivo analisar o modo como se desenvolveram os conceitos fundamentais desse ramo do conhecimento, e enumeraremos as principais escolas do desenvolvimento, e suas teorias. Buscaremos, principalmente demonstrar a influências destas teorias e como elas se permeiam e se completam atuando diretamente sobre a atividade interpretativa; demonstraremos que, dependendo do sistema interpretativo utilizado, as soluções jurídicas encontradas ao mesmo caso concreto podem ser diametralmente diferentes. E o que é mais impressionante: algumas das diferentes escolas interpretativas coexistem até hoje.

Quando já de posse de embasamento direcionado ao estudo dos valores, principalmente, com relação as mudanças do eixo axiológico e suas influências na formulação dos princípios, passaremos a analisar as possibilidades de integração da norma por meio de ferramentas polêmicas - quanto a sua utilização em seara penal - como os princípios gerais do direito, a equidade e a analogia que podem ser utilizadas como opção quando se tenta suprir as lacunas da lei. Não sem antes, considerarmos o seguinte questionamento: o Direito Penal

realmente apresenta lacunas? Se as apresenta, como abordá-las cientificamente? Veremos também, o Direito Natural ou Jusnaturalismo e, como esta escola jusfiosófica é próxima ao Direito Penal moderno. Questões atualíssimas como o debate sobre as células-tronco embrionárias, suscitadas na ADIn nº 3510 de 30.05.2005, não serão resolvidas sem o entendimento dos valores em jogo nesta importante discussão jurídico-deontológica, e que, trará consequências ético-sociais de suma importância, além de reflexos diretos sobre a legislação criminal nacional.

O derradeiro item abordado versa sobre as “Encruzilhadas da Ciência Jurídica Penal”, abrindo a *caixa de pandora* ao questionar sobre a um Direito Penal justo ou conveniente. Lembra-nos também sobre os meios de facilitar a interpretação das normas evitando-se as leis ineficientes e a inflação legislativa.

Não há nestas linhas a pretensão de ser explanação definitiva sobre o assunto, ou mesmo esgotar a matéria. Porém, poderá servir de fomento para mais indagações que questionem a natureza axiológica implícitas na norma e, principalmente, as mudanças do foco do eixo axiológico inerentes à dinâmica do Direito Penal em face da evolução dos grupos sociais sob um *Estado de Direito*.

1 – AXIOLOGIA JURÍDICA

Pressuposto basilar para compreender as dificuldades da axiologia ou teoria dos valores no que se refere a encontrar uma dialética para o problema da reserva legal e da determinação em matéria penal, é traçar entre as diversas linhas do pensamento doutrinário uma síntese construtiva que indique a melhor hermenêutica na interpretação das normas constitucionais. A interpretação constitucional deve corresponder a uma realidade jurídica autêntica e factual. Se, hipoteticamente, a interpretação dos princípios de Direito Constitucional que orientam o Direito Penal fosse uma realidade simples, comum, a formulação de seu conceito pressuporia apenas a problematização do conhecimento que o ser humano faz de sua realidade; porém, não se trata de um contexto qualquer, mas de uma realidade que envolve valorações¹. Trata-se de uma conceituação que debate a problemática dos valores, enquanto objetos axiologicamente considerados.

Há também que se sopesar as dificuldades em se focar uma síntese comum ao imenso universo de valores possíveis, uma vez que estes plasmam uma infinidade de interesses humanos: a honra, o patrimônio, a estética, o dever, a justiça, entre outros. Uma iniciativa no sentido de definir “valor” deve ser de tal ordem que seja útil a todas essas categorias axiológicas, e dessa forma sirvam a busca da interpretação ou entendimento da norma posta frente a casos concretos encontrados no dia-a-dia da ciência jus-criminal².

1.1 Etimologia de Valor

A origem latina da palavra valor, encontra sua gênese na expressão latina *valor ou valoris*, que faz referencia “a qualidade que revela o préstimo de algo” ou “atribuição

¹ MENDONÇA, Jacy de Souza. In: *O Curso de Filosofia do Direito do Professor Armando Câmara / Jacy de Souza Mendonça*. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 141.

² Idem. *Op. cit.* p. 143. “A palavra *axiologia* vem do grego, onde *axios* significa estima, apreciação de alguma coisa. Axiologia é o estudo das relações que o homem tem em face ao ser, no sentido de apreciá-lo ou não, de estimá-lo ou não. O significado da palavra axiologia já indica, portanto, que o homem não apreende a realidade apenas como objeto de estima, não vai ao real apenas para representá-lo intelectualmente, mas reage diante dele dentro de uma bipolarização, no sentido de considerá-lo bom ou mau, verdadeiro ou desagradável. O valor se expressa nessa *não indiferença do ser*.”

concedida a algo ou alguém por merecimento ou mérito”³. Dada tal origem etimológica e ainda, considerando-se as aplicações jurídicas da palavra em tela, conceitua-se valor, primeiramente, como a ‘não indiferença’ de algo com relação a alguém ou como a consciência motivada ou incentivada. Podemos considerar ainda “valor” como: a relação, ou produto, entre o indivíduo titular de uma necessidade qualquer e um objeto, ou algo, que seja dotado de reais qualidades para satisfazê-lo.

Inegável então, é o fato de que existem valores e que não é possível simplesmente pensarmos nas coisas sem a elas atribuir um julgamento de valor. Tudo para nós há que sugerir uma escala de importância segundo seu grau de incidência na vida de cada indivíduo, inexorável é porém, a certeza de que tal valoração é individual, própria de cada universo pessoal e somente válida para cada pessoa isoladamente considerada. O grau de importância que se atribui à saúde, ao dinheiro, a justiça só podem ser exatamente mensurados por quem as avalia referencialmente para si. Em contrapartida, existem valores que podem designar avaliações subjetivas de mensurabilidade geral, são valores apreciáveis não apenas para indivíduos determinados, mas para toda a espécie humana⁴. Trata-se de coisas, em suma, que são efetivamente valoradas duma maneira positiva pelas pessoas; por exemplo: os alimentos, a saúde, o vestuário, etc. São valores que interessam ao homem como ser natural.

1.2 Valores e suas aplicações

Há estreita ligação, entre o substrato de formação do Direito e a concepção de valor, e mesmo a impositividade dos valores na sociedade (quando estes são rejeitados). Se o interprete do Direito bem o perceber, a compreensão dos valores como fundamentos preexistentes, apresentam com relação a sua vinculação axiológica as mesmas raízes verificadas no Direito Natural Moderno. Fica então patente que o Direito é um produto da

³ Vários autores, sem referência específica. In: *Grande dicionário Larousse Cultural da Língua Portuguesa* – Obra parcialmente derivada da “Grande Enciclopédia Larousse Cultural”, verbete *valor*. São Paulo : Editora Nova Cultural, 1999. p. 903.

⁴ MORENTE, Manuel Garcia. In: *Noções Preliminares de Filosofia / Mestre Jou*. São Paulo : Mestre Jou, 1980. p. 294. “[...] os valores não são coisas nem elementos das coisas. E dessa consequência primeira tirou-se esta segunda consequência: dado que os valores não são coisas nem elementos das coisas, então os valores são impressões subjetivas de agrado ou desagradado que as coisas nos produzem e que nós projetamos sobre as coisas. Recorreu-se então ao mecanismo de uma objetivação e se disse: essas impressões gratas ou ingratas que as coisas nos produzem, nós as tiramos do nosso eu subjetivo e as projetamos e objetivamos nas coisas mesmas e dizemos que as coisas mesmas são boas ou más, ou santas ou profanas”.

razão, um verdadeiro espelho da razão humana. O jusnaturalismo, então apregoa uma essência filosófica eterna ao ser humano, consubstanciando-se como produto da razão.

Segundo os ensinamentos da professora e filósofa Simone Goyard-Fabre⁵ da Universidade de Caen na Normândia, muitos autores admitem que o direito assumiria contornos de mero produto do espírito, numa realidade paralela alheia a cultura e ao mundo real.

Como então, fundamentar um Direito alheio à sociedade? Um Direito gerado pela própria razão, em tese, é imune contra as contestações e contra qualquer situação que lhe confrontasse a funcionalidade. Frente a uma realidade jurídica calcada em regimes que sustentavam a superioridade de alguns homens em detrimento de outros pelo nascimento, diante de regimes de cunho teocrático e o cerceamento da liberdade seu próprio destino ou mesmo diante do absolutismo estatal aniquilador da autonomia do indivíduo, o Direito Natural adquire contornos de fundamentação de uma realidade modificadora, que afrontaria até mesmo o Direito balizado no antigo culto platônico da razão.

1.2.1 Origens Antropológicas

Não é difícil abstrairmos que os valores humanos remontam às origens da própria espécie humana, corroborando para esta afirmação até mesmo as evidências arqueológicas referentes a diversos grupos humanos ao longo de toda a história da humanidade. Não obstante a esta tendência eminente, considerando o mundo ocidental, foi após o surgimento das antigas *polis* gregas e a disseminação da escrita que o tema foi mais amplamente discutido, quando da sistematização do conhecimento humano que fundamentou os pilares da Filosofia, esta última seria a ciência-mãe de todas as searas do conhecimento humano moderno.

Dentro daquela realidade histórica sócio-política qualquer questionador grego já teria a capacidade de formular questionamentos eivados de valores, tanto os pré-socráticos como seus predecessores. Como podemos observar no estudo da História do Direito, ou mesmo da

⁵ GOYARD-FABRE, Simone. In: *Os fundamentos da ordem jurídica / Simone Goyard-Fabre; tradução Claudia Berliner; revisão da tradução Maria Ermantina Galvão*. São Paulo : Martins Fontes, 2002. p. XXVII. “Com a progressiva dissipação das brumas que encobriam a significação própria da esfera jurídica, alguns teóricos consideraram possível liberar o direito de toda referência ao horizonte metajurídico dos valores”.

Filosofia do Direito, tais questionamentos relacionavam-se às normas jurídicas não criadas pelos homens (*norma agendi*), ou seja, as normas que sempre se fizeram presentes na natureza, mas que podem ser por eles reconhecidas e obedecidas. Eis que aqui encontramos a origem do Direito Natural, objetivamente considerado⁶. Tal linha de pensamento filosófico esboçava as respostas sobre as indagações eternas, estas que só podem ser respondidas, quando se utilizam valores como referencial de importância comum *erga omnes*: O que é o Ser? O que é a vida? Que é a verdade? O que é justiça? O que é ser honesto?

Tais indagações de incidência universal, mesmo apesar de transcorridos mais de dois milênios de sua formulação, não conseguiram encontrar respostas que a satisfizessem em abrangência e profundidade de significado cosmológico até o presente momento, por envolverem uma dimensão axiológica e epistemológica de profundidade e abrangência teórica em constante mutação. O desenvolvimento humano nos campos da tecnologia e ciências humanas prorrogam a obtenção destas respostas quando mudam os fatores de incidência que a compõem em cada momento analítico. Há que considerarmos também que, tais fatores de incidência estão muito além da percepção de indivíduo para indivíduo, de povo para povo, de país para país, envolvendo uma diversidade de ingredientes sociais que constituem a cultura.

Muito elucidativa se faz a visão platônica da importância e a indispensável aplicação do Direito Natural, seus valores inerentes, de forma a criarmos uma “sociedade perfeita”, onde que cada classe e cada indivíduo estivesse fazendo o trabalho ao qual sua natureza e sua aptidão melhor se adaptassem; uma sociedade em que nenhuma classe ou cidadão ousaria interferir de forma maléfica com relação a interesses *extraneus*, mas todos iriam cooperar na adversidade para produzir um todo harmonioso. Seria um Estado justo e certo (no sentido de respeitar os valores de caráter natural). Ainda segundo Platão, o fim do Estado é tornar o indivíduo feliz, facilitando-lhe a prática das virtudes. Sua constituição é talhada nos moldes da natureza humana. Correspondentes às três partes da alma, distinguem-se no Estado três classes sociais:

a) os filósofos, que deveriam ter exclusividade no desempenho de cargos públicos, devido as suas características intelectivas;

⁶ MENDONÇA, Jacy de Souza. In: *Introdução ao Estudo do Direito / Jacy de Souza Mendonça*. São Paulo : Saraiva, 2002. p. 32.

b) os guerreiros, indivíduos capazes física e intelectualmente de exercer funções militares, motivo pelo qual deveriam ser incumbidos da defesa social;

c) os operários e escravos, incumbidos da mão-de-obra geradora da subsistência fisiológica da *polis*, teriam de prover a subsistência material⁷.

Incontroverso, seria então, que o valor é uma realidade que se consubstancia a partir da concepção das qualidades nobres e justas (moralmente aceitas), desejáveis a um ser humano, quando vivendo em comunidade nos moldes da ordem e justiça. Devemos corroborar com o fato de que o valor se refere à perfeição do homem em sociedade, a sua prática desenvolve, no indivíduo, a sua humanidade, ao guindá-lo ao vértice da pirâmide⁸, ao considerarmos uma escala comportamental em uma sociedade; ao passo que, o contra-valor vai despojá-lo dessa qualidade⁹. A constante e reiterada prática das ações aprovadas pelos valores, tornar-se-á virtude na sua dimensão moral ou ética, dignificando o homem como membro da *polis* onde o império da justiça como valor reina no modo de ser de cada indivíduo.

O doutrinador portenho Martin Laclau, tem a opinião de que nem sempre os conceitos de juízos de valor e juízos de existência estiveram distinguidos, sendo que na antiguidade o ser era identificado com seu valor, tal era a importância e a necessidade de se exercer juízos de valores de modo a vinculá-los permanentemente aos agentes atores sociais. Explicita o autor:

Desde la Antigüedad, se habia equiparado el ser con el valor. Para Platon, las ideas poseian la maxima dignidad y las cosas materiales tendian a la perfeccion de la idea. Aristoteles, por su parte, entendia la forma, el εἶδος, como τέλος¹⁰, como finalidad de todo devenir. Lo que es, vale por el hecho de ser. De esta suerte, si todo lo que es vale, lo que no es no vale. Los escolasticos expresaban que todo lo que es, es bueno: omne ens est bonum. Asi se establecia una correspondencia entre el ente y el valor, entre la ontologia ya la axiologia. El valor era entificado; su estudio era materia de la

⁷ PLATÃO. In: *A República*. São Paulo : Editora Martin Claret, 2006. p. 128 e 129.

⁸ MENDONÇA, Jacy de Souza. In: *Introdução ao Estudo do Direito / Jacy de Souza Mendonça*. São Paulo : Saraiva, 2002. p. 32.

⁹ FRONDISI, Resieri. In: *Que son los valores?* México / Bueno Aires : Breviários Del Fondo de Cultura Económica, 1958. Tradução livre. p.22. “[...] Nós valoramos até o que nos desagrade. A quem agrada arriscar a vida para salvar um homem que está se afogando, especialmente se for seu inimigo? Apesar disso, o fazemos no cumprimento do dever. Pomos o dever acima do agrado ou desagrado. O dever é o objetivo e descansa sobre um valor moral de igual caráter, que está acima dos vai-e-vens de nossos gostos ou desgostos, de nossos interesses ou conveniências [...]”

¹⁰ ARISTÓTELES. In: *Physica* II.3, *Metaphysica* I.3, V.2. O filósofo Aristóteles ensinava que a alma (ψυχή) é um exemplo de forma (εἶδος), enquanto que o corpo (σῶμα) é um exemplo de matéria (ύλη). Tal classificação distintiva baseava-se nos quatro tipos de causas naturais inerentes a todos os tipos de transformações, segundo a doutrina aristotélica.

ontologia. Ahora bien, una consideracion filosofica acerca del valor que no encubra la naturaleza de este solo se logra al independizarse la axiologia de la ontologia. Ello acaecio recién en el siglo pasado, dentro del movimiento superador del positivismo. Como expresara Lotze, se advirtio que los valores no son, sino que valen; no tienen ser, sino valer. Un ente es, um valor vale¹¹.

A espécie *Homo Sapiens*, como o único ser vivente na terra capaz de emitir juízo de valor, exercita a valoração sobre todas coisas que incidem sobre sua vida. Naturalmente que a capacidade intelectual ou evolutiva do homem lhe facilita ser mais agudo na percepção, incorporação e geração de novos valores em harmonia com o contexto social no qual se encontra inserido. É isso que lhe possibilita elaborar uma escala hierárquica de valores que o eleva, na sua percepção como ente social, a sacrificar algum “bem” em benefício do bem maior dentro do contexto social. Porém é justamente a escolha, ou não, dos valores socialmente mais relevantes que vai diferenciá-lo, nessa sociedade, dos demais indivíduos e possibilitando também a compreensão dos diferentes grupos sociais.

1.2.2 Análise e dicotomia entre valores

Nos fica patente quando do estudo da Axiologia que, a aceitação ou não, o julgamento ou, em resumo, a avaliação de quaisquer objetos, toma o valor como critério subjetivo, intersubjetivo ou objetivo de avaliação. Em suma, ao utilizarmos o valor como critério de avaliação de um objeto refletimos, do ponto de vista ideal, a convergência das tendências históricas, sendo esta a razão pela qual os valores ou, pelo menos, a escala de suas aplicações preferenciais, mudam com tempo e no espaço, de conformidade com a incidência de fatores culturais vigentes.

Importante aspecto com relação ao ponto de vista cultural, é que os valores invariavelmente apresentam-se em forma de bipolaridade e, assim, comportam necessariamente, na percepção de cada sociedade, componentes positivos e negativos: éticos / antiéticos, justos / injustos, honestos / desonestos. Podemos extrair então, uma importante máxima axiológica: “os valores humanos, como ingredientes básicos de uma cultura, mudam de conformidade com a idiosincrasia política do Estado ou da sociedade que os produzem”.

¹¹ LACLAU, Martin. In: *Conducta, norma y valor: ideas para una nueva comprensión Del derecho*. Buenos Aires : Editora Abeledo-Perrot, 1999. 73.

Já nos diálogos entre Polemarco, Céfalo e Platão, na obra “República”, surgem registros sobre as discussões acerca das diferentes concepções no que se refere a *Justiça*¹².

A lenta, mas perene e inevitável evolução do homem como descrito no parágrafo do item anterior, fomentam os ingredientes dessa discussão, acrescidos de outros aspectos surgidos ao longo dos tempos que continuam, até o presente, a ser objeto de uma contínua reflexão e revisão, visto que a justiça, como valor vivo, acompanha as evoluções gnosiológicas, filosóficas e sociológicas da humanidade. Desta forma, o Direito assume a função totalitária de unificação de valorizações quanto a condutas de vida, despedindo-se da feição democrática que pretensamente quer assumir perante uma sociedade pluralista. Ou nas palavras do Professor Miguel Reale:

Desse modo, cabe reconhecer que a explicação sociológica e psicológica é válida para a gênese do mundo estimativo, não para sua validade intrínseca. Por que os valores obrigam? Valerão apenas pelo fato de serem revelados pela consciência total? Mas quem nos garante que, em dados momentos da História, o partidário do valor autêntico não seja aquele que se divorcia das médias estimativas dominantes e se contrapõe, heroicamente, ao comumente consagrado como concreção do valor mais alto? A História está aí para demonstrar-nos que mártires e heróis revelam, muitas vezes, num ato singular, um valor contestado pela sociedade inteira, e que só o decurso do tempo que logra desvelar o seu significado altíssimo, arrancando os véus dos preconceitos e da rotina¹³.

Fato inegável, gira em torno da transcendência dos valores humanos em face da própria estrutura social que o gestaciona, uma vez que é por meio destes valores que se formam e se tornam factíveis de compreensão cultural e organizacional da sociedade. Desta feita, podemos reconhecer a gênese e relevância dos valores no ordenamento social, pois é através de sua consideração mais profunda que se torna possível uma compreensão das estruturas legislativas que geram e ordenam os Estados, ao adotando, de acordo com suas tradições, a forma e o regime de governo, cujo ápice dos estados modernos ocidentais apresentam-se como o festejado “Estado Democrático e de Direito”.

1.3 Etimologia de Princípio

¹² LUCE, John Victor. In: *Curso de Filosofia grega: do século VI a.C. ao século III d.C* / J. V. Luce, tradução Mário de Gama Kury. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Ed., 1994. p. 104 a 106.

¹³ REALE, Miguel. In: *Filosofia do Direito*. 19 ed. São Paulo : Saraiva, 1999. p.201.

O vocábulo tem origem no latim *principium* no sentido de início, começo origem¹⁴, é aquilo de que algo procede de algum modo. Esse conceito reproduz o de Tomás de Aquino: *principium est id omne a quo aliquid procedi...*¹⁵ Não há o que inovar, ao considerarmos a palavra em *lato senso*. Em um entendimento *stricto senso*, por uma ótica jurídica, “princípios” seriam ordenações, regras ou preceitos¹⁶ que irradiam e aglutinam os sistemas de normas, e servem de base para a interpretação, interações, conhecimento e aplicação do direito positivo.

Tão importante se faz o real entendimento dos princípios que trata-se de matéria autônoma: a principiologia é o estudo dos princípios, termo homônimo também é dado ao conjunto dos princípios estudados. Uma principiologia própria é atribuída a cada ciência, da mesma forma que, cada uma das disciplinas dentro de suas respectivas ciências também o devem ser. Doutra forma, um ramo incompleto dessa ciência não seria uma disciplina própria.

Por tratar-se de um ramo da lógica, e portando oriunda da Filosofia, a principiologia tem seus próprios institutos, bem como seu objeto próprio. Como bem pode ser observado em qualquer ciência, ao identificarmos seu objetivo também delimitaremos uma definição, qual seja: principiologia - tem por objeto - a ordenação lógica dos princípios. Um de seus princípios é o da hierarquia dos princípios, que devem escalonar-se por subsunção lógica de uns pelos outros, gerando a hierarquia: a assunção lógica de um princípio sobre outros. Um de seus institutos é o princípio primordial, aquele que subsume os demais princípios em uma dada ordem lógica.

1.4 Princípios e suas aplicações

Em suma, princípios são conceitos pré-estabelecidos baseados em valores, de maneira que, resultam em posicionamentos favoráveis ou contrários, de aprovação ou negação, a tudo

¹⁴ Vários autores, sem referência específica. In: *Grande dicionário Larousse Cultural da Língua Portuguesa* – Obra parcialmente derivada da “Grande Enciclopédia Larousse Cultural”, verbete *valor*. São Paulo : Editora Nova Cultural, 1999. p. 741.

¹⁵ TOMÁS, de Aquino. In: *Summa Theologica*, I, XLV, 2. Escritos Políticos de Santo Tomás de Aquino. Petrópolis : Vozes, 1995. Tradução livre: “Princípio é aquilo de que algo, de qualquer maneira, procede ou resulta.”

¹⁶ SILVA, De Plácido e. In: *Vocábulo Jurídico / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho*. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2007. p. 1095. “[...] não se compreendem somente os *fundamentos jurídicos*, legalmente instituídos, mas universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmam as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito. Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos.”

o que pode estar relacionado a um fato concreto. Em suma, enquanto os princípios têm função deontológica, os valores por sua vez têm aplicação axiológica: se visto pela ótica dos valores, algo é o “ideal”, pela visão dos princípios este mesmo algo é o “devido”.

Também não podem ser confundidos com regras. Uma vez que, os princípios contêm um elevado grau de abstração, o que lhe proporciona uma incidência mais abrangente do que a regra; em contrapartida quanto ao grau de determinação, as regras possuem maior taxatividade e logo, são mais restritivas na sua abrangência. É nítido o fato de que os princípios se sobrepõem, por ocupar uma posição proeminente no ordenamento jurídico, ora como Princípios Constitucionais, ora ocupando uma função estruturante, como veremos a seguir. Princípios, para serem legítimos, são verdadeiros axiomas que derivam do juízo de justiça, de equidade e de direito, sendo a verdadeira expressão dos anseios da sociedade, logo legitimadores das ações legais e das políticas administrativas, ao passo que as regras são conteúdos de execução, de funcionalidade, a transposição daquela pré-disposição de valores.

Apresentam-se como verdadeiros fundamentos, bases, início da vida, a gênese de qualquer regra, eis que estas são impostas com a legitimidade daqueles cujos valores transparecem nos princípios.

1.4.1 Princípios Jurídicos

Ao direcionarmos nossos estudos à seara jurídica, é mister que entendamos a origem dos princípios jurídicos e suas aplicações. Devemos então nos socorrer novamente ao filósofo ateniense Platão, no discurso de Sócrates¹⁷, quando disse que consciência humana livre e justa nasce como característica inerente a cada indivíduo, sendo que fatores externos, controláveis ou não, podem criar situações que fariam surgir homens injustos. O método mais indicado para evitar este infortúnio social seria a educação do ser humano. Se os indivíduos em formação não tiverem orientações baseadas em princípios éticos e morais, que busquem o aprimoramento dessas virtudes humanas, estará propenso a tendências de natureza viciosas e maléficas, o que poderá consolidar em sua alma o vício da injustiça, mal que o acompanhará por toda a sua existência.

¹⁷ PLATÃO. In: *A República*. São Paulo : Editora Martin Claret, 2006. Livro III. p. 94.

Notamos então o real caráter da natureza que nos leva a renegar a ação de um ser humano que cometa um homicídio, ou que nos impele a cumprir o prazo para o pagamento das prestações do veículo financiado, ou mesmo para que se respeite o sinalizado por uma placa de que é proibido pisar na grama de um parque. O que torna estas ações condenáveis?

Há teses, teorias e compêndios sobre a coercitividade das normas (e principalmente das leis), que tentam explicar a justa imposição de comportamentos socialmente aceitos, sendo altamente questionáveis, uma vez que, observando-se atentamente as reminiscências históricas citadas nesta exposição, fica nítido que qualquer tentativa de conter, controlar, impor ou obrigar um ser humano a fazer o que ele não queira é quase inócuo, a longo prazo. Em algum momento, nesta ou em outra geração, este ser se rebelará. Por mais relevante que possa parecer o valor resguardado pela norma que supostamente o coage, tal submissão ao normativo não pode ser imposta uma vez que os valores e princípios que balizam o direito, para terem real efetividade, são pessoais ou coletivamente aceitos por um povo. Se impingidos, provavelmente já se originam natimortos.

Elucidativa então, se faz a lição transmitida há décadas pelo Professor Goffredo Telles Júnior, aos discentes da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Segundo Telles, não há que se pensar em uma natureza coercitiva para as normas jurídicas, as sanções seriam apenas “providências prescritas pelas normas jurídicas, para os casos de violação dessas normas”, ao passo que, o indivíduo coator é o sujeito de direito material cujo interesse (positivamente tutelado) foi ferido. Tendo seu direito material ofendido, este se utiliza do Estado, por meio da “Polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário”, para requerer “a aplicação das sanções competentes, que a própria lei estabelece”. Ou segundo as próprias palavras do grande jurista:

[...] a coação não é exercida, nem o pode ser, pela própria norma jurídica, pela própria lei. Considerada apenas no que ela é, mera fórmula verbal, simples enunciado de um modelo de comportamento, a norma jurídica não é coativa. Como poderia a norma sair do papel em que está escrita, erguer-se, pegar alguém pelo braço, forçar alguém a fazer isto ou aquilo? A entidade que exerce a coação (que a requer e providencia a aplicação da sanção) é a pessoa que, eventualmente, tenha sido prejudicada pela violação da norma [...]¹⁸.

¹⁸ TELLES JÚNIOR, Goffredo. In: *Devoção de advogado*. Disponível em: <http://www.goffredotellesjr.com.br/revista.htm>. Acesso em: 19 ago. 2007.

Ainda segundo o último autor, a norma em si não teria natureza coercitiva, mas sim autorizante. Os indivíduos previamente autorizados pelas normas postas, teriam a faculdade de agir ou não, segundo a vontade de cada um, dentro de uma licitude autorizada pela respectiva norma. Ora, fica claro que as únicas chaves-mestras capazes de abrir as portas da aceitação popular (consciente ou automática), de levar um magistrado a decidir por um ou outro parecer (quando de pretensões equitativamente justas e sem orientação normativa clara que a balize) ou de legitimar ordenamentos legislativos são os princípios jurídicos amplamente aceitos por uma sociedade.

O Direito é uma ciência, não obstante às dificuldades quanto ao seu método, existe a busca em se identificar e alcançar os princípios para encontrarmos soluções de cunho científico, ou seja, as proposições básicas que nos levam às demais são desenvolvidas e aperfeiçoadas segundo uma hierarquia de princípios. Isto propicia uma forma de forjar um método que torne claro as preposições que são a alavanca para a solução de novos questionamentos. Podemos notar, que os princípios podem ser expressos no mundo jurídico de três formas básicas¹⁹:

a) quando são previstos expressamente na norma posta, de forma positivada, integram a letra da lei;

b) quando são encontrados no “sistema normativo”, na forma de fundamentos amplamente aceitos por meio de axiomas jurídicos, ou;

c) quando integram o arcabouço legislativo por meio da Constituição de um Estado, de forma a balizar toda a produção legislativa infraconstitucional.

Esta última forma de expressão que pode aparecer de forma implícita ou explícita, apesar de assemelhar-se à primeira, é mais importante que aquela uma vez que ditam princípios constitucionais que orientam todo um sistema jurídico. Muitas vezes servem como pilar para as garantias individuais ou metaindividuais dos cidadãos de um Estado, e orientam os critérios de interpretação hermenêutica e unicidade do texto magno.

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. In: *Manual de direito penal : parte especial / Guilherme de Souza Nucci*. 2ª. ed. ver. atual. ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.67.

1.4.2 Princípios Constitucionais

A gênese dos princípios constitucionais tem raiz nos princípios gerais do direito²⁰, que serviam e servem até nossos dias, como resposta às possíveis lacunas e omissões normativas. Uma definição literal que buscamos aduzir de per si, remete-nos a idéia de que “princípios constitucionais”, são os que se originam do sistema constitucional, corroborando então, com as concepções filosóficas que encontramos nas definições supra argüidas. Como outrora analisado em item anterior, o grande trunfo dos princípios constitucionais é o de propiciar maior eficácia das constituições em face da dinâmica das sociedades, uma vez que nos princípios as discussões geram em torno de valores e, estes são variados de acordo com o tempo e o espaço. O que confere atemporalidade ao texto constitucional.

Nas palavras do constitucionalista Professor José Afonso da Silva seriam “[...] os princípios que se traduzem em normas da Constituição ou que delas diretamente se interferem”²¹. O mesmo autor, baseado nos ensinamentos do lusitano J. J. Gomes Canotilho, classifica os princípios constitucionais segundo as aplicações práticas dos preceitos neles contidos, de modo que os separa em “*princípios político-constitucionais e princípios jurídico-constitucionais*”. Enquanto os primeiros versam sobre matérias de cunho estrutural do Estado ou “decisões políticas fundamentais sobre a particular forma de existência política da nação”, as seguintes (objeto de nosso estudo) cuidam do *princípios constitucionais gerais* que ditam a matiz da ordem jurídica brasileira e tom de suas garantias constitucionais e outros princípios balizadores de toda o arcabouço jurídico infraconstitucional.

No que se possa teorizar sobre a hierarquia dos princípios constitucionais, não há que se cogitar a hipótese de uma escala axiológica, ou no caso, nem mesmo deontológica entre as normas constitucionais. Mesmo o positivismo do pensamento kelsiano, tem consciência de que as constituições nacionais estão no ápice das pirâmides jurídicas que representam seus respectivos ordenamentos. Tal norma poderá posteriormente, conforme a lição de Norberto Bobbio²², torna-se consolidada quando ratificada pela vontade de um povo, de determinado

²⁰ Princípios Gerais do Direito são postulados extraídos da cultura jurídica, fundando o próprio sistema da ciência jurídica. São ideais ligados ao senso de justiça. Emanam do Direito Romano, sintetizados em três axiomas: *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere* (viver honestamente, não lesar ninguém e dar a cada um aquilo que é seu). Segundo o artigo 4º da LICC (Lei de Introdução ao Código Civil) “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

²¹ SILVA, José Afonso da. In: *Curso de Direito Constitucional Positivo* / José Afonso da Silva. 21 ed. rev. e atual. São Paulo : Malheiros Editores, 2002. p. 92.

²² BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995. p. 58 e 59.

território que constitui o Estado. Assim sendo, poderemos presumir de que a relação deste povo (no aspecto específico das necessidades oriundas de sua convivência), determinará o surgimento dos valores diversos que norteiam a consolidação de um legítimo ordenamento jurídico.

É correta e justa então a solução dialética de Kelsen²³, no que se refere a norma fundamental, porque ela lança luzes sobre o campo dos Princípios, conquanto eles devem ser sempre observados e tem o condão de tratar como inconstitucional a norma que ousa contrariá-la.

Hodiernamente mais que em outros tempos, a observância dos princípios constitucionais deve ser seguida em seu estrito rigor. Tanto no processo de elaboração das normas, quanto com maior rigor ainda na hermenêutica e nos casos concretos quando do controle difuso de constitucionalidade, dado o fato que a sua inobservância implicaria em mandar para as calendas gregas a própria instituição do Estado Democrático de Direito, no qual inclusive em seu primeiro artigo magno veda dúbias interpretações ao afirmar que todo poder emana do povo e em seu nome será exercido.

1.5 Mudanças no Eixo Axiológico

Os ciclos contínuos de evolução sociológica e as correspondentes reestruturações do Estado são uma realidade imutável e inerente aos grupos humanos desde a antiguidade, tal fenômeno é uma faceta inerente a condição evolutiva da espécie, em seu aspecto político-social.

Fatores de conveniência, que selariam o destino da espécie humana, levaram-nos à conclusão de que a necessidade de se manter em uma condição de unidade de associação seria inevitável. Essa linha de raciocínio levou-nos a crer que nossos pares devem, absoluta e simultaneamente, renunciar ao direito natural (uso individual e privado da força) e transferí-lo a uma pessoa ou entidade superior aos “comuns”. Evidencia-se que esta pessoa ou entidade não poderia se fazer representar por um ser humano, já que todos desta espécie são vinculados ao pacto (unidade de associação). Destarte, a forma encontrada para o exercício deste poder

²³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 224 e 225.

central seria pactuarem-se em torno de um Estado político, onde o soberano – não importando a forma de governo – teria a obrigação de defender os interesses de sua população. A viga-mestra organizacional de tal Estado deveria ser uma Constituição que caracterizasse a dominação em duas esferas, cada qual com seu eixo de poder dualista, um composto pelo soberano e pelo povo, e paralelamente outro manifestado pelo Poder espiritual e temporal²⁴.

O Estado, transfigurado na figura do *Leviatã* de Hobbes, seria incumbido de centralizar o poder que emana do grupo social, canalizando-o por meio de uma estrutura de dominação que serviria ao mesmo tempo como mecanismo de controle e instrumento de propagação de bem estar social, bem como, mantenedor da segurança pública. Um, entre os muitos poderes deste ente fantástico que se tornará o Estado, era o de monopolizar para si a função de fazer cumprir as normas jurídicas, dirimir as controvérsias e promover a proteção dos direitos subjetivos, colocando em desuso a autotutela. Porém, novamente os ciclos contínuos de evolução sociológica exigiram uma ampliação cada vez maior dos objetos juridicamente tutelados, do mesmo modo, a formação de uma consciência popular no que se refere as funções estatais, evidenciaram o anacronismo dos meios disponibilizados pelo Estado para o exercício da jurisdição. Tal quadro demonstrou a necessidade de mecanismos mais adequados: tanto normativo-legislativos quanto jurisdicionais; a identificação e saneamentos das exigências impostas ao Poder Judiciário; bem como, desenvolver meios para que aquele poder estatal promova ciclicamente a revisão conceitual acerca de princípios que igualmente se tornam anacrônicos. Em razão disto, doutrinadores de várias épocas e escolas diferentes afirmam que o Direito é vivo, é dinâmico.

Como não podia deixar de ser, os valores também mudam e a essa mudança denominamos mudança do eixo axiológico. Senão vejamos; o homossexualismo condenado pelos antigos hebreus em suas sagradas escrituras²⁵, foi incentivado por algumas escolas acadêmicas gregas antigas, tornando-se novamente execrado pelo homem da Idade Média sob o apelo teológico, mas mobiliza agora, no início do século XXI, milhares de pessoas na “Parada do Orgulho Gay”, em várias cidades do mundo. Não podemos deixar de considerar,

²⁴ THOMAS, Hobbes. In: *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo : Martin Claret, 2004. p.131-133.

²⁵ LAHAYE, Tim. In: Bíblia de estudo profético / Tim LaHaye editor geral; editores associados Ed Hindson, James Combs e Thomas Ice; - tradução Carlos Osvaldo Cardoso Pinto, Neyd Siqueira – São Paulo : Hagnos, 2005. p.119. Levítico 20 : 13 “Quando também um homem se deitar com outro homem, como com mulher, ambos fizeram abominação; certamente morrerão, o seu sangue será sobre eles”.

como alhures exposto, que circunstâncias espaciais e temporais influenciam diretamente na escala valorativa vigente; exemplo: o Código Penal Militar brasileiro tipifica como crime militar “Praticar, ou permitir o militar que com êle se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar: Pena - detenção, de seis meses a um ano”²⁶. Na hipótese militar, não se incrimina o fato do indivíduo ser homossexual, mas se criminaliza a prática de “ato libidinoso, homossexual ou não”. Neste sentido, a 1ª Turma do STF negou no pedido de *Habeas Corpus* (HC 82.760) em 23 de setembro de 2003, a paciente militar sentenciado em 8 meses de prisão flagrado em prática de atos libidinosos; manifestou-se o relator, Ministro Carlos Ayres Britto, esclarecendo em seu voto que o art. 235 teria o intuito de coibir a prática de qualquer ato libidinoso e, com isso, resguardar a disciplina castrense: “Não se trata de incriminar determinada opção sexual, até porque, se tal ocorresse haveria inconstitucionalidade por discriminação”.

Exemplos práticos podem também ser enumerados em vários ramos das Ciências Jurídicas. A abordagem de cunho patrimonialista que vigorou durante séculos com primazia absoluta sobre os interesses que compõem a seara do Direito Civil perderam espaço com o advento do paradigma da valorização da dignidade humana, diplomas legislativos de cunho internacional, como por exemplo o *Pacto de San Jose da Costa Rica*²⁷ e outros de mesmo caráter garantista, proibiram entre outras coisas, o cerceamento da liberdade do indivíduo por dívidas civis – instituto este amplamente avalizado e defendido pelo Direito Romano e que previa inclusive, a transmutação da personalidade jurídica de uma pessoa, de titular de direitos para coisa (*res*), ou seja, a transformação de um ser humano em patrimônio de seu credor²⁸. Digno de menção é o parecer do Ministro Gilmar Mendes (RE 466.343-SP, relator ministro Cezar Peluso, j. 22 de novembro de 2006), reiterado no HC 90.172-SP, em julgado de 5 de junho de 2007, ao julgar o pedido de *Habeas Corpus* em lide civil. No exemplo citado, a obrigação de *entregar coisa certa* foi inadimplida pelo depositário que teria se desfeito do bem fungível, em alienação. Porém, teria ofertado numerário em pecúnia ou bem equivalente e o arrematante teria se negado a receber. Teria sido assim publicado o voto do Ministro Gilmar Mendes:

²⁶ Art. 235 do Código Penal Militar Brasileiro, sob a denominação “Pederastia ou outro ato de libidinagem”.

²⁷ Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

²⁸ MARKY, Thomas. In: *Curso elementar de Direito Romano / Thomas Marky*. 6ª ed – São Paulo : Saraiva, 1992. Direito Romano em seus primórdios, permitia que em casos de inadimplemento obrigacional, respondia o devedor com seu próprio corpo, podendo ser reduzido à condição de escravo, o que se dava por meio da *actio per manus iniectionem* (ação pela qual o credor podia vender o devedor como escravo).

