

do Estado requerente exclui a formulação do pedido de extradição); c) competência da justiça brasileira para julgar o fato objeto do pedido de extradição; d) fato punível com pena de prisão igual ou inferior a 1 ano, pela lei penal brasileira; e) existência de processo criminal ou de anterior condenação ou absolvição criminal da justiça brasileira, pelo fato objeto do pedido de extradição; f) extinção da punibilidade por prescrição, segundo a lei mais favorável; g) crimes políticos ou de opinião (nesse caso, art. 5º, LII, CR); h) julgamento por Tribunal ou Juízo de exceção, no Estado requerente.

4. Proibição de extradição dissimulada. A legislação brasileira também exclui a extradição dissimulada, nas hipóteses em que a *deportação* (art. 63, Lei 8.615/80) ou a *expulsão* (art. 75, I, Lei 8.615/80) de estrangeiro tenha o significado de extradição proibida, como ocorre nos casos em que a alternativa compulsória do estrangeiro deportado ou expulso seja o ingresso no Estado de sua nacionalidade ou em outro Estado que concederia a extradição.

5. Um caso histórico. O cidadão britânico Ronald Arthur Biggs, condenado a 30 anos de prisão pela Justiça inglesa por participar do roubo do trem postal *Glasgow-Londres* no dia 8 de agosto de 1963, fugiu da prisão e ingressou no Brasil com o nome falso de Michael John Haynes²⁴. No Brasil, preso por ordem do Ministro da Justiça do Governo Militar em 1974 e, por ausência de tratado bilateral de extradição entre Brasil e Inglaterra, submetido a processo de *deportação*, impetrou *habeas corpus* no antigo Tribunal Federal de Recursos (HC 3.345/74, TFR), sob alegação de iminente paternidade de brasileiro e de extradição dissimulada sob a forma de deportação. O Tribunal negou o *habeas corpus*, mas reconheceu a possibilidade de extradição dissimulada, excluindo a deportação para a

²⁴ Enciclopédia da luta contra o crime. Editor: Victor Civita. Abril Cultural, São Paulo, SP, 1974, p. 78 s.

Inglaterra ou para qualquer outro Estado de onde fosse possível extradição, com o resultado da posterior libertação de Ronald Biggs, pela óbvia impossibilidade de execução da deportação. Em 1997, após formalização de tratado bilateral de extradição entre Brasil e Inglaterra, o Supremo Tribunal Federal negou pedido de extradição do governo britânico contra Ronald Biggs (Extradição 721/97, STF), fundado na extinção da punibilidade da pretensão executória, segundo a lei penal brasileira.

B) Validade da lei penal no tempo

I. O critério geral: princípio da legalidade

O *critério geral* de validade da lei penal no tempo é definido pelo *princípio da legalidade*, na plenitude de suas dimensões constitucionais incidentes sobre **crimes, penas e medidas de proteção**, definidas como (a) *lex praevia* (proibição de *retroatividade* da lei penal), (b) *lex scripta* (proibição do *costume* como fundamento de crimes ou de penas), (c) *lex stricta* (proibição da *analogia* como método de criminalização ou de penalização de ações humanas), e (d) *lex certa* (proibição de *indefinições* nos tipos legais e nas sanções penais)²⁵.

Art. 5º, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

A lei penal brasileira contém disposição idêntica, que inaugura o Código Penal:

Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

²⁵ ROXIN, *Strafrecht*, 1997, p. 98, ns. 8-11; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1976, p. 131-142; GROPP, *Strafrecht*, 2001, p. 45, n. 2-3.

O princípio da legalidade somente é afastado pelo critério específico de retroatividade da lei penal mais favorável, aplicável sem exceção em crimes, penas e medidas de proteção, independentemente do trânsito em julgado da decisão judicial ou da fase de execução da pena (art. 5º XL, Constituição).

II. O critério específico: lei penal mais benigna

1. A proibição de retroatividade tem por objeto os crimes, as penas e as medidas de proteção futuras, mas com uma exceção fundamental: a retroatividade da lei penal mais benigna, inscrita na Constituição da República e na legislação ordinária. A Constituição da República contém norma específica sobre a regra e a exceção, assim redigida:

Art. 5º, XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

O Código Penal contém disposição mais detalhada sobre a retroatividade de lei penal mais favorável, nestes termos:

Art. 2º, parágrafo único. A lei posterior que, de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

2. A aplicação da lei penal mais favorável resolve conflitos de leis penais no tempo, segundo os critérios de comparação de leis diferentes ou de combinação de leis sucessivas:

2.1. A hipótese de comparação de leis diferentes trabalha com um critério concreto, que inclui circunstâncias legais agravantes e atenuantes e causas especiais de aumento ou de diminuição de pena, mediante um método de ensaio/erro capaz de indicar o resultado mais favorável para o caso concreto, definido como *lex mitior*: a) pena menor, no caso de penas iguais; b) pena menos grave, no caso de penas diferen-

tes; c) substitutivos penais com prazo menor, ou sob condições mais favoráveis; d) regime de execução menos rigoroso etc.²⁶.

