

**MÉTODOS INTERPRETATIVOS E DIREITO PENAL: AS
CONSEQUÊNCIAS DA ESTAGNAÇÃO E DA EVOLUÇÃO
HERMENÊUTICA NA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL**

**INTERPRETIVE METHODS AND CRIMINAL LAW: THE
CONSEQUENCES OF STAGNATION AND
DEVELOPMENTS IN BRAZILIAN JURISPRUDENCE**

DIEGO PREZZI SANTOS

Doutorando em direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Pós-graduando em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduado pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor de Direito Penal. Professor de Processo Penal. Professor de Prática Penal. Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Autor e coautor de livros, pesquisas e artigos com publicação no Brasil e no exterior. Advogado Criminal.

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP, professor e coordenador do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR. Consultor científico *ad-hoc* da Universidade Estadual de Londrina (UEL) e Advogado no Paraná. Maringá/PR. drjso@brturbo.com.br

RENÊ CHIQUETTI RODRIGUES

Mestrando em Filosofia do Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Especialista em Filosofia Moderna e Contemporânea pela Universidade Estadual de Londrina (UEL); Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC); Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), com habilitação em Direito Penal e Processo Penal. Advogado Criminal.

RESUMO

O artigo tem por objetivo analisar a influência que o recorrente uso da hermenêutica clássica e a moderna (constitucional) tem sobre a compreensão e aplicação do Direito Penal moderno. Para tanto, estuda-se, em primeiro lugar, o conceito da hermenêutica em sua forma clássica e em sua configuração moderna. Esclarece-se quais os métodos interpretativos mais utilizados, tais como o gramatical, sistemático, teleológico e histórico, sendo abordados os métodos modernos de interpretação (tópico-problemático, hermenêutico-concretizador, científico-espiritual e normativo estruturante) e os princípios da unidade da constituição, da concordância prática, do efeito integrador, da força normativa da constituição e da máxima efetividade. Após a exposição do arcabouço interpretativo disponível, faz-se reflexão sobre a mecânica interpretativa clássica ou moderna na análise dos tipos penais, visando constatar se a utilização de um ou outro método influencia no desfecho final da decisão judicial. Expõe-se, para tanto, posições jurisprudenciais no intento de demonstrar se a adoção promovida pela jurisprudência da hermenêutica moderna causando uma interessante mudanças nas decisões judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal – Hermenêutica – Constituição Federal – Métodos de interpretação – Princípios instrumentais.

ABSTRACT

The article aims to analyse the influence that the applicant use of classical hermeneutics and the modern (Constitutional) has on the understanding and application of modern criminal law. To this end, it is studied in the first place, the concept of hermeneutics in its classical form and in its modern configuration. Clarified what the interpretative methods used, such as grammar, systematic, historical and teleological, addressing the modern methods of interpretation (topic-problematic, hermeneutical-his game than simply finishing, spiritual-scientific and regulatory structures) and the principles of unity of the Constitution, the concordance practice, the effect of the Integrator normative force of the Constitution and of maximum effectiveness. After the exposure of the interpretative framework available, reflection on classical or modern interpretative mechanics on analysis of criminal types, in order to see if the use of one or another method influences the final outcome of the judgment. Exposes himself to legal positions in attempt to demonstrate if the adoption of modern hermeneutics jurisprudence promoted by causing an interesting changes in judicial decisions.

KEY-WORDS: Criminal law-Hermeneutics – Federal Constitution – Methods of interpretation – instrumental Principles.

INTRODUÇÃO

O presente estudo irá se debruçar sobre temática interessante e pouco tratada na doutrina, qual seja, a repercussão de métodos de interpretação diversos na análise de tipos penais.

Muito embora seja comum a noção de que deve haver apenas e tão-somente a subsunção na seara criminal, o exercício interpretativo tem mais a ofertar ao direito penal.

Para tal esclarecimento, é imperativo analisar o que a doutrina produziu acerca de tais cânones e avançar – com base em amostras jurisprudenciais – para seus efeitos na prática judicial.

1. DIREITO PENAL E HERMENÊUTICA

Durante o Iluminismo, enxergava-se o excesso de intervenção da Monarquia na vida da população como um elemento a ser superado. Acusações despidas de previsão legal anterior necessitavam ser afastadas do cotidiano.

Uma das principais idéias era de estabelecer a lei como única fonte de incriminação de condutas por ser ela a uma fonte mais segura do que a vontade do rei.

Com isso, paulatinamente, foi se configurando cenário no qual – além da conquista da lei como fonte incriminadora - seria o magistrado autômato da subsunção¹ porquanto, ao passo que se garantiu o primado da lei, se conferiu importância cega a ela ao ponto de fazer o texto substituir a noção de justiça do julgador.

