



Recebido: 21/02/2025
Aprovado: 15/08/2025

DOI: <https://doi.org/10.4025/rcj-uem.v8i2.75829>

This work is licensed under [CC BY-NC 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

Como citar este artigo:

ZENNI, Alessandro Severino Valler; FILOGENIO, Gabriel Bispo. O problema da aplicação de princípios: o papel dos valores na dinâmica jurídica especialmente no direito penal lacunoso. **Revista de Ciências Jurídicas UEM**, Maringá, v. 08, n. 02, e0015, maio/ago. 2025.

ARTIGO:

O PROBLEMA DA APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS: O PAPEL DOS VALORES NA DINÂMICA JURÍDICA ESPECIALMENTE NO DIREITO PENAL LACUNOSO

Alessandro Severino Valler Zenni

Pós-Doutor, ULisboa

Maringá – Paraná – Brasil

<https://orcid.org/0000-0002-1915-6991>

<http://lattes.cnpq.br/5969499799398310>

asveznni@uem.br

Gabriel Bispo Filogenio

Graduando em Direito

Maringá – Paraná – Brasil

<https://orcid.org/0009-0008-3429-8737>

<http://lattes.cnpq.br/2814030854239164>

gabrielbfilogenio@gmail.com

RESUMO: O artigo visa explorar a questão referente as lacunas no ordenamento jurídico, investigando seu problema sistêmico, especialmente no direito penal e o princípio da legalidade. O estudo destaca a complexidade paradoxal em torno da completude e incompletude do direito, abordando como essa tensão afeta a interpretação e aplicação das normas penais, mormente quando necessária a utilização de conteúdos extrapenais. Valendo-se de uma abordagem teórico-analítica, o artigo recorre à revisão de literatura para solução dos problemas postos. Conclui-se que a equação está intrinsecamente ligada à estrutura dinâmica do ordenamento jurídico e que é essencial considerar a historicidade à devida aplicação das normas para a decidibilidade de conflitos, defendendo-se, por fim, a necessidade de uma abordagem contextualizada, superando a rigidez principiológica estática do direito penal e permitindo a adequação do sistema às complexidades da realidade jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Lacunas Jurídicas. Dinamicidade. Sistema Jurídico. Direito Penal. Decisão.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a questão problemática das lacunas no ordenamento jurídico, especialmente no direito penal com a articulação de temas extrapenais.

A explanação inicial contextualiza o conceito de sistema jurídico, focando nas ideias de completude e incompletude normativa, sendo problema central a ser investigado em uma visão dinâmica do sistema jurídico para a solução de problemas, superando a aplicação estática de princípios.

As hipóteses levantadas buscam esclarecer se lacunas representam falhas efetivas ou apenas aparentes no ordenamento jurídico. O objetivo é demonstrar que a compreensão das lacunas requer uma abordagem dinâmica e contextualizada, especialmente no âmbito do direito penal, onde a segurança jurídica e a coerência normativa são fundamentos basilares para o seu devido funcionamento.

O artigo justifica-se em razão da necessidade de um entendimento mais flexível do ordenamento jurídico, capaz de lidar com a complexidade das relações sociais contemporâneas. Adota-se uma metodologia teórica, baseada em revisão de literatura e análise crítica de doutrinas jurídicas relevantes.

Por fim, a estrutura do artigo divide-se em uma exposição inicial sobre o conceito de sistema jurídico, seguida pela análise crítica das lacunas e suas implicações no direito penal, além de reflexões conclusivas sobre a necessidade de abordagens mais dinâmicas no tratamento dessas questões.

2 O PARADOXO DO DIREITO

O direito como sistema é um traço do direito moderno como também do direito codificado. Não se trata do desconhecimento do conceito de sistema aos pensadores antigos, sendo na realidade, apenas um aspecto pouco articulado para a compreensão do direito.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior, aponta que a etimologia da palavra sistema, tem proveniência dos gregos (*syn-istemi*), significando “composto”, o “construído” (FERRAZ JR, 1997, p. 123). Sem adentrar nos percalços de demonstrar a ideia de sistema ao longo da história do conhecimento humano, busca-se fixar a exposição do presente estudo no direito moderno.

Sistema, por uma compreensão discursiva da norma jurídica¹, será reconhecido, de forma genérica, como um “conjunto ordenado de elementos ou num todo – “repertório do sistema -, mas que o tipo de

¹ Normas jurídicas são decisões, e através dela, garantimos que certas decisões serão tomadas. Estabelecem desta forma controles, cuja função é determinar outras decisões. As normas cumprem o papel de determinar quais alternativas decisórias devem ser escolhidas. Desta forma o objeto do discurso normativo, sob o olhar do comunicador normativo é a decisão que se deve tomar sobre qual norma se deve estabelecer para se decidir (FERRAZ JR, p. 47 e 48, 2021).

relação que subsiste entre eles – “estrutura” do sistema – varia de concepção para concepção do próprio direito” (FERRAZ, JR, 1997, p. 126).

Pode-se, com a ajuda dos conhecimentos biológicos, traçar um paralelo da ideia de sistema, as raízes de uma planta, sendo sua antítese, a ideia do rizoma proveniente dos tubérculos.

De certo modo, não existe ação humana que seja *a priori* reconhecida como indiferente ao ordenamento jurídico. O que atribuiu a relevância a qualquer conduta – no sentido valorativo – será a norma jurídica. Nessa perspectiva, a ideia de sistema produz no direito uma sensação de completude dos contingentes possíveis de relações humanas normatizadas.

