

1.1 A INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA DA “STATUTE LAW” E A SUPREMA CORTE

LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA(*)

A interpretação é a parte final e conclusiva do processo de elaboração jurídica.

Interpretar uma lei é buscar o seu significado, é tirá-la da frieza do texto legal e dar-lhe vida.

Costuma-se dizer modernamente que, mesmo em casos em que a lei se apresenta aparentemente clara, cabe a interpretação.

Não tem razão, pois, a escola exegética, ao consagrar como ortodoxo o princípio *in claris cessat interpretatio*.

É que às vezes, sob a aparente clareza de um texto legal, esconde-se uma certa obscuridade que clama por interpretação.

Dai já afirmarem os juriconsultos romanos que *scire leges non est earum verba tenere sed vim ac potestatem*, pois conhecer a lei é realmente saber o alcance e a sua força de abrangência.

O jovem Professor Fran Figueiredo assevera em um de seus artigos que “a interpretação das leis se manifesta, assim, como a mais crucial tarefa do jurista, demandando todo um trabalho de investigação do conteúdo da norma jurídica, de seu alcance, em suma, do sen-

(*) Professor da Universidade de Brasília desde (1965), Ministro Substituto do Tribunal de Contas da União; Master of Comparative Law — Estados Unidos (1963-1964); Doutor em Direito pela Universidade de MG (1982); Enseignant de Droits de l’Homme — Strasbourg (1976); Visiting Professor da ONU (1976); Honorary District Attorney of Philadelphia (1976); Curso na Universidade de Roma (1981); Ex-membro do Ministério Público de MG e do DF.

tido mais apropriado para corresponder a uma situação de fato em determinado momento histórico.”⁽¹⁾

E mais adiante, arremata: “disso resulta que a interpretação mais adequada deve ser a evolutiva e isto não apenas no sentido de que se vê o jurista aproximando gradativamente do conteúdo da lei, como de que a mesma deve exercer uma aptidão plástica para atingir diferentes casos e situações. Por isso mesmo, não se pode falar de uma única interpretação acertada ou de uma interpretação inalterada durante toda a vigência da lei. Pode haver distintas interpretações a respeito da mesma lei, cada uma igualmente boa ao tempo da aplicação.”⁽²⁾

Exatamente por ser um dos pontos mais sensíveis da ciência jurídica é que o tema da interpretação está sempre presente e não perde a sua atualidade.

Recentemente o insigne Jurista Prof. Darcy Bessone ventilou o problema de forma corajosa e firme, como nenhum jurista do sistema do Civil Law jamais o fez.

Disse o eminente Professor:

“A interpretação literal deve partir, entre nós, do art. 85, do Código Civil, in verbis:

“Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção de que ao sentido literal da linguagem.”

Carlos Maximiliano coloca esse tipo de exegese nos seus devidos termos:

“Disposições claras não comportam interpretação — verdade axiomática, dominadora absoluta dos pretórios há meio século; afirmativa sem nenhum valor, ante as idéias triunfantes na atualidade.

“O brocardo — *in claris cessat interpretatio* — embora expresso em latim, não tem origem romana. Ulpiano ensinou o contrário: *Quamvis sit manifestissima edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus* — “embora claríssimo o édito do pretor, contudo não se deve descurar da interpretação respectiva” (Hermenêutica e Aplicação do Direito, n.º 38).

(1) In Rev. de Inf. Legislativa do Senado Federal, vol. 22, n.º 87, Introdução à Teoria da Interpretação Constitucional, pág. 179.

(2) *Idem*, *ibidem*.

“A palavra é um mau veículo do pensamento; por isso, embora de aparência translúcida, a forma não revela todo o conteúdo da lei, resta sempre margem para conceitos e dúvidas; a própria letra nem sempre indica se deve ser entendida à risca, ou aplicada extensivamente; enfim, até mesmo a clareza exterior ilude; sob um só invólucro verbal se aconchegam e escondem várias idéias, valores mais amplos e profundos do que os resultantes da simples apreciação literal do texto.” (Idem, nº 41).

“Que é lei clara? É aquela cujo sentido é expresso pela letra do texto. Para saber se isto se verifica, é força procurar conhecer o sentido, isto é, interpretar. A constatação da clareza, portanto, em vez de dispensar a exegese, implica-a, presupõe o uso preliminar da mesma.

“Demais, se às vezes à primeira vista se acha translúcido o dispositivo, é pura impressão pessoal, contingente, sem base sólida”. (Idem, nº 44).

“O processo gramatical, sobre ser o menos compatível com o progresso, é o mais antigo (único, outra). O apego às palavras é um desses fenômenos que, no Direito como em tudo o mais, caracterizam a falta de maturidade do desenvolvimento intelectual”. (Idem, nº 123).

Heck dá também importância relativa ao elemento literal:

“Os erros de expressão na vida corrente — Para a interpretação dos comandos na vida corrente utilizam-se, como dissemos, as regras da linguagem como meio de conhecimento, mas não se lhes atribui importância superior. Se a vontade que inspirou o comando é conhecida por qualquer forma, não importa já saber se a sua expressão verbal é ou não rigorosa. Muitíssimas vezes acontece que ordens gramaticais incorretas são bem compreendidas em virtude da clareza da situação” (Interpretação da Lei e Jurisprudência dos Interesses — trad. de José Osório, página 147).

Ferrara doutrina que o sentido literal é o grau mais baixo, a forma inicial da atividade interpretativa, fornecendo apenas o “conteúdo possível da lei”, que terá de ser submeti-

do a crítica e controle (Interpretação e Aplicação das Leis — trad. de Manuel Andrade, pág. 33).