2.2. A hipótese de combinação de leis sucessivas é objeto de controvérsia: a) posição tradicional rejeita a combinação de leis sucessivas, sob o argumento de construção de uma *lex tertia*, proibida ao intérprete²⁷; b) posição moderna admite a combinação de leis sucessivas, sob o argumento convincente de que a expressão “de qualquer modo” (art. 2º, parágrafo único, CP), não conhece exceções²⁸.

A retroatividade da lei penal mais favorável incide sobre todas as hipóteses: leis penais em branco, leis penais temporárias ou excepcionais, leis processuais penais, lei de execução penal e jurisprudência.

1. Leis penais em branco. As leis penais em branco são tipos legais com sanção penal determinada e preceito indeterminado, dependente de complementação por outro ato legislativo ou administrativo – por exemplo, a identificação das doenças de notificação compulsória (art. 269, CP). As leis penais em branco exprimem a tendência moderna de administrativização do Direito Penal, com transferência de poderes punitivos a funcionários do Poder Executivo ou a modalidades inferiores de atos normativos (Decreto, Resolução etc.), com os seguintes problemas:

a) primeiro, um problema político: a transferência da com-

²⁶ ROXIN, *Strafrecht*, 1997, p. 122-24, ns. 62-65; ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, *Direito penal brasileiro*, 2003, § 10, V, 2.

²⁷ Nesse sentido, HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, v. 1, p. 121; FRAGOSO, *Lições de direito penal*, parte geral, p. 107.

²⁸ Assim ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, *Direito penal brasileiro*, 2003, § 10, V, 2; DOTTI, *Curso de direito penal*, 2001, p. 271; MALHEIROS FIHO, *Direito intertemporal penal. Possibilidade de combinação de leis: o equívoco da lex tertia*, in *RBCCRIM* n. 66, 2007, p. 374; também o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: “Separável as partes das normas em conflito, possível é a aplicação do que nelas transpareça como mais benigno” (HC 69.033/SP, rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJU 13.03.92, p. 2925).

petência legislativa de definição de *crimes* para o Poder Executivo ou para níveis inferiores de atos legislativos infringe o *princípio da legalidade*, como afirma um setor avançado da literatura penal – afinal, o emprego instrumental do Direito Penal para realizar políticas públicas emergenciais é inconstitucional²⁹.

b) segundo, um problema prático: decidir se o complemento posterior *favorável* ao autor (por exemplo, a doença foi excluída do catálogo) é retroativo ao fato realizado na vigência de complemento anterior *prejudicial* ao autor (na época do fato, a doença constava do catálogo)³⁰.

Esse problema prático é resolvido pela retroatividade da *lei penal mais benigna* porque o *complemento* da lei penal em branco é elemento do tipo objetivo e, portanto, integra a lei penal, segundo a seguinte lógica: **se** o tipo de injusto não existe sem o complemento legal ou administrativo – e o Poder Legislativo, independentemente da inconstitucionalidade da delegação de poderes, autoriza a edição do complemento da lei penal, por outra lei ou por ato administrativo –, **então** o complemento é *elemento* do tipo de injusto e, na hipótese de complemento posterior *mais favorável*, retroativo³¹.

2. Leis penais temporárias e excepcionais. As *leis penais temporárias*, editadas para vigência durante tempo determinado, e as *leis penais excepcionais*, editadas para vigência durante acontecimento determinado (calamidades públicas, como inundações, terremotos,

²⁹ Ver ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, *Direito penal brasileiro*, 2003, § 10, II, 7; igualmente, PIZZA PELUSO, *Retroatividade da lei penal benéfica: a causa da diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (Lei de Tóxicos)*, in Boletim IBCCRIM, ano 15, n. 175, junho/2007, p. 2-3.

³⁰ A favor da retroatividade do complemento *mais favorável*, CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal (a nova parte geral)*, 1985, p. 52; contra a retroatividade do complemento *mais favorável*, MESTIERI, *Manual de direito penal (parte geral)*, 1999, p. 75.