“A Turma deferiu *Habeas Corpus* preventivo para assegurar ao paciente o direito de permanecer em liberdade até o julgamento do mérito, pelo STJ, de idêntica medida. No caso, ajuizada ação de execução, o paciente aceitara o encargo de depositário judicial de bens que, posteriormente, foram arrematados pela credora. Ocorre que, expedido mandado de remoção, os bens não foram localizados e o paciente propusera, ante a sua fungibilidade, o pagamento parcelado do débito ou a substituição por imóvel de sua propriedade, ambos recusados pela exequente. Diante do descumprimento do munus, decretara-se a prisão do paciente. Inicialmente, superou-se a aplicação do Enunciado da Súmula 691 do STF. Em seguida, asseverou-se que o tema da legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, encontra-se em discussão no plenário (RE 466343/SP, v. Informativos 449 e 450) e conta com sete votos favoráveis ao reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. Tendo isso em conta, entendeu-se presente a plausibilidade da tese da impetração. Reiterou-se, ainda, o que afirmado no mencionado RE 466343/SP no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos direitos civis e políticos (artigo 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (artigo 7º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. HC 90172/SP, relator ministro Gilmar Mendes, 5 de junho 2007”²⁹.

Em matéria Penal não é diferente, mudanças no eixo axiológico acontecem conforme a maré dos clamores e/ou anseios sociais. Na esteira das necessidades jurídicas da primeira metade do século passado, o legislador da época condensou o que hoje seria denominado de “crime de menor potencial ofensivo” (ou crimes anões na doutrina italiana), bem como, na então Lei das Contravenções Penais, há o tipo penal do artigo 64 sob o título “Crueldade Contra Animais”³⁰. Passado mais de meio século, entrou em vigor a festejada Lei do Meio Ambiente³¹, que em seu capítulo V, Seção I e art. 32 vem revogar pelo princípio da especialidade a conduta contravencional do diploma anteriormente citado, mas desta vez tratando o referido delito como crime; e em alguns casos, crime de jurisdição federal (art. 109, IV, da CF). Desse exemplo em matéria penal podemos subsumir:

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Voto do Ministro Gilmar Mendes com relação ao HC 90.172-SP*, Segunda Turma, votação unânime, j. 5 de junho de 2007. Trechos do voto. Disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=90172&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>, consultado em 04 de março de 2008.

³⁰ Lei das Contravenções Penais, Decreto-Lei nº 3.688 de 3.10.1941. Art. 64, *in verbis*: “Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo: Pena – prisão simples, de 10 (dez) dias a 1 (um) mês, ou multa. § 1º Na mesma pena incorre aquele que, embora para fins didáticos ou científicos, realiza, em lugar público ou exposto ao público, experiência dolorosa ou cruel em animal vivo. § 2º Aplica-se a pena com aumento de metade, se o animal é submetido a trabalho excessivo ou tratado com crueldade, em exibição ou espetáculo público”.

³¹ Lei do Meio Ambiente, Lei nº 9.605 de 12.2.1998. Art. 32, *in verbis*: “Praticar atos de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. § 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. § 2º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se ocorre morte do animal”.

a – Que a conduta evoluiu de contravenção para crime;

b – Agravamento da pena, tanto nos períodos mínimos e máximos de detenção como da prestação pecuniária que deixou de ser alternativa a pena e passou a ser concomitante àquela;

c – Aumentou-se o rol de condutas incriminadas, não importando se elas acontecem “em lugar público ou exposto ao público” ou a portas fechadas;

d – A morte do espécime tornou-se consequência que qualifica o crime, ao passo que anteriormente a morte do animal era irrelevante. Há, portanto de se presumir que o animal passa a ser passível de tutela penal;

A preocupação com o meio ambiente trouxe a reboque uma necessidade de uma tutela penal mais pungente contra atos de lesão à natureza, e no caso particular, a fauna. Se atrocidades sem sentido acontecessem contra animais dentro de recintos fechados não haveria delito, uma vez que a objetividade jurídica da contravenção estudada era “os bons costumes, no sentido do sentimento comum de humanidade”³² em face do bem estar dos animais. Ao contrário, hoje o objeto jurídico penalmente tutelado passou a ser “a preservação do patrimônio natural, especialmente da fauna silvestre, doméstica ou domesticada, nativa ou exótica, ameaçada ou não de extinção contra abusos e maus-tratos”³³.

Outro exemplo que demonstra a mudança axiológica, com agravamento das penas de figura delituosa e a multiplicação de possibilidades do tipo objetivo é encontrada nas condutas anteriormente incriminadas pelo art. 19 da Lei das Contravenções Penais, hoje derogado pelos vários artigos da Lei 10.826 de 22 de dezembro de 2003, vulgo “Estatuto do Desarmamento”. O legislador não alterou muito o foco de objetividade jurídica: na primeira a lei “visa proteger a vida, a incolumidade física e a saúde dos cidadãos. Nesse sentido: TJSP, ACrim 84, 840, RT 653:287”³⁴, enquanto no segundo diploma legal a “[...] Objetividade Jurídica é também a incolumidade pública, no sentido de se evitar a exposição a risco da vida,

³² JESUS, Damásio Evangelista de. 1935 – In: *Lei de contravenções penais anotada* / Damásio E. de Jesus – 2.ed. atual. – São Paulo : Saraiva, 1944. p. 64.

³³ SIRVINSKAS, Luís Paulo. In: *Tutela penal do meio ambiente : breves considerações atinentes à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998* / Luís Paulo Sirvinskas. – 2 ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva. p. 125.

³⁴ JESUS, Damásio Evangelista de, 1935 – *Lei das Contravenções Penais anotada* / Damásio E. de Jesus – 2.ed. atual – São Paulo : Saraiva, 1994. p.53.

integridade física e patrimônio dos cidadãos”³⁵. Porém, o leque de condutas incriminadas, além de se estender a vários artigos do referido estatuto, e mais, dezenas de verbos que multiplicam os núcleos dos tipos objetivos possíveis³⁶. Ampliam-se de modo a tipificar o porte, fabricação, comércio, empréstimo e muitas outras ações possíveis, envolvendo inclusive os “acessórios ou munição”.

No exemplo anterior, a que se considerar o histórico evolutivo-legislativo na tentativa de proibir, ou ao menos controlar mais rigidamente, a utilização de materiais bélicos por parte

³⁵ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *In: Legislação penal especial / Victor Eduardo Rios Gonçalves*. – 2.ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2006. p.127.

³⁶ Estatuto do Desarmamento, Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, com redação alterada pela Medida Provisória nº 417, de 2008, Capítulo IV Dos Crimes e Das Penas, *in verbis*: Posse irregular de arma de fogo de uso permitido: Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Omissão de cautela: Art. 13. Deixar de observar as cautelas necessárias para impedir que menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa portadora de deficiência mental se apodere de arma de fogo que esteja sob sua posse ou que seja de sua propriedade: Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorrem o proprietário ou diretor responsável de empresa de segurança e transporte de valores que deixarem de registrar ocorrência policial e de comunicar à Polícia Federal perda, furto, roubo ou outras formas de extravio de arma de fogo, acessório ou munição que estejam sob sua guarda, nas primeiras 24 (vinte quatro) horas depois de ocorrido o fato.

Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido: Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente.

Disparo de arma de fogo: Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável.

Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito: Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem: I – suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato; II – modificar as características de arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito ou para fins de dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz; III – possuir, deter, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; IV – portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado; V – vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente; e VI – produzir, recarregar ou reciclar, sem autorização legal, ou adulterar, de qualquer forma, munição ou explosivo.

Comércio ilegal de arma de fogo: Art. 17. Adquirir, alugar, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, adulterar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. Parágrafo único. Equipara-se à atividade comercial ou industrial, para efeito deste artigo, qualquer forma de prestação de serviços, fabricação ou comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência.

Tráfico internacional de arma de fogo: Art. 18. Importar, exportar, favorecer a entrada ou saída do território nacional, a qualquer título, de arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização da autoridade competente: Pena – reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

da população civil, em uma evidente tentativa de minimizar os efeitos da violência por força da simples publicação de normas. Se não, vejamos:

a - Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688 de 3-10-1941), tratava o delito como “crime anão”, com pena base de “prisão simples, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, ou ambas cumulativamente.”;

b - Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990, modificado pela Lei nº 10.764, de 12.11.2003, que implantou o “Estatuto da Criança e do Adolescente” (ECA), determinou em seu art. 242 como figura delitiva a conduta de quem “Vender, fornecer ainda que gratuitamente ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente arma, munição ou explosivo”. Aqui se tentou, de forma infrutífera, evitar o envolvimento por crianças e adolescentes em delitos, ou mesmo das práticas nefandas de se incriminar exclusivamente inimputáveis lhes atribuindo a autoria singular em crimes que houvesse concurso de agentes entre menores de idade e adultos;

c - Lei 9.437 de 20 de fevereiro de 1997, que institui o Sistema Nacional de Armas (SINARM) e estabeleceu modificou as condições para o registro e para o porte de arma de fogo. Tal norma já definia como crimes várias condutas relativas a armamentos e outros produtos explosivos. “Essa lei, todavia, além de possuir vários defeitos redacionais, não colaborou muito na diminuição da criminalidade, fazendo com que o legislador se esforçasse na aprovação de outra lei, ainda mais rigorosa [...] a Lei 10.826/2003 [...]”³⁷;

d - Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 estabelece o “Estatuto do Desarmamento”. Na lição de Fernando Capez:

“[...] o que a Lei pretende proteger é o direito à vida, à integridade corporal, e, com isso, garantir a segurança do cidadão em todos os aspectos. Para atingir esse objetivo, o legislador procurou coibir o ataque a tão relevantes interesses de modo bastante amplo, punindo a conduta perigosa ainda em seu estágio embrionário. Com efeito, tipifica-se a posse ilegal de arma de fogo, o porte e o transporte dessa arma em via pública, o disparo, o comércio e o tráfico de tais artefatos, com vistas a impedir que tais comportamentos, restando impunes, evoluam até se transformar em efetivos ataques. Em outras palavras, pune-se o perigo, antes que se convole em dano”³⁸

³⁷ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Op.Cit.* p.106.

³⁸ CAPEZ, Fernando. *In: Curso de direito penal, volume 4 : legislação especial / Fernando Capez.* – São Paulo : Saraiva, 2006. p.325.

e - Decreto Nº 5.123, de 1º de Julho de 2004, dispositivo normativo publicado originalmente com a seguinte ementa: “Regulamenta a Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - SINARM e define crimes”.

Não obstante aos clamores de exasperação da pena por parte dos cidadãos e as respectivas respostas legislativas, há também exemplos históricos de abrandamento penal com relação a aplicação das penas. Ao tempo do suposto descobrimento destas terras, vigorava na Metrópole normas penais oriundas das “Ordenações Afonsinas”, editadas em 1446 sob a égide do Rei D. Afonso V, curiosamente, em território da colônia brasileira a lei penal vigente era extraída dos 143 títulos do Livro V das “Ordenações Filipinas”, publicadas por D. Filipe II, em 1603, de feições muito mais severas do que a lei anterior, em relação as penas aplicadas e que demonstravam a conotação retributiva do direito penal medieval. *Dura lex, sed lex*; tais normas prevaleceram durante dois séculos, a codificação Filipina foi ratificada em 1643 por D. João IV e em 1823 por D. Pedro I e só seria revogado após 16 de dezembro de 1830, quando entrou em vigor o primeiro Código Penal autônomo da América Latina, seguindo o projeto apresentado por Bernardo Pereira de Vasconcellos, que sofreu influências européias vigentes na época³⁹.

As “Ordenações Filipinas” apresentavam-se como uma legislação de rigor excessivo, entremeavam os interesses do Estado e da Igreja, objetivavam provocar o temor pelo castigo, ou seja, por meio de uma intimidação feroz procurava manter a ordem pública aplicando penas sem qualquer tipo de proporção ao delito cometido. Penas de degredo, açoites, mutilações, queimaduras eram comuns, mas para os crimes mais graves predominavam as penas de morte. Este tipo de política criminal demonstra o espírito reinante nas legislações até o surgimento de movimentos de cunho mais humanitário.

O Código Penal de 1830, arquitetado por Pereira de Vasconcellos, trazia um grande avanço quando excluía a pena capital para crimes políticos, já engatinhava no que se refere a fixação individualizada da pena com a existência de atenuantes e agravantes e, ainda, estabelecia julgamento especial para menores de quatorze anos. Porém, foi apenas com a publicação do Código Penal de 1890, que a pena de morte foi afastada do sistema legislativo

³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal : parte geral, volume 1 / Cezar Roberto Bitencourt. – 11.ed. atual. – São Paulo : Saraiva, 2007. p. 46. Apud. BRUNO, Aníbal. *Direito Pena* / Tomo 1. Rio de Janeiro : Companhia Editora Forense, 1967. p.179.

comum brasileiro. Tradução pedagógica de tal quadro evolutivo é apresentada na lição do mestre Oswaldo Henrique Duek Marques:

“No Brasil, a pena de morte, no direito comum, só foi afastada pelo Código Penal de 1890, logo após a abolição da escravatura. Sua permanência anterior deveu-se a interesses da economia escravista, que conferia ao *Senhor* de engenho o direito de vida e de morte sobre o elemento servil. Ao contrário do que muitos sustentam, não foi a possibilidade de erros judiciários a causa principal da comutações da pena de morte ou da sua abolição, mas sim a comprovação da ausência de seu poder intimidativo.

No século XX, embora prevista na Constituição de Estado Novo (1937), os renomados autores do Código Penal de 1940 não se sentiram encorajados a incluí-la no arsenal punitivo. Posteriormente, não obstante tenha permanecido na legislação, de 1969 a 1978, para os crimes comuns contra a segurança nacional, sequer foi executada”⁴⁰.

Vale ainda citar que, embora o governo de exceção que de 1964 a 1985 não tenha se utilizado de tal expediente punitivo, os crimes de *lesa pátria* durante um período específico, tiveram entre as possibilidades de pena a prisão perpétua “em grau mínimo” e a pena de morte “em grau máximo”. Em um passado não tão distante, entre 29 de setembro de 1969 a 20 de dezembro de 1978, vigorou o Decreto-Lei nº 898 que, outorgada por uma junta militar composta pelos ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica, usando das atribuições que lhes conferiam o artigo 1º do Ato Institucional nº 12, de 31 de agosto de 1969, combinado com o parágrafo 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, institui em seu Capítulo II, sob o título “Dos Crimes e Das Penas” um rol de supostos crimes contra a segurança nacional. Nesta ocasião, foram restringidas as liberdades individuais, de imprensa e instituídas penas duríssimas para vários crimes comuns e para outros tantos específicos⁴¹. Acreditamos que, embora o objetivo dos legisladores na ocasião era o de desestimular insurreições ou conclames populares e para isto estava disposto a tudo, porém por razões de caráter cultural e religiosa, o Poder Judiciário da época não se utilizou nem da prisão perpétua e nem da pena capital.

⁴⁰ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. In: *A Pena Capital e o Direito A Vida - Oswaldo Henrique Duek Marques*. – São Paulo : Juarez de Oliveira, 2000. p.78 e 79.

⁴¹ Vide Anexo I

Na expressão constitucional legislativa atual, é assegurada a todos os brasileiros e estrangeiros aqui residentes a inviolabilidade do direito à vida⁴², e como resultado, a expressa proibição da pena de morte⁴³. Não obstante, há ainda que ser considerada a hipótese contida na alínea “a” do inciso XLVII do Art. 5º da CF/88, *in verbis*: “Não haverá penas: de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”. O art. 84, XIX da CF/88 refere-se ao ato privativo do Presidente da República de “declarar guerra, no caso de agressão estrangeira” e os delitos que ensejariam aplicação de pena de morte por fuzilamento seriam as condutas prevista pelo Código Penal Militar Brasileiro em seus artigos art.355 a 397⁴⁴.

A manutenção de pena capital em um Estado Democrático de Direito que prima, em tese, pela segurança dos Direitos e Garantias Fundamentais se justificaria pela própria defesa de um estado democrático de direito, de tal forma que, nossa Carta Magna determina que a sobrevivência da Nação é um valor mais importante do que a vida individual de quem por ventura venha a trair a pátria em hipótese de perigo nacional. Para o legislador seria aceitável o sacrifício justo e merecido de um indivíduo em prol da segurança de uma grande maioria.

Por vezes no Brasil, ocorre a iniciativa eleitoreira de um ou outro mandatário do Poder Legislativo apresentar propostas de emenda constitucional, com o intuito de instituir a pena capital. Manobras demagógicas como barulhentos plebiscitos, abaixo-assinados ou outras formas inócuas, que mais nos parecem uma balbúrdia de quem quer apagar o incêndio na floresta com a água de um dedal, são promovidas de forma a iludir a população juridicamente leiga. Tais manobras são uma cortina de fumaça para as reais origens da violência: ignorância e miséria⁴⁵. Eis que tais tentativas de ridicularização da nossa Constituição são vedadas em

⁴² Art. 5º, *caput* da Constituição Federal de 1988.

⁴³ Inciso XLVII do Art. 5 da Constituição Federal de 1988.

⁴⁴ Denominação dos crimes previstos pelos arts. 355 a 397 do Código Penal Militar Brasileiro: traição; tentativa contra a soberania do Brasil; coação ao comandante; informação ou auxílio ao inimigo; aliciação de militar; ato prejudicial à eficiência da tropa; traição imprópria; covardia qualificada; espionagem; motim, conspiração ou revolta; do incitamento na presença do inimigo; rendição; omissão de vigilância; descumprimento de dever sendo o resultado mais gravoso; separação reprovável; abandono de comboio se resulta mais grave; dano especial dano em bens de interesse militar; envenenamento; corrupção ou epidemia; crimes de perigo comum; recusa de obediência; violência contra superior; abandono de posto; deserção em presença de inimigo; libertação de prisioneiro; evasão de prisioneiro; amotinamento; homicídio qualificado; genocídio; roubo ou extorsão; saque; rapto se resulta fato mais grave.

⁴⁵ WACQUANT, Loïc. In: *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 8. “O sistema *Welfare*, estigmatizado por sua vinculação com o negro, é violentamente reduzido a partir da era Reagan. Uma das perversões da nova ordem econômica é internalizar individualmente o fracasso da pobreza como responsabilidade pessoal, o que também tange a mão-de-obra no sentido de aceitar cabisbaixa o emprego precário e sem direitos”. No mesmo sentido, os versos do poeta Zé Dantas interpretados na voz de Luiz Gonzaga na música *Vozes da Seca*: “Mas doutô uma esmola a um homem *qui* é são, ou lhe mata de vergonha ou vicia o cidadão”.

face do teor pétreo da garantia constitucional de defesa da vida. Vez que o poder constitucional reformador é limitado em sua função de legislar pelo art. 60 § 4º CF⁴⁶.

Os costumes e crenças sociais exercem influência direta sobre o sistema normativo, provocando alterações sobre o que deve ser considerado crime. Cumpre destacar, as mudanças axiológicas por qual passaram crimes do atual Código Penal Brasileiro, sob o título VI – Dos crimes contra os costumes, já no citado Código Penal de 1830, primeiro diploma legal desta natureza no Brasil, o legislador elevou a virgindade da mulher a status de valor essencial; a denominação de “honesta” como sendo de natureza moral, além da sua proteção contra terceiros e dos membros da própria família. Assim sendo, verifica-se a clara intenção do legislador em compensar a mulher vítima de estupro, em sede de Direito Penal ao prever a pena do dote de caráter compensatório. Alguns exemplos de delitos e penas tipificados pelo Código Penal de 1830:

a - Art. 219, “deflorar mulher virgem, menor de 17 anos: Pena-desterro para fora da comarca em que residir a deflorada, por 1 a 3 anos e dotar esta”. Aqui se presumia o consentimento da vítima;

b - Art. 220, “se o que cometer o estupro tiver em seu poder ou guarda a deflorada. Pena - de desterro para fora da comarca onde residir a deflorada, por 2 a 6 anos e dotar esta”. Pretendia-se proteger descendentes, pupilos, tutelados e curatelados da ação de preceptores algozes;

c - Art. 221, “se o estupro for cometido por parente da deflorada em grau que não admita casamento. Pena-desterro por 2 a 6 anos para a província mais remota da em que residir a deflorada e de dotar esta”;

d - Art. 222, “ter cópula carnal, por meio de violência ou ameaça com qualquer mulher honesta. Pena-prisão por 3 a 12 anos e de dotar a ofendida. Se a violentada for prostituta. Pena de prisão por um mês a dois anos”.

Hodiernamente podemos considerar, para nossos padrões de pós-modernos, tais penas exageradas, sendo que os padrões de análise eram quanto aos sujeitos passivos ineficientes e

⁴⁶ Art. 60, §4º da Constituição Federal de 1988, in verbis: “ § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais”.

omissos, além de outros defeitos legislativos que, aqui, seriam difíceis de enumerar. Porém, devemos também considerar que os usos e costumes se alteram nas sociedades em velocidade de aceleração geométrica, senão vejamos: as “Ordenações Filipinas” foram seguidas criteriosamente, em âmbito penal, por mais de duzentos anos (de 1603 a meados de 1830); os artigos do referido capítulo que compunha o diploma penal de 1830 permaneceu em vigor por quase 60 anos de forma quase que inalterada; já a codificação criminal atual, de 1940, no que se refere aos crimes contra os costumes não permaneceu sem alterações nem por 40 anos⁴⁷, sofrendo ainda quatro alterações em um espaço de tempo de menos de 15 anos⁴⁸, sem considerar as súmulas editadas pelo STF e as matérias de ordem processual co-relacionadas. Tais alterações podem ser atribuídas a vários fatores: liberação política, financeira e sexual feminina; avanços sociais e econômicos em escala global e; a globalização das informações e da tecnologia.

Sem dúvida, a alteração mais ampla e que demonstrou maior competência legislativa ficou por conta da Lei nº 11.106/2005. A ampliação da proteção dos dispositivos penais a um número maior de pessoas de modo a não distinguir o gênero em tipos penais em que homens e mulheres podem ser vítimas; a exclusão de expressões anacrônicas e preconceituosas, como “mulher honesta” de resquício medieval; a revogação de artigos em desuso, consequência da raridade com que ocorriam, e das dificuldades para preencher os requisitos legais anteriormente previstos nos respectivos tipos penais; além das demais alterações consubstanciadas com a publicação da referida lei penal alteradora, trouxeram uma maior coerência e completude ao ordenamento penal brasileiro.

1.6 Natureza psicológica dos valores

Ao aceitarmos e entendermos que: I – Há valores amplamente aceitos; II – O ser humano busca, como forma de manutenção da sociedade e de sua própria felicidade, preservar e propagar valores que consideram importantes; podemos compreender que as sociedades mudam por meio das contradições e conflitos internos e externos. O contínuo avanço social e tecnológico das civilizações implicam em mudanças de valores que questionam e modificam

⁴⁷ Vide Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 “Lei dos Crimes Hediondos”, que aumentou a pena nos casos de crime de estupro e outros.

⁴⁸ Vide Lei nº 9.281, de 4.6.1996; Lei nº 8.072, de 25.7.1990; Lei nº 10.224, de 15 de 2001, e; Lei nº 11.106, de 2005.

nos conceitos das palavras, de seus significados, aos quais, passam a ter novos significados e conteúdos diversos do que tinham em um passado não muito distante. São as mudanças de valores, mudanças do eixo axiológico. Destarte, os vínculos entre membros de uma comunidade são mais facilmente afetados pela à evolução dos costumes; conceitos como moral e pudores de cunho sexual são primeiramente percebidos não como uma revolução comportamental global, mas como manifestações de dissidência de opinião no seio da família, da escola ou mesmo no meio profissional de cada indivíduo. As mudanças sociais escapam da legislação tradicional por imposição da velocidade com que ocorrem.

Várias teorias surgiram no intuito de explicar a natureza dos eixos axiológicos, o que nos é fundamental para compreendermos suas mudanças, ou seja, uma das mais interessantes trata do “inconsciente coletivo”. O conceito foi inicialmente teorizado por Sigmund Freud, o médico neurologista austríaco, acreditava que o “aparelho psíquico” de cada indivíduo era dividido em consciente e inconsciente, sendo que este último era produto da repressão que a sociedade fazia sobre instintos de cada pessoa, seria o lugar onde vivem os desejos reprimidos. Freud não teria se utilizado propriamente da expressão “inconsciente coletivo” no sentido que é utilizado pela psicanálise moderna, vez que, não vislumbrava lograr descobertas significativas no aprofundamento do tema; não obstante, aceitava a idéia de um conteúdo coletivo para o inconsciente⁴⁹, porém, quem adentrou mais cientificamente no tema foi seu discípulo, e posteriormente seu rival nas teorias psicanalíticas, o suíço Jung. Ao desenvolver uma visão que explicava os mecanismos metafísicos que interligavam a vastidão de mentes humanas, Carl Gustav Jung, foi o primeiro a se referir a “inconsciente coletivo”, tal qual a ciência o define hoje.

Como depositário de desejos reprimidos, o inconsciente coletivo assemelhar-se-ia uma cisterna de símbolos latentes, denominadas de arquétipos ou imagens primordiais, como herança imaterial de seus ancestrais para cada indivíduo. Cada uma das pessoas viventes não se lembraria das imagens de forma consciente, e mesmo assim, herdariam uma predisposição para interagirem frente a elas, da forma que seus ancestrais fariam, e já tivessem feito. Assim sendo, a teoria estabelece que é inerente ao ser humano nascer com predisposições para

⁴⁹ FREUD, Sigmund. *Moisés e o Monoteísmo*. In: *Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro : Imago, 1975. p. 156. “Não nos é fácil transferir os conceitos da psicologia individual para a psicologia de grupo, e não acho que ganhamos alguma coisa, introduzindo o conceito de um inconsciente ‘coletivo’. O conteúdo do inconsciente, na verdade, é, seja lá como for, uma propriedade universal, coletiva, da humanidade”.

perceber, raciocinar e operacionalizar suas preferências de formas relativamente pré-concebidas. Nas palavras de Jung:

“Estas formas de pensamento são encontradas em todas as épocas e em todos os lugares e, exatamente como os instintos animais, variam muito de uma espécie para outra, apesar de servirem aos mesmos propósitos gerais. Não acreditamos que cada animal recém-nascido crie seus próprios instintos como uma aquisição individual, e tampouco podemos supor que cada ser humano invente, a cada novo nascimento, um comportamento específico. Como os instintos, os esquemas de pensamentos coletivos da mente humana também são inatos e herdados. E agem, quando necessário, mais ou menos da mesma forma em todos nós. [...] E os insetos. com sua complicadas funções simbióticas. A maioria deles nem conhece os pais e não tem ninguém para ensinar-lhes nada. Então por que supor que seria o homem o único ser vivo privado de instintos específicos, ou que sua psique desconheça qualquer vestígio da sua evolução?

[...] Podemos perguntar, em vão, a muita gente civilizada sobre o significado da árvore de Natal ou do ovo de Páscoa? A verdade é que fazemos inúmeras coisas sem saber por quê”⁵⁰.

Notamos que os arquétipos presentes no inconsciente coletivo são universais e idênticos em todos os indivíduos, se manifestam simbolicamente em religiões, mitos, contos de fadas e superstições. Identificam-se como principais arquétipos os conceitos de nascimento, morte, sol, lua, fogo, poder e mãe. Há uma sistemática evolução destas imagens primitivas no subconsciente a medida que o indivíduo trava contato com o mundo exterior e obtém suas próprias experiências com os símbolos e imagens primitivos. Exemplo: A criança nasce com arquétipo de mãe latente em seu subconsciente, e à medida que esta criança presencia, vê e interage com a mãe, forma-se em sua psique uma imagem definitiva.

Da mesma maneira podemos observar o símbolo contido na figura de uma cobra. Animal, por via de regra, sorrateiro e venenoso que traz na boca peçonha capaz de envenenar de maneira mortal outros seres vivos, da mesma maneira que envenenou Eva no Éden e já lhe semeou a intenção de que fizesse o mesmo à Adão. Não é de se estranhar que muitas vezes, os medos infantis despertados pelo réptil sejam reminiscências antigas, existindo mesmo, desde antes do nascimento da criança que abomina serpentes, como resultado da ojeriza da qual já partilhavam seus antepassados. Da mesma forma que os símbolos que nos remetem as coisas maternas, transmitem em regra: aconchego, segurança e confiança; o ícone

⁵⁰ JUNG, Carl Gustav. O Homem e seus Símbolos. Tradução de Maria Lúcia Pinho. 12.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p.75 e 76.

de uma cobra, especialmente para a cultura judaico-ocidental, pode nos transmitir a idéia de maldade, insegurança e traição.

Daí se originariam os “valores amplamente aceitos” como bons ou ruins, fruto das experiências e percepções do ser humano como um todo⁵¹. A partir do momento que se admite a natureza comum entre os valores e o inconsciente coletivo, entende-se um dos principais fatores dos conflitos de ordem axiológica humana que, ao contrário do que filosoficamente se pensava (teorias da razão) não se extinguiram com a evolução humana; ao contrário, os avanços científicos e a constante interação entre indivíduos em uma sociedade, entre várias sociedades que se co-relacionam em uma nação ou mesmo entre as nações, criam conflitos de valores. Quando internamente considerados por um grupo social, estes valores acabam sendo aceitos amplamente, e se tornarem lei; ou serão temas de debates ou dissidências entre os indivíduos, de forma a serem passíveis ou não de sanção.

Descobrir o inconsciente coletivo por detrás das produções axiológicas é também aceitar que os valores que o originaram, são passíveis de mudanças: as vezes pacíficas, mas por vezes dolorosas.

⁵¹ JUNG, Carl Gustav. Op. Cit. p.67. “Assim, como o nosso corpo é um verdadeiro museu de órgãos, cada um com a sua longa evolução histórica, devemos esperar encontrar também na mente uma organização análoga. Nossa mente não poderia jamais ser um produto sem história, em situação oposta ao corpo em que existe. Por ‘história’ não estou querendo me referir àquela que a mente constrói através de referências conscientes ao passado, por meio da linguagem e de outras tradições culturais; refiro-me ao desenvolvimento biológico, pré-histórico e inconsciente da mente no homem primitivo, cuja psique estava muito próxima à dos animais.

Esta psique, infinitamente antiga, é a base da nossa mente, assim como a estrutura do nosso corpo se fundamenta no molde anatômico dos mamíferos em geral. O olho treinado do anatomista ou do biólogo encontra nos nossos corpos muitos traços deste molde original. O pesquisador experiente da mente humana também pode verificar as analogias existentes entre as imagens oníricas do homem moderno e as expressões da mente primitiva, as suas ‘imagens coletivas’ e os seus motivos mitológicos.

Assim como o biólogo necessita da anatomia comparada, também o psicólogo não pode prescindir da ‘anatomia comparada da psique’. Em outros termos, o psicólogo precisa, na prática, ter experiência suficiente não só de sonhos e outras expressões da atividade inconsciente mas também da mitologia no seu sentido mais amplo. Sem esta bagagem intelectual ninguém pode identificar as analogias mais importantes, não será possível, por exemplo, verificar a analogia entre um caso de neurose compulsiva e a clássica possessão demoníaca sem um conhecimento exato de ambos.”

2 - HERMENÊUTICA JURÍDICA

Oportuno se faz, ao abordarmos o tema proposto, a menção ao brocardo latino: *scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem*⁵². Uma vez que determinar o sentido e o alcance das expressões do direito, pode ser inegavelmente, uma das mais ricas ferramentas disponíveis no âmbito das ciências jurídicas. Uma tendência mais recente (historicamente falando) de tecnicismo positivista desprestigiou enormemente tal ferramenta, o que deixaria aos poetas a sombria perspectiva de que a espada legislativa-estatal estaria sobrepujando a pena tribuna-retórica dos juristas.

Etimologicamente, “hermenêutica” remete-nos ao verbo grego *hermeneuein*, interpretar, bem como ao substantivo *hermeneia*, interpretação, significando originalmente a ciência, a técnica que se destina à interpretação de textos religiosos ou filosóficos, especialmente das Sagradas Escrituras. Menos científica, mais mítica, porém de verossimilhança inegável é a corrente que indica como gênese a figura de Hermes⁵³, associando a função da divindade helênica de transmutar para ignóbil esfera de conhecimento humano os desígnios insondáveis do Olimpo. A importância a ele atribuída era tão grande que lhe responsabilizavam pela autoria e difusão da linguagem falada e escrita e, a seus deveres celestiais estavam a incumbência de trazer a luz do conhecimento geral o que se encontrava sob o obscuro manto do ininteligível.

Tem então, a hermenêutica jurídica, a missão de fornecer ao operador do direito, subsídios para que este, com supedâneo na legislação vigente e de forma louvável ou reprovável, torne factível a ordem jurídica proposta ou segundo a idéia de direito de cada um. Isto posto, percebe-se a importância dos precedentes axiológicos anteriormente abordados, eis que nenhuma conclusão hermenêutica aceitável pode se sustentar sem os respectivos fundamentos axiológicos ou éticos correspondentes. Podemos definir o mundo jurídico, entre outras coisas, como uma grande rede de interpretações.

⁵² Em tradução livre: “saber as leis não é conhecer-lhes as palavras, porém a sua força e poder”, no que se refere ao sentido e o alcance respectivos.

⁵³ KURY, Mário da Gama. In: Dicionário de mitologia grega e romana / Mário da Gama Kury. 7.ed. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editora, 2003. p.193. “**Hermes** (*G. Hermes*) Filho de Zeus (v.) e de Maia (v., (1)), nascido numa caverna do monte Cilene, na Arcádia. [...] Zeus, orgulhoso com o espírito inventivo e a atuação do filho mais novo, designou-o para ser seu arauto e prestar o mesmo serviço a Hades e Perséfone (vv.) rei e rainha do inferno.”

2.1 Hermenêutica ou Interpretação?

Muito próximas são as sendas dialéticas que explicam e delimitam a *Hermenêutica* quando comparadas com a *Interpretação*. Não se confundem porém, e suas diferenças surgem quando as cotejamos segundo suas funções. Enquanto a hermenêutica tem como objeto de estudo a sistematização de caminhos cognitivos sem mensurar o sentido e alcance das expressões de cunho jurídicas, a interpretação – quando na seara jurídica – se presta ao mister de operacionalizar os caminhos apontados pela hermenêutica. Em detalhes, podemos ainda explicitar as ciências que lhe auxiliam a concretizar seu objetivo: o Direito e a Hermenêutica⁵⁴. Portanto não são palavras sinônimas.

Ocorre que muitos mestres, e alguns doutrinadores do Direito, ao referirem-se ao ato de interpretar limitam-se tão somente a interpretações de leis, normas escritas na letra fria e seca. Não há como escusarmos da realidade de que sobre as leis recai a grande maioria dos esforços elucidativos do exegeta. Porém, há que se reconhecer que o trabalho do intérprete deve abarcar igualmente, não só a procura do sentido e alcance da lei, mas também as que estão contidas nas normas de Direito Consuetudinário, nos Decretos-Leis, nos Decretos, atos institucionais, nos regulamentos, portarias, avisos ministeriais, circulares, sentenças, contratos, testamentos, convenções e tantas outras manifestações de expressão da sociedade. Ora, então ao nos referirmos à “interpretação da lei”, correto seria dizer *interpretação das expressões do direito*, termo que abrangeria todo o campo de labuta do exegeta.

Em última análise: Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar, e, a Interpretação é a aplicação dos princípios hermenêuticos, ou seja, é procurar o sentido e alcance das expressões do Direito. Sendo o Direito linguagem, torna-se essencial interpretá-lo e, para fazê-lo os juristas se valem, instrumentalmente, da Hermenêutica Jurídica.

2.2 Interpretação das Expressões do Direito

⁵⁴ MAXIMILIANO, Carlos. In: *Hermenêutica e aplicação do direito* / Carlos Maximiliano. 12 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1992. p.1. “[...]o erro dos que pretendem substituir uma palavra pela outra; almejam, ao invés de Hermenêutica, - Interpretação. Esta é aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar.”

Em suas origens ocidentais mais remotas, a atividade interpretativa foi quem primeiro deu dinamismo e solidez científica ao Direito Romano, antiga herança até hoje utilizada por nós. Historicamente, foram os jurisconsultos da península itálica, os pioneiros na ciência e na arte retórica, ao plantar a semente inerte das normas inanimadas e frias no solo fértil de suas experiências político-sociológicas, adubando-a no debate dos melhores arrazoados e regando-a com seu apurado senso de compreensão das modificações do espaço e tempo ao seu redor, e posteriormente ver florescer algo vivo e pungente que foi seu complexo e abrangente sistema jurídico.

É histórica, então, a busca da origem da Lei. A compreensão dos fatores que ensejaram sua criação é a real busca do exegeta, não obstante aos posicionamentos causídicos de cada operador do direito. Ter em mente que a norma jurídica com sanção específica ou imperativa é decorrente do atributo emanado da sociedade política, o qual tem a finalidade de servir aquela, e não oprimí-la; ou pior ainda, figurar como salmos bíblicos de aplicabilidade facultativa ao gosto de cada pessoa. Não obstante, para alcançar o objetivo que lhe deu origem, a lei deve ser aplicada.

As leis, para que cumpram sua função, devem conter em si determinadas características que lhe facilitem a executabilidade, e uma dessas qualidades que devem revestir a lei abre azo a tentativa de múltiplas interpretações. Deve ser abstrata na forma de preceito geral ou *commune praeceptum*⁵⁵, de maneira a desprezar os casos e acontecimentos particulares e exprimir somente a generalidade ou normalidade dos casos que costumam apresentar-se na prática jurídica, *quod plerunque accidit*⁵⁶. Evidencia-se aqui que a generalidade restrita fixada em lei corresponde a tipicidade do caso, adequando-se de tal maneira a tese à hipótese, que a solução decorre naturalmente, por via da aplicação silogística⁵⁷ sem qualquer dificuldade.

⁵⁵ Em tradução livre: “preceito comum”, no que se refere a ampla aceitação da norma.

⁵⁶ SILVA, De Plácido e. In: Vocabulário Jurídico / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho – Rio de Janeiro : Editora Forense, 2007. p.1148. “**QUOD PLERUNQUE ACCIDIT**. O que comumente acontece”. No sentido que ora estudamos, tradução livre: “a lei consagra o que normalmente ocorre”.

⁵⁷ Segundo o dicionarista jurídico Deoclesiano Torrieri Guimarães, silogismo é “raciocínio dedutivo que se forma com três proposições: *premissa maior*, que é o enunciado de um juízo; *premissa menor*, que é a declaração de caso particular contido na premissa maior, e a *conclusão*, que deriva de maneira lógica e cabal das duas primeiras. Ex.: todos os homens são mortais (premissa maior); A é homem (premissa menor); logo A é mortal (conclusão)”. Dicionário técnico jurídico / organização Deoclesiano Torrieri Guimarães, 9.ed. São Paulo : Rideel, 2007. p. 506.

Na prática forense, a realidade não se mostra diferente e até mesmo utópica, a aplicação silogística da lei ao fato constitui ideal raramente alcançado e as causas para estas dificuldades podem ser muitas. Podemos, porém, identificar dois fatores que incidem diretamente sobre nosso objeto de pesquisa, dando-nos um norte quando dá busca jurídica hermenêutica.