Não há muita necessidade de demonstrar que tal noção de completude, conduz a indesejáveis impasses, sendo um deles, o busílis das lacunas. Incompletude é antítese de concretude - o completo - faz-se dentro de algo delimitado, distinto será, a ideia do incompleto, compreendido como um não acabado (FERRAZ JR, 1997, p. 126).

No caso da lacuna, trata-se de efeito mais severo da incompletude, visto que, a própria refere-se não apenas a uma ausência, mas sim, a uma falha que não deveria ocorrer dentro do todo.

Hans Kelsen, de certo modo, irá negar a possibilidade de que a dinâmica jurídica, em seu nível escalonado, venha possuir lacunas. Vide:

O que importa na apreciação da teoria das lacunas é determinar as circunstâncias nas quais, segundo esta teoria, se apresenta uma "lacuna" no Direito. Segundo esta teoria, o Direito vigente não é aplicável num caso concreto quando nenhuma norma jurídica geral se refere a este caso. Por isso, o tribunal que tem de decidir o caso precisa colmatar esta lacuna pela criação de uma correspondente norma jurídica. O essencial desta argumentação reside em que a aplicação do Direito vigente, como conclusão do geral para o particular, não é possível neste caso, pois falta a premissa necessária, a norma geral. Esta teoria é errônea, pois funda-se na ignorância do fato de que, quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever de um indivíduo de realizar determinada conduta, permite esta conduta. A aplicação da ordem jurídica vigente não é, no caso em que a teoria tradicional admite a existência de uma lacuna, logicamente impossível. Na verdade, não é possível, neste caso, a aplicação de uma norma jurídica singular. Mas é possível a aplicação da ordem jurídica — e isso também é aplicação do Direito. A aplicação do Direito não está logicamente excluída (KELSEN, 2009, p. 273).

Funda-se Kelsen, na ideia de que não há necessidade de uma norma específica a todo caso concreto, sendo passível de solução pela norma geral visto seu caráter genérico, ou seja, a ausência de norma específica ao caso, atribuiria ao aplicador (o juiz) uma liberdade decisória sobre o caso concreto.

Visto o seu sistema dinâmico escalonado, as normas jurídicas, possuem diferentes níveis, constituindo por assim dizer, o repertório material do sistema. Por se tratar de normas de grau distintos, a fundamentação de cada norma – dirá Kelsen – será presidida pelo regramento ao qual a norma constituirá o sistema em razão da norma superior a lhe conferir vigência, ou seja, a condição do existir de qualquer

norma jurídica em um sistema escalonado passa pelo crivo do competente/legitimado para a positivação (KELSEN, 2009, p. 215 e ss.).

Nestes termos, parece estranho em toda sua articulação sobre lacunas Kelsen utilizar de aspas², sendo que de forma implícita sua negação acaba por conferir a veracidade existencial de lacuna no ordenamento jurídico, pois, reconhece a ausência de regulação normativa - uma espécie de lacuna axiológica - a determinados casos e confere ao julgador o dever de proferir uma decisão (princípio do *non liquet*) mesmo em situações não previstas em lei.

Em outras palavras, como é dever do aplicador basear-se no direito vigente, em casos de ausência para a subsunção, ou seja, do desvelar o sentido normativo ao caso concreto, surge no sistema jurídico uma ausência no todo, uma falha, surge, pois, o problema da lacuna.

Geralmente os trabalhos articulados sobre lacunas buscam engendrar tal conceito com a sua devida catalogação em determinadas classes de lacunas para resolver um problema dinâmico de maneira estática. Ferraz Jr, utilizando como exemplo o trabalho de Ernst Zitelmann, irá trabalhar com a ideia de lacunas autênticas e inautênticas (FERRAZ, JR, 1976).

Antes de adentrar sobre as questões propriamente ditas sobre as definições de lacunas de Zitelmann, devido uma anterior explicação para demonstrar que, quando se alude às articulações sobre lacunas de forma estáticas peca-se no seu sentido dinâmico, tanto que:

O mundo do direito é sempre “formas” e de “materiais alógicos. O mesmo se diga para a relação entre a “norma” e o “conceito ou significação jurídica”. Embora dentro de uma “categoria”, a “forma normativa” não se torna “forma teórica”. [...] A sua referibilidade nos impede de ver o direito como um sistema apenas de comportamentos ou apenas de normas ou apenas de conceitos. Mas, a sua irreduzibilidade também nos impede de falar em um sistema único e unitário (FERRAZ, JR, 1976, p. 140).

As lacunas autênticas, em apertada síntese, ocorrem a partir de um ordenamento jurídico vigente que não regula determinada conduta humana, assemelhando-se de certo modo, às “lacunas axiológicas” de Kelsen. De outra sorte, as lacunas inautênticas, também ocorrem a partir de um ordenamento jurídico vigente, no entanto, neste caso, a conduta é regulada por norma específica ao caso e passível de subsunção, porém, os efeitos e resultados da aplicação do conteúdo normativo são indesejados pelo sistema como um todo (FERRAZ JR, 1976, p. 135) e que Engisch designará de lacunas por incorreção (ENGISCH. 2008, p. 227 e seguintes)

² Na edição do livro aqui citada, o autor ao mencionar a expressão lacuna sempre a utiliza com aspas, podendo interpretar o leitor, do desdém ficcional que Kelsen atribui ao determinado conceito.