Em suma, o elemento literal permite a leitura da Lei, mas a interpretação, como 'atividade científica livre, indagação racional do sentido da Lei, que compete aos juristas técnicos e práticos' (Ferrara — obr. cit., pág. 23), não se pode situar no singular plano da leitura do texto escrito."⁽³⁾

A construção, ensina Josef Esser⁽⁴⁾, é o contrário da solução mecânica. Através dela os processos vitais não são violentados, mas explicados juridicamente, quer dizer, ordenados dentro do sistema.

Este termo costuma ser distinguido de interpretação, embora sejam muitas vezes usados como sinônimos.

Em sentido estrito, a interpretação se limita à exploração do texto escrito, ao passo que a construção vai além do texto e pode fazer apelo a considerações extrínsecas⁽⁵⁾.

O termo construção ou construction é mais familiar aos juristas dos países de common law de que aos dos países de civil law.

O fenômeno que os juristas do Common Law chamam de preferência construção, os do Civil Law denominam interpretação.

Entretanto, à semelhança do personagem que fazia prosa sem o saber, também os juristas do Civil Law fazem, em seu trabalho de interpretação, a autêntica construction dos juristas do outro lado e vice-versa.

Por essa razão é que esta terminologia não acontece com muita frequência nos escritores do lado de cá.

A Karl Larenz, em sua "Metodologia Jurídica"⁽⁶⁾, não passou despercebida essa nomenclatura.

Em seu livro, há pelo menos uma dezena de referências a esse tema⁽⁷⁾.

Referindo-se a Ihering, contrapõe o seu posicionamento a Puchta e afirma que o método dele de construção jurídica repousa exclusiva-

(3) Consultoria-Geral da República — Parecer Y-015, DO de 2-8-85, pág. 11075.

(4) Josef Esser, *Principio y norma en la elaboración del Derecho*.

(5) Cf. *Black's Law Dictionary* 4th edition, 1951.

(6) Fundação Gulbenkian, Lisboa, 2ª ed. — 1969.

(7) Op. cit. págs. 20, 24, 26, 31 a 35, 45, 48, 105, 121, 138.

mente sobre a indução, à semelhança das ciências exatas da natureza. E mais adiante, que “a **construção** jurídica permite o trânsito do Direito do estado inferior de agregação para o superior”.

E mais adiante: “de resto Windscheid não deixou de manejar com soberana maestria o método da análise dos conceitos, da abstração, da sistematização lógica e da **construção** jurídica.”

Referindo-se à interpretação objetivista da Lei, mostra o dever e o poder de revelar a razão mais oculta da lei, de libertar cada norma de seu isolamento empírico, de a depurar, reconduzindo-a a um princípio superior ou a um conceito geral e promover, deste modo, a “**espiritualização**” do positivo, para o que contribui a **construção** jurídica.

E define de maneira feliz: “na realidade, a **construção** jurídica consiste em extrair dos comandos jurídicos especiais princípios jurídicos gerais e em procurar, então, valorizar esses últimos na edificação de novas proposições jurídicas.”

Referindo-se à preocupação de Stammler com a questão da **construção** dos conceitos próprios da ciência jurídica, assevera que “para manter uma **construção** unitária dos conceitos jurídicos supra e infra-ordenados é preciso construir de tal modo os conceitos inferiores que os conceitos superiores se apresentem como determinações que se condicionam pelos conhecimentos jurídicos fundamentais.”

Por **construção** entende Radbruch a reconstituição de um todo com base em suas partes, da sua recíproca ou comum interdependência.

Radbruch coloca-se, assim, expressamente contra a condenação da **construção** jurídica feita pelo último Ihering e pelos adeptos da jurisprudência de interesses; ele pensa que esses ataques se dirigem, na realidade, não contra a **construção** em si mesma, mas apenas contra a falsa **construção** a partir de conceitos (formais ou obtidos através de alterações).

A **construção** verdadeira é a **construção** teleológica que aspira a compreender e expor os fins dos institutos jurídicos singulares como meio para mais altos e sempre mais altos fins e, em último termo, para o supremo fim do Direito.

A **construção** jurídica que corresponde ao pensamento, segundo meios sistemáticos, tem o significado de um controle racional da solução do caso concreto.

Citando a Esser assevera, “por construção, entendo aqui a inserção do juízo de valor em um sistema, e com ela o controle de cada decisão pela sua recondução aos critérios que, no sistema global considerado, a fundamentam racionalmente, isto é, de modo verificável.”

O grande Mestre da Hermenêutica, Carlos Maximiliano, em sua clássica obra “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, assim introduz o estudo:

“Os norte-americanos preferem ao trabalho analítico, ao exame da lei isolada, à interpretação propriamente dita, o esforço sintético, a que apelidam Construção. Para eles, o jurista reúne e sistematiza o conjunto de normas; e com o seu espírito ou conteúdo forma um complexo orgânico. Ao invés de criticar a lei, procura compreendê-la e, nas suas palavras, confrontadas com outras do mesmo ou de diferente repositório, achar o Direito Positivo, lógico, aplicável à vida real. A interpretação atém-se ao texto, como a velha exegese; enquanto a Construção vai além, examina as normas jurídicas em seu conjunto e em relação à ciência, e do acordo geral deduz uma obra sistemática, um todo orgânico; uma estuda propriamente a lei, a outra conserva como principal objetivo descobrir e revelar o Direito; aquela presta atenção maior às palavras e ao sentido respectivo, esta, ao alcance do texto; a primeira decompõe, a segunda recompõe, compreende, constrói.