³¹ Nesse sentido, STRATENWERTH, *Strafrecht*, 2000, p. 50, n. 8.

epidemias etc.), estariam subtraídas da exceção de retroatividade da *lei penal mais favorável* porque teriam **ultra-atividade** segundo norma específica da legislação penal:

Art. 3º, CP. *A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.*

Não obstante, a eficácia dessa norma específica sobre a chamada ultra-atividade da lei *excepcional* ou *temporária* é controvertida, como indicam as seguintes teorias:

a) teoria dominante admite a ultra-atividade das leis penais *temporárias* ou *excepcionais* em prejuízo do réu, sob o argumento utilitário de que inevitáveis dilações processuais impediriam a aplicação da lei durante o *tempo* ou o *acontecimento* determinados³² ou sob o argumento técnico de que o *tempo* ou o *acontecimento* integrariam o tipo legal³³, excluindo, em ambas as hipóteses, a retroatividade da lei penal mais favorável;

b) respeitável teoria minoritária rejeita o atributo de ultra-atividade das leis penais *temporárias* ou *excepcionais* em prejuízo do réu, sob o argumento sistemático convincente da natureza incondicional da exceção constitucional de retroatividade da *lei penal mais favorável* (art. 5º, XL), com a invalidação do art. 3º, do Código Penal, que não teria sido recepcionado pela Constituição da República de 1988³⁴.

3. Leis processuais penais. A submissão das *leis processuais penais*

³² HUNGRIA/FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal*, 1977, v. 1, p. 139, n. 30; MAYRINK DA COSTA, *Direito Penal (parte geral)*, 2005, p. 457-459.

³³ MESTIERI, *Manual de direito penal*, 1999, p. 74.

³⁴ Nesse sentido, ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, *Direito penal brasileiro*, 2003, § 10, V, 5; também LUISI, *Os princípios constitucionais penais*, 1991, p. 23.

ao princípio constitucional da proibição de retroatividade da *lei penal* em prejuízo do réu também é controvertida:

a) a teoria dominante exclui as *leis processuais penais* da proibição de retroatividade em *prejuízo do réu*, porque seriam regidas pelo princípio *tempus regit actum*, com aplicação da lei vigente no momento do *ato processual* respectivo, e não da lei processual vigente ao tempo do *fato punível* objeto do processo penal³⁵;

b) convincente teoria minoritária subordina as *leis processuais penais* à proibição de retroatividade em *prejuízo do réu*, sob o argumento de que o princípio constitucional da *lei penal mais favorável* condiciona a legalidade processual penal, sob dois pontos de vista: b1) primeiro, o *primado do direito penal substancial* determina a extensão das garantias do *princípio da legalidade* ao subsistema de *imputação* (assim como aos subsistemas de *indiciamento* e de *execução penal*) porque a *coerção processual* é a própria realização da coação punitiva³⁶; b2) segundo, o gênero *lei penal* abrange as espécies *lei penal material* e *lei penal processual*, regidas pelo mesmo princípio fundamental³⁷.

4. Lei de execução penal. A *lei de execução penal* (Lei 7.210/84) também está submetida ao princípio constitucional da *lei penal mais favorável* – ou da *proibição de retroatividade* em prejuízo do réu, apesar de controvérsia insustentável:

a) o argumento de que a *ressocialização do condenado* prevalece sobre o princípio constitucional da *lei penal mais favorável* é moralizador, repressivo e anticientífico: ninguém pode ser ressocializado segundo critérios morais alheios, a prevenção

³⁵ Por todos, MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, 1961, v. I, p. 48.

³⁶ BARATTA, *Principi del diritto penal minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei Delitti e delle Pene*, 1991, n. 1, p. 450.

³⁷ ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, *Direito penal brasileiro*, 2003, § 10, V, 8.

especial *negativa* (repressão neutralizante) é incompatível com a prevenção especial *positiva* (execução ressocializante) e, por último, a história do sistema penal indica o fracasso irreversível do projeto técnico-corretivo da prisão;

b) ao contrário, leis de *execução penal* são leis penais em sentido estrito, porque a *execução da pena*, como objetivo concreto da *cominação* e da *aplicação* da pena, é o centro nuclear do *princípio da legalidade* e seus incondicionais derivados constitucionais, como a aplicação retroativa da *lei penal mais favorável* aos fatos anteriores “*ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado*” (art. 2º, parágrafo único, CP)³⁸;

c) finalmente, o *primado do direito penal substancial* estende as garantias do *princípio da legalidade* ao subsistema de *execução penal*, com a limitação dos poderes discricionários da prisão³⁹.