Ferraz Jr, em sequência, aponta que as devidas articulações estáticas sobre lacunas, não produzem mecanismos capazes de perceber “com clareza os aspectos “genéticos” enquanto distintos dos “sistemáticos” (FERRAZ JR, 1976, p. 136).

Nesse sentido, Ferraz Jr, com a análise feito por Emil Lask, busca uma alternativa dinâmica ao problema da lacuna. Afirma em seguida que os conceitos de “*nudez lógica*” e “*não-racionalidade*”³, permitirá a análise tridimensional da norma; um caráter dinâmico em sua análise (FERRAZ JR, 1976, p. 136).

Isto é, quando se toma a ideia de nudez lógica e a não racionalidade do sistema jurídico, pode ocorrer ao longo da historicidade da norma uma transmutação de ações humanas que outrora eram conteúdos e agora não são mais, ou ainda, normas alojadas dentro de uma máxima que se transforma em algo novo⁴. Pois bem, isso explica que o sistema jurídico deve ser tomado como um todo e que as diversas regras que convivem e existem, impactam o direito e a sua própria estrutura a todo momento.

Ferraz Jr comenta, nesse sentido:

Assim, para Lask não há como falar de um sistema de normas referido a um sistema de fatos e outro de avaliações, sendo o Direito uma *relação* de fatos e outro de avaliações mas um *relacionamento* (processo-estrutural) de “formas” a “materiais”, de “formas” que “valem-para” um “material” e que deixam de “valer” e de “materiais”, que se abrem para “formas” e deixam de abrir. **Deste modo, o direito é sempre lacunoso, mas também, sempre sem lacunas** (FERRAZ JR, 1976, p. 137) (grifo nosso)

É claro nesse sentido o paradoxo que o fenômeno Direito desempenha em um sistema estático de normas escalonadas. Ferraz Jr, em sua análise nos trabalhos de Lask, refuta a ideia de lacunas com o conceito de problema, enquanto mecanismo institucional capaz de engajar os autores do diálogo normativo a encontrar mecanismos passíveis de encontrar uma solução ao problema posto (FERRAZ, JR, 1976, p. 137).

O conceito de problema, conduzirá o sistema jurídico a dinamicidade necessária na compreensão tanto do sistema, como de uma norma em si, na medida em que, tanto o aspecto formal, como o aspecto material, seria dependente um do outro, sendo ao mesmo também tempo não dependentes – eis o paradoxo sistêmico - ou seja, são abertos e descontínuos para novos momentos de instabilidade sistêmica.

Problemático seria o sistema jurídico no sentido de que a tensão dialética (Lask fala em “valer-para”) entre “formas” e materiais” estaria continuamente, sempre, ainda, que não sequencialmente, provocando soluções temporárias, possíveis, que serviram de base para uma decisão (FERRAZ, JR, 1976, p. 138).

³ Nudez-lógica significa, a pura abstração, a devida generalização do conteúdo da forma. Por sua vez, não-racionalidade significa, a impossibilidade de materializar a forma em relação ao seu grau de referibilidade, ou seja, é impossível dizer que uma norma é verdadeira ou falsa por e em relação a ela mesma. (Ferraz Jr, p. 135, 1976).

⁴ Esta regra pode ser um mecanismo explicativo para demonstrar a noção de família e o seu alongamento ao longo dos anos.

Esta visão do conceito de norma romperá nesse sentido, com a doutrina tradicional – principalmente com e de Kelsen – sobre o aspecto de criação de direito, ou seja, remediar as normas pelo conceito de problema, rompe com a norma fundamental kelseniana. Não rompe no sentido de negar a sua força imperativa e criativa, mas sim, no sentido de que o imperativo constituinte apenas erige uma ordem jurídica, ou seja, ela é apenas o aspecto formal de validade da norma e nunca a própria validade de per si⁵.

Pois bem, não haverá nesse direito com bases em problemas e soluções temporárias para uma encerrar uma discussão-contra normativa, uma única norma abstrata, hierárquica – a norma kelseniana –, pois sim, haverão “possibilidades diferentes, graduadas, no sentido vertical, mas não simétricas, no sentido horizontal” (FERRAZ JR, 1976, p. 140).

Por fim, foi apresentado que o direito é sempre lacunoso e ao mesmo tempo não possui lacunas, no entanto, compreende-se que este paradoxo não se aplica da mesma maneira a todo objeto determinado “direito”, havendo uma preponderância na problemática no direito positivo codificado, ou seja, no direito positivo de matriz românico-germânica.

No capítulo seguinte, demonstrar-se-ão os motivos do respectivo levantamento com a problemática do tipo penal que utiliza mecanismos extrapenais para considerar a conduta juridicamente reprovável.

3 A PROBLEMÁTICA DAS “LACUNAS”

A norma penal possui uma especificidade dentro do sistema jurídico. Hans Welzel, afirma que se o ordenamento jurídico optasse por formatar uma norma penal de forma genérica, punindo com sanção todas as condutas consideradas intoleráveis poderiam ser feitas, no entanto, ficaria impossível de ter conhecimento de qual conduta estaria proibida.

Para tanto, afirma que “o ordenamento jurídico deve concretizar suas disposições penais, isto é, deve descrever objetivamente a conduta que proíbe: matar, furtar, cometer adultério etc. Deve especificar a “matéria” de suas proibições (WELZEL, 2011, p. 58).