“Não se confunda a crítica, na acepção literária do vocábulo, com a que se usa no sentido técnico. Esta é sempre útil, e, às vezes, indispensável, como preliminar da Hermenêutica, da qual, entretanto, não se considera parte: é um pressuposto da aplicação geral do Direito; precede a interpretação.

“A base de toda exegese é um texto que se precisa compreender, e a fixação da existência e da força obrigatória do mesmo chama-se crítica. O primeiro trabalho desta consiste em verificar a autenticidade da norma positiva e a do costume. A do último é mais difícil, posto que necessária; a da primeira conta hoje com uma base relativamente segura, porquanto o prazo da obrigatoriedade de atos das Câmaras, ou do Executivo, conta-se da publicação dos mesmos na folha oficial. Pode construir objeto de dúvida a própria existência do costume; ao passo que a lei, ou regulamento, decorre de um fato material facilimo de averiguar.

“Entretanto, a crítica é sempre proveitosa; porquanto uma vírgula de mais ou de menos pode alterar o sentido; qualquer outro erro de cópia, ou de impressão, não raro conduz a alterações importantes na exegese.

“Parece pouco aceitável que se oponha à redação final de um texto a palavra anterior do elaborador do mesmo; porquanto a base da exegese é a redação aprovada por uma das Câmaras e publicada oficialmente; porém, merece exame o contraste entre a letra votada pelo Congresso e a que apareceu depois da sanção. Releva ponderar que, se houver diferença entre a forma definitiva e a que prevaleceu no correr dos debates, opinam juristas pela conveniência de recorrer aos trabalhos parlamentares e dos mesmos deduzir a idéia triunfante, o ato autêntico, verdadeiro, do legislador.

“A crítica descobre erros de redação, ou de simples impressão, alguns notáveis à primeira vista, outros dependentes de investigações acuradas; também denuncia referências de um artigo a outro que, entretanto, não trata do assunto: o referido foi eliminado, mudou de número. Às vezes os trabalhos parlamentares publicados auxiliam a corrigir as falhas extrínsecas das normas jurídicas.

“Pode haver dois textos sobre o mesmo assunto, dos quais um aperfeiçoe o outro; é possível tomar-se por base o primeiro, apenas; nesse caso a crítica exumará o retoque expresso no segundo. A ela incumbe também verificar se a lei não foi implícita ou explicitamente revogada por outra posterior; ou se um ato do Congresso não é contrário ao costume, ou ao regulamento, que se pretende aplicar, e, portanto, tirou a este, ou àquele, toda a força obrigatória.

“No Brasil e nos países de regime semelhante ao dos Estados Unidos é mais vasto o campo de ação da crítica: além da autenticidade, deve também a constitucionalidade do dispositivo ser objeto de exame preliminar. Um preceito contrário ao estatuto supremo não necessita de exegese, porque não obriga a ninguém: é como se nunca tivesse existido.

“Cumpra inquirir se foi prolator da norma o poder competente — Congresso, Presidente, Ministro, etc.; se a mesma era da alçada federal, estadual ou municipal; se constitui matéria de lei, ou de regulamento; se este se enquadra naquela

ou inova alguma coisa não autorizada implicitamente pelas Câmaras; se o ato do Executivo emana de delegação e se esta foi concedida em termos toleráveis pelo Código fundamental. Desde que o elaborador ultrapassou os limites das próprias atribuições, o juiz nada interpreta; nega eficiência ao texto, porque não se trata de disposições válidas, e, sim, de um excesso de poder, a que se não deve acatamento: *nullus major defectus quam defectus potestatis*.

“Doutos europeus discutem se incumbe ao juiz verificar se a marcha de um projeto foi regular até a sanção; ou se deve o aplicador apenas guiar-se pela publicação na folha oficial. No Brasil, uma vez levantada a dúvida, impõe-se o exame; porque ela envolve uma questão de constitucionalidade, que a magistratura tem atribuições para dirimir”.

A construção pode ser considerada estrita ou liberal.

A construção estrita, também chamada literal, é aquela que é feita de acordo com a letra do texto, que não reconhece nada que não está expresso, e toma a linguagem usada em seu significado técnico e exato e não admite considerações ou implicações de equidade.

A construção liberal ou de equidade, de outro lado, expande o significado da lei para abranger casos que estão claramente dentro do espírito ou da razão da lei, ou do mal que ela queria obviar, desde que tal interpretação não seja inconsistente com a linguagem usada; ela resolve todas as dúvidas razoáveis em favor da aplicabilidade da lei, no caso particular.

Não significa, porém, que as palavras devam ser forçadas em relação ao seu significado natural, mas simplesmente que elas devem receber uma interpretação justa e razoável com relação aos fins e objetivos da lei ou do instrumento.

Construção de equidade: a construção de uma lei, regra, norma ou remédio que tem mais a ver com a equidade de uma determinada transação ou estado de coisas envolvido do que com a aplicação estrita da regra ou do remédio, isto é, uma construção liberal e extensiva, como oposto de uma construção literal e restritiva, conforme o caso *Smiley v. Sampson* (1.neb.91).

Por equidade de uma lei se compreende a regra de construção que admite dentro da operação da lei uma classe de casos que não estão expressamente mencionados nem excluídos, mas que de sua analogia

com aqueles que estão expressos, estão claramente dentro do espírito da lei: tais casos, diz-se, estão dentro da equidade da lei.

Segundo a moderna doutrina, construir uma lei liberalmente ou de acordo com a equidade é nada mais de que dar efeito a ela de acordo com a intenção do legislador como indicado por seus termos e propósitos.

Costuma-se também usar o termo *constructive* no sentido de *legal* e também no de “de acordo com a interpretação”.

Assim, fala-se em *constructive bailment*, *constructive contract*, etc.