5. Jurisprudência. A literatura penal admite a extensão do *princípio da legalidade* e seus derivados constitucionais à *jurisprudência* dos Tribunais, mas a opinião majoritária rejeita essa extensão⁴⁰.

A teoria majoritária rejeita subordinar a jurisprudência ao princípio da proibição de retroatividade *em prejuízo do autor*, sob o argumento de que a lei penal somente agora seria corretamente conhecida – mas admite a possibilidade de *erro de proibição inevitável* fundado na confiança do cidadão na jurisprudência anterior⁴¹.

³⁸ ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, *Direito penal brasileiro*, 2003, § 10, V, 9.

³⁹ BARATTA, *Principi del diritto penal minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei Delitti e delle Pene*, 1991, n. 1, p. 450.

⁴⁰ Ver STRATENWERTH, *Strafrecht*, 2001, 4ª edição, p. 58-59, ns. 28-31; também ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, *Direito penal brasileiro*, 2003, § 10, VII, 2-3.

⁴¹ ROXIN, *Strafrecht*, 1997, p. 122, n. 61; STRATENWERTH, *Strafrecht*, 2001, 4ª edição, p. 58, n. 30; também ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, *Direito penal brasileiro*, 2003, § 10, VII, 2-3.

A teoria minoritária define a aplicação da lei penal como atividade de *construção da realidade social* por juízos atributivos fundados em **regras legais** (tipos de injusto e normas processuais) e **metarregras** (estereótipos e outros mecanismos inconscientes do psiquismo do intérprete), que transformam o cidadão em criminoso, com estigmatização social, mudança de *status* e formação de carreiras criminosas definitivas⁴² – e não como resultado ascético de regras lógicas de subsunção. Assim, mudanças da jurisprudência *em prejuízo do réu* – por exemplo, inversão de posição *absolutória* para posição *condenatória* – representam lesão do *princípio da confiança* nas manifestações dos Tribunais (porque a jurisprudência é a lei do caso concreto), com consequências para a vida real de seres humanos de carne e osso, equivalentes à retroatividade da lei penal *em prejuízo do réu*, proibida pela Constituição. Afinal, se manifestações do Poder Judiciário não são indiferentes ao homem do povo, então a *proibição de retroatividade* inclui mudanças de jurisprudência *dominante* em prejuízo do autor, sob o argumento de que a *confiança na jurisprudência* equivale à *confiança na lei*⁴³. Por essa razão, a alternativa da exculpação por *erro de proibição inevitável* – admitida pela teoria majoritária – deve permanecer como *ratio* subsidiária, somente aplicável na ausência de lesão da proibição de retroatividade penal *em prejuízo do réu*, por mudança de jurisprudência *absolutória* para *condenatória*⁴⁴.

⁴² BARATTA, *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, 2000, p. 104-106; ALBRECHT, *Kriminologie*, 1999, p. 41-43.

⁴³ Nesse sentido, MAURACH/ZIPE, *Strafrecht*, 1, 1992, 8ª edição, 12, II, n. 8, p. 159: “Mas existem casos de firme jurisprudência superior, que tem função equivalente ou complementar da lei (...); porque, em tais casos, a unitária jurisprudência superior preenche a mesma função de orientação da lei, também aqui a proibição de retroatividade precisa ter lugar.”

⁴⁴ Incisivo e esclarecedor, ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, *Direito penal brasileiro*, 2003, § 10, VII, 2-3.

CAPÍTULO 4

INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL

A interpretação de normas jurídicas é exercício de lógica como método de pensamento. A lógica do Direito pode ser *específica* (lógica jurídica) ou *geral* (lógica formal): a) um setor da literatura *afirma* a existência de uma lógica jurídica *específica* empregada no raciocínio jurídico e prático, em geral diferente da lógica empregada na matemática ou na filosofia, por exemplo¹; b) outro setor da literatura *nega* a existência de lógicas especiais (lógica matemática, filosófica, jurídica etc.), mas reconhece aplicações particulares das regras gerais da lógica formal: assim a lógica jurídica seria uma aplicação especial da *lógica formal*, utilizada pelo operador do direito para construção de raciocínios jurídicos².