A primeira diz respeito as transições sociais que subvertem o eixo axiológico vigente em uma determinada época, como observamos no capítulo anterior. Por vezes, surgem casos e fatos de relevância político-social em que acontecimentos se descortinam à apreciação jurídica de forma a estarem em clamorosa oposição ao preceito idealizado pelo legislador e a busca através da interpretação, de seu sentido e alcance vem a revelar que a lei não se aplica ao referido fato. Nesta hipótese, e principalmente com o desenrolar do tempo, a dicotomia entre o idealizado originalmente pelo legislador e o preconizado pela norma torna está última anacrônica. Há casos em que a conduta passa a ser, se penalmente considerada, atividade atípica e corriqueira, vide o já revogado art. 240⁵⁸ do Código Penal Brasileiro.

O outro fator relevante a se considerar é falta do poder de onisciência inerente ao legislador humano. A lei como obra de homens que é, perece do estigma do erro e carece da perfeição divina, podendo trazer em seu bojo, vícios de origem e, é exatamente essa imperfeição, quer quanto à forma ou quanto ao objeto de incidência, que nos impele a proceder a interpretação a fim de que seja cuidadosamente verificados seu sentido e alcance, pois, em caso contrário, estaríamos sujeitos a duvidosos resultados. A isto observando, percebemos que não basta verificar o sentido e alcance de uma lei no trabalho de interpretação, faz-se necessário, também, revelar seu sentido apropriado ao propósito almejado do exegeta.

O caráter subjetivo e pessoal de qualquer interpretação (o qual é inerente a condição de interpretar vez que: quem interpreta o faz para si), traz implícita uma beleza contida na multiplicidade de entendimentos possíveis oriundos de uma única informação. Nisto consiste também a beleza do Direito e, mais especificamente, “arte de interpretar” como já fizemos referência através do magistério do mestre Carlos Maximiliano. Porém é o professor Celso

⁵⁸ O artigo 240 do CP descrevia o crime de adultério e foi revogado pela Lei nº 11.106, de 28-3-2005. Na lição dos doutrinadores da família Delmanto: “Conforme já assinalávamos na edição na edição anterior deste Código, em comentários ao revogado art. 240, ‘o adultério não mais deveria ser tipificado como crime, continuando apenas na órbita civil, como causa de separação judicial’ (CC, art 1.573, I).” *Código penal comentado / Celso Delmanto...* [et al]. – 7.ed atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Renovar, 2007. p. 633.

Ribeiro Bastos que nos brinda com uma pérola sobre a aplicabilidade prática de toda a busca pelo significado das leis e sobre o estado de arte que, na prática jurídica, ela pode nos levar.

Assim como as tintas não dizem onde, como ou em que extensão deverão ser aplicadas na tela, o mesmo ocorre com os enunciados quando enfrenta-se um caso concreto. Por isso, não é possível negar, da mesma forma, o caráter evidentemente artístico da atividade desenvolvida pelo intérprete. A interpretação já tangencia com a própria retórica. Não é ela neutra e fria como o é a hermenêutica. Ela tem de persuadir, de convencer. O Direito está constantemente em busca de reconhecimento. Não se quer que o intérprete coloque sua opinião, mas sim que ele seja capaz de oferecer o conteúdo da norma jurídica de acordo com enunciados ou formas de raciocínio explícitos, previamente traçados e aceitos de maneira mais ou menos geral, advindos de determinada ciência, mas sem necessariamente com isto estar-se fazendo ciência⁵⁹

Toda nossa carga de desejos e emoções interferem diretamente com maior ou menor intensidade quando da necessidade de analisarmos fatos ou dados, sopesarmos seu conteúdo e baseados neles tomarmos decisões. E principalmente nas frentes de batalhas jurídicas, no dia-a-dia de tribunais e repartições públicas os casos concretos surgem ao incauto operador do Direito em uma variedade e quantidade desconcertantes, ocasiões em que o interprete deve fazer uso das lições de equidade e prudência próprias de quem lida com os bens e a própria vida alheia. Não há outra palavra mais propícia, ao tratarmos dessa matéria, do que a do Professor Raimundo Falcão Bezerra que na intenção de definir tal nível de experiência humana em condição de aplicação factível ao universo jurídico, utiliza o vocábulo: revivescência.

Os objetos são submetidos a um processo de revivescência, modificando-se à luz do espírito de cada ser humano, ou de cada novo ser humano que, na condição de sujeito cognoscente, mira-os, interpretando-os. Tal ser humano, contudo, não é somente espírito subjetivo. É espírito objetivo também, em face de sua historicidade, em função de sua culturalidade. E, ao reviverem, os objetos se atualizam e, desse modo, vão mantendo sua significação para o presente, sem se fecharem para o passado, assegurada esta abertura para o pretérito pela tradição cultural e mantida a utilidade significativa para o presente em razão dos quadros sócio-culturais do momento. Atualização, pois, sem descontrole. E estabilidade, em decorrência, sem ranços imutáveis. É a cultura fertilizando a inesgotabilidade do sentido⁶⁰

2.2.1 Imperatividade da interpretação

⁵⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. In: *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997. p.22.

⁶⁰ FALCÃO, Raimundo Bezerra. In: *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 46.

Eis que urge um oportuno questionamento: Toda a lei deve ser interpretada?

É quase evidente que, em sua grande maioria, as leis não se apresentem claras, transparentes de modo que *interpretatio cessat in claris*⁶¹, mesmo porque o conceito de clareza ou transparência de um texto é algo muito relativo e pessoal do intérprete. Podemos então responder: sim, toda a lei exige sempre de um trabalho de compreensão prévia por quem a pretende aplicá-la. Não há lei alguma que dispense esta tarefa ou nas sábias palavras do processualista Júlio Fabbrini Mirabete: “Ao menos para se alcançar o sentido léxico das palavras utilizadas pelo legislador, a interpretação da lei é indispensável”⁶².

Salta-nos aos olhos, que a interpretação pressupõe um juízo de alteridade, em uma prática de notar as diferenças. Se de perto olharmos qualquer objeto, certamente notaremos a presença de algo que nos soara estranho e distante, e se tratando de normas jurídicas, detalhes que não nos parecerão corretos ou expressão de justiça. A função dos princípios hermenêuticos na interpretação visam, justamente, diminuir essa estranheza de algo que nos parece alienígena, muito estranho à função integrativa da hermenêutica⁶³. Distanciamentos históricos, culturais ou mesmo psicológicos podem alimentar tais disparidades de entendimento. Uma imensa carga de cunho ético vem ajudar no esforço interpretativo da hermenêutica, por isso há que se fazer uso contínuo da tolerância, do diálogo, do ouvir e interpretar aquilo que nos pareça distante e estranho.

2.2.2 Vontade do Legislador

Ao ponderar sobre o já exposto, nota-se a atividade interpretativa como a ponte entre a correta aplicação de certos textos normativos e sua melhor aplicação. Embora seja a função

⁶¹ SILVA, De Plácido e. In: op. cit. p.763. “*Interpretatio cessat in claris*. No que é claro, a interpretação não se faz necessária”.

⁶² MIRABETE, Júlio Fabbrini. In: Processo Penal / Júlio Fabbrini Mirabete. 14 ed. rev. e atual. até dezembro de 2002 – São Paulo : Atlas, 2003. p.52.

⁶³ ENCARNÇÃO, João Bosco da, 1958 - . In: *Que é isto, o Direito? : introdução à Filosofia Hermenêutica do Direito / João Bosco Encarnção*. 3d. São José dos Campos, SP : Stiliano, 2001. p. 364. “Essa dimensão do *outro* sugere a essencial distância, um obstáculo mesmo, que torna necessária a interpretação. E a interpretação, por sua vez, e por isso mesmo, exige um distanciamento a fim de preservar *tranqüilidade* e evitar intromissão. Essa *imparcialidade*, porém, esbarra na questão do pré-conceito, da pré-compreensão, que nos faz interpretar sempre de acordo com a experiência anterior. Somos alguém inserido num determinado contexto histórico de tempo e lugar. A interpretação deve satisfazer essa condição de ‘aqui e agora’ em que nos situamos. Não é uma ‘explicação’ teórica, mas uma conversão de princípios em atitudes de vida: é visa interpretando a vida; é a vida alimentando-se de vida.”

primaz dos tribunais, não só eles são capazes de fazê-lo: um advogado que procura a linha argumentação que trará o convencimento do magistrado e a conseqüente decisão judicial favorável a seu cliente, não deixa de exercer exaustivo exercício de interpretação; o representante do Ministério Público que recebe o relatório conclusivo de uma autoridade policial deve enquadrar os fatos supostamente delituosos a tipos penais prévios (princípio da reserva legal) e específicos (princípio da taxatividade penal). Por este prisma, qualquer usuário de linguagem é capaz de interpretar, e tanto os atores principais do direito material, como do Processo Penal, interagem segundo um quadro de interpretações factíveis muito mais amplos que a moldura dos tribunais, uma vez que tratamos de matéria atinente ao Direito Público.

Toda a criação humana é sujeita a marcas valorativas impressas pelo trabalho humano. O processo de elaboração das leis não poderia ser diferente. O Direito tem como orientação axiológica não só os valores expressos da intenção ou da vontade de quem faz a lei, ao melhor observá-los notamos também os valores incorporados à tradição histórica na qual surgiu, e é reflexo imediato. Tal fenômeno pode ser percebido tanto nas manifestações de vontade do intérprete como nas do autor da norma, e de certo modo, seguem para ambos, uma linha interpretativa de semelhanças, uma vez que fazem parte de um mesmo contexto histórico. Problemas de inadequação legislativa começam a surgir quando há uma má técnica legislativa ou carência de princípios universais contidos na letra da lei, e que fatalmente se agravam ao longo do inevitável distanciamento histórico.

Neste ponto do raciocínio há que se fazer uma ressalva importante: em se tratando de hermenêutica jurídica, a linguagem não é tudo. Apresenta-se como imperiosa neste estudo, a necessidade de contraposição a algumas das ponderações do mestre filósofo germânico Jürgen Habermas, no que se refere a “pretensão da universalidade da Hermenêutica”, como se todas as questões referentes a interpretação jurídica fossem frutos exclusivos dos problemas de linguagem, chega o referido autor se enveredar pela miragem da “universalização da comunicação lingüística”, quando flerta com o pensamento de Mead⁶⁴ ao apontar como

⁶⁴ MEAD, George Hebert. In: *Mind, Self, Society: From the Standpoint of a Social Behaviorist*. In: *Works of George Herbert Mead*. v. 1. Chicago : University of Chicago Press, 1967. p.402. George Hebert Mead (1863 - 1931), psicólogo e filósofo norte-americano, pesquisava em várias áreas das ciências sociais, sobretudo como psicólogo social. Formou, como professor da Universidade de Chicago, várias gerações de antropólogos e sociólogos que mais tarde formariam a “Escola Criminológica de Chicago”. Aplicou o pragmatismo à sociologia, criando o chamado “interacionismo simbólico”, escola segundo a qual a interação humana tem, sobretudo, natureza simbólica, acentuando-se a importância da linguagem na formação da consciência individual.

solução hermenêutica o “diálogo universal” como “ideal formal da comunicação” e que resultaria “forma de democracia”⁶⁵ ideal.

Ora, a lingüisticidade que nada mais é do que o meio pelo qual ocorre a compreensão, pois tanto o pensamento como a comunicação são realizados através da linguagem. Aqui encontramos a contradição de Habermas, pois para o autor, as palavras não são fruto de uma atribuição intelectual feita pelo homem às coisas, mas, signos convencionados entre os homens que refletem a possibilidade de o tema vir à tona. Então, nunca haverá um “diálogo universal” uma vez que a dinâmica da evolução social baseada no binômio tempo/espaço, tornam tal teoria inviável.

Ao admitirmos que direito tem seu momento de nascimento formal no ato originário do legislador ou no ato decisório do juiz, já é fruto dos conceitos (e pré-conceitos) e da compreensão tanto do primeiro como do segundo. Desta maneira traz em seus genes carga de natureza volitiva, que precisa ser interpretada, e para tanto se aplica o esforço hermenêutico. No caso da interpretação da lei, contrariando honorabilíssimos pontos de vista em contrário, não se resume o trabalho do intérprete em revelar somente a vontade do legislador, reconstruindo-a.

A vontade do legislador seria um dos pilares para a sólida construção, pelo exegeta, de um entendimento maior, que revele o sentido e alcance do imperativo atribuído emanado de forma positiva e solene de uma sociedade política. Porém não constitui essa vontade o escopo principal do intérprete.

2.3 Hermenêutica Contemporânea

⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. In: *Dialética e Hermenêutica – para a crítica da hermenêutica de Gadamer*. Porto Alegre. L&PM. 1987. p. 64 e 65. “Verdade é a coação peculiar ao reconhecimento universal isento de coação; este está, porém, vinculado a uma situação ideal de fala e isto quer dizer uma forma de vida em que é possível o entendimento universal sem coação. Nesta medida, a compreensão crítica do sentido tem de assumir a antecipação formal da vida correta. Isto já tinha sido dito por G. H. Mead: ‘O diálogo universal é, portanto, o ideal formal da comunicação. Se a comunicação pode ser realizada e aperfeiçoada, então também pode existir aquela forma de democracia [...], em que cada um traz em si a reação que sabe que provoca na comunidade. Com isso, a comunicação significativa torna-se processo de organização da comunidade’. A idéia de verdade que se mede no consenso verdadeiro implica a [idéia] de vida verdadeira. Também podemos dizer: ela inclui a idéia da maturidade. Só a antecipação formal do diálogo idealizado como forma de vida a ser realizada no futuro garante o último acordo fundamental contra-fático que nos une previamente e no qual cada acordo fático, se for falso, poderá ser criticado como falsa consciência”.

Mesmo não restringindo à vontade do legislador e excluindo algumas liberdades dialéticas incompatíveis ao Estado Democrático de Direito, o intérprete deve buscar o caminho interpretativo sinalizado pelas exigências sociais da vida real, criando um padrão interpretativo coerente e realista. Historicamente, todas as gerações de juristas criaram padrões de interpretação dos mais diversos, mas que podem ser classificados genericamente em apenas duas espécies de procedimentos: fechados ou abertos.

Acreditamos nos procedimentos fechados como sendo de um perfil mais conservador e comodista, os quais implicam em pouco esforço intelectual e apresentando-se segundo a práxis burocrática e literal do texto legal mais amplamente aceitos por uma sociedade. Ao contrário, os procedimentos abertos denotam tendências inovadoras, exigindo maior capacidade intelectual dos atores jurídicos envolvidos, no intuito de se viabilizar como solução adaptável às normas vigentes, aos casos concretos e as imposições postas pela sociedade.

Esta hermenêutica fechada tem origens no Direito Privado romano e apóia-se no pressuposto de que o processo decisório, de viés conservador, produziria maior segurança jurídica, enquanto também primava pela intervenção mínima do Estado na vida dos cidadãos. Não obstante essa postura, coroava-se a limitação decorrente da limitada capacidade de adaptação às situações sociais que decorrem, deste tipo de ótica político-normativa. É forma de ignorar a dinâmica evolucionar das comunidades, mesmo que para isso crie-se um abismo entre o mundo do direito e o mundo fático da sociedade real. Neste contexto, há uma redução na possibilidade de surgirem decisões jurisdicionais que inovem de forma benéfica na busca de uma crescente efetividade da justiça.

Diametralmente oposta, faz-se notar a hermenêutica aberta, eis que está visa os fins sociais contidos na norma, em detrimento de sua expressão literal ou da percepção dogmática tradicionalista. É alias, o parece estar indicado pelo próprio legislador quando da elaboração da Lei de Introdução ao Código Civil⁶⁶, essa por ter a conotação de um *metadireito* ou *supradireito*⁶⁷, na medida em que dispõe sobre a própria estrutura e funcionamento das normas, coordenando, assim, a aplicação de toda e qualquer lei, e não apenas dos preceitos de ordem civil. Tão sábio demonstrou-se o legislador que o texto permanece quase imutável a

⁶⁶ Art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Decreto Lei nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942, *in verbis*: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

⁶⁷ DINIZ, Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

quase um século, para o bem estar da estabilidade político-jurídica brasileira e orgulho do falecido jurista Clóvis Bevilacqua.

Notadamente, a marca da hermenêutica utilizada por nossos juristas sempre teve viés positivista, voltada ao patrimonialismo de questões privadas em clara tendência romanista. Desta feita, a interpretação das lides que careciam de prestação jurisdicional comumente resultavam em decisões de entendimentos conforme a matriz jurisconsulta romana; de modo que, por tradição e regra consuetudinária prevaleceu a aplicação de uma dogmática tradicional, de institutos jurídicos provenientes do direito romano e a jurisprudência firmou-se dando azo aos objetivos do conservadorismo, seguindo explicitamente os princípios da razão formalista de gênese filosófica grega.

Mais recente são as linhas abertas da hermenêutica, que preocupava mais tendenciosamente com o Direito Público. A partir do fim do século XIX com o auge da revolução industrial, muitos doutrinadores passaram a se ater mais as questões públicas, em uma tentativa clara de minimizar os efeitos dos abismos sociais oriundos do capitalismo exarcebado, e mais recentemente, do neoliberalismo socialmente inconseqüente. Deixando-se a margem de nosso estudo questões econômico-ideológicas, podemos perceber que os pensadores contemporâneos partilham dos pressupostos comuns, quando analisam o fenômeno interpretativo e de aplicação do Direito, uma vez que em quase unanimidade defendem que os princípios da justiça mais do que na racionalidade formal, devem ter uma orientação social da qual decorreria naturalmente sua a legitimidade. Tal pensamento seria a nova luz contemporânea da hermenêutica.

Nomes como Dilthey, de Heidegger, de Gadamer e, o mais recente e popular deles o já citado Habermas⁶⁸, foram fonte de inspiração e norte na jornada de compreender os fenômenos sócio-jurídicos sob um prisma da evolução histórica e na tentativa de abandonar a senda positivista kelsiana, que tradicionalmente amarrava-se à suposta neutralidade e clareza normativa⁶⁹.

Corroborando com tais afirmações, urge mencionar o pensamento do também já citado mestre Carlos Maximiliano que, já no alvorecer do século passado antevia as imposições oriundas dos novos tempos, quase profetizando no ano de 1924:

⁶⁸ ENCARNANÇA, João Bosco da. Op. cit. p.355 a 360.

⁶⁹ Kelsen, Hans. Op. cit. p.224 e 225.

Dia a dia avulta em importância e complexidade a tarefa do hermeneuta. A interpretação, que outrora parecia água plácida, estagnada, é hoje um mar assaz agitado. Precisa o exegeta possuir um intelecto respeitoso da lei, porém ao mesmo tempo inclinado a quebrar-lhe a rigidez lógica; apto a apreender os interesses individuais, porém conciliando-os com o interesse social, que é superior e manter-se no difícil meio termo - nem rastejar pelo solo, nem voar em vertiginosa altura⁷⁰.

Em razão do pouco exposto, a que entender que o exegeta não pode furtar-se às exigências da realidade hodierna, vez que também há de conhecê-la, vivê-la e ser-lhe sensível.

2.3.1 Sistemas Interpretativos

Uma vez que a lógica nos leva a certeza de que não pode haver uma interpretação única ou mesmo de que, não haveria somente uma forma verdadeira e totalmente perfeita de interpretar, ou nas palavras do romancista e crítico social Nelson Rodrigues: “Toda unanimidade é burra”⁷¹, encontramos a única certeza possível neste tema: qual seja, existiria uma teia de possibilidades com relação às atividades interpretativas.

É mister salientarmos que as teorias interpretativas hão de ser muito correlacionadas às relações de poder ativas dentro de uma realidade prática e, principalmente, atenta os contextos jurídicos vigentes. Eis que, quando o real não reflete ou busca o ideal (juridicamente), a boa interpretação se aliena da realidade (interpretação correta do fato concreto).

Doutrinariamente encontramos três grandes grupos de sistemas interpretativos doutrinariamente aceitos:

2.3.1.1 Sistema Dogmático, Exegético ou Jurídico-tradicional

⁷⁰ MAXIMILIANO, Carlos. Op. cit. p.29.

⁷¹ RODRIGUES, Nelson. In: *A menina sem estrela - Memórias*. 1.ed. 2ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p. 132 e 133. “Na hora de odiar, ou de matar, ou de morrer, ou simplesmente de pensar, os homens se aglomeram. As unanimidades decidem por nós, berram por nós. Qualquer idiota sobe num pára-lama de automóvel, esbraveja e faz uma multidão. Um camelô de caneta-tinteiro é mais ouvido do que os profetas antigos. As maiorias, as unanimidades ululantes, é que dão à nossa covardia um sentimento de onipotência”.

Esse sistema foi baseado na interpretação do então “Código Napoleônico”, denominada então de *Escola da Exegese*⁷², formada na França em 1804 estendendo a sua influência por quase um século. O pensamento utilizado na Escola da Exegese era positivista na real extensão da palavra; sendo que, para seus adeptos o código encerrava todo o Direito, não havendo nenhuma outra fonte jurídica a ser pesquisada, ao exegeta não cabia outra atitude senão apenas “revelar” a vontade do legislador. Tal quadro fixava o Estado como único autor do Direito e detentor do monopólio em produção legislativa.

As ramificações surgiram, na prática, sob duas orientações interpretativas diferentes: extremada e moderada. Primeiramente a extremada, representada pela figura de Laurent, para quem o pressuposto geral nesta matéria é sempre o de que a lei é clara, e que, portanto, a redação traduz o pensamento do legislador, ou nas palavras do jurista franco: “os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete; este não tem por missão fazer o direito, que já está feito. Não há mais incertezas; o direito está escrito em textos autênticos”⁷³. Não seria, portanto, permitido ao intérprete reformar a lei com sua explicação e sim “explicá-la”, devendo ainda “aceitar os seus defeitos”. A outra corrente foi representada, mais recentemente, e de forma brilhante por Baudry-Lacantinerie⁷⁴, que mesmo auto-classificando-se como dogmático, possui postura menos exacerbada, recomenda em sua doutrina que houvesse a interpretação sistemática na forma de consultas às fontes bibliográficas, que informaram o legislador quando da lavra do texto normativo. Para Baudry-Lacantinerie, o exame dos trabalhos preparatórios, das ponderações sobre as conseqüências das interpretações existentes e, em um último esforço, o questionamento acerca do espírito da lei, levariam a uma correta interpretação da norma.

Os métodos de persuasão política e ideológica da então Revolução Francesa, por vezes, não se apresentavam tão revestidos de lógica e racionalismo iluminista como idealizaram seus precursores. Perseguições políticas, insegurança jurídica e instabilidade econômica criavam uma conjuntura muito propícia a desmandos de quem representava o

⁷² Vários autores, sem referência específica. In: *Grande dicionário Larousse Cultural da Língua Portuguesa* – Obra parcialmente derivada da “Grande Enciclopédia Larousse Cultural”. São Paulo : Editora Nova Cultural, 1999. p.410. Verbetes *EXEGETA*: “[...] 2. intérprete de ritos e oráculos. – 3. Escolasta, comentador de grandes escritores, principalmente na época alexandrina”.

⁷³ LAURENT, Cours. I, p. 9. Citado por BEVILAQUA, Clovis. *Teoria geral do direito civil*. Brasília: Ministério da Justiça, 1972 (1928). p.41.

⁷⁴ BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. I, p. 207, 1907. Citado por SOLER, Sebastián. *Interpretación de la ley*. Barcelona: Ariel, 1962. p. 20.

poder. A “Constituição do Indivíduo”, como gostava de chamar Napoleão⁷⁵, tinha a pretensão de prever todas os desdobramentos da vida social de cada cidadão, motivo pelo qual o citado diploma revogou todas os normativos legais precedentes a ele, bem como os usos e costumes até então validamente considerados. A consequência da aplicação desta sistemática foi a adoção do *dogma da completude*, passando o Direito a ser entendido como um sistema fechado, insuscetível a lacunas.

As dissidências dialéticas ao infecundo excesso legalista dos sistemas tradicionais não tardariam, fomentando novas correntes de pensamento em diversos países, originando os denominados sistemas modernos de interpretação.

2.3.1.2 Sistema Histórico-evolutivo

Em meados do século XIII, ressurgiu no Velho Continente o estudo do direito romano. Em um contexto histórico de decadência do feudalismo na Europa ocidental e um substancial fortalecimento do poder estatal onde, a monarquia centralizava o poder político e enquanto a burguesia em ascensão detinha o poder econômico; neste contexto, o direito romano renasce qual fênix. Em uma tentativa óbvia de cunhar um novo modelo jurídico mais próximo as transformações político-econômicas da época.

A recém fundada Universidade de Bolonha, e seu corpo docente composto por especialistas em direito canônico oriundos da própria Santa Sé, incentivaram o aprofundamento dos novos juristas no antigo mundo clássico, com bases no estudo e interpretação (em latim) do *Corpus Iuris Civilis* e seu *Iustinianus Codex*. Estes textos datados de 529 d.C., foram promulgados e vigoraram como lei por um dos últimos imperadores Romanos⁷⁶, e nada eram do que uma compilação de textos romanos jurídicos ainda mais antigos (séc. II a.C a III d.C), os quais seriam a base da formação jurídica e do próprio Direito europeu moderno.

Tratando de entender tal realidade histórica entre séculos XIII e XIV, basta abstrairmos que até então os textos romanos eram interpretados como escrituras sagradas entre os operadores do direito da época. Continham verdades jus-filosóficas sofisticadas para

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995. p.68.

⁷⁶ MARKY, Thomas. Op. cit. p.9.

a época e carregavam o luminoso espectro de uma época áurea do passado, sendo que seus consultores cultuavam-lhes um respeito cerimonioso, de modo que a Academia de Bolonha foi o berço dos glosadores. Como o estudo dos códigos romanos era limitado à tradução do latim e sua posterior explicação, as respectivas anotações eram feitas as margens destes códigos nas denominadas glosas.

A inevitável evolução humana de uma Europa em efervescência no final da “noite de mil anos”, trouxe aos poucos a noção de que, por maior que fosse a saber *praetores* romanos, as situações fáticas que ocorriam diuturnamente naquela transição de Idade Média para a Idade Moderna tornavam a aplicação daquelas normas, por vezes, uma tarefa ingrata. Fez-se necessário a busca de um conhecimento mais sistematizado, fomentou-se o abandono da tradicional análise fragmentária, utilizando-se o conhecimento romano, mas de uma forma mais racional e lógica. A fórmula era aplicar as regras e conceitos clássicos, fazendo de sua generalidade e abrangência, uma chave que abria as portas do entendimento para os mais intrincados casos concretos de litígio contemporâneo. Era o surgimento dos pós-glosadores ou comentadores, que iniciaram as doutrinas jurídicas orientados já por idéias modernas, e assim o fez nos séculos XV e XVI. Segundo o catedrático lusitano, António Manuel Hespanha, o principal mérito dos estudiosos deste período foi o desenvolvimento de um trabalho que viria posteriormente a proporcionar uma análise integrada das fontes romanas, criando um conhecimento jurídico cada vez mais sistematizado⁷⁷.

A evolução deste sistema hermenêutico foi progressivamente lenta até idos do século XVIII. É creditado a Friedrich Carl von Savigny (1779-Berlin, 1861) a fundação do Sistema Histórico-evolutivo, o qual sustentava no início de seus estudos, que o direito era uma ciência que se deveria elaborar histórica e filosoficamente. Em um segundo momento o mestre germânico distinguiu os quatro elementos básicos que, segundo ele, seria o melhor caminho na hermenêutica jurídica:

1º) O elemento lógico: análise de adequação do conteúdo da norma, em sua origem, e a aplicabilidade da norma ao fato concreto. Demonstra a gênese da lei e sua função em contexto jurídico-social;

⁷⁷ HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Mem Martins: Europa-América, 1997. p.129.

2º) O elemento gramatical: uma vez que o pensamento utiliza-se da linguagem, e esta deve ser expressa, se faz necessário normas de linguagem como condição de aplicabilidade ao elemento lógico;

3º) O elemento histórico: análise do binômio tempo-espço, sem os quais não há compreensão do “espírito da lei”, ou seja, o contexto em que ela foi criada;

4º) O elemento sistemático: ingrediente que aglutina os anteriores em um sistema coeso, vez que, valoriza a práxis silogista dos glosadores (1º elemento), a compreensão léxica (2º elemento) e a historicidade (3º elemento) imprimindo-lhe sistemático adequado à exposição, e conseqüentemente ao estudo.

Ressaltava Savigny, que os elementos não se referem a quatro espécies distintas de interpretação, mas sim de operações distintas que devem atuar em conjunto⁷⁸. Não necessariamente nesta ordem; primeiramente, a lógica teria o objetivo de estabelecer o nexo existente entre as várias partes do texto legal; em segundo lugar, a operação exegética histórica teria a finalidade de revelar as condições gerais e circunstâncias do período histórico em que a norma jurídica foi elaborada; em seguida a operação gramatical, visaria determinar o verdadeiro sentido das palavras empregadas na norma jurídica, de acordo com o critério gramatical, filológico e lingüístico. E finalmente as operações sistemáticas, que procuraria comparar o texto examinado com o sistema de direito positivo no qual o texto interpretado está incluso, considerando os produtos extraídos das operações anteriores.

Apesar de representar enormes progressos em face da Escola Exegese, a Escola Histórico-evolutivo padecia de deficiências, como exemplo, não era capaz de apresentar quando se contatavam lacunas na lei, fazendo com que muitas vezes a lide tivesse resultados que se distanciavam do senso comum de justiça, falha que tornava incompleto o referido método.

2.3.1.3 Sistema da Livre Indagação Científica do Direito

⁷⁸ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Buenos Aires : Atalaya, 1975. p. 40. “[...] con sus perfecciones, debían garantir una mecánica exactitud en la administración de la justicia; de modo que el magistrado, dispensado de todo juicio propio, debía limitarse a una simple aplicación literal de la ley. Debían, además, estos Códigos estar completamente libres de toda histórica influencia, y por obra de una solemne y extraña abstracción, debían adaptarse a todos los pueblos y a todos los tiempos”.

Uma nova teoria de aplicação do Direito mais arrojada foi concebida e começava a atuar na última década do séc. XIX, onde somente interpretar os textos antigos não era o suficiente. Muitos segmentos da sociedade consideravam o tradicionalismo dogmático ou o histórico-evolutivo muito presa a letra da lei e pouco comprometido com a justiça, consideravam-nos ineficazes como instrumento de pacificação das lides. À medida em que as soluções que a teoria tradicional ofereciam aos casos concretos passaram a ser reiteradamente percebidas como inadequadas, como também foi notada a postura de que alguns magistrados não levavam em conta as conseqüências sociais de suas decisões. Surgia a necessidade de reabilitar o compromisso do Direito com a Justiça, e em alguns casos possíveis, até mesmo a justiça social.

Jeremy Bentham traria esta tentativa de reviver as questões da finalidade do Direito. Propunha para tanto, uma filosofia utilitarista de retórica baseada na ética⁷⁹. Mesmo discordando da deontologia que unificou os pensadores iluministas da Europa, o inglês afirmava que: o que tornava as ações humanas éticas eram os atos que a aproximavam da máxima felicidade social e não quando tentavam seguir ditames morais em voga; não haveria real utilidade nos atos que se seguissem a moral posta, mas os que buscavam a felicidade (bem-estar, segurança, paz interna) do grupo. O mérito da mudança brusca de posicionamento proposta por Bentham, consistia no fato de que em vez de julgar moralmente as condutas por meio da avaliação particular do agente e/ou da obediência às regras morais, devia-se primar por uma avaliação das ações humanas segundo suas finalidades socialmente desejáveis. Aplicar-se-ia a deontologia em detrimento a teleologia, considerando a norma segundo seu fim.

Exemplo clássico de adoção do emprego desse sistema foi o magistrado francês Magnaud, formulando inclusive o que passou a ser conhecida como a “jurisprudência sentimental do bom juiz Magnaud”. No comando do tribunal de 1ª instância da comarca de Château-Thierry por três lustros – de 1889 a 1904. O juiz que se tornaria uma referência fartamente citada em doutrinas ocidentais de direito, o fez sem escrever um livro, tese ou apostila; não ministrava aulas; não era teórico das ciências jurídicas ou mesmo catedrático desejoso de romper com dogmas tradicionais, mas firmou-se em uma postura de livre convencimento que era claramente contrária à jurisprudência dos tribunais superiores da época.

⁷⁹ BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. In: MORRIS, Clarence (Org.). *Os Grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 261 e 262.

Lendárias são algumas decisões do citado magistrado que, evidenciaram o antagonismo entre suas sentenças e o direito positivo e a jurisprudência franca de seu tempo. Absolver uma ladra que furtara pão, arrazoando ao poder irresistível da fome e ainda, julgar inocente um vadio ébrio⁸⁰ por considerá-lo absolutamente irresponsável por sua miserabilidade, foram julgados minimamente corajosos e inovadores para a época. Apesar de ter sido veementemente combatido, essas duas decisões foram as únicas aprovadas pela quase unanimidade dos juristas gauleses, sendo a questão do vadio, objeto de orientação circular ministerial no sentido de recomendação aos colegas de Magnaud.

O *preboste* francês, por vezes ignorava ou conduzia o entendimento de maneira a sentenciar de acordo com suas convicções pessoais, fossem elas políticas, religiosas ou morais. Neste exemplo, havia uma declarada tendência a favorecer os miseráveis e ser mais rigoroso com os privilegiados, o que teria causado uma empatia da opinião pública francesa e internacional. Porém, fica nítido o comportamento antijurídico que se generalizado, comprometeria a harmonia social e a própria segurança da sociedade política

Nos parece não há um distanciamento doutrinário de relevância que diferencia a Escola da Livre Indagação Científica do Direito da Histórico-evolutiva, ou mesmo da tradicional. Se bem repararmos, tais preceitos se utilizados com parcimônia e bom senso, apenas autorizam o intérprete a ampliar sua autonomia de interpretação em caso específico: quando da inexistência de norma, sob os auspícios de uma jurisprudência reiterada e doutrina consagrada. A partir da criação dessa escola hermenêutica houve uma inclinação quase geral em tentar compreender e completar as mensagens implícitas nas normas positivas – a não ser por poucos saudosos remanescentes da Escola da Exegese, como que suprimindo lacunas e superando suas falhas técnicas ou de linguagem.

2.3.2 Regras de Interpretação

⁸⁰ Curiosamente, a Lei Penal brasileira, até hoje tipifica a vadiagem como contravenção penal, em seu art. 59 da Lei de Contravenções Penais (Dec.-Lei nº 3.688 de 3 de outubro de 1941), *in verbis*: “Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação ilícita: Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses. Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena”.

Ao tentarmos estabelecer regras para a interpretação jurídica havemos de reconhecer que o ato de interpretar representa uma unidade de esforço intelectual indivisível, cada esforço interpretativo é responsável pelo todo da interpretação. Todavia existe, de forma consolidada o hábito – quase acadêmico – de se classificar a interpretação tomando-se como referência sua origem ou os elementos que a subsidiariam; a hermenêutica amplamente aceita pelo Direito Penal Brasileiro, classificaria a interpretação segundo: o sujeito que a realizaria, os métodos utilizados ou quanto aos resultados obtidos. Nunca esquecendo, aplicação de princípios consagrados como o *in dubio pro reo* ou da interpretação *intra legem*.

Vale lembrar que as “Regras legais de Interpretação”, prescritas nos artigos 5º, 6º e 7º da Lei de Introdução ao Código Civil⁸¹, muitas vezes não se aplicam às peculiaridades do Direito Penal. Novamente aqui, esbarramos com os princípios da “Reserva Legal e da Anterioridade Penal” e o da “Taxatividade Penal”, de modo que, nem os costumes, nem os princípios gerais do Direito e, de maneira restrita, a analogia podem ser ferramentas úteis quando adentrarmos na seara da ciência jus-criminal. Consideramos, porém, a aplicação dos

⁸¹ Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Decreto Lei nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942, *in verbis*:
 “Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.
 Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.
 § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.
 § 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.
 § 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.
 Art. 7º A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.
 § 1º Realizando-se o casamento no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração.
 § 2º O casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes.
 § 3º Tendo os nubentes domicílio diverso, regerá os casos de invalidade do matrimônio a lei do primeiro domicílio conjugal.
 § 4º O regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, a do primeiro domicílio conjugal.
 § 5º - O estrangeiro casado, que se naturalizar brasileiro, pode, mediante expressa anuência de seu cônjuge, requerer ao juiz, no ato de entrega do decreto de naturalização, se apostile ao mesmo a adoção do regime de comunhão parcial de bens, respeitados os direitos de terceiros e dada esta adoção ao competente registro.
 § 6º - O divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só será reconhecido no Brasil depois de três anos da data da sentença, salvo se houver sido antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para a eficácia das sentenças estrangeiras no País. O Supremo Tribunal Federal, na forma de seu regimento interno, poderá reexaminar, a requerimento do interessado, decisões já proferidas em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros, a fim de que passem a produzir todos os efeitos legais.
 § 7º Salvo o caso de abandono, o domicílio do chefe da família estende-se ao outro cônjuge e aos filhos não emancipados, e o do tutor ou curador aos incapazes sob sua guarda.
 § 8º Quando a pessoa não tiver domicílio, considerar-se-á domiciliada no lugar de sua residência ou naquele em que se encontre”.

costumes em referência direta as situações concretas previstas e reiteradas em jurisprudência penal.

O artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, supra citado, contém preceito de orientação interpretativa de suma importância. A expressão “fins sociais” encerra em si a indicação da direção jurisprudencial mais acertada em casos de omissão ou má técnica legislativa. Fica patente a orientação do legislador ao que o jurista Jeremy Bentham, denominou *utilitarismo*⁸², a doutrina nacional reconheceu tal orientação como na lição do mestre civilista Washington de Barros Monteiro:

Acreditamos, todavia, que fins sociais são resultantes das linhas mestras traçadas pelo ordenamento político e visando ao bem-estar e à prosperidade do indivíduo e da sociedade. Por seu turno, exigências do bem comum são os elementos que impelem os homens para um ideal de justiça, aumentando-se a felicidade e contribuindo para o seu aprimoramento⁸³.

A jurisprudência e a doutrina brasileira apresentam-se em entendimento convergente quando tratam das espécies de interpretação, quais sejam:

2.3.2.1 Interpretação segundo o intérprete ou quanto ao sujeito

Uma das maneiras de classificar a interpretação é reconhecendo quem a interpreta, sua origem. Desta maneira recebe denominações e características próprias, como interpretações judiciais, autênticas ou doutrinárias.

A interpretação judicial ou jurisprudencial é aquela oriunda das decisões dos magistrados e seus respectivos tribunais, visa “dizer o Direito” relativo ao caso concreto, objeto de lide, como pacificação de pretensões antagônicas. Tem relativa força de

⁸² BENTHAM, Jeremy. In: MORRIS, Clarence (Org.). Op cit.. p. 262. Em sua “Introdução aos princípios da Moral e da Legislação” (publicado sob permissão da Bassi Blackwell, Oxford), Bentham descreve em seu Capítulo 1 - Do princípio da Utilidade - algumas das idéias que seriam a base de sua doutrina, *in verbis*: “3. Por utilidade entende-se a propriedade de qualquer objeto, para qual ele tende a produzir benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade (tudo isto, no caso presente, é a mesma coisa) ou (o que de novo é a mesma coisa) a impedir que aconteça o dano, a dor, o mal ou a infelicidade para a parte cujo interesse está sendo considerado, se essa parte for a comunidade geral, então a felicidade da comunidade; se um indivíduo particular, então a felicidade desse indivíduo.”

⁸³ BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil / Parte Geral - Washington de Barros Monteiro*. 15.ed. São Paulo : Saraiva, 1978. p.37.

obrigatoriedade, qual seja, entre as partes envolvidas e, após o trânsito em julgado da sentença. Há casos, porém em que a obrigatoriedade da interpretação jurisprudencial se estende: as decisões do Supremo Tribunal Federal que julgam a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas em ações diretas, tem o condão de estender para além dos sujeitos envolvidos e vinculando todas as decisões correlatas de magistrados⁸⁴.