Vejamos, por exemplo, o *constructive contempt* como oposto a *direct contempt*, é aquela desobediência que não ocorreu em presença do Tribunal ou próximo dele, mas que tende a obstruir ou a desprestigiar a administração da justiça; o termo é usado principalmente com referência à falta ou recusa de uma parte à obediência a uma ordem legal, mandado ou intimação, alegando-se um dever de ação ou de abstenção.

A *construção* foi definida como o processo ou a arte de determinar o sentido, real significado ou a adequada explanação de temas obscuros ou ambíguos de uma lei, de instrumento escrito ou acordo verbal, ou a aplicação de tal norma ao caso em questão, raciocinando à luz derivada de circunstâncias extrínsecas ou leis ou escritos que versam sobre o mesmo problema, ou ainda procurando e aplicando ao provável objetivo e finalidade da provisão, conforme decisão no caso *Koy, v. Schneider* (110 Tex 369, 221, SW 880, 884).

Quando aplicado a leis, constituições, contratos, etc., o termo pressupõe *dúvida*, *obscuridade* ou *ambigüidade*, cf. se decidiu em *Cohn-Hall-Marx Co. e Vanosdall*, 25 Ohio App. 360, 157 N.E 908, 909.

Tirar conclusões a respeito de assuntos que ultrapassaram a expressão direta do termo foi a conceituação que se lhe deu no caso *Roberto v. Portland Wat. Dist.*⁽⁸⁾

A criação de alguma coisa nova, distinguida do conserto ou melhoramento de alguma coisa já existente, no caso *Cabell v. City of*

(8) Apud Black's Law Dictionary.

Portland e o ato de **adaptar** um objeto para uso ou ocupação no modo usual e para algum fim distinto, no caso *Paterson v. City of Paterson*⁽⁹⁾.

PODER E DEVER DO TRIBUNAL DE USAR DA CONSTRUÇÃO

Se a classe geral de ilícitos pode ser constitucionalmente definida através de razoável **construção**, o dever da Corte é dar à lei aquela interpretação.

Portanto, se alguma **construção** razoável e prática puder ser dada à linguagem, uma lei criminal não deve ser julgada nula por incerteza e imprecisão.

Por exemplo, dando-se limitadas definições para as palavras **threat** (ameaça) e **terrorize** (aterrorizar), como essas palavras são entendidas por pessoas de inteligência comum, uma lei que proscreeve **ameaças aterrorizantes** sobreviverá a qualquer desafio de imprecisão ou incerteza.

Quando um ilícito é definido vagamente, os tribunais podem poupar (salvar) a constitucionalidade da lei, dando-lhe uma **construção** mais estreita que a sua linguagem poderia sugerir.

Não obstante, já se decidiu que, quando chamado a determinar se uma lei se conforma ao princípio constitucional da certeza, o Tribunal deve dar à linguagem usada o significado exato, de acordo com a evidente intenção do legislador.

Em um certo número de casos, dependendo da linguagem particular e do uso envolvido, os tribunais têm rejeitado provisões legais ou parte delas, sob a alegação de imprecisão (**vagueness**) ou indefinição, quando, em outros casos, as Cortes têm mantido (**up held**) as leis em questão contra imputação de indefinição e amplitude (**over breadth**).

Em *Roth v. U. S.*, a palavra "obsceno" e outros similares não foram considerados vagos.

Em *Chaplinsky v. New Hampshire*, o termo "linguagem ofensiva" foi considerado como aplicável somente a palavras que têm uma tendência direta para provocar as pessoas atingidas a atos de violência.

A regra segundo a qual as leis penais devem ser interpretadas estritamente em favor do réu remonta ao princípio do **Common Law**,

(9) *Ibidem*.

quando ainda no séc. XIX muitos crimes menores eram punidos com a pena de morte. Para suavizar essa situação é que veio essa regra.

Porém, Marshall já afirmava, em 1820, que, embora as leis penais devam ser **construídas** estritamente, não o devem ser a ponto de obstruir o claro propósito do legislador.

A razão moderna para tal regra é a de que o cidadão tem direito de conhecer as condutas que são incriminadas pelas normas.

Alguns Estados têm promulgado leis tentando ab-rogar essa norma do Common Law: Arizona, Arkansas, Califórnia, Colorado, Idaho, Illinois, Minnesota, Kentucky, Nebraska, Nevada, N.Y., N.D., Texas, Utah e Washington.

Não obstante, essa atitude mental de **construção** estrita não é facilmente mutável pela legislação.

Não há dúvida de que algumas leis merecem uma interpretação mais estrita.

Assim, as leis com penas mais graves, com os atos que envolvem má conduta moral, com os que envolvem conseqüências drásticas para o público, com as mais bem elaboradas etc...

Quando uma lei é suscetível de dupla interpretação, uma das quais levante grandes questões constitucionais e a outra não, deve-se optar pela última.

Uma lei ambígua será sempre **construída** estritamente.

Uma lei criminal redigida em termos vagos é inconstitucional⁽¹⁰⁾.

As leis penais não devem ser **construídas** em sentido estrito, mas devem ser interpretadas com a finalidade de promover a justiça. Quando **construindo** leis penais, deve-se levar em conta o "espírito da lei e não a letra da lei". Embora as leis não possam ser vagas ou indefinidas, muitas são flexíveis e podem ser "espichadas" para se adaptar a uma situação especial.

Um exemplo disso é a lei sobre o controle de armas perigosas, promulgada por muitos Estados para classificar certas armas como contrabando (contraband) e proibir a posse dessas armas. Armas proibidas por leis são: **brass knuckless** (soco inglês), **billy clubs** (cabos de raqueta), **dirks** (punhais) etc...