Efetivamente, restringia-se o direito (particularmente, o criminal) à silogismos lógicos para, constatada a conduta e conhecida a norma, gerar aplicar da norma e seu preceito secundário penalizador.

¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. T. I. 2 ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 147/148.

Não havia interpretação além daquela baseada exclusivamente na literalidade da lei, permissiva da subsunção, como afirma Roxin².

E, com isso, se pensava um Ordenamento com qualidades de estabilidade e segurança, tão necessárias à época da Ilustração como reação à séculos de desmandos dos mais variados.

Juan Bustos Ramirez e Hernán Hormazabal Malarée³ ilustram que, ainda hoje, a lei é considerada a única fonte de incriminação de condutas.

Porém, estabelecida a importância da reserva legal, não se pode desconsiderar mudanças ocorridas com o passar do tempo, tais como a superação da compreensão iluminista de interpretação e aplicação da lei, a constitucionalismo contemporâneo e as novos contributos da filosofia da linguagem ao direito, as quais se tornaram imprescindíveis para o direito.

É perceptível, atualmente, que o ideário iluminista de juiz como “boca da lei”⁴ ou, como preconiza Roxin⁵, autômato da subsunção, fora superado, havendo compreensões acerca do conceito de direito e hermenêutica distintos daqueles professados por Montesquieu e Beccaria, como se deu com a publicação dos estudos de C. von Savigny no final do século XVIII⁶ e, posteriormente, Rudolf Von Jhering⁷, além de movimentos resultantes destas mudanças.

Ademais, conforme salienta Luiz Regis Prado⁸, a criação de tipos criminais – no paradigma do Estado democrático e social de Direito - é alinhada ao que é preconizado pelas constituições modernas.

Salienta-se que essa garantia do cidadão que é a reserva legal não pode significar que o direito penal deve ser dissociado da hermenêutica e suas

² ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. T. I. 2 ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 148.

³ RAMIREZ, Juan Bustos. MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Lecciones de derecho penal*. v. II. Madrid: Trota, 1997, p. 96.

⁴ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*. 3 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 45.

⁵ ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. T. I. 2 ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 147.

⁶ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del Derecho Romano Actual*. trad. de M.Ch. Guenoux, vertida al esp. por J. Mesía y M. Poley, F. Góngora y Cía, Madrid, 1878. pp.145- 221.

⁷ JHERING, Rudolf Von. *A finalidade do Direito*. Tradução de Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002.

⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 10 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 141.

contribuições ou mesmo da “expansão e da internacionalização cada vez maior das exigências de proteção e garantias inerentes aos direitos humanos”⁹.

O alerta do professor Luiz Regis Prado, inclusive, se fundamenta (com acerto) no movimento de antropocentrismo jurídico que surge no pós-guerras e altera os Ordenamentos para centralizar nas Constituições um amplo espectro de direitos, garantias e princípios os quais deverão ser levados em conta quando da interpretação.

E, além desses pilares, é imperativo perceber como faz Juan Pablo Alonso¹⁰ que “Em la práctica, la relación entre la filosofía del derecho y la dogmática jurídica dista de ser satisfactoria. Usualmente, las discusiones de filosofía del derecho son vistas, desde la dogmática, como discusiones distantes, poco interesantes o poco relevantes para los intereses y objetivos de la ciencia jurídica”.

Sustenta o autor ser tal distanciamento equivocado¹¹, dado que toda norma jurídica, como preconiza Larenz¹², requer interpretação e è justamente com filosofia do direito que se processa a atualização em busca de Justiça do sistema jurídica.

Com essa realidade delineada e a necessidade de considerar evoluções jurídico no direito penal, não se pode pensar o ato de interpretar a norma penal como se, ainda hoje, fosse o judiciário “boca da lei”, pois é a subsunção mera demonstração do exercício interpretativo feito e não o próprio exercício de interpretação.

Nota-se, segundo lição de Paulo Cesar Busato¹³, que “o verdadeiro sentido normativo somente é possível através da consideração contextualizada da norma em face da situação concreta em que se desenvolve, ou seja, pela abordagem das circunstâncias”.

⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 10 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 138.

¹⁰ ALONSO, Juan Pablo. *Interpretación de las normas y derecho penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010, p. 1.

¹¹ ALONSO, Juan Pablo. *Interpretación de las normas y derecho penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010, p. 1.

¹² LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 1997, p. 284.

¹³ BUSATO, Paulo Cesar. *Direito penal*. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 187.