Oportuna se faz a lembrança de que as súmulas, como espécies do gênero jurisprudência também são exemplos de interpretação judicial. Mas somente por força de Emenda Constitucional nº 45 de 8 de Dezembro de 2004 que incluiu em nossa Carta Magna o artigo 103-A e seus parágrafos, é que, algumas súmulas específicas, têm forte incidência de obrigatoriedade sobre as prestações jurisdicionais monocráticas e mesmo, sobre os Tribunais Estaduais de segunda instância. São as famigeradas *súmulas com efeito vinculante*, que a partir da promulgação da referida emenda, subdivide a interpretação sumular em vinculante e não-vinculante.

Nesta classe também estão localizadas as interpretações autênticas, que se originam do próprio poder que produziu a norma e cujo sentido e alcance fazem declarar. Destarte, apenas a Assembléia Constituinte originária seria apta a fornecer a autêntica interpretação da Constituição. São emanadas das Casas Legislativas, com relação as leis que elaboram; ao Executivo, e os diversos decretos, regulamentos, portarias, etc; tendo em vista que as Assembléias Constituintes, não têm caráter permanente, o poder de interpretar autenticamente a Constituição é atribuído a um tribunal constitucional. Prática usual do Imperador Justiniano, *et jus est interpretari legem cujus est condere*⁸⁵, o monarca repelia qualquer outro entendimento sobre as leis que não emanassem dele próprio.

As interpretações oriundas da reflexão dos jurisconsultos, expressas em suas obras, denomina-se interpretação doutrinária. A *communis opinio doctorum* não tem força de obrigatoriedade como uma lei, eis que, não dá margem a dissidências doutrinárias que podem observar uma mesma hipótese jurídica por mais de um prisma, dando a eles soluções diversas. Porém, quando a interpretação é da lavra de consagrados autores e a fundamentação do exegeta é bem arrazoada, não é raro que os tribunais acatem a opinião do notório doutrinador. Outrora, ano 426 d.C., a obrigatoriedade atribuída a certas interpretações doutrinárias, como

⁸⁴ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal, parte geral : volume 1 / Flávio Augusto Monteiro de Barros*. 2.ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2001. p. 33.

⁸⁵ Tradução livre: “aquele a quem incumbe fazer a lei, também incumbe interpretá-la”.

as emitidas por Papiniano, Paulo, Gaio, Ulpiano e Modestino⁸⁶ tinham peso de quase-lei, e assim foi até a ab-rogação desta prática por Justiniano.

2.3.2.2 Interpretação segundo os métodos

Há que pensarmos também nas formas de interpretação segundo os métodos utilizados para alcançar os resultados esperados. Como já afirmado anteriormente, o exercício de interpretação é uma unidade de esforço, um trabalho heterogêneo de esforço intelectual que tem por base os métodos: gramatical e o lógico. Enquanto os primeiro se atem à análise literal dos vocábulos que compõe a norma de uma forma a atribuir-lhe a compreensão léxica de seu conteúdo⁸⁷; o segundo tenta resgatar a luz do entendimento a *ratio legis* que contida na letra fria da lei, seu conteúdo teleológico e se necessário (e possível) tentar supri-la. Neste sentido, vislumbramos a orientação normativo-positiva já citada, do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e o atendimento aos “fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem, comum”.

Mas a busca da *ratio* contida nas normas e seu entendimento teleológico, fazem valer-se de ferramentas poderosas, e também, não inéditas em nossa abordagem do tema. Primeiramente o elemento histórico, que é considerado e ponderado nos termos analisatórios utilizados pela Escola Histórico-Evolutivo de Friedrich Carl von Savigny, qual seja: entender o contexto e realidade social da época histórica em que a norma foi redigida, mas com foco na análise de seu impacto atual e não do pretérito. A segunda ferramenta é a sistematização, também seguindo a teoria de Savigny, em um papel de integração da norma analisada e o arcabouço jurídico na qual ela se insere. Em terceiro, faz-se uso do Direito Comparado, é o

⁸⁶ FERNANDES, Carlos. Disponível em [<http://www.dec.ufcg.edu.br/biografias/EreModes.html>], site acadêmico das Universidade Federal de Campina Grande / PB. *In verbis*: “Erênio Modestino (~ 190 - 244) Jurista romano nascido em Roma, considerado o último dos grandes juristas clássicos que merece ser citado como tal. Escreveu em grego e latim de forma simples e clara que queriam os mestres da época, obras elementares destinadas ao ensino do Direito. Compôs uma série de trabalhos elementares para uso prático, alguns dos quais escrito em grego, autor de 19 livros de *Reponsae*, várias monografias sobre diversos temas como, por exemplo, matrimônios. É o único discípulo de Domício Ulpiano (170-224) conhecido e o último grande jurista clássico de uma linhagem de outros famosos juristas como Gaio (70-150), Papiniano (? - 213), Júlio Paulo (170-240) e o próprio Ulpiano (170-224). Com ele chegou a seu fim a etapa de maior esplendor do sistema jurídico romano, de modo que depois dele, praticamente sem transição, iniciou-se um período de obscuridade, onde não se conhece trabalho importantes de outros jurisconsultos, aparecendo apenas nomes de pouca representatividade como, por exemplo, Rútílio Máximo e Júlio Áquila”.

⁸⁷ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Op. cit.* p. 34. [...] “esclarecendo se o termo foi empregado no sentido vulgar (ex.: animal – art. 164 do CP), jurídico (ex.: cheque – art. 171, § 2º, VI, do CP) ou jurídico-penal (ex.: funcionário público – art. 327 do CP)”.

cotejar do texto examinado em face de leis estrangeiras relativas à mesma matéria. E por último, mas não menos importante, havemos de nos valer do elemento extrajurídico que só pode ser percebido ao lançarmos mão de ciências correlatas e auxiliares do direito penal: como a criminologia, psiquiatria, química e tantas outras.

2.3.2.3 Interpretação segundo o resultado

A classificação interpretativa segundo o resultado obtido pode denominar o trabalho interpretativo como declarativo, restritivo, ab-rogante, extensivo ou analógico.

Interpretação declaratória é a cabível quando o fato concreto da vida se ajusta perfeitamente ao texto legal, como que se amoldando naturalmente ao conteúdo jurídico do preceito e estabelecendo uma perfeita concordância entre a norma e o fato jurídico. Seria a interpretação desejável, sem dúvidas ou ressalvas. Exemplo interessante e bem colocado nos é ofertado pelo Professor Rogério Grecco, quando enquadra a regra do art. 141, III do Código Penal como uma demonstração de norma que deva ser interpretada de maneira declaratória, ou seja, interpretando-a apenas segundo seu conteúdo⁸⁸. Segundo Grecco:

“[...] podemos citar o art. 141, III do Código Penal, o qual preceitua que as penas cominadas para os crimes de calúnia, difamação e injúria serão aumentadas de um terço se qualquer dos crimes for praticado na presença de *várias pessoas*. Interpretando o termo *várias*, chegamos à conclusão de que o Código exige, pelo menos, *três pessoas*. Isso porque quando a lei se contenta com apenas duas ela o diz expressamente, como no caso do art. 155, § 4º, IV, da mesma forma que quando exige um mínimo de quatro pessoas. Assim, a interpretação dada ao inciso III do art. 141 é meramente declaratória, pois que não ampliamos nem restringimos seu alcance, mas simplesmente declaramos sua conteúdo real”.

Na interpretação restritiva, haveria uma diminuição ou encurtamento da projeção da norma, por conta de ajustar o fato ao conteúdo jurídico do preceito que se pretenda utilizar. Acontece a *plus dixit quam voluit*⁸⁹, ou seja, o legislador diz mais do que seria o ideal a vontade do interprete. Bom exemplo de interpretação restritiva da norma penal é observada na

⁸⁸ GRECCO, Rogério. In: Curso de Direito Penal / Rogério Grcco – 8ª ed. Rio de Janeiro : Impetus, 2007. p. 43.

⁸⁹ BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal / Tradução brasileira e notas do Professor Paulo José da Costa Júnior e do magistrado Alberto Silva Franco. 1.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1966. p. 137. Tradução livre: “Disse mais do que queria”.

obra de Nelson Hungria⁹⁰ quando cita os Inciso I e II do artigo 28 do Código Penal, onde figura como não excludente de imputabilidade “a emoção ou a paixão” e “a embriaguez”, e afirma que a norma deve ser interpretada restritivamente quando da ocorrência de fatores patológicos que possam influenciar o autor de delito. Por óbvio, que a norma última aventada e seus incisos, versam sobre um estado psíquico “não patológico”, vez que, se o fosse, se enquadraria em outro artigo, qual seja, art. 26 do Código Penal sob a denominação “Inimputáveis”⁹¹.

Diz-se de uma interpretação que ela é ab-rogante quando há incompatibilidade entre a duas ou mais normas analisadas, ou entre normas e algum dos princípios gerais do ordenamento - ou do Direito - de tal magnitude que a inaplicabilidade de tais normas ou princípios é imperativa. Nestes casos, nos ensina Giuseppe Bettiol, urge-nos reconhecer que há a incompatibilidade estabelecida entre uma norma positiva anterior, em face de outra posterior, que a impõe a ab-rogação da primeira⁹².

Do até então exposto, quase não há divergência entre os importantes autores até aqui citados. Porém, ao tratarmos das formas de interpretação analógica e extensiva, as posições são divergentes e falta consenso doutrinário. Evidencia-se então a existência duas correntes distintas na doutrina brasileira:

1ª) Corrente que não admite as interpretações extensivas e analógicas. Hungria, é categórico sobre o tema: uma vez não prevista a hipótese no texto legislativo, nem explícita nem implicitamente, a analogia implica em uma “criação ou formação de direito novo, isto é, aplicação extensiva da lei a casos de que esta não cogita. Com ela, o juiz faz-se legislador, para suprimir as lacunas da lei. É um processo integrativo e não interpretativo da lei”⁹³; mestre Hungria suscita uma verdadeira invasão de um poder constituído – por meio das decisões do Judiciário -, sobre a competência de outro Poder – legislativo, o qual é tolhido de sua função de criar normas. Autor mais recente, o professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e desembargador da 8ª Câmara Criminal do TJ-RS, Dr. Nereu José Giacomolli, o magistrado desaconselha inclusive a utilização de tipos abertos ou “normas penais em branco”, *in verbis*:

⁹⁰ HUNGRIA, Nélson. *Comentário ao Código Penal*: vol.1 T.1. *Op. cit.*: p.80.

⁹¹ A obra de Hungria cita respectivamente art. 24 e 22 do CP, vez que eram os artigos correspondentes no ano de 1955, quando a obra foi elaborada.

⁹² BETTIOL, Giuseppe. *Op. Cit.* p. 137.

⁹³ HUNGRIA, Nélson. *Comentário ao Código Penal*: vol.1 T.1. *Op. cit.*: p.73.

A defesa de um direito penal com tipos abertos, difusos, indeterminados, ou com normas penais dependentes de normatividade integradora (normas penais em branco), ou de um regramento judicial, são características de um Direito Penal autoritário e demasiadamente repressivo, inadmissível no atual estado de desenvolvimento da civilização. [...] A exclusão das interpretações analógica, criativa ou extensiva, prejudiciais ao imputado, determinada pela reserva legal, se aplica tanto na concretude das normas criminais contidas na parte geral do Código Penal quanto nas especiais e nas extravagantes. É um imperativo da incidência da *lex stricta* a respeito da responsabilidade criminal, que engloba a descrição típica, a sanção e todas as circunstâncias que influem na dosimetria da pena⁹⁴.

2ª) Corrente que admite as interpretações extensivas e analógicas, quando previstas em lei, mesmo que implicitamente, e sob certos limites. É o posicionamento doutrinário majoritário do qual comunga a quase unanimidade dos autores tupiniquins. O professor Flávio Augusto Monteiro de Barros nos brinda com um conceito pedagógico de interpretação extensiva: “é a que amplia o texto da lei, adaptando-o à sua real vontade. Ocorre quando a lei disse menos do que quis (*minus dixit quam voluit*⁹⁵)”. E completa a lição com uma definição de interpretação analógica, *in verbis*:

Admite-se a interpretação analógica quando o texto da lei abrange numa fórmula genérica os fatos semelhantes aos enunciados numa fórmula casuística. Nesse caso o interprete, ainda que se trate de norma penal incriminadora, deve estender a lei ao fato semelhante⁹⁶.

Outro brilhante representante desta corrente é o magistrado paulista e professor universitário Dr. Guilherme de Souza Nucci que apresenta-nos interessantíssimo rol de consagradas interpretações analógicas e extensivas. Quanto às primeiras, menciona o disposto no art. 121, § 2º, inciso III do Código Penal brasileiro que majora a pena do crime de homicídio quando praticado “com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum”, afirma que é permitido ao exegeta “buscar novos meios similares aos primeiros” e qualificá-los como insidiosos, cruéis ou de perigo comum. E ainda, a escusa absolutória, do aborto⁹⁷ sentimental

⁹⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *Função Garantista do Princípio da Legalidade*. Revista dos Tribunais, ano 89, volume 778. São Paulo : RT, 1989. p. 476 a 488.

⁹⁵ Tradução livre: “Disse menos do que queria”.

⁹⁶ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Op. cit.* p. 36.

⁹⁷ Comunga da mesma opinião o doutrinador Ney Mouras Teles: “Melhor pensar que o Direito não pode obrigar a mulher a continuar uma gravidez que tenha resultado de um ato que o próprio direito considera crime. Dessa forma, não se pode exigir que a gravidez seja causada exclusivamente por ação violenta, mas qualquer outra ação proibida pela norma penal. analogicamente, também deve ser permitido o aborto, quando resultar a gravidez não só do atentado violento ao pudor, mas também dos crimes dos arts. 215, 216 e 217 do Código Penal”.

praticado por vítima gestante como resultado de atentado violento ao pudor nos termos previstos pelo artigo 128, em seu inciso II, do mesmo diploma legal⁹⁸; o professor Monteiro de Barros – em obra já citada neste item – vislumbra no mesmo caso, “interpretação extensiva, que não se confunde com analogia”⁹⁹ e ainda acrescenta como exemplo de interpretação analógica a aplicação das excludentes dos artigos 121, § 5º, e 129, § 8º (perdão judicial) do Código Penal, que segundo o autor, deveriam também ser aplicadas aos casos previstos a crimes correlatos do Código de Transito Brasileiro^{100 101}.

Mas é ao exemplificar a incidência de interpretações extensivas, que encontramos no Código Penal de 1940, que o doutrinador Nucci demonstra sua tez de pesquisador das Ciências Jurídicas:

a) art. 172 (duplicata simulada), que preceitua ser crime ‘Emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado.’ Ora, é natural supor que a emissão de duplicata quando o comerciante não efetuou a venda alguma também é crime, pois seria logicamente inconsistente punir quem emite o documento em desacordo com a venda efetiva realizada, mas não quando faz o mesmo, sem nada ter comercializado. Assim, onde se lê, no tipo penal, ‘venda que não corresponda à mercadoria vendida’, leia-se ainda ‘venda inexistente’;

b) no caso do art. 176 (outras fraudes), pune-se a conduta de quem ‘tomar refeição em restaurante (...) sem dispor de recursos para efetuar o pagamento’, ampliando-se

TELES, Ney Moura. In: *Direito penal : parte geral : arts. 1º a 120, volume 1 / Ney Moura Teles*. São Paulo : Atlas, 2004. p.147.

⁹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal : parte geral : parte especial / Guilherme de Souza Nucci*. – 2.ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 122.

⁹⁹ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Op. cit.* p. 39.

¹⁰⁰ Artigos do Código Penal e Código de Trânsito Brasileiro, respectivamente citados, *in verbis*:

Art 121 do CP. Matar alguém: [...] § 5º - Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

Art. 129 do CP. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: [...] § 8º - Aplica-se à lesão culposa o disposto no § 5º do art. 121.

Art. 302 do CTB. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Art. 303 do CTB. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor: Penas - detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

¹⁰¹ Neste sentido também, podemos nos guiar pela lição de Fernando Capez: “**Perdão judicial**. Não menciona a nova lei a possibilidade de aplicação de perdão judicial, sendo certo que o art. 291, *caput*, refere-se apenas à possibilidade de aplicação subsidiária das regras gerais do CP, em princípio, não abrangem o perdão judicial. No entanto, na redação originária constava a possibilidade de sua aplicação, dispositivo que acabou sendo vetado (art. 300), sob o fundamento de que o CP disciplina o tema de forma mais abrangente. As razões de veto, portanto, demonstram que o perdão judicial pode ser aplicado também aos delitos da lei especial.” In: CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, volume 2 : parte especial : dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. (arts. 121 a 212) / Fernando Capez*. 5.ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Saraiva, 2005. p. 79.

o conteúdo do termo `restaurante` para abranger, também, boates, bares, pensões, entre outros estabelecimentos similares. Evita-se, com isso, que o sujeito faça uma refeição em uma pensão, sem dispor de recursos para pagar, sendo punido por estelionato, cuja pena é mais elevada;

c) na hipótese do art. 235 (bigamia), até mesmo pela rubrica do crime, percebe-se ser delituosa a conduta de quem se casa duas vezes. Valendo-se da interpretação extensiva, por questão lógica, pune-se, ainda, aquele que se casa várias vezes (poligamia).

Nas hipóteses mencionadas nas letras *a* e *c*, a interpretação extensiva pode prejudicar o réu, enquanto na situação descrita na letra *b* pode beneficiá-lo. Mas isso é indiferente, pois a tarefa do intérprete é conferir aplicação lógica ao sistema normativo, evitando-se contradições e injustiças¹⁰².

Professor Nelson Hungria, apesar de vetar a utilização de analogias incriminatórias, também reconhecia o critério de interpretação extensiva como válido e nos brindou, com alguns exemplos. Segundo ele, haveria de utilizar-se o exegeta de tal recurso quando “o intérprete tem de ampliar o sentido ou alcance”¹⁰³ da norma para fazer “as palavras da lei corresponderem ao espírito desta”, situações claras de necessidade da interpretação extensiva se configuravam nos seguintes casos:

1º) Poligamia (vários casamentos), deveria ser abarcado pelo tipo penal incriminador do delito de bigamia (art. 125 do CP, no texto original de Hungria e hoje art. 235 do CP);

2º) Rapto (art. 219 do CP, no texto original de Hungria, hoje revogado em todas as suas variações pela lei nº 11.406 de 28-3-2005), “sem outra distinção que a referente aos meios executivos, compreende não só o rapto *per abductionem* (com remoção da vítima de um lugar para outro) como o rapto *per obsidionem* (com arbitrária retenção da vítima em lugar onde fora por sua livre vontade)”¹⁰⁴;

3º) Crimes de perigos (art. 130 e subsequentes do CP atual), “quando um fato é incriminado por criar uma *situação de perigo* também o é, não obstante o silêncio da lei, quando cria uma *situação de dano efetivo* (crime exaurido).

¹⁰² NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. Cit.* p. 121.

¹⁰³ HUNGRIA, Nélson. *Comentário ao Código Penal*: vol.1 T.1. *Op. cit.*: p.81.

¹⁰⁴ Idem. *Op. cit.*: p.81.

2.3.2.3.1 Considerações sobre as interpretações analógicas

Não há consenso sobre a natureza jurídica da analogia em seara penal. Francesco Ferrara descreve-a como sendo forma de interpretação *lato senso*, eis que dependeria e estaria vinculada a própria lei¹⁰⁵. Já o também eminente professor italiano Giulio Battaglini não a reconhece forma de interpretação, vez que o exercício interpretativo analógico só existe por carência de norma posta, segundo Battaglini, seria “impossível interpretar uma norma inexistente”¹⁰⁶. Acreditamos pois, que sua natureza seja a de exercer uma forma de auto-integração da lei para suprir lacunas porventura existentes. Não há que se confundir, portanto, a analogia com a interpretação extensiva, enquanto nesta aplica-se a mesma disposição a casos semelhantes e não previstos positivamente, naquela aplica-se a o texto da norma, mas subentendendo-se uma amplitude que abarque o caso analisado.

Há hodiernamente, um movimento de orientação mundial quase que uníssono com relação a utilização de analogias na interpretação de matérias penais, como já discutidos em debates internacionais pelo mundo. Assim foi decidido em Paris por ocasião do IV Congresso Internacional de Direito Penal de 1937; em Buenos Aires, no I Congresso Latino-americano de Criminologia de 1938 e em Santiago do Chile no ano de 1963, onde se tentou redigir uma codificação penal comum ao continente sul-americano. Apesar de contar com brilhantes penalistas latinos e alguns juristas do “velho continente”, inclusive com a participação de nossos mestres Heleno Fragoso, Basileu Garcia e do próprio Nelson Hungria, lograram como findo esforço uma ínfima declaração de princípios. Tal documento apontava como único consenso entre as nações participantes a abolição da analogia *in malam partem*¹⁰⁷.

Não é nossa proposta discorrermos sobre a adoção da analogia *in bonam partem* ou *in malam partem*, para benefício ou incriminação de um hipotético acusado. Há que se admitir que, sendo ferramenta hermenêutica de interpretação, a analogia - mesmo em matéria penal - não pode ser alijada do processo de integração e interpretação do Direito como um todo. Se

¹⁰⁵ FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. trad.: Manuel Domingues de Andrade. 3. ed. Coimbra : Armênio Amado, 1978. p. 164 a 174.

¹⁰⁶ BATTAGLINI, Giulio. *Direito Penal: Parte Geral*. Trad. de Paulo José da Costa Jr. e Ada Pellegrini Grinover. São. Paulo: Saraiva, 1964. p.61.

¹⁰⁷ Matéria não assinada. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. Universidade do Estado da Guanabara. Notas e informações. Ano I, nova fase. Rio de Janeiro: 1964. p. 145 a 152.

assim o fizermos, correremos o risco de ignorarmos a inexorável natureza do ser humano pela busca do conhecimento, da real natureza do que nos cerca.

Devemos novamente nos render a sapiência das palavras do professor Giuseppe Bettiol, que assim ponderou sobre a interpretação analógica:

[...] podemos concluir que a proibição de uma interpretação analógica em matéria penal não deve ser entendida em sentido absoluto, como se se devesse negar às normas penais a capacidade de adaptar-se aos multiformes casos da vida. O ordenamento penal não é uma rede inflexível de normas que detêm o fluxo da vida mas, pondo-se de lado as normas penais incriminadoras, todas as demais possuem sempre uma dose de 'elasticidade', sem a qual não seria possível uma ativa jurisprudência. Também em matéria penal, no campo das eximentes, pode-se e deve-se remontar aos princípios informadores das normas particulares ou dos grupos de normas.¹⁰⁸

Há que se abster, o exegeta, da tentativa de interpretar todos os ramos do Direito como se um só fosse. Não nos furtamos a realidade de que, não se pode bem interpretar um determinado ramo do Direito se não respeitamos sua sistemática e princípios próprios. Soluções alienígenas, encaixadas a *fórceps* oriundas de outros ramos (e, principalmente do direito comum privado), resultariam em inimagináveis prejuízos e injustiças, se adotados e aplicados ao sistema penal brasileiro. Porém, se os dogmas jurídicos forem tratados como algo flexível e liberal com relação às benignidades aos acusados, e, os princípios garantistas constitucionais tornarem-se algo intocável de modo a formar uma armadura impenetrável ao *jus puniendi* do Estado, estaremos diante de um verdadeiro óbice ao labor investigatório, processual e acusatório, correndo o risco de envenenarmos toda uma sociedade pela permissividade e impunidade.

¹⁰⁸ BETTIOL, Giuseppe. *Op. Cit.* p. 146.

3 - LACUNAS DA LEI NO DIREITO PENAL

Não se diferencia, o Direito Penal, dos demais ramos do direito quando da constatação da existência de lacunas. Tanto que a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 4º, admite, na falha ou omissão da lei, a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito quando necessário.

Lato senso “lacuna” seria um estado de coisas – situação hipotética -, que não poderia ser regulada pelo ordenamento, não se podendo afirmar se pertence ou se deve pertencer a ele. Já em 1956 o jurista alemão Karl Engisch lança sua primeira edição da “Introdução ao Pensamento Jurídico” e conceitua lacuna normativa como sendo uma “incompletude insatisfatória no seio do todo jurídico”¹⁰⁹. A incompletude é um todo não findo, uma falta, uma insuficiência que não deveria ocorrer ou ter ocorrido, dentro da totalidade de sistema positivado.

O autor que melhor personificou o “normativismo”, Hans Kelsen, simplesmente desacreditava na existência de lacunas na lei. Para Kelsen, se determinada pretensão não encontrava regulamentação em preceito normativo posto, significava que, *a priori*, tal pleito era irrelevante ao direito; o pensamento kelsiano apregoa que as lacunas da lei não passam de “uma ficção utilizada pelo legislador com a finalidade de limitar o poder de interpretação dos tribunais quando este constata uma ‘falta’ de norma jurídica dentro do sistema”¹¹⁰. Destarte, segundo o autor, não haveria lacunas no Direito, pois neste haveria sempre de encontrar-se o fundamento de uma decisão judicial, de forma que a suposta “lacuna” denominava-se “regra negativa”¹¹¹, consubstanciando uma pretensão juridicamente irrelevante.

Também, Ulrich Klug negava a existência de lacunas no ordenamento jurídico, face à existência de uma norma fundamental, derivada de disposições particulares, que permite tudo o que não é proibido ou limitado por norma expressa ou por princípio implícito no sistema

¹⁰⁹ ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico / Fundação Calouste Gulbenkian*. 3ª ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1964. p.223.

¹¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 3ª edição, Coimbra, 1974, p. 341.

¹¹¹ Kelsen apóia-se no fundamento de que o que não está proibido, é permitido, descrevendo tal situação como “regra negativa” ou, em outras obras doutrinárias como “liberdade jurídica negativa”. KELSEN, Hans. In: *Teoria Pura do Direito. Op. cit.* p. 338 e 339.

jurídico positivo. Porém o autor admite a existência do “domínio vazio do Direito”¹¹², onde se situariam os fatos intencionalmente não regulados pelo legislador. Ao deixar de normatizar positivamente uma situação hipotética, o Poder legislativo o faria em *animus* de caráter proposital, que encerraria em si razões específicas: consciência da deficiência de técnica legislativa, compreensão de não regular desde logo uma matéria, noção das imprevisibilidades de todas as situações que envolvam o tema desde a elaboração da lei até possíveis interpretações ab-rogantes.

Os autores que defendem a existência das lacunas, subdividem-se naqueles que crêem em lacuna na lei ou lacuna formal e, os que admitem além daquela, lacuna no próprio direito, ou seja, lacuna material.

Dentre os adeptos unicamente da teoria que admitem a lacuna formal estão Serpa Lopes¹¹³, Karl Engish¹¹⁴ e Karl Larenz¹¹⁵, entre outros. Os autores ora citados acreditam existir unicamente lacunas formais; vez que a analogia, costumes, equidade e princípios gerais de direito, seriam aptos a regular os casos fáticos não previstos expressamente, e ilidindo a possibilidade de que de magistrados atuem como legisladores. Crêem também na impossibilidade humana do legislador de prever todos os fatos concretos da vida, embora isto não signifique a existência de lacunas no Direito, o que representaria em tese, uma falha na totalidade jurídica do sistema. O que seria inadmissível. A solução esperada seria a integração por meio de uma, ou, reiteradas decisões judiciais que a integrem a norma jurídica.

Há ainda os autores que defendem a possibilidade de lacunas materiais no direito positivo, e que seriam supridas somente com a livre interpretação do Direito, tal qual doutrinada por Hermann Ulrich Kantorowicz e Eugen Erhlich, ou pela livre investigação científica do direito como defendida por François Geny¹¹⁶.

3.1 Superação das lacunas da Lei

¹¹² KLUG, Ulrich. In: *Observations sur le problème des lacunes en Droit, Le Problème des Lacunes en Droit*. Bruxelas : Chaim Perelman, 1968. p. 85 e 86.

¹¹³ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. p. 181.

¹¹⁴ ENGISH, Karl. Op. cit. p. 227.

¹¹⁵ LARENZ, Karl. In: ENGISH, Karl. Op. cit. p. 286.

¹¹⁶ GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução à ciência do direito*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p.143.

Quando ao exercer sua atividade o operador do direito no caso concreto, deparar-se com a ausência de previsão legal, estaremos diante da denominada lacuna de lei.

Na prática forense se um magistrado não alcança, seja pelas normas postas, seja pelos meios tradicionais de interpretação da lei - inerentes a cada ramo específico de sua matéria-, uma decisão aceitável ao caso concreto, há que se servir de outros meios para a solução da ação proposta à apreciação do Judiciário, pois não pode deixar prestar jurisdição legal alegando inexistência de direito (artigo 4º de LICC e outras normas correlatas)¹¹⁷. Mas, especificamente, em matéria penal podemos dizer que a pretensão existe, ou é procedente em parte, ou simplesmente não existe.

Nisto consiste então o exercício de integração que obraria no sentido sanar a lacuna da lei. A *Integração* proposta por von Savigny, nestes moldes, seria a legitimação do Poder Judiciário em resposta a omissão do poder legislativo, suprindo essa lacuna, e criando uma “lei” que respeite a constituição (vide capítulo anterior item 3.3.2.1 - Interpretação segundo o interprete ou quanto ao sujeito). Negamos, categoricamente que haja, nestes casos, interferência do Poder Judiciário nas atribuições privativas do Poder Legislativo, antes disso, deve-se ter em mente que a objetividade da prestação jurisdicional exarada pelo magistrado ao “elaborar” norma para promover a concretização do direito aplicável ao caso concreto, é, observando, claramente, o respeito ao mandamento magno, de buscar na própria Lei Máxima, os fundamentos para a concretização de norma que carecia de uma regulamentação.

Elucidativa é a lição do Professor da Universidade Estadual de Londrina, Sergio Alves Gomes, membro da magistratura e doutor pela PUC de São Paulo:

[...] aplicar o Direito, em um Estado de Direito Democrático, significa aplicar antes de tudo a Constituição. Diante desta, todos os poderes constituídos e demais leis devem se curvar. E para aplicá-la deverá o juiz interpretá-la, segundo os ensinamentos, princípios, da hermenêutica constitucional, entendida como especialidade da hermenêutica jurídica. Ao adotar como meta a aplicação dos princípios e regras constitucionais e dos princípios da hermenêutica jurídica constitucional, o magistrado muito se distancia daquela postura de falsa “neutralidade” tão ao gosto da escola de exegese, para se tornar um autêntico concretizador dos valores que são, ao mesmo tempo, os fundamentos e objetivos do Estado de Direito Democrático. Sob a égide dos princípios que orientam este, o Juiz torna-se um importante sujeito ativo na aplicação e elaboração do Direito, ou seja, um efetivo participante da construção de uma sociedade autenticamente

¹¹⁷ Art. 126 do Código de Processo Civil, redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973; *in verbis*: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”; e Art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal Brasileira de 1988, *in verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito;”

democrática. É óbvio que tal atitude não é simpática aos inimigos da democracia. A estes, nada melhor que juízes autômatos, dóceis ou indiferentes aos caprichos e desmandos deles. Felizmente, a consciência democrática vem produzindo cada vez mais, dentro e fora da magistratura, uma mentalidade renovadora do papel do juiz na sociedade e dos relevantes escopos desempenhados no correto exercício do poder que este exerce. Isso vem ensejando o engrossar das fileiras dos magistrados que, prudente e inteligentemente, vão abrindo espaços à verdadeira justiça, [...] ¹¹⁸.

Da inteligência das normas e princípios supra citados, há que se concluir pela existência das lacunas, vez que a própria lei a reconhece e nos orienta no sentido de supri-las. Doutrinariamente é pacífico o entendimento de que os expedientes integrativos aqui expostos apresentam-se e não de ser utilizados de forma hierárquica, sendo vedado ao exegeta utilizá-los ao seu bel prazer e de forma indiscriminada ¹¹⁹. A ordem prescrita em lei deve ser seguida e respeitada; segundo o art. 4º da LICC: analogia, os costumes e os princípios gerais de direito; e, segundo as orientações doutrinárias a equidade. Nesta ordem. Destas, duas poderosas ferramentas integração ainda não foram tratadas, quais sejam: os princípios gerais do Direito e a equidade, mas o serão em sequência.

3.1.1 Princípios Gerais do Direito como ferramenta de Integração

¹¹⁸ GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.59 e 60.

¹¹⁹ Neste sentido, se faz útil ao estudo hermenêutico do Direito Penal, os critérios constitucionais e tributários que traduzem a síntese do Direito Público e suas as regras de integração. Nos é novamente conveniente, relembrarmos o caráter essencialmente patrimonialista da cultura jurídica romana e por consequência a luso-brasileira, de forma que encontramos no artigo 108 do Código Tributário Nacional uma emblemática formula de aplicação da integração em Direito Público, in verbis: “Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: I - a analogia; II - os princípios gerais de direito tributário; III - os princípios gerais de direito público; IV - a equidade.

§ 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

§ 2º O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.”

Fica assim estabelecida pelo legislador a “integração da legislação tributária”, que tem lugar quando da inexistência de norma expressa que verse sobre matéria de lide proposta. Fica patente a significação do vocábulo “Integrar” em uma acepção cognitiva de compor, completar, tornar inteiro. A percepção do legislador de sua incapacidade de onisciência para prever todos casos concretos possíveis, faz com que ele abra azo a expedientes integrativos, o que não seria alcançado por trabalhos intelectivos de simples interpretação extensiva. Deve-se então, suprir as lacunas mediante a utilização, taxativa e estritamente - *numerus clausus* - na ordem em que são descritos pelo art. 108 do CTN, de um dos métodos ali descritos. Em suma, se o operador do direito, vê-se diante de norma expressa que permita a solução de um caso concreto, mesmo que parcialmente, pode utilizar-se das interpretações restritivas ou extensivas. Doutra feita, quando está diante de ausência de norma expressa, há que se utilizar a integração. Obter-se-i-a, mediante o disposto em lei, o seguinte roteiro:

1º – Aplica-se a integração por analogia;

2º – Em seguida tenta-se aplicar os princípios gerais de Direito Tributário;

3º – Os princípios gerais de Direito Público;

4º – Por último recurso, deve-se lançar mão da equidade.

A última hipótese listada pela Lei de Introdução do Código Civil e, respectivamente o segundo e terceiro recurso indicado pelo art. 108 do CTN, dão oportunidade ao pesquisador da norma em pleitear, ou aplicar, o direito dentro do espectro de competência dos princípios gerais de direito¹²⁰. Para Aristóteles, princípios seriam a fonte, causa do fim da inércia, e por consequência balizador dos fenômenos sociais; doutra opinião, Cícero, descrevê-lo-ia como sendo a chave para resolver celeumas jurídicas nunca dantes analisadas¹²¹, dentro do conjunto da codificação romana.

Conceitualmente, os princípios gerais de direito seriam enunciações normativas de aplicabilidade de caráter genérico, que orientariam a compreensão e aplicação dos ordenamentos jurídicos e elaboração de novas normas, ou seja, tais princípios supririam as omissões existentes na lei valendo-se de princípios já contidos expressa ou implicitamente nas normas já existentes. Deocleciano Torriero Guimarães afirma que seriam critérios de grandeza superior, por vezes “não escritos”, e seriam próprios e presentes em “cada ramo do Direito”¹²²; e nos brinda com exemplos normativos da influência desses princípios, dentre eles o da reserva legal contido no art. 1º do CP¹²³.

Suas origens não encontram entendimento pacífico entre os doutrinadores pátrios e internacionais. Os racionalistas, como Georgio Del Vecchio, comungam as clássicas teorias do pensamento antigo, donde os princípios nasceriam da constatação do direito natural. Corrente avalizada e defendida por notórios pensadores como Espínola, Brumetti e Zeiller, e recepcionada pelo Código Civil espanhol e austríaco, que, em seus respectivos nos artigos 6º e 7º, definem dos princípios gerais do direito como sendo expressão do direito natural¹²⁴.

Outro entendimento é defendido por Clóvis Beviláqua e Bianchi, que consideram os princípios gerais de direito, “estes princípios são formados pelos elementos fundamentais da cultura jurídica em nossos dias”. Essa corrente doutrinária atribui uma tez universal a tais princípios, fundamentados na ciência e pela filosofia do direito, e segundo a professora Diniz:

[...] os princípios gerais de direito não são preceitos de ordem ética, política, sociológica ou técnica, mas elementos componentes do direito. São normas de valor genérico que orientam a compreensão do sistema jurídico, em sua explicação e

¹²⁰ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. v. 1 São Paulo: Max Limonad, 1952. p.605 e 606.

¹²¹ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. 4.ed. São Paulo : Editora Saraiva, 1997. p.221.

¹²² GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. Op. cit. p.455 e 456.

¹²³ Art. 1º do Código Penal, redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho 1984; *in verbis*: “Não crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

¹²⁴ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. Op. cit. p. 214 a 217.

integração, sendo que algumas são de tamanha importância que são expressamente contidas em lei¹²⁵.

Melhor definição é encontrada no estudo de Beviláqua que, em sua “Teoria Geral do Direito...”, lhes atribuindo papel de fonte subsidiada do Direito onde preconiza:

“[...] as regras mais gerais que constituem o fundamento da ciência e da arte do direito; não somente os princípios que dominam o direito nacional, como ainda o conjunto dos preceitos essenciais, que servem de expressão ao fenômeno jurídico¹²⁶”.

Ao depararmos com tal pluralidade de percepções sobre o tema, deve-se concluir como peculiaridade própria destes, a multifaciedade de suas conceituações sobre a natureza dos princípios gerais de direito, considerando-a entre as conjugações das várias correntes doutrinárias encontradas. Podemos determiná-lo como: a tradução às aspirações jurídicas legítimas de uma sociedade, que, tem seu berço e está contido nas entrelinhas de suas normas e tendo a função de completar tais normas do Direito Positivo, vez que não lhe é mister substituí-lo ou retificá-lo.

Em suas funções de ordem prática, demonstra-se como método da investigação e aplicação de suas próprias regras, de forma a nortear suas possibilidades de aplicação prática. Utilizamo-nos dele quando tentamos subsumir se um princípio é pertinente a um caso concreto e específico, de modo que atendamos as suas próprias orientações principiológicas. Deve o aplicador do direito fazer uso gradativo de seus preceitos, e ascender por indução, da idéia em foco para outra mais elevada, abstraindo do que há nelas de particular, prosseguindo em generalizações crescentes e sucessivas até obter a solução¹²⁷.

3.1.2 Equidade como ferramenta de Integração

Há muitas e variadas formas de abordagem sobre o tema “equidade”, outros tantos seriam os conceitos difundidos no concernente ao significado do vocábulo. Adotamos o

¹²⁵ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. Op. cit . p.190 e 198.

¹²⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955. p.36.

¹²⁷ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. Op. cit . p.202

conceito do dicionarista que a designaria, hodiernamente, como sendo um dos componentes da justiça, tornando-a para tal entendimento sinônimo de igualdade, onde o conceito de justiça seria fundamentado em igualdade, “na conformidade do próprio princípio jurídico e em respeito aos direitos alheios”¹²⁸.