(10) Cf. La Fave and Scott in *Criminal Law*.

Fitas amarradas em torno da base do dedo foram construídas como sendo **brass knuckles**; ferros de pneus e tacos de **baseball** o foram como **billy clubs** (cabos de raqueta); a **chisel** (cinzel) que era pontiagudo em ambos os lados foi **interpretado** como **dirk** (punhal).

Qualquer motorista que porte um ferro de pneu (*tire iron*) em seu carro para consertar seu pneu, podia ser considerado estar quebrando a lei, se o oficial da polícia considerasse ser o ferro de pneu um **billy club** (cabo de raqueta) e assim **interpretasse** a lei.

Felizmente, os oficiais da polícia têm poderes discricionários e essa discricção serve bem para o espírito da lei.

É essa mesma discricção policial que habilita um oficial de polícia a concluir que um crime foi cometido, mas que não traz nenhum benefício à sociedade sua persecução.

Por exemplo, se um bêbado estiver em pé na calçada em frente a sua casa e não estiver dirigindo, muitos policiais podem liberá-lo ao invés de prendê-lo.

Tal curso de ação é muitas vezes estimulado em situações em que custos maiores adviriam pela persecução⁽¹¹⁾.

CONSTRUÇÃO NA LEGISLAÇÃO

Quando uma lei que cria ou descreve um crime ou ilícito penal usa um termo geral que não definido, a prática é dar a esse termo sua significação dentro do **common law**.

(11) Cf. Ferguson and Stokke in *Concepts in Criminal Law*, 1940.

Veja-se também o que vem acontecendo no Direito Brasileiro do Civil Law:

"No que tange ao direito punitivo, a Suprema Corte tem decidido que esse não pode incidir sobre certas relações que dizem mais de perto ao arbitrio das partes e das famílias.

Assim a lesão de pouca monta — a *laesio minima* e os incidentes domésticos de pequena gravidade.

Funciona aqui o velho provérbio transmitido pela sabedoria dos romanos *de minimis non curat praetor*.

Aliás, com esse fundamento de que a ordem jurídica não interessa pôr em movimento toda a sua máquina administrativa judiciária para a apuração de *res nugatoria* tem sido defendido por nós, arduamente, na primeira instância do Distrito Federal e vem tendo aceitação quase pacífica. Em questão de família é interessante citar o HC nº 42.812 originário do DF.

Tratava-se de incidente doméstico envolvendo antiga companheira que tentava instalar-se de novo na casa de seu ex-amante.

Deve parecer que o significado procurado era reconhecido e aceito no *common law* como tal, e existia quando a lei em questão foi votada.

A definição feita pelo *common law* de um ilícito será aplicada quando uma lei que cria um ilícito refere-se a ele pelo seu nome de *common law*, sem outra definição, ou quando a lei meramente prescreve uma pena.

Deve-se recorrer ao *common law* para a distinção entre 2 crimes, quando as leis não os definem, mas meramente prescreve penas.

Onde e quando uma lei que define um ilícito o fizer de uma maneira singela, em termos genéricos de *common law*, a Corte deve recorrer a esse sistema para julgar o ato, ou atos, que venham a constituir o crime.

Esta regra se aplica mesmo se a jurisdição é daquelas em que não há ilícitos em vigor, em razão do *common law*.

REGRAS GERAIS DE CONSTRUÇÃO

Embora a linguagem constitucional "risco de vida ou de membros" sugira procedimentos em que somente as penas mais graves podem ser impostas, tem-se por aceito que essa cláusula tem um significado mais amplo.

Assim, a pena pecuniária tem sido tratada como as restritivas de liberdade, para tal efeito.

Como o princípio de que ninguém deve ser posto em risco por mais de uma vez é um princípio vital do ordenamento americano, não se lhe dá uma interpretação estrita e estreita, nem se considera tal garantia como frágil.

Costuma-se afirmar que ela deve ser interpretada de acordo com o *common law* da qual ela surgiu; ao mesmo tempo, ela difere significativamente das garantias procedimentais, na parte em que o seu sentido prático é evitar ou não deixar que um julgamento se realize, antes que ditar normas sobre a conduta ou procedimento de julgamento.

Dai o posicionamento da Suprema Corte dos EEUU de ter evitado uma interpretação rígida e mecânica dessa cláusula.

Não obstante, o provimento constitucional da proibição do duplo risco está vinculado radicalmente à história e não é um conceito em evolução, como o *due process*, e um longo percurso da história do Judiciário traz nítida *authority* na sua aplicação.

Ao construir a cláusula, a Suprema Corte colocou limitações em seu fim. Assim, a proibição constitucional contra o duplo risco não significa que, toda vez que um acusado é posto em julgamento ante um tribunal competente, ele tenha o direito de ficar livre, se o julgamento deixa de chegar a uma decisão final.

Assim, não há empecilho a novo julgamento de um réu, depois que o seu primeiro julgamento tenha sido anulado, ou o júri tenha sido dissolvido, ou depois que ele tenha tido uma anulação por apelação contra sua condenação anterior, baseada em erro.

A cláusula de *double jeopardy* não garante que o governo esteja preparado para, em todas as circunstâncias, defender os interesses da sociedade, através de um só procedimento, por uma dada ofensa. Uma pena de morte imposta pela Corte, depois que o júri recomendar prisão perpétua, não quebra a cláusula.

Agravamento de punição de um acusado, de acordo com a lei, não é ofensiva à cláusula.