Por essa razão, a mera subsunção derivada de interpretação literal não é suficiente para que o sentido seja percebido. Doutrinadores como Paulo Cesar Busato¹⁴, Paulo Queiroz¹⁵, Raul Eugênio Zaffaroni¹⁶, Juarez Cirino dos Santos¹⁷, entre outros, pugnam – cada qual em seu modo de pensar – pela superação do mero enquadramento típico como forma de alcançar tipicidade e, por conseguinte (preenchidos os demais elementos), o delito.

Essa linha da doutrina expõe a necessidade de observância de circunstâncias além do tipo penal e da conduta para a verificação da tipicidade, fazendo necessário ir além de um exercício silogístico, principalmente com o acionamento de princípios constitucionais penais (*Ultima ratio*, lesividade, bagatela, etc).

Paulo Cesar Busato¹⁸, inclusive, referencia que há necessidade de resolução justa que pode contrariar essa subsunção oriunda do acionamento do cânone da literalidade da lei.

Dicotômico, entretanto, é o belvedere jurisprudencial nacional que, à despeito de inovações múltiplas, por vezes atua repetindo a literalidade da lei em casos criminais complexos.

2. REFLEXOS JURISPRUDENCIAIS DOS DIFERENTES MÉTODOS INTERPRETATIVOS

A análise de decisões judiciais é imperativa por serem as expressões derradeiras dos procedimentos criminais, além de retratarem a posição teórica do seu prolator.

Não obstante tais circunstâncias, é no *Decisum* que se pode compreender a influência do método de interpretação adotado pelo julgador (ou julgadores).

¹⁴ BUSATO, Paulo Cesar. *Direito penal*. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 187.

¹⁵ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*. Parte geral. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 69.

¹⁶ ZAFFARONI, Raúl Eugênio. *Manual de Direito Penal brasileiro*. Parte geral. 7 ed. São Paulo: RT, 2008, p. 395/396.

¹⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*. Parte geral. 3 ed. Curitiba-Rio de Janeiro: IPCP-Lumen Juris, 2008, p. 60.

¹⁸ BUSATO, Paulo Cesar. *Direito penal*. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 189.

Nesta pesquisa, a amostra jurisprudencial colhida contém, em regra, duas decisões de casos em que a acusação apresentada na denúncia foi por crimes semelhantes.

E este conjunto de decisões, como se verá na sequência, foi dividido em grupos (identificados separadamente por tribunal) e subgrupos temáticos (pelo nome do princípio penal) em que as decisões refletem o uso de métodos interpretativos diversos e, com isso, chegam à conclusões diversas, ou seja, uma decisão em cada sentido.

São acórdãos do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais de Justiça (estaduais) e Tribunais Regionais Federais, ou seja, limitou-se a pesquisa de decisões ao Brasil.

A princípio, as buscas foram iniciadas com o acionamento de pesquisas jurisprudências em todos os tribunais utilizando-se os termos “constitucionalidade”, “inconstitucionalidade”, “interpretação”, “penal”, “criminal”, “crime”, “bagatela”, “insignificância”, “famélico”, “ultima ratio”, “intervenção mínima”, “ofensividade”, “lesividade”, “proporcionalidade”, “exclusiva proteção de bem jurídicos”, “atipicidade”, “exclusão da ilicitude”, “interpretação”, “interpretação conforme”, “declaração”, “nulidade parcial sem redução de texto”.

Num segundo momento, considerando a quantidade de decisões encontradas que se mostrassem mais didática (sob o aspecto da clareza do método de interpretação, princípio de direito penal e resultado), fez-se enfoque no STF e outros tribunais.

3. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Todas as combinações de expressões citadas acima foram tentadas no Supremo Tribunal Federal, havendo inúmeros resultados, o que deixa clara preocupação com as temáticas que vinculam direito penal e princípios penais ou constitucionais penais.

Consoante tal princípio, identificou-se uma decisão recente que trancou ação penal de furto (art. 155 do CP) quando a subtração era de valor de R\$ 45,00 e o objeto era um pacote de fraudas. O *Habeas corpus* foi impetrado contra decisão colegiada do STJ que denegou o trancamento da ação penal em razão da reincidência da paciente.

Compreendeu o Supremo Tribunal Federal (HC 119672, Relator (a): Min. LUIZ FUX) que a bagatela pode ser aplicada mesmo em caso de reincidência:

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA ATO DE MINISTRO DE TRIBUNAL SUPERIOR. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE. TENTATIVA DE FURTO. ART. 155, CAPUT, C/C ART. 14, II, DO CP). REINCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. FURTO FAMÉLICO. ESTADO DE NECESSIDADE X INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. SITUAÇÃO DE NECESSIDADE PRESUMIDA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. HABEAS CORPUS EXTINTO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. A aplicação do princípio da insignificância deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de se evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais. 3. O valor da res furtiva não pode ser o único parâmetro a ser avaliado, devendo ser analisadas as circunstâncias do fato para decidir-se sobre seu efetivo enquadramento na hipótese de crime de bagatela, bem assim o reflexo da conduta no âmbito da sociedade. 4. In casu, a) a paciente foi presa em flagrante e, ao final da instrução, foi condenada à pena de 4 (quatro) meses de reclusão pela suposta prática do delito previsto no art. 155, caput, c/c o art. 14, II, do Código Penal (tentativa de furto), pois, tentou subtrair 1 (um) pacote de fraldas, avaliado em R\$ 45,00 (quarenta e cinco reais) de um estabelecimento comercial. b) A atipicidade da conduta está configurada pela aplicabilidade do princípio da bagatela e por estar caracterizado, mutatis mutandis, o furto famélico, diante da estado de necessidade presumido evidenciado pelas circunstâncias do caso. 5. O furto famélico subsiste com o princípio da insignificância, posto não integrem binômio inseparável. É possível que o reincidente cometa o delito famélico que induz ao tratamento penal benéfico. 6. Os fatos, no Direito Penal, devem ser analisados sob o ângulo da efetividade e da proporcionalidade da Justiça Criminal. Na visão do saudoso Professor Heleno Cláudio Fragoso, alguns fatos devem escapar da esfera do Direito Penal e serem analisados no campo da assistência social, em suas palavras, preconizava que “não queria um direito penal melhor, mas que queria algo melhor do que o Direito Penal”. 7. A competência desta Corte para a apreciação de habeas corpus contra ato do Superior Tribunal de Justiça (CRFB, artigo 102, inciso I, alínea “i”) somente se inaugura com a prolação de decisão do colegiado, salvo as hipóteses de exceção à Súmula nº 691 do STF, sendo descabida a flexibilização desta norma, máxime por tratar-se de matéria de direito estrito, que não pode ser ampliada via interpretação para alcançar autoridades – no caso, membros de Tribunais Superiores – cujos atos não estão submetidos à apreciação do Supremo. 8. Habeas corpus extinto por inadequação da via eleita. Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento da ação penal, em razão da atipicidade da conduta da paciente. (HC 119672, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 06/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-106 DIVULG 02-06-2014 PUBLIC 03-06-2014)

A outra decisão do grupo (HC 115850 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX), de mesmo relator, mesma turma, do ano anterior, sendo a tese similar (bagatela), o

objeto furtado de valor parecido (R\$ 40,00), também dotado de reincidência, teve um desfecho distinto, não se reconhecendo a atipicidade da conduta:

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HC SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF. ART. 102, I, “D” E “I”. ROL TAXATIVO. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO. ORGANICIDADE DO DIREITO. FURTO (ART. 155, CAPUT, DO CP). REINCIDÊNCIA NA PRÁTICA CRIMINOSA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. FURTO FAMÉLICO. ESTADO DE NECESSIDADE X INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. A aplicação do princípio da insignificância deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais. 3. O valor da res furtiva não pode ser o único parâmetro a ser avaliado, devendo ser analisadas as circunstâncias do fato para decidir-se sobre seu efetivo enquadramento na hipótese de crime de bagatela, bem assim o reflexo da conduta no âmbito da sociedade. 4. In casu, o paciente foi condenado pela prática do crime de furto (art. 155, caput, do Código Penal) por ter subtraído 4 (quatro) galinhas caipiras, avaliadas em R\$ 40,00 (quarenta reais). As instâncias precedentes deixaram de aplicar o princípio da insignificância em razão de ser o paciente contumaz na prática do crime de furto. 5. Trata-se de condenado reincidente na prática de delitos contra o patrimônio. Destarte, o reconhecimento da atipicidade da conduta do recorrente, pela adoção do princípio da insignificância, poderia, por via transversa, imprimir nas consciências a ideia de estar sendo avalizada a prática de delitos e de desvios de conduta. 6. O furto famélico subsiste com o princípio da insignificância, posto não integrarem binômio inseparável. É possível que o reincidente cometa o delito famélico que induz ao tratamento penal benéfico. 7. In casu, o paciente é conhecido - consta na denúncia - por “Fernando Gatuno”, alcunha sugestiva de que se dedica à prática de crimes contra o patrimônio; aliás, conforme comprovado por sua extensa ficha criminal, sendo certo que a quantidade de galinhas furtadas (quatro), é apta a indicar que o fim visado pode não ser somente o de saciar a fome à falta de outro meio para conseguir alimentos. 8. Agravo regimental em habeas corpus a que se nega provimento.

(HC 115850 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 24/09/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 25-10-2013 PUBLIC 28-10-2013)

Nesta análise, pode-se verificar, à despeito de uma similitude fática, decisões antagônicas.