Hans Welzel em sequência ressalta que o direito penal tem importante tarefa, em delimitar o conteúdo normativo do tipo penal. Ademais, a própria ideia de tipo penal é “matéria de proibição das disposições penais: é a descrição objetiva, material, da conduta proibida, que deve se realizar com especial cuidado no Direito Penal” (WELZEL, 2011, p. 59).

⁵ Nesse sentido, a vontade do legislador, utilizada pelos aplicadores do direito como argumento de autoridade para demonstrar, determinada interpretação para aplicação da norma, perderá toda sua aplicabilidade, em razão da dinamicidade e da abertura que o sistema jurídico possui para novos mecanismos.

Em que pese ter trabalhado no capítulo anterior a defesa da inexistência da lacuna no ordenamento jurídico, não é possível negar que dentro do ordenamento jurídico brasileiro, há presente a ideia de lacuna⁶.

No direito penal, grosso modo, o problema da lacuna é resolvido no direito brasileiro de duas formas. A primeira, trata-se do princípio da legalidade e da reserva legal. O segundo, trata-se da aplicação da analogia sempre em benefício do réu.

Cezar Roberto Bitencourt, comenta que o princípio da legalidade “constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal” (BITENCOURT, 2022, p. 58).

Deste comentário, pode-se extrair que o princípio da legalidade constitui base estrutural de todo o sistema penal brasileiro, no qual, deverá o tipo penal ser claro e preciso na delimitação da conduta reprovável, preenchendo, portanto, os requisitos necessários que Hans Welzel aponta para o reconhecimento de uma norma penal e o tipo penal.

De outra sorte, o princípio da reserva legal, é compreendido, na medida que, somente serão criminosas as condutas que estiverem definidas como tal por meio do processo legislativo respectivo para tanto.

Tais regras, materializam ao cidadão garantia legal – e por sinal, a segurança jurídica – de que somente será punida determinada conduta se: i) passada pelo crivo e aprovada pelo Poder Legislativo Federal (art. 22, I, da Constituição Federal); e ii) descrição do tipo penal de forma clara, objetiva e específica.

Não obstante, como descrito no primeiro capítulo do presente trabalho, a norma jurídica, diante de sua própria natureza, necessita de um grau de imprecisão⁷ para generalização. No âmbito do direito penal, devido ao princípio da legalidade, já exposto, é perigosa tamanha abstração, em razão de lidar-se com a liberdade e a punição de pessoas.

O tema, entretanto, pode chegar a alcançar proporções alarmantes quando o legislador se vale excessivamente de *conceitos que necessitam de complementação valorativa*, isto é, não descrevem efetivamente a *conduta proibida*, requerendo, do magistrado, um juízo valorativo para complementar a descrição típica, com graves violações à segurança jurídica (BITENCOURT, 2022, p. 60).

Em que pese as possibilidades de responder tal questão, limita-se apenas a exposição do tema em razão do enfoque do trabalho. Passa-se, então, a aplicação da analogia em favor do réu.

Os problemas da analogia, remetem-se aos problemas de aplicação do direito, conforme Bitencourt, analogia é método de aplicação/integração da norma jurídica, ou seja, com tal “mecanismo sistêmico” procura-se aplicar a determinada conduta não descrita os mesmos preceitos ou os mesmos efeitos de uma conduta descrita (BITENCOURT, 2022, p. 215).

⁶ Art. 4 do Decreto-Lei n. 4.657/42.

⁷ Poderia aqui dizer indeterminação, porém, opto por imprecisão, pois o primeiro conceito remete a ideia de uma questão sem decisão e, portanto, estaríamos assim ofendendo o princípio do non liquet, o que para o direito, seria inviável.

É de comum saber na tradição do direito que não se confunde analogia com interpretação analógica. O presente trabalho tem como objetivo demonstrar que há problemas a serem enfrentados na aplicação da analogia em favor do réu.

No direito penal, tem-se a regra estática de aplicação da analogia em favor do réu e nunca se questiona sobre ser esta a melhor solução. Não se trata aqui advogar a tese de uma punição coletiva e uma ampliação do direito penal para os problemas sociais, mas sim, pensar mecanismos dinâmicos a problemas dinâmicos.

A regra da aplicação da analogia *in bonam partem* tem um aspecto proveitoso quando verificado um determinado tipo penal “fechado”⁸, no entanto, nos tipos “abertos”⁹ não se tem a mesma proveitosa aplicação. Welzel nesse sentido é imperioso:

Na maior parte dos delitos culposos [...], a lei descreve somente o resultado (a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico), enquanto a ação proibida deve ser constatada pelo juiz mediante o critério da falta de observância “do cuidado necessário no tráfego. Nos delitos omissivos impróprios [...] não se encontra identificado o círculo de autores, e deve ser complementado pelo juiz mediante critério de “posição de garante” (WELZEL, 2011, p. 61).

Também não se trata aqui de exigir que se eliminem tipos penais face a ausência de objetividade do mesmo tipo penal de crimes culposos e omissivos impróprios, em razão de sua natureza delitiva em ambos os crimes¹⁰.

O problema em questão diz com as hipóteses que o direito penal pune parte da vida humana que está positivada em outra seara do direito. Tome-se como exemplo a articulação do direito penal e do direito de família para demonstrar o exposto.