Uma condenação anterior que caracteriza a reincidência usada meramente para aumento de punição do réu, de acordo com a lei, não é uma ofensa dentro do conceito de duplo risco; logo, num processo por arrombamento (*burglary*) de um veículo, no qual a pena foi grandemente agravada, desde que o Estado deixou de trazer prova que mostrasse quando a ofensa anterior foi cometida, um novo julgamento da questão do agravamento não foi impedido pela doutrina do duplo risco; a condenação anterior não foi uma questão de fato determinante da culpabilidade (positiva ou negativa), mas um fato histórico que poderia ser novamente apreciada.

Lei estadual que estabeleça que a ocultação de identidade durante a perpetração de um crime constitui agravante de tal crime, e que estabeleça aumento de punição como um resultante de tal ocultação, não é ofensivo à cláusula do "duplo risco" da 5ª Emenda.

EFEITOS DA EXTENSÃO DO TEMPO DE PRESCRIÇÃO

Passemos a enfocar alguns aspectos da interpretação construtiva no Direito Americano, em tema de prescrição.

O propósito da lei de prescrição é limitar o risco do processo, por certo tempo, posterior à ocorrência daqueles atos que o legislador quis punir como crimes.

Costuma-se afirmar que o instituto da prescrição se fundamenta em uma visão liberal de que o processo criminal não deve permanecer apodrecendo nos arquivos do Governo, somente para explodir depois que as testemunhas e as provas ultrapassarem a disponibilidade.

Assim, as normas de prescrição têm a natureza da graça e devem ser construídas liberalmente em favor do acusado e interpretadas em favor da tranqüilidade.

Entretanto, não existe nenhum direito adquirido em relação ao tempo prescricional ainda não ocorrido. A lei pode alterá-lo se ainda não estiver decorrido o lapso e, tal fato, não se considera *ex post facto*.

A emenda ao art. 18 do USCS, § 3282, que estendeu o período de 3 para 5 anos, e que foi criado em 1º de setembro de 1954, somente atingiria atos que fossem cometidos até 1º de setembro de 1951.

Embora se deva atribuir às leis que regulam a prescrição, nos procedimentos criminais, um significado racional, em harmonia com o fim e propósito delas, essas devem ser construídas liberalmente em favor do acusado, e as exceções aos benefícios devem sê-lo de forma estrita em relação ao Estado.

Em relação a uma lei que isente os crimes capitais da incidência da prescrição, essa disposição não se aplicará depois que a pena de morte tenha sido afastada.

1 — INTERPRETAÇÃO E CONSTRUÇÃO DOS STATUTES

a) Judge-me law e statute law

A respeito da coordenação e da interpretação pretoriana e da lei escrita, Sir Frederick Pollock disse em 1882: “O parlamento geralmente muda a lei para pior e o dever dos juizes é manter o mal dessa interferência nos mais estreitos limites.”

A velha norma do direito costumeiro diz: as leis que derogam o *common law* devem ser construídas de forma estrita.

Mas o caminho a ser seguido é o da coordenação de um sistema em que se fundam o direito pretoriano e o emanado das leis.

Pound dizia que há 4 modos de as Cortes enfrentarem uma inovação legislativa:

- (1ª) recebê-la como um princípio a partir do qual se raciocinará;
- (2ª) recebê-la como uma regra de direito da mesma autoridade da pretoriana;
- (3ª) recusar raciocinar por analogia, mas dar-lhe uma interpretação liberal, de modo a cobrir toda a área para a qual ela foi feita;
- (4ª) dar-lhe uma interpretação estreita e estrita, segundo sua literalidade.

A 1ª e a 2ª são prescrições absurdas; a 4ª é ortodoxa e a 3ª é a tendência moderna⁽¹²⁾.

Landis (em 1934) afirmava:

“Os mesmos males que determinaram a elaboração da lei demandariam o mesmo tratamento em igual situação, e o reconhecimento desse fato levou os juizes a estenderem os remédios ou as restrições de um ato a outras pessoas e outros lugares em circunstâncias assemelháveis.”

Stone faz a seguinte comparação:

“A lei escrita deve ser reconhecida não como uma intrusa no mundo do common law, mas como uma hóspede que deve receber as boas-vindas para a missão de acomodar o direito às necessidades sociais”.

b) A busca da ‘Mens legis’ e da ‘Mens legislatoris’, como a pesquisa do propósito ou dos fins da lei

Trata-se de discutir o problema da intenção do legislador.

A hipótese clássica que rege a espécie é o caso Heydon:

- (1º) Qual era o Common law antes da lei.
- (2º) Qual a falta ou defeito que a nova lei buscava corrigir.
- (3º) Qual o remédio que o Legislativo tinha indicado para curar o mal.
- (4º) A verdadeira razão do remédio, bem assim a função do juiz é sempre construir de tal modo que o mal seja obviado e ao mesmo tempo seja ofertado o remédio e suspensas evasivas responsáveis pela continuação do mal.

(12) Cf. Dowling, Patterson and Powel in *Material for Legal Method*.

Embora as leis penais devam ser interpretadas restritivamente, a intenção do legislador deve orientar a sua interpretação e a sua construção tanto quanto nas demais leis (U.S. v. Lacher 134 U.S. 624, 33 — Johnson v. Southwestern Pacific Co-S. Court, 1904).

As leis penais devem ser claras e sem indefinições e vaguidades.

... embora as leis penais devam ser construídas estritamente, não o devem ser a tal ponto de desfazer ou anular o óbvio propósito do legislador (Marshall U.S. v. Wiltbergen).

A regra conhecida como *ejusdem generis* (i.e., do mesmo gênero) tem sido usada como uma projeção da vontade da lei.

Assim, em U.S. v. Alpus (1950), a Suprema Corte interpretou o caso do disco fonográfico que foi incluído como matéria de caráter indecente.