No que tange a matéria, é prudente que nos socorramos à Aristóteles, segundo o qual a equidade faria parte da idéia de justiça, indo além da letra fria da lei ao procurar assegurar-se de que o espírito da lei seria aplicado. O filósofo defenderia então, a equidade, como a norma aplicada pelo julgador quando cotejada em face de um hipotético “caso individual”, ou seja, é a justiça do caso particular, destinando-se a abrandar, mitigar, o rigor excessivo da lei positiva através do bom senso. Para tanto, exemplifica a possibilidade de aplicação da equidade, comparando-a a um engenhoso instrumento de geometria de sua época:

“ [...] o eqüitativo, embora seja melhor que uma simples espécie de justiça, é em si mesmo justo, e não é por ser especificamente diferente da justiça que ele é melhor do que o justo. A justiça e a eqüidade são portanto a mesma coisa, embora a eqüidade seja melhor. O que cria o problema é o fato de o eqüitativo ser justo, mas não o justo segundo a lei, e sim um corretivo da justiça legal. A razão é que toda lei é de ordem geral, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nestes casos, então, em que é necessário estabelecer regras gerais, mas não é possível fazê-lo completamente, a lei leva em consideração a maioria dos casos, embora não ignore a possibilidade de falha decorrente desta circunstância. E nem por isto a lei é menos correta, pois a falha não é da lei nem do legislador, e sim da natureza do caso particular, pois a natureza da conduta é essencialmente irregular. Quando a lei estabelece uma regra geral, e aparece em sua aplicação um caso não previsto por esta regra, então é correto, onde o legislador é omissos e falhou por excesso de simplificação, suprir a omissão, dizendo o que o próprio legislador diria se estivesse presente, e o que teria incluído em sua lei se houvesse previsto o caso em questão. Por isso o eqüitativo é justo, e melhor que uma simples espécie de justiça, embora não seja melhor que a justiça irrestrita (mas é melhor que o erro oriundo da natureza irrestrita de seus ditames). Então o eqüitativo é, por sua natureza, uma correção da lei onde esta é omissa devido à sua generalidade. De fato, a lei não prevê todas as situações porque é impossível estabelecer uma lei a propósito de algumas delas, de tal forma que às vezes se torna necessário recorrer a um decreto. Com efeito, quando uma situação é indefinida a regra também tem de ser indefinida, como acontece com a régua de chumbo usada pelos construtores em Lesbos; a régua se adapta à forma da pedra e não é rígida, e o decreto se adapta aos fatos de maneira idêntica”¹²⁹.

¹²⁸ *Dicionário técnico jurídico / organização Deocleciano Torrieri* Guimarães. Op. Cit. p.537. [...] É compreendida como a equidade de que nos falam os romanos: *jus est ars boni et Aequi*. E o bom, que vem do que é direito, está na *reta razão* ou na razão direita, pode ter complemento na *razão absoluta* ou no que é eqüitativo. É um abrandamento ou a benigna e humana interpretação da lei, para sua aplicação.

¹²⁹ Aristóteles, “Ética a Nicômaco”. in: *Coleção Os Pensadores*, vol. 3, Editora Nova Cultural, São Paulo, 1996. p.212 e 213.

Os casos de aplicação do princípio da equidade, fundamentando julgamentos são raros e pouco aceitos na doutrina brasileira, de forma que, os autores pátrios são cautelosos quanto ao julgamento por equidade. Sua aplicabilidade é restringida também por norma¹³⁰ e sua aceitação ou vedação encontram normativos por todo o ordenamento jurídico nacional. Exemplos:

- a) art. 1.075, IV, do CPC, ao autorizar aos árbitros para julgarem por equidade;
- b) art. 1.100, VI, do CPC, ao cominar nulidade para o laudo arbitral proferido por equidade sem autorização;
- c) art. 1.095, II, do CPC ao erigir como requisito essencial do laudo a menção de que foi a decisão proferida por equidade;
- d) art. 1.109, do CPC ao dispensar o juiz, quando decidir no procedimento especial de jurisdição voluntária, de observar o critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.
- e) art. 8º da CLT¹³¹, julga-se com equidade sempre;

Dessa forma, também entende reiteradas decisões do STF: “a melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças (STF, Ciência Jurídica, 42:58)”¹³².

Torna-se claro do até aqui examinado, que a equidade não é somente um simples método ou técnica de interpretação, mas sim um pressuposto lógico da atividade interpretativa, haja vista que, se a finalidade do Direito é a realização concreta da Justiça, toda interpretação de suas normas deve respeitar esse fundamento teleológico, ou seja, ser

¹³⁰ Art. 127 do Código de Processo Civil, *in verbis*: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

¹³¹ Art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, *in verbis*: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

¹³² DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 2004. p.178.

eqüitativa de maneira a tender para o justo e correto. *Aequitas sequitur legem*¹³³, nunca contrariando a lei.

No campo do Direito Penal Brasileiro não há guarida para a aplicação da equidade, uma vez que isto poderia trazer sérias conseqüências face a subjetividade de sua interpretação a cada caso concreto.

3.2 Direito Natural

A tentativa de compreensão das lacunas da lei e, principalmente a tentativa de supri-las passa por uma justificativa de cunho natural. Poderia a norma positiva, enquanto pretender-se vigente e eficaz, ir de encontro a própria natureza humana?

O Direito Natural ou jusnaturalismo foi e é a corrente jurisfilosófica que objetiva fundamentar um direito justo. Em seus primórdios, baseado em representações primitivas da ordem legal originalmente divinas e, posteriormente, utilizou-se de cunho lógico-racional de origem natural inerente ao homem. Historicamente os primeiros a se manifestarem neste sentido foram os sofistas que personificavam em Heráclito, e sua cosmologia, a idéia de que as leis dos homens estariam subordinadas as leis do Cosmo, suas afirmações filosóficas de explicação a origem e sujeição *erga omnes* firmavam-se nesta onipotência do *logos*¹³⁴; desta linha de pensamento denominada “Escola Jusnaturalista” também surgiram Aristóteles, Sócrates, Platão e posteriormente Cícero¹³⁵ que levou tais ensinamentos a Roma. Sequencialmente na linha do tempo, surgiram os estóicos, que afirmavam ser o Direito Natural imutavelmente ligado à lei da razão; sendo o homem, como parte do *logos* (natureza), uma criação essencialmente racional, Zenon foi seu fundador.

¹³³ *Dicionário técnico jurídico / organização Deocleciano Torrieri* Guimarães. *Op. Cit.* p.537. [...] A eqüidade acompanha a lei [...].

¹³⁴ MENDONÇA, Jacy de Souza. *Introdução ao estudo do direito* / Jacy de Souza Mendonça. São Paulo : Editora Saraiva, 2002. p.34. [...] a suprema virtude e a verdadeira sabedoria consistem em obedecer, nas palavras e atos, a este *logos* universal, isto é, à natureza.

¹³⁵ CAVALLIERI FILHO, Sergio. *Programa de Sociologia*. Rio de Janeiro : Forense, 2001. p.1. Ensina-nos o professor Cavallieri Filho: [...] O direito é um conjunto de idéias ou princípios, eternos, uniformes, permanentes, imutáveis, ou outorgados ao homem pela divindade, quando da criação, a fim de traçar-lhe o caminho a seguir e ditar a conduta a ser mantida.

A contribuição da Idade Média, neste campo, nos foi ofertada por meio das obras do frade dominicano e teólogo italiano Tomáz de Aquino, que em sua *Summa Theologica*¹³⁶ firmava as bases do Direito Natural consubstanciadas nas seguintes afirmações: I - Lei Eterna: a lei Eterna é a razão divina que governa o mundo; II - Lei Natural: A lei natural é o modo como uma ordem cósmica emanada de Deus manifesta-se na criação, que é a criatura dotada de razão (ou seja, o homem). Há um preceito único e genérico do qual a razão deduz todos os outros: *bonum faciendum, male vitandum* (fazer o bem e evitar o mal); III - Lei Humana: A lei humana abrange todos os preceitos particulares derivados das leis naturais que a razão humana consegue inferir em diversas circunstâncias, para enfrentar as diversas situações criadas pelo relacionamento entre pessoas; IV - Lei Divina ou Revelada: A mais alta forma de participação aos homens. A lei divina, enquanto lei revelada, é expressão da lei eterna, e não se confunde nem se identifica com esta.

Também os juristas escolásticos, representados por Hugo Grotius, legaram sua contribuição a ciência jusfilosófica, ao conceberem um Direito não mais fundado na existência de Deus, mas na natureza racional e sociável do homem. Uma natureza igualitária em sua plenitude e extensiva a todos os homens, e da qual decorriam princípios que, em consequência, nenhum poder, divino ou terreno lograria modificar¹³⁷.

A importância das teorias do Direito Natural são de suma importância quando se lhe atribuímos sua justa colaboração ao nortear as devidas imposições axiológicas às Ciências Jurídicas, em especial no que se refere as necessidades humanas dos atores da lide penal. Seus questionamentos permitiram um sistemático estudo dos valores jurídicos que indicaram um rumo às discussões atinentes a justiça e aos princípios balizadores de um direito pretensamente justo¹³⁸.

Não obstante a suas vitórias, teve também o Jusnaturalismo seus fracassos nesta busca da delimitação de um Direito justo; não são satisfatórios seus fundamentos e propostas em fixar as fronteiras entre o que é de direito, o que seria legítimo e o que representaria a expressão de justiça em face dos dois primeiros valores. Por ser essencialmente ligado ao mito, ou seja, por lastrear-se em postulados metafísicos sua epistemologia jurídica mostrou-se

¹³⁶ TOMÁS, de Aquino, Santo. In: *Summa Theologica*, I, XCVI, 4. *Escritos Políticos de Santo Tomás de Aquino*. Petrópolis : Editora Vozes, 1995.

¹³⁷ LIMA, Hermes. In: *Introdução à Ciência do Direito*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2000. p.210.

¹³⁸ CASTRO, Auto de. *A ideologia jusnaturalista: dos estóicos à O.N.U.* Salvador : S. A. Artes Gráficas, 1954. p.28.

frágil frente aos questionamentos da teoria do conhecimento. E, mesmo que entre seus defensores hajam ateus declarados, seus alicerces de ordem quase que exclusivamente morais mostram-se inconsistentes frente a velocidade das inevitáveis mudanças axiológicas inerentes as civilizações.

3.2.1 Direito Natural e as lacunas da Lei

A percepção, se estudarmos mesmo que superficialmente, de que as doutrinas Jusnaturalistas carregam em seu cerne uma carga de sentimentos e reivindicações de cunho moral é inevitável, não ignorando que também são precursoras de avanços jurídicos. Nota-se também, que a aceitação do Direito Natural implica imperiosamente no comprometimento ideológico de seus adeptos em determinadas categorias de valores, muito mais que a efetivamente na materialização deles.

O lume humanista libertário de igualdade fraternal, foi o refrão que embalou a luta do povo francês contra o absolutismo e sua “Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão”¹³⁹. A mesma retórica foi utilizada por ocasião da Confederação da Filadélfia, quando da elaboração da Constituição norte-americana. Seguindo a mesma lógica, e concretizando os anseios da sociedade brasileira que emergia de um “Estado de Exceção”, o poder constituinte de 1987/88, positivou pensamentos de teor semelhantes e levou ao *status de cláusulas pétreas* os direitos e garantias individuais.

Ora, nos deparamos novamente sob a dúvida do início do item anterior (Poderia a norma positiva, enquanto pretender-se vigente e eficaz, ir de encontro a própria natureza humana?). Porém agora, dotados de subsídios importantes, teremos mais embasamento para respondê-la.

Não. Somos categóricos em afirmar que não.

Vide a polêmica causada pelo pomo da discórdia entre a comunidade científica brasileira, Organizações não-governamentais de apoio a pesquisa (ex.: Movimento em Pról da

¹³⁹ Alguns autores afirmam que os revolucionários de 1789 travestiram-se de súditos do Império Romano ao elaborarem “Os Direitos Universais do Homem e do Cidadão”, pois embora tivessem sido por eles mesmos redigida, teriam eles mesmos, seus signatários, a ignorado logo após sua formulação – vide o Reino do Terror instaurado pelos mesmos revolucionários.

Vida - *Movitae*) e a Igreja Católica. Tramita em julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 de 30.05.2005, que questiona o artigo 5º da Lei 11.105/05, chamada Lei de Biossegurança, *in verbis*:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997¹⁴⁰.

Nesta lide, mais que uma questão de divergência de interpretação da lei penal especial nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997 (Lei de Biosegurança) ou de constitucionalidade da norma objeto da ADIN supra citada, estabeleceu-se um debate de valores axiológicos da mesma grandeza: a vida humana. De um lado pesquisadores, portadores de várias doenças (distrofia muscular, síndrome pós-pólio, atrofia medulares, esclerose lateral amiotrófica e traumatismos neurológicos graves, entre outras enfermidades) e seus familiares e, de outros, segmentos da sociedade que baseiam-se em dogmas morais e religiosos para tornar ilegal a “utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*”.

¹⁴⁰ Art. 15 da Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997; *in verbis*: “Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufera qualquer vantagem com a transação”.

Os argumentos de ambos os pólos litigantes são fortes, e de fundamentos principiológicos naturais e constitucionais, mas seus objetivos são antagonicamente divergentes. As razões que levam pessoas a serem condenadas a uma semi-vida, limitada em recursos físicos, relegada a sofrimentos corpóreos contínuos e perenes por décadas, sob os cuidados – e também do sofrimento – de seus entes (quando os tem) seriam mais importantes que a existência potencial de um ser em formação?

Há a questão jurídica suscitada pela ADIN nº 3510/2005¹⁴¹, a questão ético-teológica sobre a utilização de material humano para pesquisas terapêuticas¹⁴² e a questão científica entre pesquisadores e religiosos sobre quando começa a vida¹⁴³. Este último questionamento, deslindaria o problema, vez que traria lume sobre a inconstitucionalidade do art. 5º e parágrafos, da Lei de Biosegurança e, colocaria primazia do Estado laico em detrimento de convicções religiosas. Porém, os desdobramentos¹⁴⁴, as soluções adotadas para essas questões trarão conseqüências indelévels ao Direito Penal.

¹⁴¹ FONTELES, Cláudio Lemos. Petição Inicial da ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3510, protocolada em 30.05.2005 ao Superior Tribunal Federal. Transcrição de trechos: [...] I – Do preceito normativo impugnado: 1. É o que se faz presente no artigo 5º e parágrafos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 [...] II – Dos textos constitucionais inobservados pelo preceito retro transcrito: 1. Dispõe o artigo 5º, caput, *in verbis*: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:; 2. Dispõe o artigo 1º, inciso III, *verbis*: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IIII – Dignidade da pessoa humana. III – Da fundamentação por Inconstitucionalidade material: 1. A tese central desta petição afirma que a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação.

¹⁴² D'AGOSTINO, Rosanne. *STF decide sobre células-tronco entre a fé e a ciência*. Site Ultima Instância, de 04.03.2008. Disponível em [http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/48206.shtml], consultado em 10 de março de 2008. “**Religião**. A possibilidade promete incitar os lados emocional e religioso inerentes ao caso. A CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil) enviou carta a todos os ministros na qual pede que votem pela inconstitucionalidade da lei. Este ano, o lema da Campanha da Fraternidade é “Escolhe, pois, a vida” — referência à luta da entidade contra temas polêmicos como o aborto e a própria utilização de células-tronco em pesquisas.

A maioria dos 11 ministros do STF é católica, embora nenhum admita que a religião irá influenciar na decisão. Apenas o ministro Menezes Direito é militante e declaradamente contra a utilização de células-tronco em pesquisas. Posição resguardada em razões sólidas e técnicas, garantiram juristas quando tomou posse. O Supremo ainda irá julgar caso semelhante envolvendo o direito à vida, mas alguns ministros já sinalizaram suas posições sobre o tema ao admitirem, em 2005, a ADPF (arguição de descumprimento de preceito fundamental) 54. Nela, discute-se a permissão do aborto no caso de anencefalia.

Os ministros Eros Grau, Cezar Peluso, a atual presidente da Corte, Ellen Gracie, e Carlos Velloso (aposentado) votaram para que nem o mérito da ação fosse julgado. Para eles, o problema deve ser resolvido pelo Congresso, já que ainda não há lei vigente sobre a questão”.

¹⁴³ FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico / Genival Veloso de França*. – 5.ed. – São Paulo : Fundação BYK, 1992. p. 345. “A Moral e o Direito não são freios às conquistas da ciência, mas uma forma conciliatória de harmonizar o progresso tecnológico e científico com os interesses do indivíduo e da comunidade.”

¹⁴⁴ FRANÇA, Genival Veloso de. *Op. Cit.* p. 346. “Não se pode negar que a coletividade esteja diretamente interessada no progresso das ciências, e que todos devem colocar à disposição da pesquisa científica os meios que lhe são indispensáveis. No entanto, é necessário saber sempre se esse interesse não se sobrepõe aos

Para melhor explanação das teses científicas acerca do início da vida, que é o centro desta questão, é imperiosa a necessidade de transcrição de trecho do parecer que instrui a ADIN nº 3510, da lavra de seu propONENTE o então Subprocurador-Geral da República Lemos Fonteles, *in verbis*:

21. A Prof^a. Flavia Piovesan fez registrar que dessa resposta não se eximiu a Suprema Corte americana quando, no caso *Roe v. Wade*, em 1973, a partir do 3º mês de gestação marcou a existência humana: a vida (fls. 203).

22. Mencionada a profa. Flavia Piovesan reproduzo suas palavras a que possa fazer necessário registro, *verbis*:

Sob o prisma da moral católica e cristã, a vida é considerada sagrada desde a concepção. No entanto, reitere-se, não há definição científica sobre o início da vida: se na fecundação, se no momento da implantação do embrião no útero; se com a formação do sistema nervoso; se a partir do 3º mês, como decidiu a Suprema Corte norte-americana no caso *Roe v. Wade* em 1973; ou se apenas com a vida extra-uterina (como, por exemplo, entende o judaísmo). Na própria história do catolicismo, constata-se que São Thomás de Aquino sustentava firmemente que o feto só adquiria alma após determinado lapso temporal – 40 dias para os fetos masculinos e um lapso temporal maior para o feto feminino.

Todas as religiões convergem no absoluto respeito ao valor da vida. Divergem, contudo, na concepção e no sentido da própria vida e no modo como valor intrínseco da vida há ser desenvolvido e potencializado.

Neste cenário, a ordem jurídica em um Estado Democrático de Direito deve manter-se laica e secular, não podendo se converter na voz exclusiva da moral de qualquer religião. Os grupos religiosos têm o direito de constituir suas identidades em torno de seus princípios e valores, pois são parte de uma sociedade democrática. Mas não têm o direito a pretender hegemonizar a cultura de uma Estado constitucionalmente laico.

Vale dizer, a temática objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade há de ser enfrentada sob as molduras constitucionais de um Estado laico, no qual todas as religiões mereçam igual consideração e profundo respeito.

inconvenientes que certamente tais experiências podem trazer ao homem. Mesmo que a sociedade venha a ter interesse sobre determinada pesquisa experimental, não se justifica tal procedimento. Devem-se criar situações em que se equilibrem os interesses da coletividade e do indivíduo em si mesmo”.

Neste contexto, o termo inicial da vida humana é um fato cultural. No dizer de Alberto Silva Franco: 'é o homem quem diz o que é a vida e o que é a morte. E pode ir mudando sua definição desses termos com o transcurso do tempo... a única coisa que se pode exigir é que explicitemos as razões das opções e que atuemos com suma prudência.

Do direito brasileiro não se extrai que o embrião seja considerado forma inicial de vida humana passível de proteção jurídica. O embrião, para o positivismo jurídico brasileiro, não é considerado pessoa, definindo o Código Civil que a personalidade civil é dada após o nascimento com vida. Ainda que a lei coloque a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, faz-se necessário esclarecer que o nascituro é aquele destinado a nascer, implantado em um útero materno.” (fls. 202/204)

23. É certo que sou, por opção religiosa, católico, como muito provavelmente a profa. Dra. Mayana Zatz e o advogado-geral adjunto Shalon Eintoss Granado, que a il. Professora menciona, por mais de uma vez (fls. 236 e 241), devam ter tido formação judaica que, como disse a profa. Flavia Piovesan, entende a vida só no acontecer extrauterino (fls. 203), mas, data maxima venia, do que disse a profa. Flavia Piovesan no trecho retro transcrito, o tema como aqui tratado nada, absolutamente nada, tem de religioso e, portanto, não há qualquer pertinência na argumentação sobre a preservação do Estado laico.

24. O que desenvolvo, e o fiz a partir do item 11 e ss. deste parecer é que:

a) o conceito jurídico do início da vida não se esgota no campo do direito civil.

b) o direito civil, parte do sistema jurídico ordenado, dado o caráter de regulação interpessoal no plano familiar, sucessório e negocial, que lhe é próprio, com coerência estabelece no nascimento com vida da pessoa a aptidão a que as relações interpessoais aconteçam.

c) o direito constitucional, também ocupa-se do tema vida, em perspectiva diversa e fundamental porque ao exigir sua proteção, como inviolável, expressamente no artigo 5º, caput, considera a vida em si e convoca o Supremo Tribunal a definir o momento do início da vida.¹⁴⁵

A identificação sobre em que sede de discussão se encontra a ADIN nº 3510, nos parece a chave da questão: Uma vez que a Constituição não opta por uma ou outra doutrina ou corrente científico filosófica, seria trabalho do Poder Judiciário, em especial do STF, decidir sobre o começo da vida? Tratando-se de tema que repercutirá em importante matéria, como a própria existência e manutenção da vida, não seria mais conveniente debatê-la amplamente entre os vários segmentos da sociedade em sede própria dos embates naturais entre as forças

¹⁴⁵ FONTELES, Cláudio Lemos. Trecho do parecer que instrui a Petição Inicial da ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3510, protocolada em 30.05.2005 ao Superior Tribunal Federal.

políticas e sociais da nação, qual seja, o Parlamento? O Advogado-Geral da União, Dr. Leonardo Henrique Mundim Moraes Oliveira, e o Advogado-Geral Adjunto da União, Dr. Shalom Einstoss Granado, fazem estes questionamentos em informações endereçadas ao Presidente da República e ao Congresso Nacional por solicitação *ex officio* de nº 2685/R, de 14 de junho de 2005 de expedida pelo Ministro Carlos Ayres Britto (relator da ADIn ° 3.510), mas manifestam-se negativamente quanto ao primeiro questionamento e positivamente quanto ao segundo.

Para os nobres advogados militantes, a questão não é jurídico-constitucional como fazem crer o requerente (Procurador-Geral da República) ou os interessados (Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB e outros) em comprovar a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, mas de uma indefinição mais afeta ao campo científico-biológico e de outras áreas do conhecimento humano:

01.1. Posição religiosa

Tese: a vida começaria com a fecundação, ou seja, a formação do zigoto, gerado pelo encontro do espermatozóide com o óvulo, e conseqüentemente dos cromossomos dos referidos gametas. É defendida pela Igreja Católica.

Importante destacar que a denominação de “religiosa” não faz da corrente idéia comum entre as religiões:

“Os judeus acreditam que a vida só começa quando o embrião se agarra ao útero. Entre os evangélicos, há duas correntes principais: uma apóia as pesquisas com embriões porque considera que a vida só começa a partir da formação do sistema nervoso, cerca de duas semanas após a concepção. Outra defende a preservação do embrião desde o encontro do espermatozóide com o óvulo, posição idêntica à da Igreja Católica.” (Matéria: “A Guerra das Células-Tronco”, Jornalistas Cristiane Segatto e Maíra Termero, Revista Época, nº 335, edição de 18/10/2004, p. 103)

01.2. Posição da ciência genética tradicional

Tese: a vida começa com a primeira divisão natural do zigoto, o que ocorre cerca de 01 (uma) hora após a fecundação (a fecundação, por sua vez, ocorre cerca de 02 (duas) horas após o ato sexual).

01.3. Posição da ciência genética moderna

Tese: a vida começa com a nidação. A nidação é a fixação do zigoto (embrião) no útero materno (ou, raramente, em outra parte do corpo da mãe), adquirindo a necessária estabilidade e sustentabilidade para o desenvolvimento. Ocorre de seis a sete dias após a fecundação (grifo do autor).

01.4. Posição da ciência biológica

Tese: a vida começa a partir da 15ª (décima-quinta) semana de gestação, pois até então ocorrem casos de aborto espontâneo. A propósito, a maioria dos países que admitem legalmente o aborto adota este parâmetro temporal para autorização da interrupção do feto.

01.5. Posição da dependência temporal

Tese: a vida começa a partir de determinado tempo de gestação, por se considerar que, até então, a vida do feto, como um ser dependente, estaria em poder da mãe. Adotada na legislação dos Estados Unidos da América (onde o tempo estipulado é de 21 semanas), da Inglaterra, França, Suécia e Itália (onde o tempo estipulado é de 03 meses)¹⁴⁶.

Em hipótese, uma jovem incauta não se previne adequadamente e, seu namorado – não menos descuidado – são responsáveis por uma gravidez indesejada. Tomam conhecimento do fato por meio de um teste de gravidez descartável, adquirido em qualquer farmácia, logo após os primeiros dias de atraso do ciclo menstrual da jovem e, já tendo a certeza da condição gestacional, resolvem de comum acordo que a moça aborte e executam. Em tese, ação se amoldaria, sempre fundamentados no princípio da reserva legal e da taxatividade penal, no crime previsto pelos arts. 124 e 126 do CP¹⁴⁷ sob as nomenclaturas “Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento” e “Aborto provocado por terceiro”, respectivamente para a gestante e seu namorado.

¹⁴⁶ MORAES OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim. Trecho do expediente de informações prestadas pelo Advogado-Geral da União em resposta a solicitação, via ofício nº 2685/R de 14.06.2005, do Ministro Carlos Ayres Britto, relator da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3510, protocolada em 30.05.2005 ao Superior Tribunal Federal, Apud: “Fonte dos itens 01.1 a 01.5: matéria publicada na revista Super-Interessante, ano 15, n.º 04, edição de abril/ 2001”.

¹⁴⁷ Art. 124 do CP, *in verbis*: “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos”. Art. 126 do CP, *in verbis*: “Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos”.

Claro se faz o posicionamento doutrinário nacional, ao considerar o “aborto como a interrupção da gravidez, com a conseqüente destruição do produto da concepção”, nas palavras de Fernando Capez. O próprio professor e representante do Ministério Público paulista explica o crime, e levanta nosso tema primário:

A lei não faz distinção entre óvulo de fecundado (3 primeiras semanas de gestação), embrião (3 primeiros meses) ou feto (a partir de 3 meses), pois em qualquer fase da gravidez estará configurado o delito de aborto, quer dizer, entre a concepção e o início do parto. [...] Problema interessante é o do embrião conservado fora do útero. [...] Na hipótese de embriões mantidos fora do útero, em laboratório, há um vácuo na legislação. [...] Trata-se portanto de fecundação fora do corpo da mulher. Com isso, opera-se a fecundação, após o que óvulo retirado da mulher. Com isso, opera-se a fecundação, após o que o óvulo fecundado é recolocado no útero. Trata-se, portanto, da fecundação fora do corpo da mulher, ou seja, em um recipiente (*in vitro*). Durante esse processo, alguns embriões (óvulos fecundados) não são aproveitados e acabam por não retornar ao ventre feminino, permanecendo armazenados nas clínicas de reprodução, sem destino certo. Trata-se dos chamados embriões excedentários, quais sejam, aqueles que são congelados e não utilizados pelo casal no processo de inseminação artificial, em razão do sucesso da gravidez obtida, ou da desistência do casal. Pois bem. Nesses casos, sua destruição configuraria o delito de aborto? Entendemos que sua eliminação não configura aborto, uma vez que não se trata de vida intra-uterina (o feto está fora de útero) – o Direito Penal não admite analogia em norma incriminadora – nem homicídio, pois o embrião não pode ser considerado pessoa humana. Como não se trata de coisa, não se pode falar em crime de dano, razão pela qual o fato é atípico (pelo mesmo motivo, impossível também o crime de “furto de embrião”). Finalmente, deve-se consignar que não há que se falar em gravidez fora do organismo humano, daí porque não existe interrupção da gravidez e, por conseguinte, aborto, com a destruição de embriões estocados em vidros ou qualquer outro receptáculo.¹⁴⁸

Caso o voto do Ministro Ayres Brito, *sui generis*, for referendado pelos demais ministros na votação da ADIN nº 3.510/2005, teremos uma nova referência para o conceito do início da vida humana, conforme pode se deduzir do teor de seu voto:

Cabe destacar a harmonia do art. 5º da Lei de Biossegurança com o disposto no texto constitucional vigente, o qual não traz a definição do momento inicial da vida humana.

Do mesmo modo, não há na literatura, entendimento pacífico no que se refere à especificação do momento exato do surgimento da vida humana.

Para se ter uma referência jurídica possível destinada a verificar quando a vida humana tem seu início, basta verificar qual critério normativo e cultural destinado a apontar quando a

¹⁴⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, volume 2 : parte especial : dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. (arts. 121 a 212) / Fernando Capez*. 5.ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Saraiva, 2005. p. 108 e 109.

vida termina. Conforme prescreve o art. 3º caput da Lei 9.434/97, a morte encefálica é definida por resolução do Conselho Federal de Medicina. Referido conselho, ao estabelecer que a morte encefálica seja caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, considera que a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale a morte e por via de consequência das funções neurais, assim a vida humana termina. Logo, se a vida humana termina com a cessação da atividade nervosa, podemos concluir que a mesma começa quando se inicia tal atividade. Podemos então afirmar, em face da legislação em vigor, que a vida humana inicia-se quando começa o sistema nervoso, ou seja, a partir do 14º dia de gestação.

Assim, os resultados da votação da ADIN nº 3.510/2005 (que ainda tramita na mais alta corte de guarida a Constituição Brasileira), podem mudar os rumos quanto ao objeto jurídico comum aos tipos penais descritos nos artigos 124, 125 e 126 do Código Penal no que se considera hoje, doutrinária e jurisprudencialmente, a “preservação da vida uterina”. Se o STF adotar qualquer das definições com relação ao início da vida que, não seja a atual (nidação), caberia em tese, o uso do argumento defensivo de “crime impossível por impropriedade absoluta do objeto material”.

A interpretação do art. 17 do Código Penal¹⁴⁹ nos leva a concluir que na hipótese anteriormente proposta (jovem casal que resolve abortar o produto da concepção com poucos dias de gestação, e o faz), a conduta de ambos os envolvidos poderia ser entendida pelo tribunal do júri como crime impossível, uma vez que “inexiste o objeto material sobre o qual deveria incidir o comportamento”¹⁵⁰. Argumento muito elucidativo, para sustentar a atipicidade, caso o STF mude o entendimento do conceito do início da vida. O Doutrinador Delmanto, ao comentar o crime de aborto, menciona que o início da gravidez ocorre com a concepção. O termo latino *conceptio*, significa “a ação de receber”. Prosseguindo em sua exposição Delmanto expõe “diferentes entendimentos” sobre o início da vida e, entre eles, o seguinte:

[...] A vida inicia-se com a implantação do ovo na cavidade uterina, aproximadamente entre 5 a 7 dias após a fecundação, [...] A expressão “desde a

¹⁴⁹ Art. 17 do CP, *in verbis*: “Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”.

¹⁵⁰ JESUS, Damásio de. In: *Crime Impossível e Imputação Objetiva*. Site “Complexo Jurídico Damásio de Jesus” Disponível em: [http://www.damasio.com.br/?page_name=art_005_2001&category_id=35#16t]. Acesso em: 19 ago. 2007.

concepção” utilizada pelo CC equivaleria ao momento que a mãe concebe (recebe) o óvulo fecundado em seu útero; não haveria, assim, vida humana sem gravidez”¹⁵¹.

De tal sorte que, dependendo da decisão prolatada pelo STF nesta matéria, as posições doutrinárias paritárias à ulteriormente mencionadas irão para as *calendas gregas*.

Os próprios julgadores daquele excelso tribunal se aperceberam da importância, gravidade e implicações jurídicas, políticas e sociais que resultarão de sua decisão. Como assim, demonstra a transcrição de partes do voto do Ministro Carlos Ayres Britto:

51. Passa por este ponto de inflexão hermenêutica, certamente, uma das razões pelas quais o sempre lúcido ministro Celso de Mello assentou que a presente ADIN é a causa mais importante da história deste Supremo Tribunal Federal (ao que se sabe, é a primeira vez que um Tribunal Constitucional enfrenta a questão do uso científico-terapêutico de células-tronco embrionárias). Causa cujo desfecho é de interesse de toda a humanidade. Causa ou processo que torna, mais que todos os outros, esta nossa Corte Constitucional uma casa de fazer destino. Pois o que está em debate é mais que a natureza da concepção ou do biológico início do homo sapiens. Mais do que a precisa conceituação jurídica de pessoa humana, da procriação responsável e dos valores constitucionais da saúde e da liberdade de expressão científica. [...]

70. É assim ao influxo desse olhar pós-positivista sobre o Direito brasileiro, olhar conciliatório do nosso Ordenamento com os imperativos de ética humanista e justiça material, que chego à fase da definitiva prolação do meu voto. Fazendo-o, acresço às três sínteses anteriores estes dois outros fundamentos constitucionais do direito à saúde e à livre expressão da atividade científica para julgar, como de fato julgo, totalmente improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade. Não sem antes pedir todas as vênias deste mundo aos que pensam diferentemente, seja por convicção jurídica, ética, ou filosófica, seja por artigo de fé. É como voto.¹⁵²

Independentemente do entendimento de nossa mais alta corte, não há como os juristas, legisladores, religiosos e a própria comunidade científica mundial controlar ou tentar direcionar os avanços tecnológicos e as respectivas lacunas que criarão nas legislações nacionais. Digamos que no futuro exista um útero artificial, e o correspondente mecanismo placentário que realize as necessárias funções fisio-químicas, e que nele seja implantado um embrião humano (o zigoto, concebido) decorrido dois meses, acontece a interrupção dolosa

¹⁵¹ Código Penal Comentado / Celso Delmanto [et al]. – 7. ed atual e apl. – Rio de Janeiro : Renovar, 2007. p.128.

¹⁵² AYRES BRITTO, Carlos. *Voto do Ministro Carlos Ayres Britto com relação a ADIN nº 3510/2005*. Trechos do voto. Disponível em [www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf], consultado em 25 de março de 2008.

desta “gestação” com a eliminação do citado produto da concepção. Neste caso formulamos as seguintes indagações:

1 – A conduta descrita tipificou o crime de aborto?

2 – Digamos que o citado ser tivesse “nascido artificialmente” com vida e dias depois fosse morto por um estranho. Teria ocorrido homicídio?

Ambas as situações não estão previstas em nosso código penal, portanto, estamos diante de uma lacuna da lei, isto porque o “ser” eliminado não estava sendo gerado por mulher (intra-uterino), razão pela qual não podemos tipificar a conduta como aborto. Deve-se, também, afastar a hipótese de homicídio doloso, porque nele a ação nuclear é “matar alguém”, ou seja, o “ser vivo nascido de mulher”.

Há forçosamente de se concluir que, os questionamentos apresentados neste trabalho acerca das lacunas normativas não se esgotam em número ou importância em face do conteúdo abordado. Mas pode sim, servir como instrumento de informação aos que almejam limitar as atuações jurídicas tecnicistas e que vêem no salutar questionamento uma ferramenta para evolução das Ciências Jurídicas.

4 - ENCRUZILHADAS DA CIÊNCIA JURÍDICA PENAL

O presente capítulo tem por objetivo apresentar temas sensíveis a axiologia e hermenêutica, aplicáveis ou concernentes ao direito material penal. *Ubi societas, ibi jus*¹⁵³, já argüiam os praetores latinos da antiguidade. Sabemos que, quando da prática de qualquer ilícito penal, há por pressuposto, uma lesão ao Estado (que foi desrespeitado em sua regra de “não se impingir mal aos seus cidadãos”), este, como Estado-Administração, toma a iniciativa de garantir a observância das leis e recorre ao Estado-Juiz para, no processo penal, fazer valer sua pretensão punitiva. Uma vez que a própria Carta Magna brasileira, em seu preâmbulo, prevê a tutela da liberdade individual de cada indivíduo (*jus libertatis*). Eis que, mostra-se então a importância do questionamento em voga: tanto para corretamente executar o *jus puniendi* do Estado, quanto para servir de argumentação a resistência da pretensão estatal e garantir ao *jus libertatis* do réu.

Os capítulos anteriores demonstraram que, a como qualquer outra ciência, o Direito Penal, é suscetível a teorias diversas que alteram suas regras e forjam as bases que constituem as normas penais. Porém, também elas, as bases principiológicas são ciclicamente questionadas devido a evolução inerente das sociedades humanas.

4.1 Escolher um caminho: Direito Penal justo ou conveniente?

Evolução significa, segundo os entendimentos do dicionarista: “Desenvolvimento ou transformação de idéias, sistemas, costumes, hábitos” e também “conjunto de transformações dos caracteres de espécies animais e vegetais, de geração em geração, levando ao aparecimento de espécies novas”¹⁵⁴. A teoria da Seleção Natural de Charles Darwin¹⁵⁵

¹⁵³ RAVANELLI, Antônio. *Latim Vivo: aforismos jurídicos, expressões consagradas, frases célebres, provérbios, curiosidades*. 3.ed. / Antônio Ravanelli. São José dos Campos : UNIVAP, 2005. p. 208. “Onde há sociedade, há o Direito”.

¹⁵⁴ Vários autores, sem referência específica. In: *Grande dicionário Larousse Cultural da Língua Portuguesa* – Obra parcialmente derivada da “Grande Enciclopédia Larousse Cultural”, verbete *evolução*. Op. cit. p.408.

¹⁵⁵ Seleção natural é um processo da evolução proposto por Charles Darwin e aceito pelo *mainstream* da comunidade científica como a melhor explicação para a adaptação e especialização dos seres vivos como evidenciado pelo registro fóssil. O conceito básico de seleção natural é que características favoráveis que são hereditárias tornam-se mais comuns em gerações sucessivas de uma população de organismos que se reproduzem, e que características desfavoráveis que são hereditárias tornam-se menos comuns. Com o passar do

preconizava que os indivíduos de uma espécie que apresentam maior adaptação e condições de sobrevivência em seu *habitat* têm maiores chances de perpetuar-se. Da mesma maneira o justo, como sinônimo de correto, na prática pode não ser o mais conveniente, mas pode perpetuar-se.

Para entendermos os mecanismos de vigência das normas e, procurarmos em entender o que faz com que as normas, e mesmo sistemas normativos inteiros, venham a ser considerados injustos ou inconvenientes, o status de “fonte primária da lei”, deve-se observar a história do Direito. A história quando observada pelo ângulo da evolução do direito pode ser analisada por uma ótica filosófica, por outra sociológica e como não podia deixar de ser por uma ótica jurídica. É atribuição dos filósofos estudar o Direito segundo seus valores, sob a égide da ética e graduá-los em sua utilidade segundo a axiologia. O estudo do fato em si, sob aspectos antropológicos e seus reflexos nas relações sociais são matérias atinentes aos sociólogos, que quase ignoram os valores que suscitam tais fatos. Já o jurista, que tem como objeto de labuta o Direito, se atem – por via de regra – mais à norma, seus aspectos formais, seus reflexos jurisdicionais e conseqüências jurídicas¹⁵⁶.

Valor, fato e norma. A Teoria Tridimensional do Direito do Professor Miguel Reale remeteu-nos a figura de um tripé onde o direito estaria concreta e firmemente apoiado. Sua lógica é tão claramente concisa, que pode ser aplicada a quase todos os objetos de estudos da área de conhecimento que envolvem as ciências humanas: comunicação (valor = bem de consumo ou idéia vendável; fato = vender o produto; norma = leis de mercado), economia (valor = bens economicamente relevantes; fato = busca pela melhor aplicação dos recursos; norma = regras de convivência econômica). Em fundamentos semelhantes se basearam Franz Von Liszt e posteriormente, Ernest Von Beling, quando em meados do séc. XIX formularam a teoria Naturalista ou Casual do crime; para eles o crime seria culpável (valor moral reprovável), fato típico (infringe norma positivada), e ilícito (fato inescusavelmente passível de sanção).

tempo, esse processo pode resultar em adaptações que especializarão organismos em nichos ecológicos particulares e pode eventualmente resultar na emergência de novas espécies.