Nesse sentido, a primeira hipótese aqui exposta, respalda-se no crime de falso testemunho, articulado no art. 342 do Código Penal. Na conduta descrita, é criminalizada a conduta de quem faz afirmação falsa, nega ou omite a verdade, na função de testemunha dentro do processo ou procedimento (tomado como sentido lato).

Vinicius de Toledo Peluso, em artigo denominado Analogia e Direito Penal, vai afirmar que o tipo em questão, é delito de punho próprio, ou seja, necessita-se da qualidade de testemunha para perpetrar a conduta (PELUSO, 2016, p. 22)

⁸ Tipos penais fechados são aqueles que descrevem a conduta de forma clara, objetiva e precisa, respeitando o princípio da legalidade.

⁹ Tipos penais abertos são aqueles que necessitam de uma atuação ativa por parte do magistrado para preencher a ausência de clareza na conduta a ser punida.

¹⁰ O juiz, nestes casos, possui vários mecanismos tópicos para tomar uma decisão no presente caso (vide art. 4 do Decreto-Lei n. 4.657/42.)

O cerne da questão, refere-se a um problema de procedimento dentro do processo penal, visto que, há pessoas que estão descompromissadas da qualidade de testemunha, conforme os termos do art. 206 do Código de Processo Penal.

Prezando pela literalidade, ou seja, sendo fiel ao princípio da legalidade, coloca-se defronte a um problema sistêmico, em razão do fato de não estar disposto no mecanismo procedimental¹¹, a qualidade de companheiro – fruto de união estável – no rol das pessoas dispensadas de prestar o compromisso de dizer a verdade e estar sujeita ao delito disposto. Nem que se tome o artigo do CPP, como um rol exemplificativo – o que parece não ser o caso – o problema não mudaria, visto que o conceito de cônjuge e, de forma mais ampla, de família, não pode ser diferente para o direito penal e para o direito civil.

Quem define o que é família no ordenamento jurídico brasileiro é o direito civil e o seu ramo específico. Ademais, sobre esse mesmo aspecto, em vista das inovações dos tipos de família que se encontram aceitos, tanto na doutrina e jurisprudência mais recente, a qualidade de testemunha e os dispensados de cumprir o dever legal sofrem de um grave problema sistêmico a ser enfrentado.

No mesmo sentido, tomado como segundo exemplo, analisa-se disposições da escusa absolutória, alojadas no artigo 181 do Código Penal. Bitencourt ensinará que “Por razões de ordem político-criminal, visando em primeiro plano a harmonia e a solidariedade familiar, as legislações penais, desde o direito romano, concedem imunidade penal, absoluta ou relativa, nos crimes patrimoniais praticados entre cônjuges ou parentes próximos” (BITENCOURT, 2024, p. 422).

Visto tratar-se de causas pessoais, referentes a “delitos” de caráter familiar, a aludida norma funciona no sistema jurídico como um “não-crime”, cuja função é preponderar o núcleo familiar e suas relações. No entanto, há o mesmo problema sistêmico a ser enfrentado, a norma limita-se a um conceito de família estático que não possibilita decidir o conflito dinâmico.

Sobre o conceito de família, Christiane Torres de Azeredo, em artigo que busca demonstrar a historicidade do termo família no direito, aduz:

Na sociedade contemporânea, novos valores inspiram a sociedade. Funda-se uma nova ordem social rompendo com a concepção tradicional de família. **A característica fundamental da família passa a ser o afeto.** Desse modo, pouco importa a “espécie” ou “tipo” de família na qual o indivíduo está inserido, o que deve ser levado em consideração é o seu fundamento, que deve ser a plena realização do ser humano, a fim de concretizar o bem-estar de seus membros (AZEREDO, 2020, p. 22) (grifo nosso)

Também pinçado como exemplo é o crime de bigamia do art. 235 do Código Penal.

¹¹ Nestes termos, me alinho a corrente que advoga a tese de que a estrutura do processo penal é garantia dos direitos avocados na Constituição Federal.

O problema refere-se sobre a relação entre casamento e união estável, pois, caso tomada uma possibilidade interpretativa do parágrafo terceiro do artigo 226 da Constituição Federal, em que união estável é igual ao casamento, após sua conversão pela lei civil, estar-se-ia, portanto: i) criando um mecanismo de burlar o delito de bigamia, visto a ausência dos termos “companheiros e união estável” no tipo penal; e ii) admitindo relacionamentos não-monogâmicos de maneira transversa pela via penal¹².

Os delitos em comento demonstram “lacunas” na aplicação da norma jurídica referente às interconexões entre o direito penal e o direito civil. Os problemas inseridos, referem-se ao nível superior e não se limitam aos “ramos do direito”, sendo na verdade, um problema do próprio ordenamento.

Por fim, a discussão mencionada acima, situa-se ao nível normativo, tradicionalmente denominado na doutrina penal de norma penal em branco. Nesse aspecto, Luiz Regis Prado a define como:

A lei penal estruturalmente incompleta, também conhecida como lei penal imperfeita, é aquela em que se encontra prevista tão somente a hipótese fática (preceito incriminador), sendo que a consequência jurídica localiza-se em outro dispositivo da própria lei ou em diferente texto legal direito penal, ao assumir a função de patamares de risco, regulamenta setores que envolvem medicina sanitária, fármacos, atividades nucleares, biogenética, trato com agrotóxicos e respectivas embalagens, dentre outros (PRADO, 2010, p. 76).