E o elemento distintivo entre elas foi a compreensão – segundo a fundamentação exarada – do cânone da literalidade em um e não noutro caso.

Em relação à lesividade, decisão do STF que envolve acusação de porte ilegal de arma de fogo (consigo e desmuniçada, não estando à arma à disposição

do agente) se reconheceu a falta de lesividade da conduta, ensejando, atipicidade material:

EMENTA: Arma de fogo: porte consigo de arma de fogo, no entanto, desmuniada e sem que o agente tivesse, nas circunstâncias, a pronta disponibilidade de munição: inteligência do art. 10 da L. 9437/97: atipicidade do fato: 1. Para a teoria moderna - que dá realce primacial aos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso - o cuidar-se de crime de mera conduta - no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação - não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato. 2. É raciocínio que se funda em axiomas da moderna teoria geral do Direito Penal; para o seu acolhimento, convém frisar, não é necessário, de logo, acatar a tese mais radical que erige a exigência da ofensividade a limitação de raiz constitucional ao legislador, de forma a proscrever a legitimidade da criação por lei de crimes de perigo abstrato ou presumido: basta, por ora, aceitá-los como princípios gerais contemporâneos da interpretação da lei penal, que hão de prevalecer sempre que a regra incriminadora os comporte. 3. Na figura criminal cogitada, os princípios bastam, de logo, para elidir a incriminação do porte da arma de fogo inidônea para a produção de disparos: aqui, falta à incriminação da conduta o objeto material do tipo. 4. Não importa que a arma verdadeira, mas incapaz de disparar, ou a arma de brinquedo possam servir de instrumento de intimidação para a prática de outros crimes, particularmente, os comissíveis mediante ameaça - pois é certo que, como tal, também se podem utilizar outros objetos - da faca à pedra e ao caco de vidro -, cujo porte não constitui crime autônomo e cuja utilização não se erigiu em causa especial de aumento de pena. 5. No porte de arma de fogo desmuniada, é preciso distinguir duas situações, à luz do princípio de disponibilidade: (1) se o agente traz consigo a arma desmuniada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o muniamento e, em consequência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo; (2) ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal - isto é, como artefato idôneo a produzir disparo - e, por isso, não se realiza a figura típica. (RHC 81057, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 25/05/2004, DJ 29-04-2005 PP-00030 EMENT VOL-02189-02 PP-00257 RTJ VOL-00193-03 PP-00984)

Noutra decisão, o STF promoveu interpretação distinta e apontou a tipicidade do caso:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. PORTE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA. INOCORRÊNCIA. ARMA DESMUNIADA. TIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA. 1. A conduta de posse de arma de fogo com numeração raspada não está abrangida pela vacatio legis prevista nos art. 30 a 32 da Lei 10.826/03. Precedentes. 2. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido é crime de mera conduta e de perigo abstrato. O objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, mas a segurança pública e a paz social, sendo irrelevante estar a arma de fogo

desmuniada. 3. Ordem denegada.
(HC 117206, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 05/11/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-228 DIVULG 19-11-2013 PUBLIC 20-11-2013)

Mais uma vez, pode-se notar que o cerne dos debates foi sobre a suficiência da interpretação literal que subsidia a tipicidade pautada exclusivamente no plano formal ou a inserção de outros cânones hermenêuticos que permitem uma análise sistêmica, histórica ou teleológica.

A aplicação da lesividade ou ofensividade – princípios do direito penal – é acionado quando a interpretação do caso concreto supera a literalidade, propiciando a verificação de elementos além do tipo penal, como o bem jurídico penal e sua lesão (tipicidade material).

Outros tribunais procederam do seguinte modo:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE PESSOAS E PORTE ILEGAL DE ARMA. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. REJEIÇÃO. PLEITO ABSOLUTÓRIO DO DELITO DE PORTE ILEGAL DE ARMA POR ATIPICIDADE. ACOLHIDA. ARMA DESMUNICIADA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO OU AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO CONCURSO DE AGENTES. DESCABIMENTO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA CARCERÁRIA E DE MULTA. Comprovadas a materialidade e autoria do delito de roubo, correta a condenação do réu. Caso em que o acusado, na companhia de outro agente, ameaçou a vítima e subtraiu a sua motocicleta, a qual foi encontrada na residência do réu dias após o fato. Ausente a ofensividade ao bem jurídico protegido pelo tipo penal (segurança pública), pois a arma estava desmuniada, o réu deve ser absolvido do crime de porte ilegal de arma, por atipicidade da conduta. Incabível a desclassificação para o delito de furto, porquanto a vítima foi segura ao afirmar que o acusado e o outro agente a ameaçaram e simularam estar portando arma de fogo. Configurada a grave ameaça insita no tipo penal do crime de roubo. O concurso de agentes restou configurado pelo depoimento da vítima, que descreve com segurança o modus operandi do réu e seu companheiro. Pena-base redimensionada para 04 (quatro) anos e 07 (sete) meses de reclusão, pelo afastamento da avaliação negativa das vitoriais personalidade, conduta social, circunstâncias do delito, culpabilidade e antecedentes. Tendo em vista que o acusado foi assistido pela Defensoria Pública durante todo o curso processual, a pena de multa é reduzida para 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato. Apelação parcialmente provida. (Apelação Crime Nº 70061833323, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em 30/10/2014)