O voto vencido de Black e Jackson baseou-se na repulsa à censura e restrição à liberdade de opinião e pensamento.

Já em outro caso, Gooch v. U.S. (1936), a Suprema Corte, ao analisar as palavras “recompensa ou outro benefício”, interpretou como tal o desejo de evitar a prisão.

c) Trabalhos legislativos e leis estaduais e federais

Os réus são distribuidores de gim e whiskey. Vendem seus produtos a atacadistas de Louisiana, que os vendem a varejistas.

Os peticionários, varejistas de New Orleans, recusam-se a assinar o contrato de fixação de preço e vender o produto do Autor a um preço *cut-rate*.

O caso é de grande valor para demonstrar as diferenças de opinião entre os juizes da Suprema Corte quanto à propriedade da forte tendência de usar as fontes da história legislativa como base para resolver casos que envolvam interpretação de lei federal.

Alguns Estados da Federação não têm publicação sobre os trabalhos legislativos, diferentemente do que acontece com o Congresso Nacional.

Dáí serem as cortes estaduais mais voltadas para a interpretação literal (*plain meaning interpretation*) e menos afeitas ao uso das fontes.

II — a) A interpretação estrita ou “plain meaning rule”

Às vezes, interpretação mais estrita é usada.

“Nosso dever é construir a interpretação da lei como foi escrita. A lei é clara: estabelecer é diferente de aumentar”, afirmou-se em um julgamento.

“As palavras da lei se presumem usadas em seu sentido ordinário e usual e com o sentido que normalmente se lhes atribui”. Caso: *Caminetti v. U.S.* sc. 197.

Em *Caminetti v. U.S.*, em que o acusado foi denunciado em 4 processos por conduzir donzelas de um estado para o outro para fins de prostituição e de deboche. Absolvido em três casos, foi condenado em um deles. Sua principal defesa era a de que a lei queria punir o “vício comercializado e para fins de lucro”.

A Corte de origem assim não entendeu: a condenação, confirmada pela Suprema Corte, baseou-se no *White Slave Traffic*, que proibia o transporte de mulher de um estado ao outro com o “fim imoral”. Houve votos vencidos: *Mackena*, *White Clark*: O *Mann Act* visava coibir o crime para fins de lucro.

Em outra ocasião, a esposa de cidadão americano foi impedida de entrar nos EEUU, mas o foi por ser portadora de grave doença contagiosa.

Pelo fato de a lei se referir a esposa e filhos de um cidadão naturalizado e não a de um cidadão nato, a Suprema Corte entendeu que não cabia à Corte corrigir a injustiça ou discriminação da lei, mas sim ao Congresso.

b) Retroatividade e prospectividade

A regra de construção segundo a qual uma lei escrita deve operar prospectiva e não retroativamente é geralmente aceita (*vide Weiler v. Dry Dock Saving Institution*).

A questão que se propôs foi saber se a Seção 234 da *Real Property Law* que declara nulos e inválidos, como sendo contra a ordem pública, acordos isentando depositários, mutuários e comodatários.

A lei empregava a expressão: “serão considerados nulos”; daí haver a Corte interpretado que só se aplicava aos contratos realizados após a publicação da mesma, não tendo efeitos retroativos.

c) Termos técnicos

O uso de termos técnicos do comércio ao qual se refere a lei importa no seu significado técnico (*method of purpose interpretation*).

No caso *O'Hara v. Ckendach Steamship Company* (Suprema Corte, 1926), o termo *Watch* foi empregado com o seu significado da linguagem dos marinheiros, i. é., uma divisão de tempo o quanto mais exata possível.

III — O PESO DA INTERPRETAÇÃO ANTERIOR

Quando uma lei escrita é importada de um país como a Inglaterra e adotada, deve-se abraçar a interpretação dada no país ou estado de origem.

A regra não deverá ser seguida apenas em casos de evidente erro de raciocínio ou conflito com decisões anteriores ou de inconstitucionalidade.

Esta regra é especialmente importante no caso de Leis Uniformes. Quando tais leis são interpretadas em sentido diverso pela Corte Suprema de um dos estados signatários, essa interpretação se impõe aos outros signatários.

IV — AS MÁXIMAS E A CONSTRUÇÃO

As máximas e provérbios relativos à interpretação das normas desempenham um papel importante na construção das leis.

Karl Lewellyn descreveu o seu uso como uma “manobra de esgrimir e apunhalar” pelo fato de sempre se encontrar uma num sentido ou noutro das leis.

De outro lado, elas são de particular significação no caso dos Estados, porque só alguns Estados preservam os anais de seus trabalhos legislativos que possam facilitar a descoberta da intenção do legislador ou da própria lei.

a) A regra do “*ejusdem generis*”

A regra do *ejusdem generis* é invocada para quando palavras gerais seguem uma enumeração de pessoas ou coisas, por palavras de um significado particular e específico, tais palavras gerais não devem ser interpretadas em seu mais extenso sentido. Mas devem ser aplica-

das somente a pessoas e coisas da mesma classe geral e da espécie das mencionadas.

Esta regra tem ainda outro enunciado, qual seja *nascitur ex sociis*.

Assim se decidiu no caso *State rel. School District of Sedalia v. Harter*: a lei que se referia aos delegados, subdelegados, ou outros oficiais, por responsabilidade em que hajam incorrido no exercício de sua função e fixava um prazo de três anos de decadência de ação contra os mesmos.

Entendeu a Corte Suprema do Missouri, em 1905, através do voto de Marshall, que também o delegado fiscal do tesouro se enquadrava no mesmo gênero dos funcionários enumerados na lei.

A expressão “ou outro oficial ou funcionário” usada em uma lei não se aplica a todos os funcionários, mas àqueles do mesmo gênero.