A norma penal deve ser examinada de quatro diferentes pontos de vista, capazes de esclarecer as seguintes questões: a) o significado de norma jurídica; b) as técnicas de interpretação da norma penal; c) o silogismo de aplicação da norma jurídica; d) as fontes da norma penal.

I. O significado de norma jurídica

A palavra *norma* significa, em latim, *esquadro* – assim como a palavra *regra* (em latim, *regula*) significa *medida* –, origens epistemológicas que permitem precisar o conteúdo do conceito de *norma*

¹ PERELMAN, *Logique formelle, logique juridique*, 1969, p. 230.

² KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, 1990, p. 216 e 220.

ou de *regra* jurídica no Direito moderno³.

A *norma jurídica* não descreve realidades do *ser*, como propriedades físicas de objetos naturais descritas pelas ciências da natureza ou tendências históricas de objetos sociais descritas pela sociologia; ao contrário, a norma jurídica prescreve imperativos do *dever ser*, definidos sob a forma de *proibições*, de *mandados* e de *permissões* de ações dirigidas aos seres humanos, conforme determinações histórico-sociais. Por isso, pode-se dizer que as proibições, mandados e permissões de ações prescritas pelas normas jurídicas pressupõem o poder dos seres humanos de configurar o futuro, conforme planos, finalidades ou objetivos individuais ou coletivos⁴. Logo, como indica KELSEN, a norma jurídica *dirige-se a um ser humano*, prescrevendo como devidas determinadas condutas⁵.

II. A interpretação da norma penal

Interpretar a norma penal consiste em determinar o *significado* da lei penal. A *interpretação* é o processo intelectual de conhecimento da norma, que tem por objeto a *linguagem* escrita da lei penal. A *linguagem* é um instrumento de comunicação constituído de *signos*, representados por palavras ou gestos, portadores de *conteúdos* cujo sentido é comunicado através do *discurso*, que exprime o conjunto de signos da linguagem no processo de comunicação social. A linguagem escrita da lei penal pode ser abordada sob três pontos de vista: a) *semântico*, que define o significado isolado das palavras da lei; b) *sintático*, que define o significado conjunto das palavras nas frases empregadas na lei; c) *pragmático*, que define a adequação prática

³ DIMOULIS, *Manual de introdução ao estudo do direito*, 2003, p. 60-61.

⁴ Ver WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª edição, 1969, § 8, II, p. 37; também EBERT, *Strafrecht*, 1994, p. 22-23.

⁵ KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979, p. 7.

do significado da lei⁶.

1. Técnicas de interpretação

A abordagem semântica, sintática e pragmática da linguagem jurídica não evita problemas de *ambiguidades* ou *polissemias* no texto da lei, que podem ser eliminadas ou reduzidas por *técnicas* tradicionais de interpretação da lei: literal, sistemática, histórica e teleológica.

A interpretação *literal* é uma aplicação especial da abordagem semântica, cujo objetivo é esclarecer o significado da linguagem escrita da lei, que pode ser empregada em sentido *comum* ou em sentido *técnico* na norma jurídica; a *interpretação sistemática* tem por objetivo esclarecer o significado da *norma isolada* no contexto do *sistema de normas* respectivo, que estrutura os *conceitos* e os *institutos* jurídicos; a *interpretação histórica* tem por objetivo esclarecer a *intenção do legislador* no processo de criação da norma jurídica, mediante análise dos debates parlamentares, dos anteprojetos de lei e das exposições de motivos que caracterizam o processo legislativo; a *interpretação teleológica* tem por objetivo esclarecer a *finalidade social* da lei, como realização de proibições, mandados e permissões prescritas pelo legislador⁷.

2. Sujeitos da interpretação

A interpretação da norma jurídica pode ser realizada pelo Poder Legislativo, pelo Poder Judiciário e por especialistas do Direito (ou juristas), originando três segmentos principais de interpretação

⁶ Ver DIMOULIS, *Manual de introdução ao estudo do direito*, 2003, p. 149-150; FRAGOSO, *Lições de direito penal (parte geral)*, 2003, 16ª edição, p. 100-103.

⁷ DIMOULIS, *Manual de introdução ao estudo do direito*, 2003, p. 159-170. Comparar MAYRINK DA COSTA, *Direito Penal (parte geral)*, 2005, p. 425-428.

segundo o sujeito respectivo: interpretação *autêntica*, interpretação *judicial* e interpretação *científica* do Direito⁸.