¹⁵⁶ ENCARNÇÃO, João Bosco da, 1958 - . Que é isto, o Direito? : introdução à Filosofia Hermenêutica do Direito / João Bosco da Encarnação. 3.ed. São José dos Campos, SP : Stiliano, 2001. p.145 e 146.

Indutivamente, comparamos a culpabilidade¹⁵⁷ ao “valor” da Teoria Tridimensional de Miguel Reale, eis que o conceito do que seria ou não imputável é fruto de um escala de valoração do que nos parece potencialmente apto a delinquir. De tal modo que, se falta ao agente do delito: capacidade de imputação, potencial consciência de ilicitude ou, constata-se inexigibilidade de conduta diversa, não se pode falar em culpabilidade¹⁵⁸; estes três requisitos da culpabilidade são de caráter altamente subjetivos e podem variar seu conteúdo por critérios temporais e espaciais.

O professor João Bosco da Encarnação nos lembra que o conceito de Direito e de Moral sofreram uma ruptura a partir das teorias de Emanuel Kant. Então, mesmo que os valores tenham de ser ampla e socialmente aceitos por uma coletividade¹⁵⁹, para surtirem influências sobre os princípios jurídicos de um sistema normativo são também essencialmente subjetivos. Uma vez que o princípio norteador da norma é o valor, e este é subjetivo, a norma irá refletir a conveniência axiológica de quem legisla, vota e sanciona a norma. Utilíssimo a nosso raciocínio se mostra então, o magistério do Professor Encarnação fundado em Aristóteles:

“A diferença entre ‘justo’ e ‘conveniente’ é que o ‘justo’ deve ser entendido ontologicamente como a prática do verdadeiro. [...] O conveniente, entretanto, é o que interessa ideologicamente para um fim fora de si mesmo e admite o Direito como instrumento da ordem social, se for ela conveniência de todos (aristocracia ou democracia) ou do poder opressor, se for ela pela conveniência de um ou alguns (depotismo ou oligarquia).¹⁶⁰”

Por óbvio, na busca de alcançar os melhores valores, busca-se a justiça como ideal do Direito. Mas justo para quem? A justiça que beneficia um pólo processual quase que invariavelmente impinge um ônus ao outro litigante, se não, ao menos o ônus de perdedor da disputa judicial. Apresenta-se então, na prática atual, um Direito conveniente nos moldes

¹⁵⁷ SILVA, De Plácido e. Op. cit. p. 402. “[...] Em sentido amplo, significa a mera possibilidade de ser imputável ao agente a autoria do delito, penal ou civil [...]”.

¹⁵⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, volume 1 : parte geral : (arts. 1º a 120) / Fernando Capez*. 12.ed. de acordo com a lei 11.466/2007. São Paulo : Editora Saraiva, 2008. p. 299 e 327.

¹⁵⁹ TEIXEIRA, António Braz. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Associação Acadêmica Faculdade de Direito, 1983. p. 332 e 333. “[...] se a Justiça é o princípio ontológico do Direito, o valor que o fundamenta e o ideal que ele visa realizar, não é, no entanto, o único valor ou o único fim que o Direito serve ou procura tornar efectivo. Assim é corrente atribuir-lhe outros fins ou indicar outros valores como jurídicos. É o que acontece com a ordem, a paz, a liberdade, o respeito pela personalidade individual, a solidariedade ou a cooperação social e a segurança como fins do Direito ou como valores jurídicos que coexistem com a Justiça no firmamento axiológico do Direito, conveniente se tornando, por isso, estudar o modo como com ela se articulam e compatibilizam”.

¹⁶⁰ ENCARNÇÃO, João Bosco da, 1958 - . Op. cit. p.152.

aristotélicos, amparado positivamente em normas que se mantêm em vigência enquanto demonstrarem a adaptação e vigor exigido por seu habitat original legislativo. Quando perdem tal vigor e se mostram anacrônicas perante a evolução do mundo jurídico que as geraram, são extintas, permanecendo apenas as que resistiram a uma seleção natural.

Tanto o princípio da legalidade, da anterioridade penal, quanto o da taxatividade, não podem ser mitigados sob pena de se abrir mão de importantíssimos instrumentos legais de controle da atuação do Estado quando do estabelecimento de normas incriminadoras. São convenientes sim, a uma coletividade que expressa a vontade de uma maioria, como manifestação democrática.

4.2 Quando a Lei Positivada não é o bastante

A repercussão da mídia e o clamor popular são uma fórmula eminente do fracasso legislativo: leis feitas de afogadilho, sem os devidos debates em plenário, sob a pressão de uma sociedade que exige respostas. Também não são raros, sob uma visão histórica universal, os casos em que o Poder Executivo e/ou Legislativo acaba por induzir a erros Comissões de Constituição e Justiça em manobras políticas que, por vezes, escondem iniciativas eleitoreiras travestidas de eficiência e maquiadas de labor democrático legislativo. De tal receita, podemos vislumbrar dois resultados possíveis e concomitantes: leis ineficientes e inflação legislativa.

No Brasil se alcançou o número, absurdo, de 3 milhões e 600 mil normas jurídicas, editadas nos últimos 19 anos¹⁶¹. Sobre a questão da inflação legislativa, que denigre e banaliza nosso Direito, escreveu Francesco Carnelutti:

“Mas sobre o que não posso silenciar é que os inconvenientes da infração legislativa não são menores do que os devidos à inflação monetária, são, como todos sabem, os inconvenientes da desvalorização. Por infelicidade, da mesma forma que nossa lira (moeda italiana), também nossas leis valem hoje menos do que as de outros tempos. Por um lado, a produção das leis, como a produção das mercadorias em série, resolve-se em uma decadência no cuidado em sua construção. Mas o mais grave está em que, ao crescerem de número, não conseguem mais preencher sua função. Lembre-se de que esta função consiste em dar aos homens a certeza do direito, ou seja, em lhes fazer saber o que devem fazer e não fazer e a quais conseqüências se

¹⁶¹ SILVA MARTINS, Ives Gandra da. Inflação Legislativa por Ives Gandra da Silva Martins. Site: Juristas.com.br, de 27.10.07. Disponível em [http://juristas.com.br/a_3163~p_1~Infla%C3%A7%C3%A3o-Legislativa], consultado em 25 de fevereiro de 2008.

expõem fazendo ou não fazendo. A este fim é necessário que as leis possam, antes de tudo, ser conhecidas, mas como faz um cidadão, hoje, para conhecer todas as leis de seu país? Não mais o homem da rua somente, nem mesmo sequer os juristas, está hoje em condições de conhecer mais do que uma pequena parte delas. O ordenamento jurídico, cujo maior mérito deveria ser a simplicidade, veio a ser, por infelicidade, um complicadíssimo labirinto no qual, freqüentemente, nem aqueles que deveriam ser os guias conseguem se orientar”¹⁶².

Também a falta de técnica legislativa e por vezes do próprio vernáculo, causam a ineficiência normativa e o descrédito do Estado que o promulga. Ao contrário, uma boa fundamentação jurídica diminui a incidência de injustiças pela clareza com que pode ser utilizada, aumentando a segurança jurídica. Senão vejamos alguns exemplos:

4.2.1 O que é crime organizado?

Não temos a pretensão de, neste trabalho, explicar o que viria a ser crime organizado; mesmo porque, não há em todo o arcabouço normativo nacional uma definição do que venha a ser “organizações criminosas” ou “crime organizado”. Até 11 de abril de 2001, os crimes desta natureza eram submetidos às penas e regras penais e processuais penais da Lei nº 9.034/95, após aquela data foram inclusas ao referido diploma legal as modificações impostas pela Lei nº 10.207/2001. Há que se reparar que nem a Lei nº 9.034/95 e muito menos sua modificadora, Lei nº 10.207/2001, explicam, definem ou mesmo, conceituam o que seja crime organizado. Ao contrário, tentam equiparar os termos “quadrilha ou bando” (art. 288 do CP¹⁶³), “organizações criminosas” (art. 14 e 18, III da Lei nº 6.863/76 “Lei de Tóxicos”¹⁶⁴ – revogada pela Lei nº 10.259/2001) e “associações criminosas” (art. 2º da Lei 2.889/56 “associação para prática de genocídio”¹⁶⁵), criando uma confusão sobre vocábulos de

¹⁶² CARNELUTTI, Francesco. Como nasce o direito. 3.ª ed. Belo Horizonte: Cultura Jurídica/Líder, 2003. p. 44 e 45.

¹⁶³ Art. 288 do CP, com redação alterada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990, *in verbis*: “Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena - reclusão, de um a três anos. Parágrafo único - A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado”.

¹⁶⁴ Art. 14 da Lei nº 6.863 de 21 outubro de 1976, *in verbis*: “Associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos Arts. 12 ou 13 desta Lei: Pena - Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa” e art. 18 do mesmo diploma legal, *verbis*: “As penas dos crimes definidos nesta Lei serão aumentadas de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços): III - se qualquer deles decorrer de associação ou visar a menores de 21 (vinte e um) anos ou a quem tenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação”.

¹⁶⁵ Art. 2º da Lei Nº 2.889, de 1 de OUTUBRO de 1956, *in verbis*: “Associarem-se mais de 3 (três) pessoas para prática dos crimes mencionados no artigo anterior: Pena: Metade da cominada aos crimes ali previstos”.

aplicação jurídica e doutrinária já consolidadas. Trata-se então de conceito aberto, nebuloso e totalmente vago; combinação lamentável e perigosa quando se trata de Direito Penal.

4.2.2 O que é terrorismo?

Da mesma forma que o item alhures, não existe uma definição jurídica para o que seja terrorismo, apenas convivem de maneira pouco claras, várias convenções internacionais de caráter parcial sobre o tema, de modo a não defini-lo em sua plenitude. Doutrinariamente acredita-se que, tanto no âmbito do Direito Internacional, como no Penal e no Internacional Penal, o terrorismo seria a “arma do fraco”¹⁶⁶, dependendo do ângulo pelo qual se olhe, pode-se chamar o mesmo movimento de terrorista ou de guerrilha. Mais comuns e notórios são os atos de terrorismo espetaculosos, onde grupos extremistas cometem homicídios ou genocídios contra um grande número de pessoas. Não menos cruel e sanguinário são os denominados atos de “Terrorismo de Estado”, comuns na recente história da América Latina¹⁶⁷ e ao longo de toda a história da humanidade, ocasiões em que governos espalham o terror entre os cidadãos com o argumento de manter a estabilidade do regime. Para a consultora jurídica do Tribunal Penal Internacional (TPI) de Haia, a professora francesa Sarah Pellet, a questão do terrorismo é tratada muitas vezes como uma forma agravada de prática de crimes comuns:

“[...] um estudo rápido mostra que a maior parte das legislações internas considera que os atos terroristas, na sua maioria, são infrações de direito comum que ganham uma característica terrorista em razão das motivações de seus autores. Se esta motivação consiste em atentar gravemente contra as bases e princípios fundamentais do Estado, destruí-las ou ameaçar a população, trata-se de atentado terrorista”¹⁶⁸.

Desta forma, ou seja, seguindo uma tendência ignóbil de caráter mundial, o legislador brasileiro em momentos diferentes regulou a matéria, mas também não definiu com clareza a figura delituosa do terrorismo. Várias normas foram editadas e publicadas na intenção de coibir os crimes contra a “segurança nacional”, Decreto-Lei nº 431/1938 e Lei nº 1.802/1953. A primeira vez que a expressão “terrorismo” fez parte da letra da lei foi no art. 25 do Decreto-

¹⁶⁶ SILVA MARTINS, Ives Gandra da. O avanço do Terrorismo por Ives Gandra da Silva Martins. Site: Juristas.com.br, de 12.12.06. Disponível em [http://www.juristas.com.br/a_2250~p_2~O-avan%C3%A7o-do-terrorismo], consultado em 21 de janeiro de 2008.

¹⁶⁷ Vide ANEXO I – Decreto Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969..

¹⁶⁸ PELLET, Sarah. In: Terrorismo e Direito, apud: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. Terrorismo / Leonardo Nemer Caldeira Brant (coord). Rio de Janeiro : Editora Forense, 2003. p.15 e 16.

Lei nº 314/1967¹⁶⁹; segundo sua ementa, definiria “os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social”, decreto consignado pelo então presidente Castello Branco. Após a publicação da última norma citada, com pequenas variações sobre o mesmo tema, outros diplomas legais trouxeram a famigerada expressão, também sem defini-la: Decreto-Lei nº 510/1969; Decreto-Lei nº 898/1969; Lei nº 6.620/1978 e a que, hoje vigora, Lei nº 7.170 de 14 de dezembro de 1983.

4.3 Riscos do positivismo exacerbado aplicado ao Direito Penal

Preocupa-nos sobre maneira o distanciamento que um positivismo exagerado possa causar a Ciência Penal, situações quase que corriqueiras em fóruns, repartições e, principalmente, nas academias de ensino das Ciências Jurídicas. Assim como a construção de uma efetiva Ciência Criminal não pode ficar adstrita exclusivamente as teorias doutrinárias, também os casos legislativos, os tribunais, em fim, todos os trabalhadores que usam o Direito Penal como ferramenta devem buscar a função da norma¹⁷⁰, sob pena de vermos um vã tentativa da ciência em homogeneizar algo de natureza essencialmente heterogênea, ou seja, transformar conceitos científicos em uma abstração de tal grandeza que se distancie por demais da própria ciência jurídica. Arriscam-se os modernos operadores do a tornarem-se neo-pandectas¹⁷¹, cultuadores da lei pela lei.

Já em idos de 1958, Nelson Hungria preocupava-se com este fenômeno e tecia suas críticas contra os expoentes do Direito de sua época. Exageros como as afirmações de

¹⁶⁹ Art. 25 do Decreto-Lei nº 314 de 13 março de 1967, *in verbis*: “Praticar massacre, devastação, saque, roubo, seqüestro, incêndio ou depredação, atentado pessoal, ato de sabotagem ou terrorismo; impedir ou dificultar o funcionamento de serviços essenciais administrados pelo Estado ou mediante concessão ou autorização: Pena - reclusão, de 2 a 6 anos. Parágrafo único. É punível a tentativa, inclusive os atos preparatórios, como delitos autônomos, sempre com redução da terça parte da pena”.

¹⁷⁰ VENCHI, Maria Adelaide Carnevale. In: *Contributo Allo Studio della Nozione di Funzione Pubblica*, II/20, Padova, CEDAM, 1974. p. U/4E. Tradução livre: “[...] na antiguidade clássica que se deve buscar a origem do conceito de *função*. Com certeza, afirma-se que, como idéia, embora largamente utilizada na Alemanha e na Itália, mesmo não sendo invenção nem da doutrina alemã, nem da doutrina italiana. Como mostraremos, surge - de maneira rudimentar é verdade - com os gregos e romanos, só bem posteriormente ganhando maior destaque na formulação dogmática dos pandectistas”.

¹⁷¹ REALE, Miguel. In: *História do Novo Código Civil - Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 56. “Era uma espécie de idolatria do Direito Romano, tal como se tem as pandectas de Justiniano. Caracteriza-se pela preocupação de dar aos problemas jurídicos um tratamento estritamente jurídico, visando solucionar seus problemas somente mediante categorias do direito. Era, de certa maneira, uma sistematização cerrada, fechada em uma compreensão individualista da juridicidade. Ao contrário, nós, ao concebermos o Direito Civil como matriz do Direito Privado, pensamos em um sistema aberto, no qual o rigorismo técnico cede lugar a um normativismo plástico e flexível em função da experiência histórico-social”.

Carnelutti que em sua *Teoria Generale del Reato*, onde entre outras extravagâncias, “descobre” fundamentos de “legitimação para o crime” e consegue conceituar a pena de morte como sendo uma “desapropriação por utilidade pública”. Por tratar-se de idéias que captam o cerne da busca perpetrada pelo Direito Penal¹⁷² são lições de extrema lucidez e modernidade que merecem ser citadas:

“Desde os primórdios deste século, a doutrina do direito penal vem-se esterelizando no afincado propósito de miúda dissecação de conceitos, na exasperação do logismo abstrato, na tarefa inglória de uma dialética tão profusa quanto infecunda. Não foi sem razão que já se falou na ‘decadência do direito penal’. Dir-se-ia que a ciência jurídico-penal, esgotadas as suas possibilidades de criação e avanço, entrou a nutrir-se de si mesma e a construir no vazio. A mais humana de todas as disciplinas jurídicas perdeu de vista seus pontos de partida, assinalados na realidade concreta e palpitante do drama da vida e de seus protagonistas, e passou a ser tratada, à margem do mundo circundante, com tranqüilo objetivismo de cálculos matemáticos. Dentro de esquemas apriorísticos, de classificações rígidas, de quadros fechados, de logomaquias difusas e confusas, de sutilizações cerebrinas, de fragmentações infinitesimais de conceitos, a ciência do direito pela cada vez mais se afasta da realidade humana e social para encantoar-se nos ângulos do ‘jurismo puro’, nas águas furtadas do inumano normativismo de Kelsen, nas lucubrações desse ‘narcisismo’ do direito, que se convencionou chamar ‘positivismo jurídico’ e cujos vértices ultrapassam os topos do Himalaia. Quando hoje se abrem livros de doutrina penal, que parecem representar tramas aracnídeas para a complicação de idéias como um fim em si mesma, já não mais se reconhece aquele direito aquecido do calor da alma humana e que era o direito penal na época do iluminismo e no edificante século XIX. O direito penal hodierno alheou-se à essência e à lição cotidiana dos fatos humanos e sociais, desligou-se de suas próprias fontes de seiva, e tende a privar-se radicalmente de seu *élan emocional*, da sua profunda sensibilidade ética, para abastardar-se na interminável tessitura de deduções silogísticas, de distinções e subdistinções de uma dogmática que constrói no terreno das abstrações, a milhas de distância do espetáculo e efervescência do mundo. As questões de substância e os conceitos de valor prático cederam o lugar a problemas de *lana caprina* e de *asni umbra*. Ao invés de perquirição dos fins humanos e pragmáticos, que inspiram os textos da lei penal, passou-se a cuidar, prevalentemente, de questiúnculas de terminologia, de detalhes de harmonia arquitetônica do sistema, de atomização de conceitos ou de inferências generalizadoras do abstrato para o abstrato, no mais desolante e árido teorismo. Onde havia carne, músculos e nervos, só se vê a armação de um esqueleto. Onde havia fronde ao ar livre e frutos pendentes, apenas se encontram galhos secos dentro de recintos tapados. Onde havia plantação sadia e dadivosa, somente se depara estiolada germinação de beiral de telhado velho sem raízes ao solo, ou um inextricável cipoal desgarrado dos troncos de sustentação. Onde havia labaredas vivas e crepitantes, hoje só existem chamas indecisas de fogo-fátuo. A literatura jurídico-penal de nossos dias não passa, via de regra, de um requintado academicismo, numa prolixidade tediosa e indigesta, a reclamar pedra-ume e ácido tânico. Para demonstrar truísmos, criam-se teorias complexas, que fazem de filtro às avessas. O que não teria escapado à perspicácia de Calino é recoberto com espessa nebulosidade de um logorréia inesgotável, e deixa de ter sentido. Para explicar que o cavalo branco de Napoleão era mesmo branco ou que a mãe do Sr. de la Palisse estava viva alguns momentos antes de morrer, fazem-se tantos rodeios e formulam-se tantos *distinguos*, que a gente acaba por duvidar da brancura do histórico solópede ou da pouca sobrevida da veneranda senhora.

¹⁷² Assim, utilizando como exemplo as palavras de Hungria, demonstramos que os valores de real importância ao Direito permanecem imutáveis ao longo dos anos e séculos, da mesma forma que as normas bem formuladas não são suscetíveis aos desgastes naturais do tempo ou as mudanças do eixo axiológico.

As questões mais frívolas ou inócuas são aventadas para infundáveis exercícios de dialética. Consomem-se camadas de tinta para demonstrar, por exemplo, a diferença entre `ação' e `fato', entre `ação' e `conduta', entre `causa' e `condição', entre `vontade' e `desejo'. Há obesos cartapácios para indagar se o direito penal tem caráter constitutivo ou simplesmente sancionatório, ou mais sejam os destinatários da norma penal. Acumulam-se ilações, que podem estar na lógica do literalismo frio da lei, mas não na lógica do seu espírito e escopo prático. Nem é mesmo possível seguir-se o fio de raciocínio de muitos dos juristas penais contemporâneos, porque, a cada passo, a cada capítulo, abrem-se os desaguiadouros da pedantaria escolásticas, os jorros da dogmática *à outrance*, o chorrilho das questões de nonada em estilo esotérico, o fluxo caudaloso das *trouvailles* e chinesices de lógica abstrata. E quando se lhes censura a balda de preciosismo analítico, a imoderação do espírito de sistema, a inútil fadiga de partir fios de cabelo ao comprido para ver o que há dentro, saltam com `quatro pedras na mão' e acusam os censores de `simplistas', de `incompetentes', de `indolentes cerebrais', que querem esquivar-se de estudar aos problemas penais a fundo..."¹⁷³.

¹⁷³ HUNGRIA, Nelson. "Os Pandectistas do Direito Penal", in "*Comentários ao Código Penal*", 4ª ed. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1958 - vol. I, t.II, 443 a 445.

CONCLUSÃO

Apesar da lei ser a expressão legítima do pensamento deontológico de uma sociedade, compreender a ciência Penal é tarefa árdua isto em razão dos interesses pessoais sempre em confronto com os interesses coletivos. O ideal seria aplicação do texto legal em sua íntegra, uma vez que o indivíduo já pactuou em seguir e se submeter ao regramento positivado, entretanto, isto não acontece, em face da necessidade de processos penais. Isto não ocorreria, caso o autor do delito admitisse, por si, sua dívida para com a sociedade e se aceita sua pena. Desta forma, não seria necessário o princípio da presunção de inocência e a justiça seria atingida pelo exercício da honestidade e cidadania. Mas ao contrario deste quadro utópico, existindo o *jus puniendi* do Estado e de outro pólo o *jus libertatis* do penalmente imputado tal qual o conhecemos hoje, em primeira análise já estabelecemos um conflito de valores. Isto posto, ocorre a obrigação de punir do Estado *versus* o direito de liberdade de um de seus cidadãos. Conflito este, que encerra os motivos primordiais da criação do Estado, qual seja, defender seus indivíduos, em sentido amplo de quaisquer tipo de agressões. Entendemos que somente um estudo que tenha por objeto a própria essência das normas, possa solucionar tal impasse de pretensões.

A análise proposta sobre os “princípios jurídicos”, sobretudo os de magnitude constitucional, evidenciou-nos que o limite entre a manutenção das garantias de liberdades individuais do cidadão e a ineficiência do Estado em perseguir e punir delitos constituem uma disputa permanente de valores. E, como se não bastasse esta eterna gangorra de viés teleológico, ainda devem estar atentos, legisladores e operadores do Direito, as cíclicas modificações impostas aos regramentos por conta das mudanças axiológicas impostas pela própria sociedade: o infrator, em um passado remoto, pode torna-se um transgressor de mero regramento administrativo com o decorrer do tempo, evoluir para uma conduta socialmente tolerada e, logo em seguida, ser novamente sancionado como criminoso acompanhando a maré das mudanças do eixo axiológico. Sensibilidade e sagacidade dos profissionais das Ciências Jurídicas é o que fará a diferença entre uma decisão que realmente atende aos anseios sociais e a perpetração de uma injustiça, para tanto, são úteis os conceitos de inconsciente coletivo de Freud e Jung.

Ferramenta indispensável à boa interpretação na busca de uma correta aplicação da norma, esta se apresenta na hermenêutica. Como alhures dito, quase nunca apresentasse a letra da lei tão clara de forma a não restar dúvidas, ou diferentes entendimentos, sobre sua função dentro de um sistema normativo. A intenção do legislador, o *spirit of law*, e por vezes, a utilização de expedientes pouco (ou nada) aceitos em Direto Penal como a equidade ou os princípios gerais do Direto, a acabam por fazer a ponte entre o mundo abstrato e genérico das leis ao mundo real e concreto donde tais leis devem ser aplicadas. Disto se ocupa, e aí reside, o importante papel das diferentes *Escolas Teóricas da Hermenêutica Jurídicas* e seus sistemas interpretativos que, mesmo separados por centenas de anos e milhares de léguas donde floresceram, co-existem e fazem adeptos até hoje. Isto resultou na profusão de entendimentos diversos sobre o mesmo pedido de prestação jurisdicional dentro de um mesmo país. Para tanto, o exegeta lança mão das regras de interpretação, sob o ponto de vista que melhor se prestar a seu intento. Poderá assim proceder: segundo o intérprete ou quanto ao sujeito; segundo os métodos interpretativos; segundo os resultados obtidos desta tentativa de integração da norma.

Como conclusão lógica ao questionamento sobre a existência ou não de lacunas da Lei no Direito Penal, adotamos o seguinte raciocínio: não é a codificação penal de um país um oráculo divino capaz de prever todas e quaisquer necessidades normativas, tanto assim o é que, a grande maioria dos autores consultados traz em suas obras a opinião doutrinária de que a ferramenta hermenêutica jurídica é o meio pelo qual se alcança a integração da norma. Dentro de uma lógica não complexa ou que exija grande esforço intelectual, podemos perceber que, se uma norma precisa ser, por vezes, “integrada” é porque tem deficiência ou omissão não prevista em sua fórmula genérica transcrita em texto normativo, conseqüentemente, continha lacuna.

Uma escola doutrinária jusfilosófica que, por muito tempo, foi feliz em integrar a norma por meio da observação das necessidades humanas foi a do Direito Natural. O ritmo das descobertas científicas e das alterações comportamentais impulsionadas pelas constantes mudanças do eixo axiológico das sociedades, tem novamente trazido a tona temas dantes considerados pacíficos. Assim sendo, a questão bioética suscitada pela ADIN nº 3510 de 30.05.2005, é um exemplo claro dessas *Encruzilhadas das Ciências Jurídicas*. A ação direta de inconstitucionalidade supra referida, tem como objetivo escolher quais desafortunados terão de ser sacrificados e privados de seu bem maior, seu direito natural indisponível: a vida.

Não obstante as discussões religiosas, éticas e científicas que norteiam o tema, chamamos a atenção aos efeitos jurisprudenciais resultante da decisão do *Excelsior Preator* ao Direito Penal Brasileiro. Qualquer decisão do STF que altere o entendimento sobre qual seria o começo da vida, que seja divergente do hoje vigente, trará a excludente de tipicidade ao crime de aborto e correlatos (art. 124 e subsequentes do Código Penal), por ocorrer o crime impossível, face a “impropriedade absoluta do objeto” (art. 17 do mesmo Diploma Legal). A decisão do STF será a porta aberta para outra forma da legalização do aborto em nosso país sendo, portanto, um futuro marco histórico no Direito Penal Brasileiro.

Na esteira de se apontar soluções para as questões destacadas, devesse observar sobre a conveniência da norma ou a justiça do Direito Penal, bem como, a eficácia para a manutenção da paz pública.

A conveniência da norma pode permanecer inalterada durante um longo período, conforme as teorias aristotélicas, ou seja, as normas que demonstrarem capacidade de adaptação e vigor exigidos de acordo com os anseios sociais serão perenes. Em sentido contrário, aquelas que não se sustentam no conceito axiológico qual são frutos, terão vida curta, através de uma “seleção natural”. Exemplo claro de alteração das normas segundo a conveniência pode ser percebida quando analisamos a “Lei de Crimes Hediondos” Lei nº 8.072, promulgada em 25 de julho de 1990, em uma atrapalhada tentativa legislativa de inibir, pela simples majoração de penas criminais, a crescente onda de violência – principalmente os seqüestros mediante extorsão, em voga na época. A partir da publicação daquele Diploma Legal, foram considerados hediondos os crimes de latrocínio; extorsão seguida de morte; extorsão mediante seqüestro; estupro; atentado violento ao pudor; epidemia com resultado de morte; falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; e genocídio tentado ou consumado. Com o evento do homicídio da atriz Daniela Perez, sua mãe – Glória Perez – valendo-se de sua influência em um conhecido veículo de comunicação de massa, desencadeou uma proposta legislativa de “iniciativa popular” que colheu mais de 1,2 milhões de assinaturas o que culminou na aprovação da Lei nº 8.930/94, a qual também guindou ao status de “crime hediondo” o delito de homicídio qualificado. Concluindo o exemplo, basta dizermos que em uma decisão do Supremo Tribunal Federal, datada de 23 de fevereiro de 2004 (nem dez anos após a alteração da lei), abriu precedente para que presos condenados por crimes hediondos obtenham o benefício da progressão de regime desde que cumpram um sexto da pena em condições de

bom comportamento. Para os ministros do STF (seis votos contra cinco), a legislação foi considerada inconstitucional por ferir o princípio da individualização da pena, sendo que cada caso será analisado separadamente.

Nisto se consubstancia a relação de conveniência frente a possibilidade de justiça efetiva do qual se ocupa a norma penal, desta forma, a meta de justiça é o ideal, mas a conveniência é o Direito possível.

Quanto a impossibilidade normativa em promover o bem social, apontamos como causas dois aspectos terríveis e concorrentes:

- Leis feitas de afogadilho, que intrinsecamente, carregam o germe da ilegitimidade - não por descumprirem os tramites legislativos exigidos, mas por não suprirem as necessidades populares – e por via de consequência já surgem “natimortas”;
- A falta de técnica legislativa, como ocorre com a Lei do Crime Organizado e todo o conjunto de normas que tentam tipificar o crime de *terrorismo*.

A observação atenta dos valores penalmente tutelados e um julgamento das reais necessidades sociais nos mostrarão a melhor expressão normativa. Isto nos levará a uma melhor técnica legislativa, garantindo uma melhor eficiência normativa. Não é sem razão que algumas nações ostentam constituições multisseculares, vez que os princípios nas quais se baseiam são necessidades naturais, e portanto, imutáveis frente a mudanças do eixo axiológico. Finalmente, no que tange ao Direito Penal, a atenção e posterior alteração de suas normas são salutares; se assim manifestarem uma legítima necessidade social e não apenas como meio irresponsável de atenuar clamores populares de justiça, por vezes não criminal, mas social.

BIBIOGRAFIA

AYRES BRITTO, Carlos. **Voto do Ministro Carlos Ayres Britto com relação a ADIN nº 3510/2005**. Trechos do voto. Disponível em [www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf], consultado em 25 de março de 2008.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal, parte geral : volume 1 / Flávio Augusto Monteiro de Barros**. 2.ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2001.

BARROS MONTEIRO, Washington de. **Curso de Direito Civil / Parte Geral - Washington de Barros Monteiro**. 15.ed. São Paulo : Saraiva, 1978.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

BATTAGLINI, Giulio. **Direito Penal: Parte Geral**. Trad. de Paulo José da Costa Jr. e Ada Pellegrini Grinover. São. Paulo: Saraiva, 1964.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal / Tradução brasileira e notas do Professor Paulo José da Costa Júnior e do magistrado Alberto Silva Franco**. 1.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1966.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 7 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1 : parte geral : (arts. 1º a 120) / Fernando Capez**. 12.ed. de acordo com a lei 11.466/2007. São Paulo : Editora Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 2 : parte especial : dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. (arts. 121 a 212) / Fernando Capez**. 5.ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Saraiva, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. 3.^a ed. Belo Horizonte: Cultura Jurídica/Líder, 2003.

CASTRO, Auto de. *A ideologia jusnaturalista: dos estoicos à O.N.U.* Salvador : S. A. Artes Gráficas, 1954.

CAVALLIERI FILHO, Sergio. Programa de Sociologia. Rio de Janeiro : Forense, 2001.

D'AGOSTINO, Rosanne. *STF decide sobre células-tronco entre a fé e a ciência*. Site Última Instância, de 04.03.2008. Disponível em [<http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/48206.shtml>], consultado em 10 de março de 2008.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. 4.ed. São Paulo : Editora Saraiva, 1997.

DINIZ, Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 2004.

ENCARNAÇÃO, João Bosco da, 1958 - . In: *Que é isto, o Direito? : introdução à Filosofia Hermenêutica do Direito / João Bosco Encarnação*. 3d. São José dos Campos, SP : Stiliano, 2001.

ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico / Fundação Calouste Gulbenkian*. 3ª ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1964.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

FERNANDES, Carlos. Disponível em [<http://www.dec.ufcg.edu.br/biografias/EreModes.html>], site acadêmico das Universidade Federal de Campina Grande / PB.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. trad.: Manuel Domingues de Andrade. 3. ed. Coimbra : Armênio Amado, 1978.

FONTELES, Cláudio Lemos. **Parecer que instrui a Petição Inicial da ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3510**, protocolada em 30.05.2005 ao Superior Tribunal Federal.

FONTELES, Cláudio Lemos. **Petição Inicial da ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3510**, protocolada em 30.05.2005 ao Superior Tribunal Federal.

FRONDISI, Resieri. ***Que son los valores?*** México / Bueno Aires : Breviários Del Fondo de Cultura Econômica, 1958.

GIACOMOLLI, Nereu José. ***Função Garantista do Princípio da Legalidade***. Revista dos Tribunais, ano 89, volume 778. São Paulo : RT, 1989.

GOMES, Sérgio Alves. ***Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático***. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. ***Os fundamentos da ordem jurídica*** / Simone Goyard-Fabre; tradução Claudia Berliner; revisão da tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo : Martins Fontes, 2002.

GUSMÃO, Paulo Dourado. ***Introdução à ciência do direito***, 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

GUIMARÃES, Deoclesiano Torrieri. ***Dicionário técnico jurídico*** / organização Deoclesiano Torrieri Guimarães, 9.ed. São Paulo : Rideel, 2007.

HESPANHA, António Manuel. ***Panorama histórico da cultura jurídica européia***. Mem Martins: Europa-América, 1997.

HUNGRIA, Nélon. ***Comentário ao Código Penal: decreto - Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940***. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

JESUS, Damásio Evangelista de. 1935 – ***Lei de contravenções penais anotada*** / Damásio E. de Jesus – 2.ed. atual. – São Paulo : Saraiva, 1944.

KELSEN, Hans. ***Teoria Pura do Direito***. 5^a ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KLUG, Ulrich. In: ***Observations sur le problème des lacunes en Droit, Le Problème des Lacunes en Droit***. Bruxelas : Chaim Perelman, 1968.

KURY, Mário da Gama. In: ***Dicionário de mitologia grega e romana*** / Mário da Gama Kury. 7.ed. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editora, 2003.

LACLAU, Martin. ***Conducta, norma y valor: ideas para una nueva comprensión Del derecho***. Buenos Aires : Editora Abeledo-Perrot, 1999.

LAHAYE, Tim. Bíblia de estudo profético / Tim LaHaye editor geral; editores associados Ed Hindson, James Combs e Thomas Ice; - tradução Carlos Osvaldo Cardoso Pinto, Neyd Siqueira – São Paulo : Hagnos, 2005.

LIMA, Hermes. ***Introdução à Ciência do Direito***. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2000.

LUCE, John Victor. ***Curso de Filosofia grega: do século VI a.C. ao século III d.C*** / J. V. Luce, tradução Mário de Gama Kury. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Ed., 1994. p. 104 a 106.

MARKY, Thomas. ***Curso elementar de Direito Romano*** / Thomas Marky. 6ª ed – São Paulo : Saraiva, 1992.

MAXIMILIANO, Carlos. ***Hermenêutica e aplicação do direito*** / Carlos Maximiliano. 12 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1992.

MEAD, George Hebert. In: ***Mind, Self, Society: From the Standpoint of a Social Behaviorist***. In: *Works of George Herbert Mead*. v. 1. Chicago : University of Chicago Press, 1967.

MENDONÇA, Jacy de Souza. In: ***O Curso de Filosofia do Direito do Professor Armando Câmara*** / Jacy de Souza Mendonça. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

MENDONÇA, Jacy de Souza. ***Introdução ao Estudo do Direito*** / Jacy de Souza Mendonça. São Paulo : Saraiva, 2002.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. ***Processo Penal*** / Júlio Fabbrini Mirabete. 14 ed. rev. e atual. até dezembro de 2002 – São Paulo : Atlas, 2003.

MORENTE, Manuel Garcia. ***Noções Preliminares de Filosofia*** / Mestre Jou. São Paulo : Mestre Jou, 1980.

MORRIS, Clarence (Org.). ***Os Grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito***. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. ***Manual de direito penal : parte geral : parte especial*** / Guilherme de Souza Nucci. – 2.ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Editota Revista dos Tribunais, 2006.

PLATÃO. *A República*. São Paulo : Editora Martin Claret, 2006. Livro III.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. v. 1 São Paulo: Max Limonad, 1952.

RAVANELLI, Antônio. *Latim Vivo: aforismos jurídicos, expressões consagradas, frases célebres, provérbios, curiosidades*. 3.ed. / Antônio Ravanelli. São José dos Campos : UNIVAP, 2005.

RODRIGUES, Nelson. In: *A menina sem estrela - Memórias*. 1.ed. 2ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Buenos Aires : Atalaya, 1975.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulo Jurídico** / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo* / José Afonso da Silva. 21 ed. rev. e atual. São Paulo : Malheiros Editores, 2002.

SILVA MARTINS, Ives Gandra da. **Inflação Legislativa por Ives Gandra da Silva Martins**. Site: Juristas.com.br, de 27.10.07. Disponível em [http://juristas.com.br/a_3163~p_1~Infla%C3%A7%C3%A3o-Legislativa], consultado em 25 de fevereiro de 2008.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela penal do meio ambiente : breves considerações atinentes à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998** / Luís Paulo Sirvinskaskas. – 2 ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Saraiva.

SOLER, Sebastián. **Interpretación de la ley**. Barcelona: Ariel, 1962.

TEIXEIRA, António Braz. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Associação Acadêmica Faculdade de Direito, 1983.

TELES, Ney Moura. In: *Direito penal : parte geral : arts. 1º a 120, volume 1* / Ney Moura Teles. São Paulo : Atlas, 2004.

TELLES JUNIOR, Goffredo. ***Devoção de advogado***. Disponível em: [http://www.goffredotellesjr.com.br/revista.htm]. Acesso em: 19 ago. 2007.

THOMAS, Hobbes. ***Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil***. São Paulo : Martin Claret, 2004.

TOMÁS, de Aquino. In: ***Summa Theologica, I, XLV, 2. Escritos Políticos de Santo Tomás de Aquino***. Petrópolis : Vozes, 1995.

TOMÁS, de Aquino, Santo. ***Summa Theologica, I, XCVI, 4. Escritos Políticos de Santo Tomás de Aquino***. Petrópolis : Editora Vozes, 1995.

Vários autores, sem referência específica. In: ***Grande dicionário Larousse Cultural da Língua Portuguesa*** – Obra parcialmente derivada da “Grande Enciclopédia Larousse Cultural”, verbete *valor*. São Paulo : Editora Nova Cultural, 1999.

ANEXO I

DECRETO-LEI Nº 898, DE 29 DE SETEMBRO DE 1969 ¹⁷⁴.

Revogado pela Lei nº 6.620, de 1978

Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências.

OS MINISTROS DA MARINHA DE GUERRA, DO EXÉRCITO E DA AERONÁUTICA MILITAR, usando das atribuições que lhes confere o artigo 1º do Ato Institucional nº 12, de 31 de agosto de 1969, combinado com o parágrafo 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968,

Decretam:

CAPÍTULO I

Da Aplicação da Lei de Segurança Nacional

Art. 1º Toda pessoa natural ou jurídica é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei.