A norma penal em branco é, nesse sentido, como qualquer outra norma, um dever-ser, no entanto, sua diferença para as demais normas remete ao fato de que ela é deslocada a um nível de análise linguístico da norma jurídica, tratando-se de uma norma sem interlocução para com o próprio sistema jurídico e ainda assim dirigida ao auditório¹³.

O direito penal brasileiro e sua própria sistemática jurídica, não só admite a existência de normas com estas características em sua órbita, como também as legitima¹⁴.

Como exemplo, de norma penal em branco na própria sistemática do direito, aponta-se os mecanismos de incriminação feitos na Lei nº 11.343/2006 e a condição de subsistência que a mesma possui para com a Portaria nº 344/1998 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, à qual dispõe sobre a atualização das listas de substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial.

Nos dispositivos penais contidos na referida lei, apenas faz menção a definição do que é “droga”, nas disposições transitórias, após a inclusão feita pela Lei nº 13.840.

¹² Não se pretende com isso desprezar esta forma de amor fraternal, no entanto, por uma visão técnica, pretende-se dizer que a legalidade da referida conduta não pode ser feita por uma lei que criminaliza determinada conduta e sim, por uma lei federal (o Código Civil).

¹³ Auditório, compreendido, como rede de comunicação das normas para com a sociedade.

¹⁴ Vide Informativo nº 590 do Supremo Tribunal Federal.

O problema sistêmico neste caso refere-se a incompetência legislativa em matéria penal de uma Agência administrativa em editar preceitos penais. Ademais, conforme a própria forma como a agência trabalha, atualizando a portaria a cada momento, seja no sentido de desconsiderar tal produto como droga ou considerá-lo¹⁵, impede/dificulta a sociedade em obter segurança de qual substância será considerada proibida, como também, a função do interprete/aplicador rumo a um caminho que dificulta no processo de decidir, pois não se tem a segurança necessária para a subsunção normativa.

O princípio do *non liquet* é, portanto, o mecanismo sistêmico central na resolução dos quesitos apontados, dado que, o direito, ao nível pragmático, resulta no decidir de conflitos.

Portanto, qualquer decisão referente aos exemplos mencionados não extinguem o conflito, ainda existente. Em que pese haver decisões sobre os casos demonstrados, a situação ainda é problemática, portanto, em caso de escolher entre a punição das pessoas ou a não punição, ambas as respostas exsurgiriam problemas sistêmicos, visto que a primeira fere o princípio da legalidade e o da analogia em benefício do réu e por segunda, temos uma lacuna no ordenamento, o que em esfera sistêmica fere todo o ordenamento jurídico¹⁶.

Sendo os conflitos dinâmicos, há de se pensar em resultados dinâmicos e capazes suficientes de não apenas pacificar o problema, mas também, generalizar sua aplicação.

4 A NECESSIDADE DA DINAMICIDADE

Busca-se com o ensaio questionar a aplicação do princípio da analogia em benefício do réu.

No entanto, o que não se propugna com o artigo é questionar tal princípio para piorar a situação do réu dentro do processo penal ou uma “má” aplicação da norma penal incriminadora, buscando majoração da punição social com argumentos de ordem e rigidez legal.

Envereda-se, na verdade, pela busca de mecanismos dinâmicos para resolver problemas dinâmicos, ou dito em outras palavras, procura-se o desenvolvimento de mecanismos normativos que possam não apenas aprimorar o sistema jurídico, como também, desenvolver técnicas que capacitam os intérpretes e permitir a aplicação dualista principiológica da ciência positivista.

Para tanto, aos problemas articulados na segunda parte do capítulo, argumenta-se no mesmo sentido que Claus Roxin se reporta à política criminal e à pretensão e necessidade de punição de determinadas condutas.

¹⁵ Como exemplo prático da maleabilidade do conceito de droga, vide: HC 80752/BA, relator Ministro Cezar Peluso.

¹⁶ Usando a terminologia já trabalhada, diríamos, pois, neste caso, trata-se de uma lacuna inautênticas.

Em síntese apertada, Roxin afirma a necessidade da introdução de política-criminal¹⁷ no sistema penal para evidenciar a clareza dos motivos que se pune determinada conduta (ROXIN, 2020, p. 20).

Portanto, é possível mencionar que sua teoria apresenta uma síntese entre as valorações político-criminais e composição de grupos de casos. Luís Greco, em artigo realizado, comenta que o Direito Penal, em Roxin, somente deverá atuar nos casos em que o bem jurídico venha a ser violado, de modo que se não for, deverá aplicar a existência do princípio da insignificância penal como forma de excludente material de tipicidade. De outro modo, ainda que mesmo o fato em si sendo típico, ilícito e culpável, há outras formas mais eficazes do que a sanção penal. (GRECO, 2000, p. 9).

As linhas referentes a política criminal elaboradas por Roxin, apresentam uma resposta interessante para os problemas criminológicos contidos na segunda parte deste trabalho.

Em nível superior, duas são as possibilidades, sendo uma de caráter interpretativo e outra sistêmico. Conforme alinhavado o direito situa-se em uma situação paradoxal onde existem e inexistem lacunas ao mesmo tempo no seu funcionamento.

De forma pragmática, o problema no final situa-se acerca da possibilidade de decidir sobre o caso concreto e, portanto, encerrar o problema anterior. Deve o aplicador, nestes termos – e nesse mesmo esteio, o intérprete – estar munido de armas suficientes para uma devida subsunção da norma ao caso concreto.