A interpretação *autêntica* é produzida pelo legislador, de dois modos principais: a) a interpretação autêntica *contextual*, como definições de conceitos empregados na lei, aparece no próprio texto da lei – por exemplo, o conceito de *causa* definido no art. 13, CP; b) a interpretação autêntica *paralela*, como esclarecimento dos motivos e indicação dos propósitos do legislador, aparece nas Exposições de Motivos que acompanham as leis penais mais importantes – por exemplo, a Exposição de Motivos do Código Penal.

A interpretação *judicial* é produzida por Juízes e Tribunais na decisão de casos concretos, constituindo a *jurisprudência* criminal sob as formas de decisões isoladas, jurisprudência dominante, súmulas da jurisprudência dominante e, atualmente, também súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal.

A interpretação *científica* é produzida por especialistas da ciência jurídico-penal, representados por autores de livros, artigos, conferências e aulas de Direito Penal, que definem categorias científicas necessárias ou úteis para a teoria e a prática do Direito Penal.

3. Resultados da interpretação

A aplicação das *técnicas de interpretação* para esclarecer o sentido da lei produz resultados (a) *declarativos*, (b) *restritivos* ou (c) *extensivos* do significado da lei, assim explicados: a) resultados *declarativos* indicam correspondência do significado com a linguagem da lei, no sentido de que *lex dixit quam voluit* (a lei disse o que queria dizer); b) resultados *restritivos* indicam redução do significado da linguagem da lei, no sentido de que *lex dixit plus quam voluit* (a lei disse mais

⁸ Comparar MAYRINK DA COSTA, *Direito Penal (parte geral)*, 2005, p. 424.

do que queria dizer); c) resultados *extensivos* indicam ampliação do significado da linguagem da lei, no sentido de que *lex dixit minus quam voluit* (a lei disse menos do que queria dizer) – interpretação proibida pelo princípio da legalidade dos crimes e das penas⁹.

4. Analogia e interpretação

O conceito de *analogia* deve ser definido em comparação com o conceito de *interpretação* da lei penal, para diferenciar entre *interpretação admissível* e *analogia proibida* da lei penal¹⁰.

4.1. Igualdade lógica entre interpretação e analogia. A moderna teoria da lei penal afirma a igualdade *lógica* entre *interpretação* e *analogia* no processo de conhecimento e aplicação do Direito. Realmente, interpretação e analogia têm por objeto grupos de casos previstos e não previstos pela lei penal – portanto, comparam grupos de casos: a *interpretação* identifica grupos de casos previstos pela lei penal; a *analogia* identifica grupos de casos não previstos, mas semelhantes aos casos previstos na lei penal¹¹.

O limite da *interpretação* da lei penal é determinado pelo significado das *palavras* empregadas na linguagem da lei penal, que não indicam *quantidades* expressas em números, medidas ou pesos, mas *valores* cujos sentidos devem ser determinados pelo intérprete: por um lado, o legislador define normas penais utilizando *palavras* para construir a lei penal; por outro lado, o Juiz decide casos concretos fundado no significado das *palavras* empregadas pelo legislador

⁹ DIMOULIS, *Manual de introdução ao estudo do direito*, 2003, p. 168-170; FRAGOSO, *Lições de direito penal (parte geral)*, 2003, 16ª edição, p. 104.

¹⁰ Assim ROXIN, *Strafrecht*, 1997, p. 104-5, n. 26.

¹¹ Ver HAFT, *Strafrecht*, 1994, 6ª edição, p. 49; STRATENWERTH, *Stafrrecht*, 2000, p. 58-59, n. 31; ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, *Direito penal brasileiro*, 2003, § 10, III, 4-6.

para definir a lei penal. Como indicado, as *técnicas* empregadas pelo intérprete para determinar o significado dos *valores* da lei penal (literal, sistemática, histórica e teleológica) pesquisam o significado das palavras da lei penal, a função da norma isolada no sistema de normas penais, as representações do legislador no processo legislativo de criação da lei penal e a finalidade social da lei penal¹².

Mas essa igualdade lógica não permite confundir os conceitos de *interpretação* e de *analogia* da lei penal: a igualdade lógica dos processos cognitivos incide sobre *objetos* diferentes, que definem os limites da interpretação *permitida* e da analogia *proibida* em Direito Penal.