Art. 2º A segurança nacional a garantia da consecução dos objetivos nacionais contra antagonismos, tanto internos como externos.

Art. 3º A segurança nacional compreende, essencialmente, medidas destinadas à preservação da segurança externa e interna, inclusive a prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva.

§ 1º A segurança interna, integrada na segurança nacional, diz respeito às ameaças ou pressões antagônicas, de qualquer origem, fôrma ou natureza, que se manifestem ou produzam efeito no país.

§ 2º A guerra psicológica adversa é o emprêgo da propaganda, da contra-propaganda e de ações nos campos político, econômico, psicossocial e militar, com a finalidade de influenciar ou provocar opiniões, emoções, atitudes e comportamentos de grupos estrangeiros, inimigos, neutros ou amigos, contra a consecução dos objetivos nacionais.

§ 3º A guerra revolucionária é o conflito interno, geralmente inspirado em uma ideologia, ou auxiliado do exterior, que visa à conquista subversiva do poder pelo controle progressivo da Nação.

Art. 4º Este Decreto-lei se aplica, sem prejuízo de convenções, tratados e regras, de direito internacional, aos crimes cometidos, no todo ou em parte, em território nacional, ou que nêle, embora parcialmente, produziram ou deviam produzir seu resultado.

¹⁷⁴ Texto integral, inclusive ortografia utilizada na época, do Decreto-Lei nº 898 de 29 de setembro de 1969. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10898.htm], consultado em 12 de dezembro de 2007.

Art. 5º Ficam sujeitos ao presente decreto-lei, embora cometidos no estrangeiro os crimes que, mesmo parcialmente, produziram ou deviam produzir seu resultado no território nacional.

Art. 6º Aplica-se êste Decreto-lei ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, ressalvadas as disposições de convenções, tratados e regras de direito internacional.

Art. 7º Na aplicação dêste decreto-lei o juiz, ou Tribunal, levará inspirar-se nos conceitos básicos da segurança nacional definidos nos artigos anteriores.

CAPÍTULO II

Dos Crimes e das Penas

Art. 8º Entrar em entendimento ou negociação com govêrno estrangeiro ou seus agentes, a fim de provocar guerra ou atos de hospitalidade contra o Brasil.

Pena: reclusão, de 15 a 30 anos.

Parágrafo único. Se os atos de hostilidade fôrem desencadeados:

Pena: Prisão perpétua, em grau mínimo e morte, em grau máximo.

Art. 9º Tentar, com ou sem auxilio estrangeiro, submeter o território nacional, ou parte dêle, ao domínio ou soberania de outro país, ou suprimir ou pôr em perigo a independência do Brasil:

Pena: Reclusão, de 20 a 30 anos.

Parágrafo único. Se, da tentativa, resultar morte:

Pena: Prisão perpétua, em grau mínimo, e morte, em grau máximo.

Art. 10. Aliciar indivíduos de outra nação para que invadam o território brasileiro, seja qual fôr o motivo ou pretexto:

Pena: Reclusão, de 10 a 20 anos.

Parágrafo único. Verificando-se a invasão.

Pena: Prisão perpétua, em grau mínimo, em morte, em grau máximo.

Art. 11. Comprometer a Segurança Nacional, sabotando quaisquer instalações militares, navios, aviões, material utilizável pelas Fôrças Armadas, ou, ainda, meios de comunicação e vias de transporte, estaleiros, portos e aeroportos, fábricas, depósitos ou outras instalações:

Pena: Reclusão, de 8 a 30 anos.

§ 1º Se, em decorrência da sabotagem, verificar-se paralisação de qualquer serviço, serão aplicadas as seguintes penas:

a) se a paralisação não ultrapassar de um dia:

Pena: Reclusão, de 8 a 12 anos;

b) se a paralisação ultrapassar de um (1) e não ultrapassar cinco (5) dias:

Pena: Reclusão, de 10 a 15 anos;

c) se a paralisação ultrapassar de cinco (5) e não ultrapassar de trinta (30) dias:

Pena: Reclusão, de 12 a 24 anos se a paralisação ultrapassar de trinta (30) dias.

Pena: prisão perpétua.

§ 2º Verificando-se lesão corporal em decorrência da sabotagem, as penas cominadas nas alíneas a, b e c do parágrafo anterior, serão acrescidas de um terço até o dobro, proporcionalmente à gravidade da lesão causada.

§ 3º Verificando-se morte, em decorrência da sabotagem:

Pena: Morte.

Art. 12. Concertarem-se mais de 2 (duas) pessoas para a prática de qualquer dos crimes previstos nos artigos anteriores:

Pena: Reclusão, de 1 a 5 anos.

Art. 13. Redistribuir material ou fundos de propaganda de providência estrangeira, sob qualquer forma ou a qualquer título, para a infiltração de doutrinas ou idéias incompatíveis com a Constituição:

Pena: Reclusão, de 4 a 8 anos.

Parágrafo único. Se a propaganda de que trata o artigo, utilizando o material ou fundos de proveniência estrangeira, é feita a fim de submeter o Brasil a outro país:

Pena: Reclusão, de 8 a 12 anos.

Art. 14. Formar, filia-se ou manter associação de qualquer título, comitê, entidade de classe ou agrupamento que, sob a orientação ou com o auxílio de governo estrangeiro ou organização internacional, exerça atividades prejudiciais ou perigosas à Segurança Nacional:

Pena: Reclusão, de 2 a 5 anos, para os organizadores ou mantenedores, e, de 6 meses a 2 anos, para os demais.

Art. 15. Promover ou manter, em território nacional, serviço de espionagem em proveito de país estrangeiro ou de organização subversiva;

Pena: reclusão de 10 anos, em grau mínimo, e prisão perpétua, em grau máximo.

§ 1º Obter ou procurar obter, para o fim de espionagem, notícia de fatos ou coisas que, no interesse do Estado, devam permanecer secretas, desde que o fato não constitua delito mais grave:

Pena: reclusão, de 5 a 12 anos.

§ 2º Destruir, falsificar, subtrair, fornecer comunicar a potência estrangeira, organização subversiva, ou a seus agentes ou, em geral, a pessoa não autorizada, documentos, planos ou instruções classificados como sigilosos por interessarem à Segurança Nacional:

Pena: reclusão de 12 a 24 anos.

§ 3º Entrar em relação com governo estrangeiro, organização subversiva ou seus agentes, para o fim de comunicar qualquer outro segredo concernente à Segurança Nacional:

Pena: reclusão de 5 a 10 anos.

§ 4º Fazer ou reproduzir, para o fim de espionagem, fotografias, gravuras ou desenhos de instalações ou zonas militares e engenhos de guerra, de qualquer tipo; ingressar para o mesmo fim, clandestina ou fraudulentamente, nos referidos lugares; desenvolver atividades aerofotográficas, em qualquer parte do território nacional, sem autorização de autoridade competente:

Pena: reclusão de 5 a 10 anos.

§ 5º Dar asilo ou proteção a espiões, sabendo que o sejam:

Pena: reclusão de 12 a 24 anos.

§ 6º Facilitar o funcionário público, culposamente, o conhecimento de segredo concernente à Segurança Nacional:

Pena: detenção, de 2 a 5 anos.

Art. 16. Divulgar, por qualquer meio de comunicação social, notícia falsa, tendenciosa ou fato verdadeiro truncado ou deturpado, de modo a indispor ou tentar indispor o povo com as autoridades constituídas:

Pena: detenção, de 6 meses a 2 anos.

§ 1º Se a divulgação provocar perturbação da ordem pública ou expuser a perigo o bom nome, a autoridade, o crédito ou o prestígio do Brasil:

Pena: detenção, de 2 a 5 anos.

§ 2º Se a responsabilidade pela divulgação couber a diretor ou responsável pelo jornal, periódico, estação de rádio ou de televisão será, também, imposta a multa de 50 a 100 vezes o valor do salário-mínimo vigente na localidade, à época do fato, elevada ao dôbro, na hipótese do parágrafo anterior:

§ 3º As penas serão aplicadas em dôbro, em caso de reincidência.

Art. 17. Falsificar, suprimir, tornar irreconhecível, subtrair ou desviar de seu destino ou uso normal algum meio de prova relativo a fato de importância para o interesse nacional:

Pena: reclusão, de 3 a 8 anos.

Art. 18. Violar imunidades diplomáticas, pessoais ou reais, ou de Chefe, ou representante de Nação estrangeira, ainda que de passagem pelo território nacional:

Pena: reclusão, de 6 a 12 anos.

Art. 19. Violar neutralidade assumida pelo Brasil em face de países beligerantes:

Pena: reclusão, de 2 a 4 anos.

Parágrafo único. Se o crime fôr simplesmente culposos:

Pena: detenção, de 6 meses a 1 ano.

Art. 20. Destruir ou ultrajar bandeira, emblemas ou escudo de Nação, amiga, quando expostos em lugar público:

Pena: detenção, de 6 meses a 1 ano.

Art. 21. Ofender publicamente, por palavras ou escrito, Chefe de Governo de Nação estrangeira:

Pena: reclusão, de 2 a 6 anos.

Art. 22. Exercer violência de qualquer natureza, contra Chefe de Governo estrangeiro, quando em visita ao Brasil ou de passagem pelo território brasileiro:

Pena: prisão perpétua.

Parágrafo único. Se da violência resultar lesão corporal ou morte:

Pena: morte.

Art. 23. Tentar subverter a ordem ou estrutura político-social vigente no Brasil, com o fim de estabelecer ditadura de classe, de partido político, de grupo ou indivíduo:

Pena: reclusão, de 8 a 20 anos.

Art. 24. Promover insurreição armada ou tentar mudar, por meio violento, a Constituição, no todo ou em parte, ou a forma de governo por ela adotada:

Pena: reclusão, de 12 a 30 anos.

Parágrafo único. Se, da prática do ato, resultar morte:

Pena: prisão perpétua, em grau mínimo, e morte, em grau máximo.

Art. 25. Praticar atos destinados a provocar guerra revolucionária ou subversiva:

Pena: reclusão, de 5 a 15 anos.

Parágrafo único. Se, em virtude deles, a guerra sobrevém:

Pena: prisão perpétua, em grau mínimo, e morte, em grau máximo.

Art. 26. Impedir ou tentar impedir, por meio de violência ou ameaça de violência, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados:

Pena: reclusão, de 4 a 10 anos.

Art. 27. Assaltar, roubar ou depredar estabelecimento de crédito ou financiamento, qualquer que seja a sua motivação:

Pena: reclusão, de 10 a 24 anos.

Parágrafo único. Se, da prática do ato, resultar morte:

Pena: prisão perpétua, em grau mínimo, e morte, em grau máximo.

Art. 28. Devastar, saquear, assaltar, roubar, sequestrar, incendiar, depredar ou praticar atentado pessoal, ato de massacre, sabotagem ou terrorismo:

Pena: reclusão, de 12 a 30 anos.

Parágrafo único. Se, da prática do ato, resultar morte:

Pena: prisão perpétua, em grau mínimo, e morte, em grau máximo.

Art. 29. Impedir ou dificultar o funcionamento de serviços essenciais, administrados pelo Estado ou executados mediante concessão, autorização ou permissão:

Pena: reclusão, de 8 a 20 anos.

Parágrafo único. Se, da prática do ato, resultar morte:

Pena: prisão perpétua, em grau mínimo, e morte, em grau máximo.

Art. 30. Tentar desmembrar parte do território nacional, para constituir país independente:

Pena: reclusão, de 6 a 12 anos.

Art. 31. Revelar segredo obtido em razão de cargo ou função pública que exerça, relativamente a ações ou operações militares ou qualquer plano contra revolucionários, insurrectos ou rebeldes:

Pena: reclusão, de 5 a 12 anos.

Parágrafo único. Se o segredo revelado causar prejuízo às operações militares ou aos planos aludidos:

Pena: reclusão, de 12 anos até a prisão perpétua.

Art. 32. Matar, por motivo de facciosismo ou inconformismo político-social, quem exerça autoridade ou estrangeiro que se encontrar no Brasil, a convite do Governo Brasileiro, a serviço de seu país ou em missão de estudo:

Pena: morte.

Art. 33. Exercer violência, por motivo de facciosismo ou inconformismo político-social, contra quem exerça autoridade:

Pena: reclusão, de 8 a 15 anos.

§ 1º Se da violência resultar lesões corporais:

Pena: reclusão, de 12 a 30 anos.

§ 2º Se da violência resultar morte:

Pena: prisão perpétua em grau mínimo, e morte, em grau máximo.

Art. 34. Ofender moralmente quem exerça autoridade, por motivos de facciosismo ou inconformismo político-social:

Pena: reclusão de 2 a 4 anos.

Parágrafo único. Se o crime fôr cometido por meio de imprensa, radio ou televisão, a pena é aumentada de metade.

Art. 35. Atentar contra a liberdade pessoal do Presidente ou do Vice-Presidente da República, dos Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, do Supremo Tribunal Federal, de Ministros de Estado, de Governadores de Estado ou Territórios e do Prefeito do Distrito Federal.

Pena: reclusão de 8 a 24 anos.

Art. 36. Ofender a honra ou a dignidade do Presidente ou do Vice-Presidente da República, dos Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, do Supremo Tribunal Federal, de Ministros de Estado, de Governadores de Estado ou Territórios e do Prefeito do Distrito Federal:

Pena: reclusão, de 2 a 6 anos.

Parágrafo único. Se o crime fôr cometido por meio de imprensa, rádio ou televisão a pena é aumentada de metade, além da multa de 50 a 100 vezes o valor do maior salário-mínimo

vigente no país, se a responsabilidade couber a diretor ou responsável por tais órgãos da imprensa, escrita e falada.

Art. 37. Exercer violência, por motivo de facciosismo ou inconformismo político-social, contra estrangeiro que se encontre no Brasil, a serviço de seu país, em missão de estudo ou a convite do Governo brasileiro:

Pena: reclusão, de 8 a 15 anos.

§ 1º Se da violência resultar lesão corporal:

Pena: reclusão, de 12 a 30 anos.

§ 2º Se da violência resultar morte:

Pena: morte.

Art. 38. Promover greve lock-out, acarretando a paralisação de serviços públicos ou atividades essenciais, com o fim de coagir qualquer dos Podêres da República:

Pena: reclusão, de 4 a 10 anos.

Art. 39. Incitar:

I - A guerra ou à subversão da ordem político-social;

II - A desobediência coletiva às leis;

III - A animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis;

IV - A luta pela violência entre as classes sociais;

V - A paralisação de serviços públicos, ou atividades essenciais;

VI - Ao ódio ou à discriminação racial:

Pena: reclusão, de 10 a 20 anos.

§ 1º Se os crimes previstos nos itens I a IV forem praticados por meio de imprensa, rádio difusão ou televisão:

Pena: reclusão, de 15 a 30 anos.

§ 2º Ressalvados os crimes de que tratam os itens V e VI, se, do incitamento, decorrer morte:

Pena: morte.

§ 3º Se a responsabilidade pela incitação couber a diretor ou responsável de jornal, periódico, estação de rádio ou de televisão, além da pena, privativa da liberdade será imposta a multa de 50 a 100 vezes o valor do maior salário-mínimo vigente à época do delito.

Art. 40. Cessarem funcionários públicos coletivamente, no todo, ou em parte, os serviços a seu cargo:

Pena: detenção de 8 meses a 1 ano.

Parágrafo único. Incorrerá nas mesmas penas o funcionário público que, direta ou indiretamente, se solidarizar aos atos de cessação ou paralisação de serviço público ou que contribua para a não execução ou retardamento do mesmo.

Art. 41. Perturbar, mediante o emprêgo de vias de fato, ameaças, tumultos ou arruados, sessões legislativas, judiciárias ou conferências internacionais, realizadas no Brasil:

Pena: detenção, de 6 meses a 2 anos.

§ 1º Se, da ação resultar lesões corporais:

Pena: reclusão, de 4 e 12 anos.

§ 2º Se resultar morte:

Pena: morte.

§ 3º Aplica-se à tentativa a mesma pena, reduzida de um ou dois terços.

Art. 42. Constituir, filiar-se ou manter organização de tipo militar, de qualquer forma ou natureza, armada ou não, com ou sem fardamento, com finalidade combativa:

Pena: reclusão, de 3 a 8 anos.

Art. 43. Reorganizar ou tentar reorganizar de fato ou de direito, ainda que sob falso nome ou forma simulada, partido político ou associação, dissolvidos por força de disposição legal ou de decisão judicial, ou que exerça atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional, ou fazê-lo funcionar, nas mesmas condições, quando legalmente suspenso:

Pena: reclusão, de 2 a 5 anos.

Art. 44. Destruir ou ultrajar a bandeira, emblemas ou símbolos nacionais, quando expostos em lugar público:

Pena: detenção, de 2 a 4 anos.

Art. 45. Fazer propaganda subversiva:

I - Utilizando-se de quaisquer meios de comunicação social, tais como jornais, revistas, periódicos, livros, boletins, panfletos, rádio, televisão, cinema, teatro e congêneres, como

veículos de propaganda de guerra psicológica adversa ou de guerra revolucionária ou subversiva;

II - Aliciando pessoas nos locais de trabalho ou ensino;

III - Realizando comício, reunião pública, desfile ou passeata;

IV - Realizando greve proibida;

V - Injuriando, caluniando ou difamando quando o ofendido fôr órgão ou entidade que exerça autoridade pública ou funcionário, em razão de suas atribuições;

VI - Manifestando solidariedade a qualquer dos atos previstos nos itens anteriores:

Pena: reclusão, de 1 a 3 anos.

Parágrafo único. Se qualquer dos atos especificados neste artigo importar ameaça ou atentado à segurança nacional:

Pena: reclusão, de 2 a 4 anos.

Art. 46. Importar, fabricar, ter em depósito ou sob sua guarda, comprar, vender, doar ou ceder, transportar ou trazer consigo armas de fogo ou engenhos privativos das Forças Armadas ou quaisquer instrumentos de destruição ou terror, sem permissão da autoridade competente:

Pena: reclusão, de 5 a 10 anos.

Art. 47. Incitar à prática de qualquer dos crimes previsto neste Capítulo, ou fazer-lhes a apologia ou a de seus autores se o fato não constituir crime mais grave.

Pena: reclusão, de 2 a 5 anos.

§ 1º A pena será aumentada de metade, se o incitamento, publicidade ou apologia fôr feito por meio de imprensa, radiodifusão ou televisão.

§ 2º Se a responsabilidade pelo crime couber a diretor ou responsável de jornal, periódico, estação de rádio ou de televisão, além da pena privativa da liberdade será imposta a multa de 50 a 100 vezes o valor do maior salário-mínimo vigente na localidade, à época do delito.

Art. 48. Promover ou facilitar a fuga de pessoa legalmente prêsa, em decorrência da prática de crimes previsto nesta Lei.

Pena: reclusão, de 8 a 12 anos.

Parágrafo único. Se o crime é cometido com violência.

Pena: reclusão, de 12 a 24 anos.

Art. 49. São circunstâncias agravantes., quando não elementares do crime:

I - Ser o agente militar ou funcionário público, a êste se equiparando o empregado de autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista;

II - Ter sido o crime praticado com a ajuda de qualquer espécie ou sob qualquer título, prestada por Estado ou organização internacional ou estrangeiro;

III - Ter no caso de concurso de agentes, promovido ou organizado a cooperação no crime, ou dirigido atividade dos demais agentes.

IV - Ter sido o agente, em época anterior ao delito, atingido por sanção aplicada de acordo com os Atos Institucionais.

Art. 50. Para o efeito de cálculo da pena aplicável à tentativa, a pena de morte ou de prisão perpétua equipara-se à de reclusão por 30 anos.

Parágrafo único. Quando a tentativa não constitui por si só crime, é punida com a pena cominada a êste, reduzido de um a dois terços.

Art. 51. Quando ao crime fôr cominada pena de prisão perpétua, poderá o Conselho ou Tribunal substituí-la pela de reclusão por 30 anos.

Art. 52. Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos neste Decreto-lei:

a) pela morte do autor;

b) pela prescrição da pena.

Parágrafo único. Verifica-se a prescrição:

I - Em o dobro da pena máxima privativa de liberdade, cominada ao crime, até o limite máximo de 30 anos, e desde que não se trate de prisão perpétua;

II - Em 40 anos, na hipótese da pena de prisão perpétua ou de morte.

Art. 53. Se a responsabilidade pela propaganda subversiva couber a diretor ou a responsável de jornal ou periódico, o juiz poderá, ao receber a denúncia, impor a suspensão da circulação dêste até trinta dias, sem prejuízo de outras combinações previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de estação de radiodifusão ou televisão, a suspensão será imposta, nas mesmas condições, pelo Presidente do Conselho Nacional de Telecomunicações.

Art. 54. Nos crimes definidos nos arts. 16, e seus parágrafos, 34 e seu parágrafo único, 36 e seu parágrafo único, 39 e seus parágrafos, 45 e seu parágrafo único e 47 e seus parágrafos, o Ministro de Estado da Justiça, sem prejuízo da ação penal prevista neste Decreto-lei, poderá determinar a apreensão de jornal, periódico, livro ou qualquer outros impresso, a suspensão de sua impressão, circulação, distribuição ou venda, no território brasileiro, e, se tratar de, radiodifusão ou de televisão, representar ao Ministro de Estado das Comunicações, para a suspensão de seu funcionamento.

Parágrafo único. No caso de reincidência, praticada pelo mesmo jornal, periódico, livro ou qualquer outro impresso ou pela mesma empresa ou por periódico de empresas diferentes, mas que tenham o mesmo diretor ou responsável, ainda, o Ministro de Estado da Justiça poderá determinar ao Oficial do Registro Civil das Pessoas Jurídicas competente o cancelamento do registro respectivo e, em se tratando de radiodifusão ou de televisão, representar ao Ministro de Estado das Comunicações para a cassação da respectiva concessão ou permissão, e ulterior cancelamento do registro.

Art. 55. A responsabilidade penal pela propaganda, subversiva independe da civil e não exclui as decorrentes de outros crimes, na forma deste Decreto-lei ou de outras Lei.

CAPÍTULO III

Do Processo e Julgamento

Art. 56. Ficam sujeitos ao fôro militar tanto os militares como os civis, na forma do art. 122, parágrafos 1º e 2º da Constituição, com a redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1º de fevereiro de 1969, quanto ao processo e julgamento dos crimes definidos neste Decreto-lei, assim como os perpetrados contra as Instituições Militares.

Parágrafo único. Instituições Militares são as Forças Armadas, constituídas pela Marinha de Guerra, Exército e Aeronáutica Militar, estruturadas em Ministérios, bem assim os altos órgãos militares de administração, planejamento e comando.

Art. 57. O fôro especial estabelecido neste Decreto-lei prevalecerá sobre qualquer outro ainda que os crimes tenham sido cometidos por meio de imprensa, radiodifusão ou televisão.

Art. 58. Aplica-se, quanto ao processo e julgamento, o Código da Justiça Militar, no que não colidir com as disposições da Constituição e deste Decreto-lei.

Art. 59. Durante as investigações policiais o indiciado poderá ser preso, pelo Encarregado do Inquérito até trinta dias, comunicando-se a prisão à autoridade judiciária competente. Este prazo poderá ser prorrogado uma vez, mediante solicitação fundamentada do Encarregado do Inquérito à autoridade que o nomeou.

§ 1º O Encarregado do Inquérito poderá manter incomunicável o indiciado até dez dias, desde que a medida se torne necessária às averiguações policiais militares.

§ 2º Se entender necessário, o Encarregado solicitará dentro do mesmo prazo ou de sua prorrogação, a prisão preventiva do indiciado, observadas as disposições do art. 149 do Código da Justiça Militar.

Art. 60. Em qualquer fase do processo, aplicam-se as disposições relativas à prisão preventiva previstas no Código da Justiça Militar.

Art. 61. Poderão ser instaurados, individual ou coletivamente, os processos contra os infratores de qualquer dos dispositivos deste Decreto-lei.

Art. 62. Recebida a denúncia, o Auditor mandará citar o denunciado para se ver processar e julgar.

Parágrafo único. A citação será por edital e com prazo de quinze dias, para os denunciados que não forem encontrados, e de vinte dias, para os que se tenham ausentado voluntariamente do país, estejam ou não em lugar sabido.

Art. 63. O acusado que não comparecer aos atos processuais para os quais foi devidamente citado ou notificado, será considerado revel.

Art. 64. A ausência de qualquer dos acusados não impedirá a realização dos atos do processo e do julgamento, nem obrigará seu adiamento.

Parágrafo único. Se a ausência fôr do advogado constituído, o acusado será assistido por defensor designado, na hora, pelo Presidente do Conselho.

Art. 65. A denúncia deverá arrolar até três testemunhas, e, no caso de mais de um denunciado, poderá ser ouvida mais uma acêrca da responsabilidade daquele a respeito do qual não houverem depôsto as testemunhas inquiridas.

Art. 66. A defesa, no curso do sumário, poderá indicar duas testemunhas para cada acusado, as quais deverão ser apresentadas, independentemente de intimação, no dia e hora fixados para a inquirição.

Parágrafo único. As testemunhas de defesa que deixarem de comparecer à audiência marcada, sem motivo de fôrça maior comprovado pelo Conselho, não mais serão ouvidas, entendendo-se como desistência o seu não comparecimento.

Art. 67. Preterem a todos os serviços forenses locais as precatórias expedidas pelo Auditor e deverão ser cumpridas no prazo máximo de quinze dias, da data do seu recebimento, e devolvidas pelo meio mais rápido e seguro.

Art. 68. O exame de sanidade mental requerido pela defesa, de algum ou alguns dos acusados, não obstará sejam julgados os demais, se o laudo correspondente não houver sido remetido ao Conselho até a data marcada para o julgamento. Neste caso, aquêles acusados serão julgados oportunamente.

Art. 69. Quando o estado de saúde do acusado não permitir sua permanência na sessão do julgamento, esta prosseguirá com a presença do seu defensor.

Parágrafo único. Se o defensor se recusar a permanecer na sessão, a defesa passará a ser feita por advogado, designado pelo Presidente do Conselho.

Art. 70. A acusação e a defesa terão respectivamente uma hora para a sustentação oral, por ocasião do julgamento, podendo o procurador e o defensor replicar e treplicar, por tempo não excedente a trinta minutos.

Parágrafo único. Se forem dois ou mais réus e diversos os defensores, cada um dêles terá por sua vez e pela metade, os prazos acima estabelecidos.

Art. 71. Quando a sessão de julgamento não puder ser concluída, por motivos justificados e dentro do próprio trimestre, o Conselho Permanente de Justiça terá sua jurisdição prorrogada no respectivo processo.

Art. 72. O Conselho de Justiça poderá:

a) dar ao fato definição jurídica diversa da que constar na denúncia, ainda que em consequência, tenha de aplicar pena mais grave, desde que aquela definição haja sido formulada pelo Ministério Público, em alegações escritas e a defesa tenha tido oportunidade de examiná-la;

b) proferir sentença condenatória por fato articulado na denúncia, não obstante haver o Ministério Público opinado pela absolvição, bem como reconhecer circunstância agravante não argüida, mas referida, na narração do fato criminoso, na denúncia.

Art. 73. Ao Ministério Público cabe recorrer obrigatoriamente, para o Superior Tribunal Militar:

a) do despacho do Auditor que rejeitar, no todo ou em parte, a denúncia;

b) da sentença absolutória.

Art. 74. O condenado à pena de reclusão por mais de dois anos fica sujeito, acessoriamente à suspensão de direitos políticos, por dois a dez anos.

Art. 75. Não é admissível a suspensão condicional da pena dos crimes previstos neste decreto-lei.

Art. 76. A pena privativa de liberdade será cumprida em estabelecimento penal, militar ou civil, sem rigor penitenciário, a critério do juiz, tendo em vista a natureza do crime e a periculosidade do agente.

Art. 77. O livramento condicional dar-se-á nos termos da legislação penal militar.

Art. 78. São inafiançáveis os crime, previstos neste decreto-lei.

Art. 79. O Ministro da Justiça, sem prejuízo do disposto em leis especiais, poderá determinar investigações sobre a organização e o funcionamento das empresas jornalísticas, de radiodifusão ou de televisão, especialmente quanto à sua contabilidade, receita e despesa, assim como a existência de quaisquer fatores ou influência contrárias à Segurança Nacional, tal como definidos nos artigos 2º e 3º e seus parágrafos deste decreto-lei.

CAPÍTULO IV

Do processo dos crimes punidos com as penas de morte e de prisão perpétua

Art. 80. Os autos do Inquérito, do flagrante, ou documentos relativos ao crime serão remetidos à Auditoria, pela autoridade militar competente.

Art. 81. O prazo para a conclusão do inquérito é de trinta dias, podendo, por motivo excepcional, ser prorrogado por mais quinze dias.

Art. 82. Recebidos os autos do inquérito, do flagrante, ou documentos, o Auditor dará vista imediata ao Procurador que, dentro em cinco dias, oferecerá a denúncia, contendo:

- a) o nome do acusado e sua qualificação;
- b) a exposição sucinta dos fatos;
- c) a classificação do crime;
- d) a indicação de duas a oito testemunhas.

Art. 83. Será dispensado o rol de testemunhas, se a denúncia se fundar em prova documental.

Art. 84. Serão nomeados pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar os membros dos Conselhos de Justiça competentes para o julgamento dos crimes punidos com as penas de prisão perpétua e de morte.

Parágrafo único. A nomeação dos Juizes do Conselho constará dos autos do processo, por certidão.

Art. 85. Recebida a denúncia, mandará o Auditor citar o acusado e intimar as testemunhas, nomeando-lhe defensor, se aquêle não o tiver, e lhe abrirá vista dos autos em cartório, pelo prazo de dez dias, podendo, dentro dêste, oferecer defesa escrita, juntar documentos e arrolar testemunhas, até o máximo de oito.

Art. 86. Se o Procurador não oferecer denúncia, ou se esta fôr rejeitada, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal Militar, que a seu respeito decidirá de forma definitiva.

Art. 87. Quando, na denúncia, figurarem diversos acusados, poderão ser processados e julgados em grupos, se assim o aconselhar o interêsse da Justiça, contados os prazos em dôbro.

Art. 88. O oferecimento da denúncia, citação do acusado, intimação de testemunhas, nomeação de defensor, instrução criminal, julgamento e lavratura da sentença, reger-se-ão no que lhes fôr aplicável, pelas normas estabelecidas para os processos da competência do Auditor e dos Conselhos de Justiça.

Art. 89. A instrução criminal será presidida pelo Oficial-Juiz que funcionar no Conselho, observada a precedência hierárquica, cabendo ao Auditor relatar os processos para o julgamento.

Art. 90. O acusado preso será requisitado, para se ver processar e, se ausente, será processado e julgado à revelia.

Art. 91. A defesa terá vista dos autos em cartório, para alegações escritas.

Parágrafo único. Nas alegações finais, o Procurador indicará as circunstâncias agravantes expressamente previstas na lei penal e todos os fatos e circunstâncias que devam influir na fixação da pena.

Art. 92. O acusado poderá dispensar a assistência de advogado, se estiver em condições de fazer sua defesa.

Art. 93. As questões preliminares e os incidentes, que forem suscitados, serão resolvidos, conforme o caso, pelo Auditor ou pelo Conselho de Justiça.

Art. 94. A falta do extrato da fé de Ofício ou dos assentamentos do acusado poderá ser suprida por outros meios informativos.

Art. 95. Os órgãos da Justiça Militar, tanto em primeira como em segunda instância, poderão alterar a classificação do crime, sem todavia inovar a acusação.

Parágrafo único. Havendo impossibilidade de alterar a classificação do crime, o processo será anulado, devendo ser oferecida nova denúncia.

Art. 96. Encerrada a prova de defesa, a Auditor procederá ao julgamento em outra audiência, dentro em vinte dias, na qual, o Procurador e o Defensor terão, respectivamente, uma hora, para produzir, oralmente, suas alegações, podendo replicar e treplicar por tempo não excedente a trinta minutos.

§ 1º É dispensado o comparecimento do acusado à audiência de julgamento, se, assim, o desejar.

§ 2º Após os debates orais, o Conselho deliberará em sessão secreta e o Auditor lavrará a sentença e a lerá, em sessão pública, dela mandando intimar no mesmo dia, o Procurador e o réu, ou seu defensor, se ausentes.

Art. 97. Das sentenças de primeira instância caberá recurso de apelação, com efeito suspensivo, para o Superior Tribunal Militar.

§ 1º A apelação será interposta de Ofício e, no prazo de dez dias, contados da intimação da sentença, pelo acusado ou, se rever, por seu defensor, ou, ainda, pelo Procurador.

§ 2º Não caberá recurso de decisões sobre questões incidentes, que poderão, entretanto, ser renovadas na apelação.

Art. 98. As razões do recurso serão apresentadas, com a petição, em cartório e, conclusos os autos ao Auditor, este os remeterá, incontinenti, à instância superior.

Art. 99. Os autos, no Superior Tribunal Militar, serão logo conclusos ao relator, que mandará abrir vista ao Procurador-Geral, a fim de que emita parecer, no prazo de cinco dias.

Art. 100. Restituídos os autos pelo Procurador-Geral serão eles encaminhados ao relator e revisor, tendo cada um, sucessivamente, o prazo de 10 dias para seu exame.

Art. 101. Anunciado o julgamento pelo presidente, o relator fará a exposição dos fatos.

§ 1º Findo o relatório, poderão o defensor e o Procurador-Geral produzir alegações orais por trinta minutos, cada um.

§ 2º Discutida a matéria, o Superior Tribunal Militar proferirá sua decisão.

§ 3º O relator será o primeiro a votar, sendo o presidente o último.

§ 4.º O resultado do julgamento constará de ata, que se juntará ao processo e a decisão será lavrada dentro em cinco dias, salvo motivo de força maior.

Art. 102. A apelação devolve o pleno conhecimento do feito ao Superior Tribunal Militar.

Art. 103. O recurso de embargos, nos processos, seguirá as normas estabelecidas para a apelação.

Art. 104. A pena de morte somente será executada trinta dias após haver sido comunicada ao Presidente da República, se êste não a comutar em prisão perpétua, e a sua execução obedecerá ao disposto no Código de Justiça Militar.

Art. 105. A pena de prisão perpétua será cumprida em estabelecimento penal, militar ou civil, ficando o condenado sujeito a regime especial e separado dos que estejam cumprindo outras penas privativas de liberdade.

Art. 106. Nos casos omissos, aplica-se ao processo de que trata êste Capítulo as disposições do Capítulo, anterior e do Código de Justiça Militar.

Art. 107. Êste decreto-lei entra em vigor na data de sua publicação, revogados os Decretos-leis números 314, de 13 de março de 1967, e 510, de 20 de março de 1969, e demais disposições em contrário.

Brasília, 29 de setembro de 1969; 148º da Independência e 81º da República.

AUGUSTO HAMANN RADEMAKER GRÜNEWALD

Aurélio de Lyra Tavares; Márcio de Souza e Mello; Luís Antônio da Gama e Silva

BIBLIOGRAFIA

AYRES BRITTO, Carlos. **Voto do Ministro Carlos Ayres Britto com relação a ADIN nº 3510/2005**. Trechos do voto. Disponível em [www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf], consultado em 25 de março de 2008.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal, parte geral : volume 1** / Flávio Augusto Monteiro de Barros. 2.ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2001.

BARROS MONTEIRO, Washington de. **Curso de Direito Civil / Parte Geral** - Washington de Barros Monteiro. 15.ed. São Paulo : Saraiva, 1978.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

BATTAGLINI, Giulio. **Direito Penal: Parte Geral**. Trad. de Paulo José da Costa Jr. e Ada Pellegrini Grinover. São. Paulo: Saraiva, 1964.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal** / Tradução brasileira e notas do Professor Paulo José da Costa Júnior e do magistrado Alberto Silva Franco. 1.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1966.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 7 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1 : parte geral : (arts. 1º a 120)** / Fernando Capez. 12.ed. de acordo com a lei 11.466/2007. São Paulo : Editora Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 2 : parte especial : dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. (arts. 121 a 212)** / Fernando Capez. 5.ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Saraiva, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. 3.^a ed. Belo Horizonte: Cultura Jurídica/Líder, 2003.

CASTRO, Auto de. *A ideologia jusnaturalista: dos estoicos à O.N.U.* Salvador : S. A. Artes Gráficas, 1954.

CAVALLIERI FILHO, Sergio. Programa de Sociologia. Rio de Janeiro : Forense, 2001.

D'AGOSTINO, Rosanne. *STF decide sobre células-tronco entre a fé e a ciência*. Site Última Instância, de 04.03.2008. Disponível em [<http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/48206.shtml>], consultado em 10 de março de 2008.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. 4.ed. São Paulo : Editora Saraiva, 1997.

DINIZ, Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 2004.

ENCARNAÇÃO, João Bosco da, 1958 - . In: *Que é isto, o Direito? : introdução à Filosofia Hermenêutica do Direito / João Bosco Encarnação*. 3d. São José dos Campos, SP : Stiliano, 2001.

ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico / Fundação Calouste Gulbenkian*. 3ª ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1964.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

FERNANDES, Carlos. Disponível em [<http://www.dec.ufcg.edu.br/biografias/EreModes.html>], site acadêmico das Universidade Federal de Campina Grande / PB.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. trad.: Manuel Domingues de Andrade. 3. ed. Coimbra : Armênio Amado, 1978.

FONTELES, Cláudio Lemos. **Parecer que instrui a Petição Inicial da ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3510**, protocolada em 30.05.2005 ao Superior Tribunal Federal.

FONTELES, Cláudio Lemos. **Petição Inicial da ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3510**, protocolada em 30.05.2005 ao Superior Tribunal Federal.

FRONDISI, Resieri. ***Que son los valores?*** México / Bueno Aires : Breviários Del Fondo de Cultura Econômica, 1958.

GIACOMOLLI, Nereu José. ***Função Garantista do Princípio da Legalidade***. Revista dos Tribunais, ano 89, volume 778. São Paulo : RT, 1989.

GOMES, Sérgio Alves. ***Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático***. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. ***Os fundamentos da ordem jurídica*** / Simone Goyard-Fabre; tradução Claudia Berliner; revisão da tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo : Martins Fontes, 2002.

GUSMÃO, Paulo Dourado. ***Introdução à ciência do direito***, 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

GUIMARÃES, Deoclesiano Torrieri. ***Dicionário técnico jurídico*** / organização Deoclesiano Torrieri Guimarães, 9.ed. São Paulo : Rideel, 2007.

HESPANHA, António Manuel. ***Panorama histórico da cultura jurídica européia***. Mem Martins: Europa-América, 1997.

HUNGRIA, Nélon. ***Comentário ao Código Penal: decreto - Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940***. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

JESUS, Damásio Evangelista de. 1935 – ***Lei de contravenções penais anotada*** / Damásio E. de Jesus – 2.ed. atual. – São Paulo : Saraiva, 1944.

KELSEN, Hans. ***Teoria Pura do Direito***. 5^a ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KLUG, Ulrich. In: ***Observations sur le problème des lacunes en Droit, Le Problème des Lacunes en Droit***. Bruxelas : Chaim Perelman, 1968.

KURY, Mário da Gama. In: ***Dicionário de mitologia grega e romana*** / Mário da Gama Kury. 7.ed. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editora, 2003.

LACLAU, Martin. ***Conducta, norma y valor: ideas para una nueva comprensión Del derecho***. Buenos Aires : Editora Abeledo-Perrot, 1999.

LAHAYE, Tim. Bíblia de estudo profético / Tim LaHaye editor geral; editores associados Ed Hindson, James Combs e Thomas Ice; - tradução Carlos Osvaldo Cardoso Pinto, Neyd Siqueira – São Paulo : Hagnos, 2005.