Consoante adequação social, mais uma vez, pode-se notar que o cerne dos debates foi sobre a suficiência da interpretação literal que subsidia a tipicidade pautada exclusivamente no plano formal ou a inserção de outros cânones hermenêuticos que permitem uma análise sistêmica, histórica ou teleológica. Veja-se:

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. VENDA DE CD'S "PIRATAS". ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA POR FORÇA DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. IMPROCEDÊNCIA. NORMA INCRIMINADORA EM PLENA VIGÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - A conduta do paciente amolda-se perfeitamente ao tipo penal previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal. II - Não ilide a incidência da norma incriminadora a circunstância de que a sociedade alegadamente aceita e até estimula a prática do delito ao adquirir os produtos objeto originados de contrafação. III - Não se pode considerar socialmente tolerável uma conduta que causa enormes prejuízos ao Fisco pela burla do pagamento de impostos, à indústria fonográfica nacional e aos comerciantes regularmente estabelecidos. IV - Ordem denegada.

(HC 98898, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 20/04/2010, DJe-091 DIVULG 20-05-2010 PUBLIC 21-05-2010 EMENT VOL-02402-04 PP-00778 RTJ VOL-00216- PP-00404 RSJADV jun., 2010, p. 47-50 RT v. 99, n. 901, 2010, p. 513-518)

Diferentemente da decisão do STF que se pautou no “simples fato da norma estar vigente”, o TRF 4 fez influir lições “recentes” da doutrina posteriores ao giro lingüístico:

EMENTA: PENAL. CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO MEDIANTE FRAUDE. SUPERAÇÃO DA METODOLOGIA DA HERMENÊUTICA CLÁSSICA E DO POSITIVISMO JURÍDICO. FENOMENOLOGIA HERMENÊUTICA E HERMENÊUTICA FILOSÓFICA. HEIDEGGER E GADAMER. ESTRUTURAS PRÉVIAS ÍNSITAS AO CONHECIMENTO. PRÉ-COMPREENSÕES. CÍRCULO HERMENÊUTICO. FATICIDADE. DIFERENÇA ONTOLÓGICA. TRADIÇÃO, EXPERIÊNCIA, HISTÓRIA EFETUAL. ONTICIDADE DA REGRA. ONTOLOGIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E OFENSIVIDADE. ÍNFIMO PREJUÍZO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. SEM RISCO OU ABALO AO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL COMO UM TODO OU SUAS PARTES (ARTS. 192 DA CR). Hipótese em que o denunciado teria obtido quatro financiamentos fraudulentos de R\$ 56.377,01 (cinquenta e seis mil, trezentos e setenta e sete reais e um centavo) . Denúncia pelo crime do art. 19 da Lei nº 7.492/86. A hermenêutica jurídica clássica, ainda apegada ao positivismo e à dogmática jurídica, ao separar os momentos do conhecimento, da interpretação e da aplicação do direito, insistindo na relação binária texto - norma, não consegue acomodar a riqueza da faticidade. A filosofia hermenêutica de GADAMER, no que adapta ao direito a fenomenologia ontológica de HEIDEGGER, busca nas estruturas constitutivas do conhecimento (preconceitos, faticidade, diferença ontológica, tradição, experiência e história efetual), por meio do círculo hermenêutico, a aproximação da unidade de sentido. Se a conduta particularizada revela-se incapaz de produzir risco ou efetiva lesividade ao bem jurídico, não há como reconhecer a existência de crime contra o SFN. Relevância do horizonte de sentidos determinada pelo caráter ontológico e transcendental dos princípios diante da onticidade da regra. Proporcionalidade e lesividade como princípios limitadores da atuação do

Direito Penal. Dever de unidade e integridade. Nulidade parcial sem redução de texto que dispensa a afetação ao órgão especial, sobretudo quando se está diante de hipótese de não-recepção. (TRF4, ACR 0010944-45.2006.404.7100, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 15/01/2013)

Pode-se, perceber, decisões mais progressistas (do ponto de vista técnico por romperem a mera subsunção) em outros tribunais:

APELAÇÃO CRIMINAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. ABSOLVIÇÃO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE CONGLOBANTE. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. A conduta prevista no artigo 229 do Código Penal não mais enseja punição, visto que lhe falta tipicidade material, pois o direito penal existe para proteger bens relevantes para a sociedade e esta deixou de considerar casas de prostituição como ofensivas à sua moralidade, permitindo, às escâncaras, a manutenção de motéis destinados a encontros libidinosos, inclusive com alvarás de funcionamento. Negado provimento ao recurso. (TJMG; APCR 1.0480.06.079934-7/0011; Patos de Minas; Terceira Câmara Criminal; Relª Desª Jane Ribeiro Silva; Julg. 10/11/2009; DJEMG 19/01/2010)

Na decisão acima, o TJMG reconhece a aplicação do princípio da adequação social, à despeito do artigo penal em vigência. Com isso, pode-se perceber um exercício interpretativo mais amplo que envolve elementos outros além de conduta e artigo penal.

O mesmo ocorre com decisão do TJRS sobre “jogo do bicho”:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONTRAVENÇÃO DE JOGO DO BICHO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. - Competente é o Juízo Penal comum para processar contravenção quando o agente é citado por edital, mesmo que, posteriormente, se o localize. - A CONTRAVENÇÃO DO JOGO DO BICHO ESTÁ DESCRIMINALIZADA PELA VONTADE POPULAR E PELA BANALIZAÇÃO DO JOGO PELO PRÓPRIO ESTADO. - À unanimidade, acolheram o conflito e, por maioria, de ofício, concederam habeas corpus para trancar a ação penal. (Conflito de Competência Nº 70008385353, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 28/04/2004)

Nota-se que não é uma questão de controle de constitucionalidade ou de não aplicação da norma e sim de desvelar de sentido com algo a mais: princípios penais constitucionais.

Em outra decisão do TJRS, vê-se argumentação parecida:

Apelacao tempestiva: intimacoes do defensor e do reu. Denuncia: inepcia inexistente. Jogo do bicho. Teoria da adequacao social. Absolvicao. O prazo para apelacao conta da ultima intimacao, seja ela do defensor ou do reu, sendo tempestiva a que seria intempestiva pela primeira intimacao (defensor), que e apenas precipitada em relacao a vitima (reu). Denuncia que descreve o fato com a descricao tipica, mas associada a outros elementos descritivos da conduta nao e inepta. Jogo do bicho: o estado perdeu o monopolio dos jogos e loterias parav.g., empresas de comunicacao e apresentadores do programa acrescidos de apostas via telefone. DILUIU-SE A QUALIDADE DE BEM JURIDICO TUTELADO PELO DIREITO PENAL COM A PERDA DA EXCLUSIVIDADE ESTATAL NA EXPLORACAO DE SORTEIOS, LOTERIAS, ETC. CONVENCE QUE A ADEQUAÇÃO SOCIAL SUPERA CONTRAVENÇÃO DENUNCIADA. EM VEZ DE PUNIR UM FATO PODE SER TIPICO, DEVE-SE ADEQUA-LO A REALIDADE VIGENTE, AOS COSTUMES SOCIAIS, enfim, a consciencia coletiva. A lei deve ser interpretada "pro societate" e, ao que tudo indica, a coletividade nao se interessa pela punicao dos "bicheiros". Ao contrario, ja inseriu o jogo-do-bicho em seu dia-a-dia. Provimento ao rse e apelacao. (Apelação Crime Nº 297036758, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 17/12/1997)

A teoria citada na decisão abaixo arvora-se no momento constitucional contemporâneo para propor questões a serem levantadas pelo Judiciário quando das decisões e, *in casu*, resolveu-se pela atipicidade quando, em geral, os tribunais promoveriam o sancionamento:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO PARA APURAR CALÚNIA E FALSA PERÍCIA EM VIRTUDE DA ATUAÇÃO DO PACIENTE COMO PERITO EM PROCESSO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE E JUSTA CAUSA.

1 O paciente atuou como perito particular indicado pela defesa, sem criar nem incrementar risco proibido relevante. Não há como aferir qualquer desvalor na conduta praticada. De acordo com a teoria conglobante, citada por Zaffaroni, o que está permitido por uma norma não pode ser proibido por outra de igual hierarquia. Assim, permitindo o ordenamento jurídico a apresentação de laudo por perito particular a serviço da defesa, não se pode imputar crime pelo fato de subscrever laudo próprio com opinião técnica diversa do perito oficial.

2 Perito particular não pode ser sujeito ativo do crime de falsa perícia porque o laudo que subscreve está respaldado na liberdade de opinião técnica, propiciando o exercício do contraditório e da ampla defesa na maior medida possível, sendo, evidentemente, pessoa de confiança da parte.