4.2. Teorias diferenciadoras. As teorias desenvolvidas para definir os limites da interpretação *permitida* e da analogia *proibida* em Direito Penal são as seguintes:

a) a teoria do *sentido* da lei penal: o que está conforme ao sentido da lei penal é interpretação *permitida*; o que está desconforme ao sentido da lei penal é analogia *proibida*¹³ – uma teoria problemática pela subjetividade do sentido atribuído à lei penal;

b) a teoria da *literalidade* da lei penal: o que está conforme à literalidade da lei penal constitui interpretação *permitida*; o que está desconforme à literalidade da lei penal constitui analogia *proibida*¹⁴ – uma teoria adequada ao princípio da legalidade do Estado Democrático de Direito, porque as palavras possuem significados objetivos responsáveis pela comunicação social. A teoria da *literalidade* também resolve o dilema entre interpretação *restritiva* e interpretação *extensiva* da lei penal: o princípio da legalidade proíbe

¹² Ver DIMOULIS, *Introdução ao estudo do direito*, 2003, p. 159-170; também ROXIN, *Strafrecht*, 1997, p. 105-6, n. 28.

¹³ STRATENWERTH, *Strafrecht*, 2000, p. 59, n. 31; JAKOBS, *Strafrecht*, 1993, 4/37; SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, 1975, 2ª edição, 2/4.

¹⁴ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, p. 159; ROXIN, *Strafrecht*, 1997, § 5, n. 28.

qualquer interpretação *extensiva* da lei penal, resolvendo todos os casos de dúvida conforme a interpretação *restritiva* da lei penal – aliás, a única compatível com o princípio *in dubio pro reo*, hoje de aplicação universal no Direito Penal¹⁵.

4.3. Analogia proibida e analogia permitida. A *analogia* pode ser pensada como argumento *a simile* e como argumento *a maiori ad minus*.

4.3.1. Analogia a simile. A analogia como argumento *a simile* significa aplicação da lei penal a fatos diferentes dos previstos, mas semelhantes aos previstos¹⁶. Nesse sentido, a analogia constitui um juízo de probabilidade próprio da psicologia individual, que não pertence nem à lógica clássica/dedutiva, nem à lógica moderna/indutiva¹⁷.

4.3.2. Analogia a maiori ad minus. A analogia como argumento *a maiori ad minus* significa que a norma jurídica válida para uma classe geral de fatos é igualmente válida para fatos especiais da mesma categoria. Aqui, a teoria da igualdade lógica entre *interpretação* e *analogia* da lei penal é decidida pelo *significado* da analogia para o caso concreto: se o significado concreto representar *prejuízo* para o réu, constitui analogia proibida; se o significado concreto representar *benefício* para o réu, constitui analogia (ou interpretação) permitida. Essa teoria remonta à distinção de MAYER¹⁸, hoje generalizada na literatura penal, que definiu as bases da analogia *proibida* e da analogia *permitida* em Direito Penal:

a) a analogia *in malam partem* – compreensiva da analogia *praeter legem* e da analogia *contra legem* – é absolutamente **proibida** pelo Direito Penal: a subsunção de ações ou de omissão de ações nos

¹⁵ Assim, ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, *Direito penal brasileiro*, 2003, § 10, III, 8.

¹⁶ KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, 1990, p. 217.

¹⁷ CARNAP, *On inductive logic*, in *Philosophy of Science*, 1945, v. XII, p. 72, *apud* KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, 1990, p. 218.

¹⁸ MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, p. 27.

tipos legais e a aplicação ou agravamento de sanções penais em casos concretos excluem a analogia em todas as hipóteses;

b) a analogia *in bonam partem* – a chamada analogia *intra legem* – é **permitida** pelo *princípio da legalidade*, sem nenhuma restrição: nas justificações, nas exculpações e em qualquer hipótese de extinção ou de redução da punibilidade do comportamento humano¹⁹.

4.4. Necessidade da analogia. A *analogia* é necessária para o funcionamento do *ordenamento jurídico* de determinados Estados nacionais – assim como para a aplicação de *alguns ramos* do próprio ordenamento jurídico brasileiro: a) nos países anglo-saxônicos, as decisões dos Tribunais em processos criminais são fundadas em *analogias* construídas com base nos *precedentes legais*: o sistema do *case law*, vigente na Inglaterra e nos Estados Unidos, por exemplo²⁰; b) no Direito Civil brasileiro, a *analogia* é expressamente admitida para solução de casos não disciplinados em lei.