Desta forma, resgata-se o problema hermenêutico e, portanto, consoante Hans Georg Gadamer, uma literatura preocupada com a questão aqui debatida.

O filósofo alemão, busca, conforme afirma Lenio Streck, “liberar a hermenêutica da alienação estética e histórica, para estudá-la em seu elemento puro de experiência da existência humana” (STRECK, 1999, p. 169).

Preocupado está Gadamer, com a apresentação da forma do ser e a sua forma de apreensão, que se dará pela linguagem. A compreensão nesse sentido, toma forma central em sua filosofia, pois ela surge como um desvelar do ser e da própria realidade.

Gadamer, assim, eleva a linguagem ao mais alto patamar, em uma ontologia hermenêutica, entendendo, a partir disto, que é a linguagem que determina a compreensão e o próprio objeto hermenêutico. O existir já é um ato de compreender e um interpretar (STRECK, 1999, p. 178)

¹⁷ Compreendida como o instituto responsável de produzir o juízo valorativo do delito e tem como parte de sua atividade, a política geral do Estado no controle de delitos. Além de seu caráter penal, tem também, um caráter extrapenal, com a busca de medidas para evitar o cometimento de delitos. Em suma, a política criminal tem um caráter crítico extra sistêmico, cuja função é a análise do direito penal de fora para dentro, onde seja possível a determinação dos objetivos para a devida punição dos bens jurídicos mais caros às sociedades.

Assim, o aplicador preocupado em desvelar o sentido da norma pela hermenêutica gadameriana aliado à ideia de problema de Lask, remete à resposta do problema ao nível do sistema.

Os conceitos da *nudez-lógica* e da *não-racionalidade*, se incorporados ao arsenal do sistema jurídico possibilitaram uma devida apreensão e subsunção da norma jurídica.

Como apontado na primeira parte do texto, os conceitos acima mencionados, atribuem ao conceito de norma jurídica, um certo grau de materialidade para o seu entendimento.

A regra da nudez-lógica possibilita a generalização tanto dos conteúdos materiais como dos conteúdos formais da norma jurídica. Por sua vez, a regra da não-racionalidade, permite e auxilia um novo mecanismo para um olhar holístico do conceito de direito.

Neste sentido, não se pode admitir uma unidade de sistema e uma unidade de sentido para o direito, a partir de uma visão lógica-dedutiva. Trata-se de vislumbrar o sistema do direito como objeto da historicidade, fruto do conjunto de significações constituídas, não derivadas de um princípio abstrato, mas sim, no sentido empregado e retirado do contingente, delimitado pela sistemática jurídica, ou seja, é o direito que dá ao direito o seu sentido e, portanto, a cognoscibilidade da norma jurídica, somente pode ser feita, pela integração dos elementos sistêmicos.

Ferraz Jr, com auxílio de Emil Lask, conduz nesse sentido a verificação da necessidade de elaborações sobre a teoria do valor. Em apertada síntese, divide-se o valor em sentido amplo e estrito, sendo o primeiro, fruto do valor para valer, ou seja, a possibilidade de valor para qualquer material (FERRAZ JR, 1976, p. 150).

Já o segundo diz com o valor subjetivo, ou seja, tem sua validade no valor em sentido amplo, mas referenciado a um caso específico, no entanto, assevera que o valor em sentido estrito, é conotado aos valores subjetivos, ou seja, são singulares na medida em que referem-se a valores, porém, são plurais em suas significações: “A presença da “subjetividade” não implica, porém, em nenhum relativismo no sentido de dependência de um “juízo arbitrário”, pois trata-se apenas de uma relação entre a “mediatidade” do “valer absoluto” e um substrato” (FERRAZ JR, 1976, p. 151 e ss).

A dinamicidade buscada com o presente trabalho, ganha mais robustez com a ideia do valor demonstrado, visto que, com o devido conceito é possível refutar pontos-de-vista subjetivistas que relativizam para “juridificar” determinada conduta humana. Com a teoria do valor, busca-se compreender o direito a partir do próprio direito e a partir do próprio sistema de direito, dito de outra forma, o valor nestes termos é “estrutura objetiva, cujos componentes são “forma” e matéria” e que corresponde à estrutura denominada “significação axiológica” (FERRAZ JR, 1976, p. 157).

A significação axiológica teria papel estruturante do sistema do direito, funcionando como “valor jurídico”, ou seja, como núcleo de todas as ramificações do direito.

No direito brasileiro a significação axiológica é a Constituição Federal e se há preocupação com a resolução dos problemas - aqui tomado como lacuna - e possibilidades interpretativas que derivam do direito, ou seja, possuem determinado grau de objetividade, mister dar dinamismo ao sistema jurídico e o levar (o direito) a sério.

5 Conclusão

A concepção de sistema é relevante diante da racionalidade e não pode ser descartada, afinal, o direito elege entre os valores caros a segurança e a ordem, outrossim o estudo observa que a dinâmica jurídica apresenta situações concretas que escapam à coerência e completude, vista do aspecto formal na matriz kelseniana.

O próprio Kelsen engendrou o sistema a partir da cláusula inclusiva geral, presciente de que o tecido normativo posto não teria o condão de equacionar toda situação problemática apresentada à decisão, tanto assim que no plano da interpretação do direito, e assinalando às hipóteses de normas de conceitos indeterminados, seja a propósito do legislador, seja por deficiência de elaboração textual, conclama o juiz, cujo *non liquet* é vetado, a decidir por critérios hermenêuticos.