Um dos princípios da construção é o de que a todas as partes de uma lei devem ser dados um significado e um efeito.

A conclusão é a de que a Seção 4274 se aplica ao *treasurer* e barra a ação civil pela lei das prescrições.

Outra questão interessante foi saber se o embarque de discos como matéria obscena está abrangido na norma do § 245 do Código Criminal, que proíbe o comércio interestadual de “livros, panfletos, figuras, filmes, cartas, letra, escrito, impresso ou outra matéria de caráter indecente”.

Foi Relator o Justice Minton, que afirmou: “Por se tratar de uma norma de Direito Penal, deve ser construída estritamente. Isso quer dizer que nenhuma ofensa pode ser criada a não ser pelas palavras usadas pelo Congresso em seu sentido usual.

Não há crimes por construção.

A coisa mais importante a ser determinada é a intenção do Congresso. A linguagem da lei não pode ser distorcida sob o disfarce da construção, ou então limitada por construção para enfraquecer a intenção manifesta do Congresso”. Ao interpretar a lei escrita para aplicação ao presente caso a Corte de origem invocou a regra do *ejusdem generis*.

“Desde que as palavras ‘livros, panfletos, quadros, filme, letra, escrito ou impresso’, que aparecem no texto, se referem a objetos perceptíveis pela visão, a Corte construiu as palavras gerais ‘outros assun-

tos de caráter imoral' como sendo limitadas a matérias do mesmo gênero.

“A Corte de origem considerou os discos de fonógrafo fora do alcance da lei escrita, de vez que estes são perceptíveis pelo sentido da audição e não pelo da visão.

“Quando apropriadamente aplicada, a regra do *ejusdem generis* é útil. Mas não deve ser tomada para obscurecer ou desfazer o intento do legislador, mas para elucidar suas palavras e efetuar seu intento.

“Não pode ser empregada para tornar as palavras sem sentido.

“Pensamos que aplicar a regra do *ejusdem generis* ao presente caso seria ‘enfraquecer o óbvio propósito da lei’.

“O óbvio propósito, sob consideração, era prevenir e evitar os canais do comércio interestadual de serem usados para disseminar qualquer matéria ou assunto, em sua essência, ou comunicar idéias lascivas, indecentes e obscenas. As leis escritas são construídas em seu sentido integral e esta é uma lei abrangente que não pode ser restringida por uma regra mecânica de construção.

“Não concordamos em que a intenção do Congresso fosse proibir apenas a matéria obscena que entrasse pela vista.

Dessa forma, entendemos que os discos de fonógrafos estão compreendidos no alcance da lei.”

Houve votos vencidos do *Justice Black*, *Frankfurter* e *Jackson*, em que se apelou para a restrição ao direito de expressão, à diferente concepção do que seja indecência e a repulsa à censura.

b) “*Expressio unius, exclusio alterius*”

Gooch foi condenado por haver seqüestrado, em co-autoria com *Nix*, policiais do Texas para Oklahoma para não ser preso.

A lei punia o seqüestro “para fins de resgate, recompensa ou outro motivo semelhante”.

A defesa sustentou que o benefício era apenas pecuniário.

A Corte interpretou que o termo *otherwise* (de outro modo) abrangia outras hipóteses, dentro do propósito do Congresso.

Porquanto as leis penais são construídas estritamente, isso não significa rejeição daquele sentido das palavras que melhor se harmonize com o contexto e os fins buscados pela lei.

Prender um oficial e esperar beneficiar-se de não ser preso é algo feito em proveito do transgressor.

O voto foi proferido pelo Justice Mc Reynolds.

Em *Jerome v. U.S.*, através de *Certiorari*, o Tribunal decidiu re-ver confirmação de condenação por violação da Lei de Assalto a Bancos.

O réu foi condenado por haver assaltado um banco e com a intenção de emitir nota promissória forjada com o propósito de defraudar o banco.

Em Vermont isso é crime, definido na lei estadual, embora não o seja sob lei federal.

Somente a partir de 1934 é que o governo federal se preocupou com o problema de assalto a bancos.

Pelo fato de não existir crime federal baseado em *common law*, mas apenas em leis escritas, a administração da justiça criminal ficou a cargo dos estados da União.

A proibição do **double jeopardy** ou duplo risco não impede a perseguição na esfera federal, embora uma pessoa possa estar condenada pelo mesmo fato nos Estados.

Isso dá peso a mais ao ponto de vista segundo o qual, quando o Congresso está criando crimes que duplicam ou constroem sobre a lei estadual, as cortes devem relutar em expandir as definições além dos claros termos da norma escrita.

Concluindo, diz o Magistrado: a lei não se priva de sua vitalidade se interpretada como excluindo as felonias definidas pelos Estados e incluindo somente as felonias federais que afetam os bancos protegidos pela Lei de Assalto a Bancos.

O caso *Mc Boyle v. U.S.* é de *Certiorari* para a Corte de Apelação dos Circuitos para que o 10º Circuito revisse o julgamento confirmatório de condenação, sob a Lei de Furto de Veículos.

O peticionário foi processado por transportar de Ottawa, Illinois, para Oklahoma um aeroplano, que sabia ter sido furtado, e condenado a 3 anos e multa de 2.000 dólares.

O termo veículo a motor inclui automóveis, caminhões, carretas, motocicletas ou qualquer outro veículo de autopropulsão não planejado para rodar sobre trilhos.

Importância do histórico legislativo da lei.

Tem o inconveniente de não contar em todos os Estados da União com os anais dos trabalhos parlamentares.

Na esfera federal esta técnica torna-se mais operativa.