III. O silogismo como lógica de subsunção jurídica

1. O *silogismo* é o processo lógico de aplicação da lei penal, constituído de duas *premissas* (uma maior e outra menor) e de uma *conclusão*, assim relacionadas: se as *premissas* são verdadeiras, e se a conclusão está implícita nas premissas, então a *conclusão* é verdadeira²¹. Segundo Kelsen, o silogismo é uma sequência de declarações pela qual a verdade do conteúdo da conclusão é

¹⁹ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, § 15, III, n. 2d, p. 136; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht*, 1992, p. 127-128, ns. 21-22; ROXIN, *Strafrecht*, 1997, p. 112-114, ns. 40-44; ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, *Direito penal brasileiro*, 2003, § 10, III, 4-6.

²⁰ STRATENWERTH, *Strafrecht*, 2000, p. 58-59, n. 31.

²¹ Assim, SUSAN STEBBING, *A modern elementary logic*, 1957, p. 159.

extraída da verdade do conteúdo das premissas²².

1.1. O silogismo clássico é assim formulado: a) *todos os homens são mortais* (premissa maior); b) *Sócrates é um homem* (premissa menor); c) *Sócrates é mortal* (conclusão).

1.2. O silogismo jurídico tem a mesma estrutura: a) *homicídios são punidos com pena de reclusão de 6 a 20 anos* (premissa maior); b) *Y praticou homicídio contra X* (premissa menor); c) *a pena de reclusão de 6 a 20 anos é aplicável contra Y* (conclusão).

2. A lógica do *silogismo*, como lógica da subsunção jurídica, está presente em toda decisão judicial. Mas a lógica de subsunção jurídica do *silogismo* pode apresentar problemas relacionados com a *subjetividade* do julgador, consistentes em duas espécies de erros, incidentes sobre objetos diferentes:

a) o erro de *interpretação* da norma jurídica é determinado por falhas ou defeitos de conhecimento científico do Direito;

b) o erro de *análise da prova dos autos* é determinado por defeitos de representação do fato (definido como *silogismo regressivo*)²³.

A Criminologia explica esses problemas como produtos de *metarregras* (ou *basic rules*), fenômenos psíquicos emocionais (em geral, inconscientes) que determinam o significado concreto da decisão judicial: preconceitos, estereótipos, traumas e outras idiosincrasias pessoais ou distorções ideológicas que informam as percepções e atitudes do julgador, desencadeados por indicadores sociais negativos de pobreza, desemprego, marginalização, moradia em favelas etc. – responsáveis pela seletividade da clientela do sistema penal –, constituiriam as determinações emocionais

²² Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, 1990, p. 181-182.

²³ Assim, BERGEL, *Methodologie juridique*, 2001, p. 147, *apud* DIMOULIS, *Manual de Introdução ao estudo do direito*, 2003, p. 93.

decisivas do processo de criminalização, conforme SACK²⁴.

IV. Fontes da norma penal

O Direito, em geral, possui fontes *materiais* e fontes *formais* inteiramente diferentes.

As fontes *materiais* do Direito são definidas conforme pressupostos ideológicos ou políticos de abordagem do fenômeno jurídico, classificadas em dois grupos: a) as teorias *consensuais* indicam interesses, necessidades ou valores *gerais* da sociedade como fontes materiais do Direito; b) as teorias *conflituais* indicam interesses, necessidades e valores das *classes sociais* proprietárias do capital e detentoras do poder do Estado, como fontes materiais do Direito²⁵.

As fontes *formais* do Direito também são classificadas em dois grupos: a) as fontes *escritas*, que compreendem a *lei*, a *jurisprudência* e a *doutrina*; b) as fontes *não escritas*, que compreendem os *costumes*, os *princípios gerais do direito* e o *poder negocial* entre cidadãos²⁶.

O Direito Penal, como sistema de normas constituídas de *preceito* e de *sanção*, possui uma única e exclusiva fonte *formal*: a *lei penal*, nas dimensões características do *princípio da legalidade*, como *lex scripta* (proibição do costume), *lex praevia* (proibição de retroatividade), *lex stricta* (proibição de analogia) e *lex certa* (proibição de indeterminação).

²⁴ Ver SACK, *Neue Perspektiven in Kriminologie*. In *Kriminalsoziologie*, organizado por R. König e F. Sack, 1968, p. 469; também, CIRINO DOS SANTOS, *Teoria da pena*, 2005, p. 27-28.

²⁵ Ver SABADELL, *Manual de sociologia jurídica (introdução a uma leitura externa do Direito)*, 2002, p. 67-69; também DIMOULIS, *Manual de Introdução ao estudo do direito*, 2003, p. 184.

²⁶ Assim, DIMOULIS, *Manual de Introdução ao estudo do direito*, 2003, p. 184-211.

SEGUNDA PARTE

TEORIA DO FATO PUNÍVEL