3 Não havendo prova de que o paciente tenha imputado conduta delituosa individualmente a alguém, nem tampouco o registro de ação penal privada proposta dentro do prazo decadencial contado a partir da data do fato, incorre justa causa para instauração de inquérito policial por crime de calúnia. Não se admite esta modalidade criminosa tendo como vítima uma corporação ou instituição.

4 Ordem Concedida, por maioria.

(Acórdão n. 282038, 20070020059524HBC, Relator: LECIR MANOEL DA LUZ, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 28/06/2007, Publicado no DJU SECAO 3: 10/10/2007. Pág.: 128)

Ao verificar a proporcionalidade entre a conduta e a sanção que recairia sobre o denunciado, os tribunais tem, minoritariamente, reconhecido a necessidade de desclassificação:

RECURSO CRIME. ATO OBSCENO. ARTIGO 233 DO CP. REJEIÇÃO DA DENUNCIA MANTIDA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSENTE ELEMENTAR DO TIPO PENAL. A INSTAURAÇÃO DE PROCESSO PENAL PELO CRIME DE ATO OBSCENO MOSTROU-SE MEDIDA EXCESSIVA, EM RAZÃO DE AFRONTA AO CARÁTER DE ULTIMA RATIO DO DIREITO PENAL, E POR NÃO VERIFICAR TIPICIDADE NA CONDUTA DA DENUNCIADA. RECURSO DESPROVIDO. (Recurso Crime Nº 71005018742, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Madgeli Frantz Machado, Julgado em 20/10/2014)

Em perspectiva diversa, analisando a constitucionalidade do tipo penal quando do exercício de interpretação, a jurisprudência definiu pela incompatibilidade material do artigo 305 do CTB com a CF/88 dado que impõe violação de direito fundamental:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ARTIGO 305 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. FUGA DO LOCAL DO ACIDENTE. INCONSTITUCIONALIDADE. MANTIDA A DECISÃO DE ARQUIVAMENTO. Inconstitucionalidade do tipo penal consagrado no art. 305 do CTB, por violação a garantia posta no inciso LXIII do art. 5º da CF. Súmula vinculante nº 10 do STF. Não se constituindo a Turma Recursal Criminal em órgão fracionário de tribunal, mas sim em órgão da justiça de 1º grau, com função, no microsistema do Juizado Especial Criminal, típica de 2º grau, afigura-se possível o reconhecimento de inconstitucionalidade em controle difuso. RECURSO IMPROVIDO, POR MAIORIA. (Recurso Crime Nº 71004883682, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luiz Antônio Alves Capra, Julgado em 12/05/2014)

Viu-se que há exemplos na jurisprudência de interpretações que levam em conta não apenas a subsunção, ocasionando resultados diferentes daqueles “comuns” no Judiciário nacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo científico – como um estudo bastante preliminar e tímido - teve por finalidade apontar a diferença que surge do uso de métodos interpretativos diferentes na compreensão e aplicação do direito penal.

Tal verificação fez emergir uma noção de que a aplicação do direito penal é refém da concepção e do método interpretativo acionado.

Constatou-se que a utilização dos métodos interpretativos comuns à hermenêutica clássica conferem uma visão mais rígida sobre os tipos penais e se constitui em um panorama habitual e conservador.

Noutro giro, pode-se constatar que a aplicação da hermenêutica moderna e seus princípios e métodos resultam em resultados diferentes daqueles obtidos com a hermenêutica clássica, inclusive com alteração da tipicidade.

Aquele que atua no direito tem à sua disposição uma série de instrumentos de interpretação e descoberta de sentido das normais penais e a opção do intérprete poderá ensejar diferentes resultados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO, Juan Pablo. *Interpretación de las normas y derecho penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010.

CALÓN, Eugenio Cuello. *Derecho Penal*. 6 ed. Barcelona: Bosch, 1943.

CARVALHO, Gisele Mendes de. *Patrimônio genético & Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. **Delitos relativos à prostituição no Código Penal brasileiro: proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico?** *Revista de Ciências Penais*, vol. 12, Jan / 2010.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español, Parte General*, t. II. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2000.

DELMANTO, Roberto. *Código Penal Comentado*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei. O “Fundamento místico da autoridade”*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESTEFAM, André. *Direito Penal. Parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: dos crimes contra a fé pública a dos crimes contra a administração pública*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**. Interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2003.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 3 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2 ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Comentários ao Código Penal**. 5 ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 2. 5 ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. I. 7 ed. São Paulo: RT, 2007.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal. Parte Geral**. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal. Parte Geral**. 4 ed. Florianópolis: Conceito editorial, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.