Eis o papel dos valores como válvulas aplicadas no sentido de manter o sistema resiliente, a despeito dos casos práticos apresentados e que se mostram de difícil solução. Pode-se afirmar, mesmo, que a axiologia figura como critério ideológico, ora ampliando, ora murchando os conceitos jurídicos tramados e problematizados à luz das circunstâncias fáticas exurgidas.

Sintomático destacar que estes ajustes dos valores não se farão de maneira arbitrária, porquanto à luz da hermenêutica filosófica e com o objetivo de levar o direito a sério, na máxima alcunhada por Dworkin, a historicidade e o discurso de coerência narrativa haverão de gravitar em torno da decisão. Só assim ela será jurídica, partindo do direito histórico para solver um problema atual.

Notadamente esse esforço na compreensão de valores não se dá ao sabor e à conveniência do julgador, tratando-o como fenômeno subjetivo, bem à contrapelo, há uma objetividade na teoria dos valores que se condensa no âmbito da Constituição, inibindo que preferências pessoais se superponham à materialidade e à forma do sistema constitucional.

Nesse *processum* em que a linguagem da Constituição se apresente à problematização e à hermenêutica é que se resguarda, a um só tempo, a concepção de sistema de direito, sem propriamente laborar no campo da lógica formal, e, decidir diante das contingências pulverizadas cotidianamente, com respostas colhidas do direito ao direito.

Mesmo no direito penal em que a estrita legalidade se impõe como princípio e valor, a política criminal suscitada em Roxim, produto de uma hermenêutica gadameriana e da problematização de Lask conduzem o interprete e aplicador a subsumir dentro do sistema, conteúdo de norma que se harmonize com a plêiade de valores espargidas do âmago da Constituição, oferecendo resposta jurídica a um problema apresentado ao direito.

REFERÊNCIAS

- AZEREDO, Christiane Torres de. **O conceito de família: origem e evolução**. Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), 2020.
- BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal: parte especial**. v.3. 20. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. p.422. ISBN 9788553622436. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553622436/>. Acesso em: 05 jan. 2025.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Geral Vol.1 - 28. ed.** Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2022.
- BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Constituição Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em: 24 de janeiro de 2025.
- BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal brasileiro**. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 24 de janeiro de 2025.
- BRASIL. Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 24 de janeiro de 2025.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 94.397/BA**. Relator: Ministro CEZAR. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur175837/false>. Acessado em: 24 de janeiro de 2025
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. por João Baptista Machado. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de Sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask**. Ed. Revista dos Tribunais. Ed. da Universidade de São Paulo, 1976.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 1997.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação - 12ª Edição** 2023. 12. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2023. E-book. p.36. ISBN 9786559773763. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559773763/>. Acesso em: 06 jan. 2025.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. Em comemoração aos trinta anos de 'Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal' de Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 32, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Analogia e direito penal. **Revista Brasileira de Ciência Criminais**. São Paulo. 1º, v. 2016, 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e sistema jurídico-penal**, ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 2, 1999

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

THE PROBLEM OF THE APPLICATION OF PRINCIPLES: THE ROLE OF VALUES IN LEGAL DYNAMICS, ESPECIALLY IN GAP-RIDDEN CRIMINAL LAW

ABSTRACT: This article aims to explore the issue of gaps within the legal system, investigating their systemic nature, especially in criminal law and in relation to the principle of legality. The study highlights the paradoxical complexity surrounding the completeness and incompleteness of law, addressing how this tension affects the interpretation and application of criminal norms, particularly when the use of extra-criminal content is required. Employing a theoretical-analytical approach, the article relies on a literature review to address the issues raised. It concludes that this equation is intrinsically linked to the dynamic structure of the legal system and that it is essential to consider historicity in the proper application of legal norms for the resolvability of conflicts. Finally, it argues for the need for a contextualized approach that overcomes the static rigidity of principled criminal law, allowing the system to adapt to the complexities of legal reality.

Keywords: Legal Gaps. Dynamism. Legal System. Criminal Law. Decision-Making.

EL PROBLEMA DE LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS: EL PAPEL DE LOS VALORES EN LA DINÁMICA JURÍDICA, ESPECIALMENTE EN EL DERECHO PENAL LAGUNOSO

RESUMEN: El artículo tiene como objetivo explorar la cuestión relativa a las lagunas en el ordenamiento jurídico, investigando su problema sistémico, especialmente en el derecho penal y en relación con el principio de legalidad. El estudio destaca la complejidad paradójica en torno a la completitud e incompletitud del derecho, abordando cómo esta tensión afecta la interpretación y aplicación de las normas penales, particularmente cuando es necesario recurrir a contenidos extrapenales. A partir de un enfoque teórico-analítico, el artículo se apoya en una revisión de la literatura para la solución de los problemas planteados. Se concluye que esta ecuación está intrínsecamente vinculada a la estructura dinámica del ordenamiento jurídico y que es esencial considerar la historicidad para la correcta aplicación de las normas en la decidibilidad de los conflictos. Finalmente, se defiende la necesidad de un enfoque contextualizado, superando la rigidez principiológica estática del derecho penal y permitiendo la adecuación del sistema a las complejidades de la realidad jurídica.

Palabras clave: Lagunas Jurídicas. Dinamicidad. Sistema Jurídico. Derecho Penal. Decisión.