LIMA, Hermes. ***Introdução à Ciência do Direito***. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2000.

LUCE, John Victor. ***Curso de Filosofia grega: do século VI a.C. ao século III d.C*** / J. V. Luce, tradução Mário de Gama Kury. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Ed., 1994. p. 104 a 106.

MARKY, Thomas. ***Curso elementar de Direito Romano*** / Thomas Marky. 6ª ed – São Paulo : Saraiva, 1992.

MAXIMILIANO, Carlos. ***Hermenêutica e aplicação do direito*** / Carlos Maximiliano. 12 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1992.

MEAD, George Hebert. In: ***Mind, Self, Society: From the Standpoint of a Social Behaviorist***. In: *Works of George Herbert Mead*. v. 1. Chicago : University of Chicago Press, 1967.

MENDONÇA, Jacy de Souza. In: ***O Curso de Filosofia do Direito do Professor Armando Câmara*** / Jacy de Souza Mendonça. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

MENDONÇA, Jacy de Souza. ***Introdução ao Estudo do Direito*** / Jacy de Souza Mendonça. São Paulo : Saraiva, 2002.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. ***Processo Penal*** / Júlio Fabbrini Mirabete. 14 ed. rev. e atual. até dezembro de 2002 – São Paulo : Atlas, 2003.

MORENTE, Manuel Garcia. ***Noções Preliminares de Filosofia*** / Mestre Jou. São Paulo : Mestre Jou, 1980.

MORRIS, Clarence (Org.). ***Os Grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito***. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. ***Manual de direito penal : parte geral : parte especial*** / Guilherme de Souza Nucci. – 2.ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Editota Revista dos Tribunais, 2006.

PLATÃO. *A República*. São Paulo : Editora Martin Claret, 2006. Livro III.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. v. 1 São Paulo: Max Limonad, 1952.

RAVANELLI, Antônio. *Latim Vivo: aforismos jurídicos, expressões consagradas, frases célebres, provérbios, curiosidades*. 3.ed. / Antônio Ravanelli. São José dos Campos : UNIVAP, 2005.

RODRIGUES, Nelson. In: *A menina sem estrela - Memórias*. 1.ed. 2ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Buenos Aires : Atalaya, 1975.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulo Jurídico** / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo* / José Afonso da Silva. 21 ed. rev. e atual. São Paulo : Malheiros Editores, 2002.

SILVA MARTINS, Ives Gandra da. **Inflação Legislativa por Ives Gandra da Silva Martins**. Site: Juristas.com.br, de 27.10.07. Disponível em [http://juristas.com.br/a_3163~p_1~Infla%C3%A7%C3%A3o-Legislativa], consultado em 25 de fevereiro de 2008.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela penal do meio ambiente : breves considerações atinentes à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998** / Luís Paulo Sirvinskaskas. – 2 ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Saraiva.

SOLER, Sebastián. **Interpretación de la ley**. Barcelona: Ariel, 1962.

TEIXEIRA, António Braz. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Associação Acadêmica Faculdade de Direito, 1983.

TELES, Ney Moura. In: *Direito penal : parte geral : arts. 1º a 120, volume 1* / Ney Moura Teles. São Paulo : Atlas, 2004.

TELLES JUNIOR, Goffredo. ***Devoção de advogado***. Disponível em: [http://www.goffredotellesjr.com.br/revista.htm]. Acesso em: 19 ago. 2007.

THOMAS, Hobbes. ***Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil***. São Paulo : Martin Claret, 2004.

TOMÁS, de Aquino. In: ***Summa Theologica, I, XLV, 2. Escritos Políticos de Santo Tomás de Aquino***. Petrópolis : Vozes, 1995.

TOMÁS, de Aquino, Santo. ***Summa Theologica, I, XCVI, 4. Escritos Políticos de Santo Tomás de Aquino***. Petrópolis : Editora Vozes, 1995.

Vários autores, sem referência específica. In: ***Grande dicionário Larousse Cultural da Língua Portuguesa*** – Obra parcialmente derivada da “Grande Enciclopédia Larousse Cultural”, verbete *valor*. São Paulo : Editora Nova Cultural, 1999.

ANEXO I

DECRETO-LEI Nº 898, DE 29 DE SETEMBRO DE 1969 ¹.

Revogado pela Lei nº 6.620, de 1978

Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências.

OS MINISTROS DA MARINHA DE GUERRA, DO EXÉRCITO E DA AERONÁUTICA MILITAR, usando das atribuições que lhes confere o artigo 1º do Ato Institucional nº 12, de 31 de agosto de 1969, combinado com o parágrafo 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968,

Decretam:

CAPÍTULO I

Da Aplicação da Lei de Segurança Nacional

Art. 1º Toda pessoa natural ou jurídica é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei.

Art. 2º A segurança nacional a garantia da consecução dos objetivos nacionais contra antagonismos, tanto internos como externos.

Art. 3º A segurança nacional compreende, essencialmente, medidas destinadas à preservação da segurança externa e interna, inclusive a prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva.

§ 1º A segurança interna, integrada na segurança nacional, diz respeito às ameaças ou pressões antagônicas, de qualquer origem, fôrma ou natureza, que se manifestem ou produzam efeito no país.

§ 2º A guerra psicológica adversa é o emprêgo da propaganda, da contra-propaganda e de ações nos campos político, econômico, psicossocial e militar, com a finalidade de influenciar ou provocar opiniões, emoções, atitudes e comportamentos de grupos estrangeiros, inimigos, neutros ou amigos, contra a consecução dos objetivos nacionais.

§ 3º A guerra revolucionária é o conflito interno, geralmente inspirado em uma ideologia, ou auxiliado do exterior, que visa à conquista subversiva do poder pelo controle progressivo da Nação.

Art. 4º Este Decreto-lei se aplica, sem prejuízo de convenções, tratados e regras, de direito internacional, aos crimes cometidos, no todo ou em parte, em território nacional, ou que nêle, embora parcialmente, produziram ou deviam produzir seu resultado.

¹ Texto integral, inclusive ortografia utilizada na época, do Decreto-Lei nº 898 de 29 de setembro de 1969. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10898.htm], consultado em 12 de dezembro de 2007.

Art. 5º Ficam sujeitos ao presente decreto-lei, embora cometidos no estrangeiro os crimes que, mesmo parcialmente, produziram ou deviam produzir seu resultado no território nacional.

Art. 6º Aplica-se êste Decreto-lei ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, ressalvadas as disposições de convenções, tratados e regras de direito internacional.

Art. 7º Na aplicação dêste decreto-lei o juiz, ou Tribunal, levará inspirar-se nos conceitos básicos da segurança nacional definidos nos artigos anteriores.

CAPÍTULO II

Dos Crimes e das Penas

Art. 8º Entrar em entendimento ou negociação com govêrno estrangeiro ou seus agentes, a fim de provocar guerra ou atos de hospitalidade contra o Brasil.

Pena: reclusão, de 15 a 30 anos.

Parágrafo único. Se os atos de hostilidade fôrem desencadeados:

Pena: Prisão perpétua, em grau mínimo e morte, em grau máximo.

Art. 9º Tentar, com ou sem auxilio estrangeiro, submeter o território nacional, ou parte dêle, ao domínio ou soberania de outro país, ou suprimir ou pôr em perigo a independência do Brasil:

Pena: Reclusão, de 20 a 30 anos.

Parágrafo único. Se, da tentativa, resultar morte:

Pena: Prisão perpétua, em grau mínimo, e morte, em grau máximo.

Art. 10. Aliciar indivíduos de outra nação para que invadam o território brasileiro, seja qual fôr o motivo ou pretexto:

Pena: Reclusão, de 10 a 20 anos.

Parágrafo único. Verificando-se a invasão.

Pena: Prisão perpétua, em grau mínimo, em morte, em grau máximo.

Art. 11. Comprometer a Segurança Nacional, sabotando quaisquer instalações militares, navios, aviões, material utilizável pelas Fôrças Armadas, ou, ainda, meios de comunicação e vias de transporte, estaleiros, portos e aeroportos, fábricas, depósitos ou outras instalações:

Pena: Reclusão, de 8 a 30 anos.

§ 1º Se, em decorrência da sabotagem, verificar-se paralisação de qualquer serviço, serão aplicadas as seguintes penas:

a) se a paralisação não ultrapassar de um dia:

Pena: Reclusão, de 8 a 12 anos;

b) se a paralisação ultrapassar de um (1) e não ultrapassar cinco (5) dias:

Pena: Reclusão, de 10 a 15 anos;

c) se a paralisação ultrapassar de cinco (5) e não ultrapassar de trinta (30) dias:

Pena: Reclusão, de 12 a 24 anos se a paralisação ultrapassar de trinta (30) dias.

Pena: prisão perpétua.

§ 2º Verificando-se lesão corporal em decorrência da sabotagem, as penas cominadas nas alíneas a, b e c do parágrafo anterior, serão acrescidas de um terço até o dobro, proporcionalmente à gravidade da lesão causada.

§ 3º Verificando-se morte, em decorrência da sabotagem:

Pena: Morte.

Art. 12. Concertarem-se mais de 2 (duas) pessoas para a prática de qualquer dos crimes previstos nos artigos anteriores:

Pena: Reclusão, de 1 a 5 anos.

Art. 13. Redistribuir material ou fundos de propaganda de providência estrangeira, sob qualquer forma ou a qualquer título, para a infiltração de doutrinas ou idéias incompatíveis com a Constituição:

Pena: Reclusão, de 4 a 8 anos.

Parágrafo único. Se a propaganda de que trata o artigo, utilizando o material ou fundos de proveniência estrangeira, é feita a fim de submeter o Brasil a outro país:

Pena: Reclusão, de 8 a 12 anos.

Art. 14. Formar, filia-se ou manter associação de qualquer título, comitê, entidade de classe ou agrupamento que, sob a orientação ou com o auxílio de governo estrangeiro ou organização internacional, exerça atividades prejudiciais ou perigosas à Segurança Nacional:

Pena: Reclusão, de 2 a 5 anos, para os organizadores ou mantenedores, e, de 6 meses a 2 anos, para os demais.

Art. 15. Promover ou manter, em território nacional, serviço de espionagem em proveito de país estrangeiro ou de organização subversiva;

Pena: reclusão de 10 anos, em grau mínimo, e prisão perpétua, em grau máximo.

§ 1º Obter ou procurar obter, para o fim de espionagem, notícia de fatos ou coisas que, no interesse do Estado, devam permanecer secretas, desde que o fato não constitua delito mais grave:

Pena: reclusão, de 5 a 12 anos.

§ 2º Destruir, falsificar, subtrair, fornecer comunicar a potência estrangeira, organização subversiva, ou a seus agentes ou, em geral, a pessoa não autorizada, documentos, planos ou instruções classificados como sigilosos por interessarem à Segurança Nacional:

Pena: reclusão de 12 a 24 anos.

§ 3º Entrar em relação com governo estrangeiro, organização subversiva ou seus agentes, para o fim de comunicar qualquer outro segredo concernente à Segurança Nacional:

Pena: reclusão de 5 a 10 anos.

§ 4º Fazer ou reproduzir, para o fim de espionagem, fotografias, gravuras ou desenhos de instalações ou zonas militares e engenhos de guerra, de qualquer tipo; ingressar para o mesmo fim, clandestina ou fraudulentamente, nos referidos lugares; desenvolver atividades aerofotográficas, em qualquer parte do território nacional, sem autorização de autoridade competente:

Pena: reclusão de 5 a 10 anos.

§ 5º Dar asilo ou proteção a espiões, sabendo que o sejam:

Pena: reclusão de 12 a 24 anos.

§ 6º Facilitar o funcionário público, culposamente, o conhecimento de segredo concernente à Segurança Nacional:

Pena: detenção, de 2 a 5 anos.

Art. 16. Divulgar, por qualquer meio de comunicação social, notícia falsa, tendenciosa ou fato verdadeiro truncado ou deturpado, de modo a indispor ou tentar indispor o povo com as autoridades constituídas:

Pena: detenção, de 6 meses a 2 anos.

§ 1º Se a divulgação provocar perturbação da ordem pública ou expuser a perigo o bom nome, a autoridade, o crédito ou o prestígio do Brasil:

Pena: detenção, de 2 a 5 anos.

§ 2º Se a responsabilidade pela divulgação couber a diretor ou responsável pelo jornal, periódico, estação de rádio ou de televisão será, também, imposta a multa de 50 a 100 vezes o valor do salário-mínimo vigente na localidade, à época do fato, elevada ao dôbro, na hipótese do parágrafo anterior:

§ 3º As penas serão aplicadas em dôbro, em caso de reincidência.

Art. 17. Falsificar, suprimir, tornar irreconhecível, subtrair ou desviar de seu destino ou uso normal algum meio de prova relativo a fato de importância para o interesse nacional:

Pena: reclusão, de 3 a 8 anos.

Art. 18. Violar imunidades diplomáticas, pessoais ou reais, ou de Chefe, ou representante de Nação estrangeira, ainda que de passagem pelo território nacional:

Pena: reclusão, de 6 a 12 anos.

Art. 19. Violar neutralidade assumida pelo Brasil em face de países beligerantes:

Pena: reclusão, de 2 a 4 anos.

Parágrafo único. Se o crime fôr simplesmente culposos:

Pena: detenção, de 6 meses a 1 ano.

Art. 20. Destruir ou ultrajar bandeira, emblemas ou escudo de Nação, amíga, quando expostos em lugar público:

Pena: detenção, de 6 meses a 1 ano.

Art. 21. Ofender publicamente, por palavras ou escrito, Chefe de Governo de Nação estrangeira:

Pena: reclusão, de 2 a 6 anos.

Art. 22. Exercer violência de qualquer natureza, contra Chefe de Governo estrangeiro, quando em visita ao Brasil ou de passagem pelo território brasileiro:

Pena: prisão perpétua.

Parágrafo único. Se da violência resultar lesão corporal ou morte:

Pena: morte.

Art. 23. Tentar subverter a ordem ou estrutura político-social vigente no Brasil, com o fim de estabelecer ditadura de classe, de partido político, de grupo ou indivíduo:

Pena: reclusão, de 8 a 20 anos.

Art. 24. Promover insurreição armada ou tentar mudar, por meio violento, a Constituição, no todo ou em parte, ou a forma de governo por ela adotada:

Pena: reclusão, de 12 a 30 anos.

Parágrafo único. Se, da prática do ato, resultar morte:

Pena: prisão perpétua, em grau mínimo, e morte, em grau máximo.

Art. 25. Praticar atos destinados a provocar guerra revolucionária ou subversiva:

Pena: reclusão, de 5 a 15 anos.

Parágrafo único. Se, em virtude deles, a guerra sobrevém:

Pena: prisão perpétua, em grau mínimo, e morte, em grau máximo.

Art. 26. Impedir ou tentar impedir, por meio de violência ou ameaça de violência, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados:

Pena: reclusão, de 4 a 10 anos.

Art. 27. Assaltar, roubar ou depredar estabelecimento de crédito ou financiamento, qualquer que seja a sua motivação:

Pena: reclusão, de 10 a 24 anos.

Parágrafo único. Se, da prática do ato, resultar morte:

Pena: prisão perpétua, em grau mínimo, e morte, em grau máximo.

Art. 28. Devastar, saquear, assaltar, roubar, sequestrar, incendiar, depredar ou praticar atentado pessoal, ato de massacre, sabotagem ou terrorismo:

Pena: reclusão, de 12 a 30 anos.

Parágrafo único. Se, da prática do ato, resultar morte:

Pena: prisão perpétua, em grau mínimo, e morte, em grau máximo.

Art. 29. Impedir ou dificultar o funcionamento de serviços essenciais, administrados pelo Estado ou executados mediante concessão, autorização ou permissão:

Pena: reclusão, de 8 a 20 anos.

Parágrafo único. Se, da prática do ato, resultar morte:

Pena: prisão perpétua, em grau mínimo, e morte, em grau máximo.

Art. 30. Tentar desmembrar parte do território nacional, para constituir país independente:

Pena: reclusão, de 6 a 12 anos.

Art. 31. Revelar segredo obtido em razão de cargo ou função pública que exerça, relativamente a ações ou operações militares ou qualquer plano contra revolucionários, insurrectos ou rebeldes:

Pena: reclusão, de 5 a 12 anos.

Parágrafo único. Se o segredo revelado causar prejuízo às operações militares ou aos planos aludidos:

Pena: reclusão, de 12 anos até a prisão perpétua.

Art. 32. Matar, por motivo de facciosismo ou inconformismo político-social, quem exerça autoridade ou estrangeiro que se encontrar no Brasil, a convite do Governo Brasileiro, a serviço de seu país ou em missão de estudo:

Pena: morte.

Art. 33. Exercer violência, por motivo de facciosismo ou inconformismo político-social, contra quem exerça autoridade:

Pena: reclusão, de 8 a 15 anos.

§ 1º Se da violência resultar lesões corporais:

Pena: reclusão, de 12 a 30 anos.

§ 2º Se da violência resultar morte:

Pena: prisão perpétua em grau mínimo, e morte, em grau máximo.

Art. 34. Ofender moralmente quem exerça autoridade, por motivos de facciosismo ou inconformismo político-social:

Pena: reclusão de 2 a 4 anos.

Parágrafo único. Se o crime fôr cometido por meio de imprensa, radio ou televisão, a pena é aumentada de metade.

Art. 35. Atentar contra a liberdade pessoal do Presidente ou do Vice-Presidente da República, dos Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, do Supremo Tribunal Federal, de Ministros de Estado, de Governadores de Estado ou Territórios e do Prefeito do Distrito Federal.

Pena: reclusão de 8 a 24 anos.

Art. 36. Ofender a honra ou a dignidade do Presidente ou do Vice-Presidente da República, dos Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, do Supremo Tribunal Federal, de Ministros de Estado, de Governadores de Estado ou Territórios e do Prefeito do Distrito Federal:

Pena: reclusão, de 2 a 6 anos.

Parágrafo único. Se o crime fôr cometido por meio de imprensa, rádio ou televisão a pena é aumentada de metade, além da multa de 50 a 100 vezes o valor do maior salário-mínimo

vigente no país, se a responsabilidade couber a diretor ou responsável por tais órgãos da imprensa, escrita e falada.

Art. 37. Exercer violência, por motivo de facciosismo ou inconformismo político-social, contra estrangeiro que se encontre no Brasil, a serviço de seu país, em missão de estudo ou a convite do Governo brasileiro:

Pena: reclusão, de 8 a 15 anos.

§ 1º Se da violência resultar lesão corporal:

Pena: reclusão, de 12 a 30 anos.

§ 2º Se da violência resultar morte:

Pena: morte.

Art. 38. Promover greve lock-out, acarretando a paralisação de serviços públicos ou atividades essenciais, com o fim de coagir qualquer dos Podêres da República:

Pena: reclusão, de 4 a 10 anos.

Art. 39. Incitar:

I - A guerra ou à subversão da ordem político-social;

II - A desobediência coletiva às leis;

III - A animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis;

IV - A luta pela violência entre as classes sociais;

V - A paralisação de serviços públicos, ou atividades essenciais;

VI - Ao ódio ou à discriminação racial:

Pena: reclusão, de 10 a 20 anos.

§ 1º Se os crimes previstos nos itens I a IV forem praticados por meio de imprensa, rádio difusão ou televisão:

Pena: reclusão, de 15 a 30 anos.

§ 2º Ressalvados os crimes de que tratam os itens V e VI, se, do incitamento, decorrer morte:

Pena: morte.

§ 3º Se a responsabilidade pela incitação couber a diretor ou responsável de jornal, periódico, estação de rádio ou de televisão, além da pena, privativa da liberdade será imposta a multa de 50 a 100 vezes o valor do maior salário-mínimo vigente à época do delito.

Art. 40. Cessarem funcionários públicos coletivamente, no todo, ou em parte, os serviços a seu cargo:

Pena: detenção de 8 meses a 1 ano.

Parágrafo único. Incorrerá nas mesmas penas o funcionário público que, direta ou indiretamente, se solidarizar aos atos de cessação ou paralisação de serviço público ou que contribua para a não execução ou retardamento do mesmo.

Art. 41. Perturbar, mediante o emprêgo de vias de fato, ameaças, tumultos ou arruados, sessões legislativas, judiciárias ou conferências internacionais, realizadas no Brasil:

Pena: detenção, de 6 meses a 2 anos.

§ 1º Se, da ação resultar lesões corporais:

Pena: reclusão, de 4 e 12 anos.

§ 2º Se resultar morte:

Pena: morte.

§ 3º Aplica-se à tentativa a mesma pena, reduzida de um ou dois terços.

Art. 42. Constituir, filiar-se ou manter organização de tipo militar, de qualquer forma ou natureza, armada ou não, com ou sem fardamento, com finalidade combativa:

Pena: reclusão, de 3 a 8 anos.

Art. 43. Reorganizar ou tentar reorganizar de fato ou de direito, ainda que sob falso nome ou forma simulada, partido político ou associação, dissolvidos por força de disposição legal ou de decisão judicial, ou que exerça atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional, ou fazê-lo funcionar, nas mesmas condições, quando legalmente suspenso:

Pena: reclusão, de 2 a 5 anos.

Art. 44. Destruir ou ultrajar a bandeira, emblemas ou símbolos nacionais, quando expostos em lugar público:

Pena: detenção, de 2 a 4 anos.

Art. 45. Fazer propaganda subversiva:

I - Utilizando-se de quaisquer meios de comunicação social, tais como jornais, revistas, periódicos, livros, boletins, panfletos, rádio, televisão, cinema, teatro e congêneres, como

veículos de propaganda de guerra psicológica adversa ou de guerra revolucionária ou subversiva;

II - Aliciando pessoas nos locais de trabalho ou ensino;

III - Realizando comício, reunião pública, desfile ou passeata;

IV - Realizando greve proibida;

V - Injuriando, caluniando ou difamando quando o ofendido fôr órgão ou entidade que exerça autoridade pública ou funcionário, em razão de suas atribuições;

VI - Manifestando solidariedade a qualquer dos atos previstos nos itens anteriores:

Pena: reclusão, de 1 a 3 anos.

Parágrafo único. Se qualquer dos atos especificados neste artigo importar ameaça ou atentado à segurança nacional:

Pena: reclusão, de 2 a 4 anos.

Art. 46. Importar, fabricar, ter em depósito ou sob sua guarda, comprar, vender, doar ou ceder, transportar ou trazer consigo armas de fogo ou engenhos privativos das Forças Armadas ou quaisquer instrumentos de destruição ou terror, sem permissão da autoridade competente:

Pena: reclusão, de 5 a 10 anos.

Art. 47. Incitar à prática de qualquer dos crimes previsto neste Capítulo, ou fazer-lhes a apologia ou a de seus autores se o fato não constituir crime mais grave.

Pena: reclusão, de 2 a 5 anos.

§ 1º A pena será aumentada de metade, se o incitamento, publicidade ou apologia fôr feito por meio de imprensa, radiodifusão ou televisão.

§ 2º Se a responsabilidade pelo crime couber a diretor ou responsável de jornal, periódico, estação de rádio ou de televisão, além da pena privativa da liberdade será imposta a multa de 50 a 100 vezes o valor do maior salário-mínimo vigente na localidade, à época do delito.

Art. 48. Promover ou facilitar a fuga de pessoa legalmente prêsa, em decorrência da prática de crimes previsto nesta Lei.

Pena: reclusão, de 8 a 12 anos.

Parágrafo único. Se o crime é cometido com violência.

Pena: reclusão, de 12 a 24 anos.

Art. 49. São circunstâncias agravantes., quando não elementares do crime:

I - Ser o agente militar ou funcionário público, a êste se equiparando o empregado de autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista;

II - Ter sido o crime praticado com a ajuda de qualquer espécie ou sob qualquer título, prestada por Estado ou organização internacional ou estrangeiro;

III - Ter no caso de concurso de agentes, promovido ou organizado a cooperação no crime, ou dirigido atividade dos demais agentes.

IV - Ter sido o agente, em época anterior ao delito, atingido por sanção aplicada de acordo com os Atos Institucionais.

Art. 50. Para o efeito de cálculo da pena aplicável à tentativa, a pena de morte ou de prisão perpétua equipara-se à de reclusão por 30 anos.

Parágrafo único. Quando a tentativa não constitui por si só crime, é punida com a pena cominada a êste, reduzido de um a dois terços.

Art. 51. Quando ao crime fôr cominada pena de prisão perpétua, poderá o Conselho ou Tribunal substituí-la pela de reclusão por 30 anos.

Art. 52. Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos neste Decreto-lei:

a) pela morte do autor;

b) pela prescrição da pena.

Parágrafo único. Verifica-se a prescrição:

I - Em o dobro da pena máxima privativa de liberdade, cominada ao crime, até o limite máximo de 30 anos, e desde que não se trate de prisão perpétua;

II - Em 40 anos, na hipótese da pena de prisão perpétua ou de morte.

Art. 53. Se a responsabilidade pela propaganda subversiva couber a diretor ou a responsável de jornal ou periódico, o juiz poderá, ao receber a denúncia, impor a suspensão da circulação dêste até trinta dias, sem prejuízo de outras combinações previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de estação de radiodifusão ou televisão, a suspensão será imposta, nas mesmas condições, pelo Presidente do Conselho Nacional de Telecomunicações.

Art. 54. Nos crimes definidos nos arts. 16, e seus parágrafos, 34 e seu parágrafo único, 36 e seu parágrafo único, 39 e seus parágrafos, 45 e seu parágrafo único e 47 e seus parágrafos, o Ministro de Estado da Justiça, sem prejuízo da ação penal prevista neste Decreto-lei, poderá determinar a apreensão de jornal, periódico, livro ou qualquer outros impresso, a suspensão de sua impressão, circulação, distribuição ou venda, no território brasileiro, e, se tratar de, radiodifusão ou de televisão, representar ao Ministro de Estado das Comunicações, para a suspensão de seu funcionamento.

Parágrafo único. No caso de reincidência, praticada pelo mesmo jornal, periódico, livro ou qualquer outro impresso ou pela mesma empresa ou por periódico de empresas diferentes, mas que tenham o mesmo diretor ou responsável, ainda, o Ministro de Estado da Justiça poderá determinar ao Oficial do Registro Civil das Pessoas Jurídicas competente o cancelamento do registro respectivo e, em se tratando de radiodifusão ou de televisão, representar ao Ministro de Estado das Comunicações para a cassação da respectiva concessão ou permissão, e ulterior cancelamento do registro.

Art. 55. A responsabilidade penal pela propaganda, subversiva independe da civil e não exclui as decorrentes de outros crimes, na forma deste Decreto-lei ou de outras Lei.

CAPÍTULO III

Do Processo e Julgamento

Art. 56. Ficam sujeitos ao fôro militar tanto os militares como os civis, na forma do art. 122, parágrafos 1º e 2º da Constituição, com a redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1º de fevereiro de 1969, quanto ao processo e julgamento dos crimes definidos neste Decreto-lei, assim como os perpetrados contra as Instituições Militares.

Parágrafo único. Instituições Militares são as Forças Armadas, constituídas pela Marinha de Guerra, Exército e Aeronáutica Militar, estruturadas em Ministérios, bem assim os altos órgãos militares de administração, planejamento e comando.

Art. 57. O fôro especial estabelecido neste Decreto-lei prevalecerá sobre qualquer outro ainda que os crimes tenham sido cometidos por meio de imprensa, radiodifusão ou televisão.

Art. 58. Aplica-se, quanto ao processo e julgamento, o Código da Justiça Militar, no que não colidir com as disposições da Constituição e deste Decreto-lei.

Art. 59. Durante as investigações policiais o indiciado poderá ser preso, pelo Encarregado do Inquérito até trinta dias, comunicando-se a prisão à autoridade judiciária competente. Este prazo poderá ser prorrogado uma vez, mediante solicitação fundamentada do Encarregado do Inquérito à autoridade que o nomeou.

§ 1º O Encarregado do Inquérito poderá manter incomunicável o indiciado até dez dias, desde que a medida se torne necessária às averiguações policiais militares.

§ 2º Se entender necessário, o Encarregado solicitará dentro do mesmo prazo ou de sua prorrogação, a prisão preventiva do indiciado, observadas as disposições do art. 149 do Código da Justiça Militar.

Art. 60. Em qualquer fase do processo, aplicam-se as disposições relativas à prisão preventiva previstas no Código da Justiça Militar.

Art. 61. Poderão ser instaurados, individual ou coletivamente, os processos contra os infratores de qualquer dos dispositivos deste Decreto-lei.

Art. 62. Recebida a denúncia, o Auditor mandará citar o denunciado para se ver processar e julgar.

Parágrafo único. A citação será por edital e com prazo de quinze dias, para os denunciados que não forem encontrados, e de vinte dias, para os que se tenham ausentado voluntariamente do país, estejam ou não em lugar sabido.

Art. 63. O acusado que não comparecer aos atos processuais para os quais foi devidamente citado ou notificado, será considerado revel.

Art. 64. A ausência de qualquer dos acusados não impedirá a realização dos atos do processo e do julgamento, nem obrigará seu adiamento.

Parágrafo único. Se a ausência fôr do advogado constituído, o acusado será assistido por defensor designado, na hora, pelo Presidente do Conselho.

Art. 65. A denúncia deverá arrolar até três testemunhas, e, no caso de mais de um denunciado, poderá ser ouvida mais uma acêrca da responsabilidade daquele a respeito do qual não houverem depôsto as testemunhas inquiridas.

Art. 66. A defesa, no curso do sumário, poderá indicar duas testemunhas para cada acusado, as quais deverão ser apresentadas, independentemente de intimação, no dia e hora fixados para a inquirição.

Parágrafo único. As testemunhas de defesa que deixarem de comparecer à audiência marcada, sem motivo de fôrça maior comprovado pelo Conselho, não mais serão ouvidas, entendendo-se como desistência o seu não comparecimento.

Art. 67. Preterem a todos os serviços forenses locais as precatórias expedidas pelo Auditor e deverão ser cumpridas no prazo máximo de quinze dias, da data do seu recebimento, e devolvidas pelo meio mais rápido e seguro.

Art. 68. O exame de sanidade mental requerido pela defesa, de algum ou alguns dos acusados, não obstará sejam julgados os demais, se o laudo correspondente não houver sido remetido ao Conselho até a data marcada para o julgamento. Neste caso, aquêles acusados serão julgados oportunamente.

Art. 69. Quando o estado de saúde do acusado não permitir sua permanência na sessão do julgamento, esta prosseguirá com a presença do seu defensor.

Parágrafo único. Se o defensor se recusar a permanecer na sessão, a defesa passará a ser feita por advogado, designado pelo Presidente do Conselho.

Art. 70. A acusação e a defesa terão respectivamente uma hora para a sustentação oral, por ocasião do julgamento, podendo o procurador e o defensor replicar e treplicar, por tempo não excedente a trinta minutos.

Parágrafo único. Se forem dois ou mais réus e diversos os defensores, cada um dêles terá por sua vez e pela metade, os prazos acima estabelecidos.

Art. 71. Quando a sessão de julgamento não puder ser concluída, por motivos justificados e dentro do próprio trimestre, o Conselho Permanente de Justiça terá sua jurisdição prorrogada no respectivo processo.

Art. 72. O Conselho de Justiça poderá:

a) dar ao fato definição jurídica diversa da que constar na denúncia, ainda que em consequência, tenha de aplicar pena mais grave, desde que aquela definição haja sido formulada pelo Ministério Público, em alegações escritas e a defesa tenha tido oportunidade de examiná-la;

b) proferir sentença condenatória por fato articulado na denúncia, não obstante haver o Ministério Público opinado pela absolvição, bem como reconhecer circunstância agravante não argüida, mas referida, na narração do fato criminoso, na denúncia.

Art. 73. Ao Ministério Público cabe recorrer obrigatoriamente, para o Superior Tribunal Militar:

a) do despacho do Auditor que rejeitar, no todo ou em parte, a denúncia;

b) da sentença absolutória.

Art. 74. O condenado à pena de reclusão por mais de dois anos fica sujeito, acessoriamente à suspensão de direitos políticos, por dois a dez anos.

Art. 75. Não é admissível a suspensão condicional da pena dos crimes previstos neste decreto-lei.

Art. 76. A pena privativa de liberdade será cumprida em estabelecimento penal, militar ou civil, sem rigor penitenciário, a critério do juiz, tendo em vista a natureza do crime e a periculosidade do agente.

Art. 77. O livramento condicional dar-se-á nos termos da legislação penal militar.

Art. 78. São inafiançáveis os crime, previstos neste decreto-lei.

Art. 79. O Ministro da Justiça, sem prejuízo do disposto em leis especiais, poderá determinar investigações sobre a organização e o funcionamento das empresas jornalísticas, de radiodifusão ou de televisão, especialmente quanto à sua contabilidade, receita e despesa, assim como a existência de quaisquer fatores ou influência contrárias à Segurança Nacional, tal como definidos nos artigos 2º e 3º e seus parágrafos deste decreto-lei.

CAPÍTULO IV

Do processo dos crimes punidos com as penas de morte e de prisão perpétua

Art. 80. Os autos do Inquérito, do flagrante, ou documentos relativos ao crime serão remetidos à Auditoria, pela autoridade militar competente.

Art. 81. O prazo para a conclusão do inquérito é de trinta dias, podendo, por motivo excepcional, ser prorrogado por mais quinze dias.

Art. 82. Recebidos os autos do inquérito, do flagrante, ou documentos, o Auditor dará vista imediata ao Procurador que, dentro em cinco dias, oferecerá a denúncia, contendo:

- a) o nome do acusado e sua qualificação;
- b) a exposição sucinta dos fatos;
- c) a classificação do crime;
- d) a indicação de duas a oito testemunhas.

Art. 83. Será dispensado o rol de testemunhas, se a denúncia se fundar em prova documental.

Art. 84. Serão nomeados pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar os membros dos Conselhos de Justiça competentes para o julgamento dos crimes punidos com as penas de prisão perpétua e de morte.

Parágrafo único. A nomeação dos Juizes do Conselho constará dos autos do processo, por certidão.

Art. 85. Recebida a denúncia, mandará o Auditor citar o acusado e intimar as testemunhas, nomeando-lhe defensor, se aquêle não o tiver, e lhe abrirá vista dos autos em cartório, pelo prazo de dez dias, podendo, dentro dêste, oferecer defesa escrita, juntar documentos e arrolar testemunhas, até o máximo de oito.

Art. 86. Se o Procurador não oferecer denúncia, ou se esta fôr rejeitada, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal Militar, que a seu respeito decidirá de forma definitiva.

Art. 87. Quando, na denúncia, figurarem diversos acusados, poderão ser processados e julgados em grupos, se assim o aconselhar o interêsse da Justiça, contados os prazos em dôbro.

Art. 88. O oferecimento da denúncia, citação do acusado, intimação de testemunhas, nomeação de defensor, instrução criminal, julgamento e lavratura da sentença, reger-se-ão no que lhes fôr aplicável, pelas normas estabelecidas para os processos da competência do Auditor e dos Conselhos de Justiça.

Art. 89. A instrução criminal será presidida pelo Oficial-Juiz que funcionar no Conselho, observada a precedência hierárquica, cabendo ao Auditor relatar os processos para o julgamento.

Art. 90. O acusado preso será requisitado, para se ver processar e, se ausente, será processado e julgado à revelia.

Art. 91. A defesa terá vista dos autos em cartório, para alegações escritas.

Parágrafo único. Nas alegações finais, o Procurador indicará as circunstâncias agravantes expressamente previstas na lei penal e todos os fatos e circunstâncias que devam influir na fixação da pena.

Art. 92. O acusado poderá dispensar a assistência de advogado, se estiver em condições de fazer sua defesa.

Art. 93. As questões preliminares e os incidentes, que forem suscitados, serão resolvidos, conforme o caso, pelo Auditor ou pelo Conselho de Justiça.

Art. 94. A falta do extrato da fé de Ofício ou dos assentamentos do acusado poderá ser suprida por outros meios informativos.

Art. 95. Os órgãos da Justiça Militar, tanto em primeira como em segunda instância, poderão alterar a classificação do crime, sem todavia inovar a acusação.

Parágrafo único. Havendo impossibilidade de alterar a classificação do crime, o processo será anulado, devendo ser oferecida nova denúncia.

Art. 96. Encerrada a prova de defesa, a Auditor procederá ao julgamento em outra audiência, dentro em vinte dias, na qual, o Procurador e o Defensor terão, respectivamente, uma hora, para produzir, oralmente, suas alegações, podendo replicar e treplicar por tempo não excedente a trinta minutos.

§ 1º É dispensado o comparecimento do acusado à audiência de julgamento, se, assim, o desejar.

§ 2º Após os debates orais, o Conselho deliberará em sessão secreta e o Auditor lavrará a sentença e a lerá, em sessão pública, dela mandando intimar no mesmo dia, o Procurador e o réu, ou seu defensor, se ausentes.

Art. 97. Das sentenças de primeira instância caberá recurso de apelação, com efeito suspensivo, para o Superior Tribunal Militar.

§ 1º A apelação será interposta de Ofício e, no prazo de dez dias, contados da intimação da sentença, pelo acusado ou, se rever, por seu defensor, ou, ainda, pelo Procurador.

§ 2º Não caberá recurso de decisões sobre questões incidentes, que poderão, entretanto, ser renovadas na apelação.

Art. 98. As razões do recurso serão apresentadas, com a petição, em cartório e, conclusos os autos ao Auditor, este os remeterá, incontinenti, à instância superior.

Art. 99. Os autos, no Superior Tribunal Militar, serão logo conclusos ao relator, que mandará abrir vista ao Procurador-Geral, a fim de que emita parecer, no prazo de cinco dias.

Art. 100. Restituídos os autos pelo Procurador-Geral serão eles encaminhados ao relator e revisor, tendo cada um, sucessivamente, o prazo de 10 dias para seu exame.

Art. 101. Anunciado o julgamento pelo presidente, o relator fará a exposição dos fatos.

§ 1º Findo o relatório, poderão o defensor e o Procurador-Geral produzir alegações orais por trinta minutos, cada um.

§ 2º Discutida a matéria, o Superior Tribunal Militar proferirá sua decisão.

§ 3º O relator será o primeiro a votar, sendo o presidente o último.

§ 4.º O resultado do julgamento constará de ata, que se juntará ao processo e a decisão será lavrada dentro em cinco dias, salvo motivo de força maior.

Art. 102. A apelação devolve o pleno conhecimento do feito ao Superior Tribunal Militar.

Art. 103. O recurso de embargos, nos processos, seguirá as normas estabelecidas para a apelação.

Art. 104. A pena de morte somente será executada trinta dias após haver sido comunicada ao Presidente da República, se êste não a comutar em prisão perpétua, e a sua execução obedecerá ao disposto no Código de Justiça Militar.

Art. 105. A pena de prisão perpétua será cumprida em estabelecimento penal, militar ou civil, ficando o condenado sujeito a regime especial e separado dos que estejam cumprindo outras penas privativas de liberdade.

Art. 106. Nos casos omissos, aplica-se ao processo de que trata êste Capítulo as disposições do Capítulo, anterior e do Código de Justiça Militar.

Art. 107. Êste decreto-lei entra em vigor na data de sua publicação, revogados os Decretos-leis números 314, de 13 de março de 1967, e 510, de 20 de março de 1969, e demais disposições em contrário.

Brasília, 29 de setembro de 1969; 148º da Independência e 81º da República.

AUGUSTO HAMANN RADEMAKER GRÜNEWALD

Aurélio de Lyra Tavares; Márcio de Souza e Mello; Luís Antônio da Gama e Silva